

Titre et Résumé

« Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif français (1789-1964) »

L'enjeu de cette étude est de mettre en évidence la transition entre une notion de marché dans le contexte juridique postrévolutionnaire, et un concept de « marché public » en droit administratif de la seconde moitié du XXe siècle. La dichotomie notion/concept est essentielle, afin de mettre en lumière le processus d'émergence des marchés publics que l'on connaît en tant qu'administrativistes modernes. Sur cette base conceptuelle historique, cristallisée par la maturité juridique de la passation des travaux publics de l'Administration monarchique, des fondements conceptuels postrévolutionnaires principaux et d'autres complémentaires interagissent dans cette émergence. Sur ces fondements, une construction conceptuelle va s'opérer autour d'une dynamique d'abstraction théorique croissante du contrat administratif, servant de ressort central dans la gestation, puis dans la naissance du concept administrativiste de « marché public ».

Mots clés : Marchés publics, Droit administratif, Contrats administratifs, Travaux publics, Fournitures, Services, Transports

Title and abstract

« Essay on the concept's emergence of « public market » contract in french administrative law (1789-1964) »

The challenge of this study is to highlight the transition from a notion of public market in the post-revolutionary legal context, to a concept of public market in administrative law in the second half of the twentieth century. The dichotomy between notion and concept is essential to understand the emergence process of public market using by the french administration since 1964. The public market concept was born by interaction between the public works legal maturity of the monarchical administration, and other post-revolutionary process. On these foundations, a conceptual built will take place around a dynamic of increasing abstraction of the administrative contract, serving as a central spring in gestation and birth in the specific french concept of public market.

Keywords : Public procurement, administrative law, history of administrative law, contract.

Remerciements :

En premier lieu, je désire témoigner ma reconnaissance à Monsieur le professeur Albert Lourde, directeur de mes recherches, pour son soutien dans l'élaboration de mon travail, ainsi, qu'à toute l'équipe administrative de l'Université de Perpignan. Je remercie les membres de mon jury pour avoir accepté de lire et juger mon travail, d'autant plus que les thèses universitaires n'ont pas vocation à être des *best sellers*.

Je tiens à avoir un mot particulier pour mes proches qui m'ont soutenu et supporté durant la longueur de mes études universitaires, les rassurant car, *a priori*, il n'y plus de diplôme universitaire au-delà du doctorat.

Je remercie particulièrement les personnels des bibliothèques : Cujas (Paris V), Sainte-Geneviève (Paris V), Mazarine (Paris VI), l'Arsenal (Toulouse), la bibliothèque universitaire de l'U.P.V.D et la médiathèque de Perpignan. J'adresse également des remerciements particuliers au Centre des archives économiques et financières, et de manière plus générale au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Mon dernier mot va à mes compagnons de recherche, qui se reconnaîtront dans différentes villes de France, où la rédaction de ma thèse m'a mené plus ou moins longuement. Leurs conseils, nos discussions et leur relecture attentive permettent à cette thèse d'être ce qu'elle est aujourd'hui. À charge de revanche...

ASLR

Liste des abréviations

al.	Alinea
art.	Article
Ass.	Assemblée
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
Bull.	Bulletin
c/	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
C. cass.	Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CCM	Commission Centrale des Marchés
CE	Conseil d'État
Cf.	<i>Confer</i>
CMP	Code des marchés publics
Coll.	Collection
Concl.	Conclusion
CPréf.	Conseil de préfecture
D.	Dalloz
dir.	Sous la direction de
Droits	Revue Droits
Éd.	Édition
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
M.	Monsieur
MP	Marché public
n°	Numéro
Nbp	Note de bas de page
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p.	Page
Part.	Partie
pp.	Pages

RA	Revue administrative
Rapp.	Rapporteur
Rec.	Recueil
RDA	Revue de droit d'Assas
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFDA	Revue française de droit administratif
RHFD	Revue Historique de droit français et étranger
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Sect.	Section
SPIC	Service public industriel et commercial
Suiv.	Suivant
Suppl.	Supplément
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TI	Tribunal d'instance
TP	Travaux publics
Vol.	Volume

Sommaire général :

Introduction générale

Chapitre introductif : La maturité juridique de la passation des travaux publics prérévolutionnaire

Partie I : Les fondements conceptuels des marchés publics en droit administratif

Titre I : Les fondements conceptuels principaux dans l'émergence des marchés publics

Chapitre 1 : Les marchés de travaux publics de l'État

Chapitre 2 : Les marchés de fournitures de l'État

Titre II : Les fondements conceptuels complémentaires des marchés publics

Chapitre 1 : La notion juridique de « marché de services » postrévolutionnaire

Chapitre 2 : La notion juridique de « marché local » postrévolutionnaire

Partie II : La construction conceptuelle des marchés publics en droit administratif

Titre I : La matrice conceptuelle des marchés publics ou l'abstraction progressive du contrat administratif

Chapitre 1 : Les écrits de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire au XIXe siècle : matériaux théoriques du « contrat administratif »

Chapitre 2 : La théorisation des contrats administratifs : matrice de conceptualisation du marché public

Titre II : L'émergence du concept administrativiste de marché public

Chapitre 1 : La gestation du concept de marché public

Chapitre 2 : La naissance du concept de marché public

Conclusion générale

Introduction générale

1. La terminologie « marché public » recouvre plusieurs sens : le lieu public où s'échangent offres et demandes, le marché où l'on achète fruits et légumes, et pour les juristes en général, et plus spécifiquement ceux de droit administratif, un type de contrat administratif pourvu d'un corpus de règles bien définies.

2. Le marché, en tant que procédé contractuel particulier, est présent dans l'histoire des pratiques juridiques au sens large, de l'Antiquité à nos jours, sous des formes et des appréhensions pouvant atteindre un degré d'abstraction plus ou moins élaboré : tels les Grecs, les Romains, et plus proche de nous, les « conventions » dont parle Vauban dans sa lettre, citée de manière récurrente en accroche, par nombre d'ouvrages relatifs aux marchés publics¹. L'Ancien Régime leur fait une place importante, servant de base au régime juridique des marchés postrévolutionnaires qui intéressent cette étude. Les premiers administrativistes du XIXe siècle jettent les fondements d'analyses des marchés, dans le sillage des premiers traités de droit administratif. Le monde intellectuel en général appréhende l'importance de ces marchés. Ainsi, Émile ZOLA, dans le second opus des Rougon–Macquart, « *la Curée* » décrit bien l'appréhension des marchés par des citoyens ayant des intérêts particuliers, au travers de personnages au profil choisi :

3. «Jusqu'à-là, Saccard avait joué heureusement, à coup sûr, trichant, se vendant, bénéficiant sur les marchés, tirant un gain quelconque de chacune de ses opérations. Bientôt cet agiotage ne lui suffit plus, il dédaigna de glaner, de ramasser l'or que les Toutin–Laroche et les barons Gouraud laissaient tomber derrière eux. Il mit les bras dans le sac jusqu'à l'épaule. Il s'associa avec les Mignon, Charrier et Cie, ces fameux entrepreneurs alors à leurs débuts et qui devaient réaliser des fortunes colossales. La Ville s'était déjà décidée à ne plus exécuter elle-même les travaux, à céder les boulevards à forfait. (...)»². Cet ouvrage de la littérature classique de la fin du XIXe siècle décrit parfaitement l'intérêt économique, politique et social du procédé du « marché »,

¹ La fameuse lettre écrite le 17 septembre 1683 par VAUBAN au ministre LOUVOIS.

² ZOLA Émile, *La curée*, Librairie internationale A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, Paris, 1872, pp. 131-132.

notamment lors de la construction du Paris que l'on connaît aujourd'hui avec ses grands boulevards, ses façades haussmanniennes.

Section 1 : L'épistémologie de l'émergence du concept de « marché public » en droit administratif

4. Le marché public est une pratique contractuelle entrant dans le champ du droit administratif. Durant la phase de conceptualisation du marché public, de la Révolution de 1789 à la première codification des MP, le marché en tant que procédé contractuel administratif apparaît comme une notion appréhendée, autant par l'économie politique (§ 1) à divers niveaux, que par un droit administratif en voie d'élaboration (§ 2), surtout dans la période postrévolutionnaire (XIXe siècle).

§ 1 : Du marché au marché public : de l'économie politique au droit administratif postrévolutionnaire

5. Le marché est la forme la plus institutionnalisée du pillage que pratiquaient les Rois Francs des premiers temps³. L'étape intermédiaire est la réquisition qui refait surface dès que l'État d'exception l'exige (Première et Seconde Guerre mondiale). L'État monarchique a déjà fait le plus gros du travail d'institutionnalisation historique du pillage, notamment par des procédés comme l'adjudication des travaux publics. La France, à partir de la Révolution, va continuer cette œuvre. Ainsi, l'État, qui traite avec un entrepreneur ou un fournisseur, le fait selon des règles de diligence qu'il s'impose à lui-même. Nous sommes ici au cœur de la définition de l'État de droit. Mais dans le procédé du marché, l'État de droit, moyennant la satisfaction de ses besoins afin d'assurer l'intérêt général, va payer une somme d'argent à l'entrepreneur privé. De ce fait, l'État de droit se soumet à la loi du marché, de l'offre et de la demande, en échange d'un prix obtenu au travers d'une concurrence artificiellement reproduite par le demandeur. Le marché en droit administratif et ses évolutions sont une clé de décryptage économique, politique et juridique de l'État.

³ Sous le règne de Clovis (Ve siècle apr.J.-C.), le vase de Soissons fait référence au partage du butin, succédant à la guerre et au pillage ordinaire. Cet épisode est symbolique de l'affirmation de la position prédominante du roi dans le partage du butin, préfigurant son monopole dans la levée d'impôts royaux.

6. Chez Adam SMITH, il est intéressant de noter que « la seule intervention économique de l'État jugée nécessaire par SMITH est la construction et l'entretien des ouvrages publics, en d'autres termes des infrastructures, lorsque les particuliers ne trouvent pas de profits à la faire eux-mêmes »⁴. À ce titre, l'intervention de l'État en matière de travaux publics est appréhendée comme un principe fondamental de l'interventionnisme étatique dans l'économie, y compris par les économistes politiques du courant libéral classique de la fin du XVIIIe siècle. Près d'un siècle plus tard, John–Maynard KEYNES pose lui aussi l'importance des investissements publics, au premier rang desquels les travaux publics, dans ce que l'on appelle aujourd'hui couramment en économie : une relance keynésienne⁵. Il faut toutefois bien noter que, chez ces économistes classiques, les travaux publics sont en général mis en avant ; il n'y pas de référence explicite aux fournitures ou prestations de services. Les travaux publics revêtent une acception économique. Dans les courants de la pensée économique des Classiques libéraux de la fin du XVIIIe aux Keynésiens du XXe siècle, l'importance des travaux publics, et par extrapolation de la commande publique, à l'initiative de l'État interventionniste dans la politique économique, n'est plus à prouver.

7. Les investissements publics, drainés par la passation des marchés par l'État et ses démembrements, sont assimilables à une demande économique *stricto sensu*. La théorie de l'offre de l'économiste classique Jean-Baptiste SAY⁶ pose que l'offre crée sa propre demande. Au travers du prisme de cette théorie, le « marché public », *a contrario* du « marché économique », matérialise la parfaite antithèse de cette théorie. En effet, le Léviathan passant un marché, satisfait sa demande, ses besoins, en mettant au pas les offreurs, entrepreneurs, fournisseurs, transporteurs etc. en se servant de son glaive législatif et réglementaire.

8. De la même manière, « La concurrence pure et parfaite » des Libéraux classiques, surtout anglais (SMITH, RICARDO), de la fin du XVIIIe siècle, est plus un mythe qu'un but à atteindre. Cette concurrence ne peut se mettre en œuvre que dans le cadre du libre jeu du marché. *A contrario* de cette concurrence pure et parfaite, l'Administration adjudicataire postrévolutionnaire en vertu du fondement textuel recrée artificiellement une

⁴ VALIER Jacques, *Brève histoire de la pensée économique*, Champs essais, p. 59. Voir SMITH Adam, *La richesse des nations*.

⁵ *Ibid.*, pp. 159-160 : « L'investissement public doit être considéré comme la pièce stratégique essentielle de toute politique d'emploi. Il ne doit pas être perçu comme un procédé temporaire de lutte contre le chômage, mais comme un élément permanent de la politique économique. C'est à lui de combler en permanence l'écart entre l'investissement global nécessaire à la réalisation du plein emploi et l'investissement privé ». La politique économique française, mise en œuvre actuellement, ne pratique pas autre chose qu'une relance keynésienne avec le grand emprunt, afin d'amorcer la sortie de la crise économique de 2008.

⁶ Voir : SAY Jean-Baptiste, *Traité d'économie politique*, 1803.

concurrence entre les opérateurs privés voulant traiter avec elle. Mais cette concurrence n'est pas tournée vers l'équilibre du marché comme en économie politique, elle ne vise que l'intérêt financier, voire administratif de l'adjudicateur sous couvert de l'intérêt général. La concurrence dans la passation d'un marché est assimilable à l'antithèse de la concurrence pure et parfaite au sens où l'une est contrôlée et organisée complètement par l'adjudicateur, c'est-à-dire l'État, tandis que l'autre est issue d'une abstention d'intervention de ce même État sur le marché. Ce principe de l'abstention de l'État dans des domaines spécifiques est le cœur de la définition du libéralisme⁷.

9. Les administrativistes du XIXe siècle, du fait de la nouveauté de cette matière dans les branches du droit, sont issus de formations universitaires éclectiques. Le baron de GÉRANDO, par exemple, a reçu une formation universitaire en philosophie. Ses Institutes n'arrivent pas à le dissimuler. Firmin LAFERRIÈRE écrit des préliminaires philosophiques d'envergure à son *cours de droit public et administratif*⁸, s'inscrivant dans un mouvement majoritaire, dans la première moitié du XIXe siècle. Le droit administratif du XIXe siècle en construction, notamment sa composante contractuelle, penche du côté de l'économie politique. Les administrativistes du XIXe siècle les plus rigoureux, comme Anselme-Polycarpe BATBIE, dans son « *Introduction au droit public et administratif* », écrit une introduction à caractère philosophique au droit administratif, dans laquelle s'intègre de nombreuses considérations d'économie politique. BATBIE la définit comme « la science de la richesse ; tout, pour elle, n'est qu'un objet d'échange et ce qui n'a aucune valeur industrielle ou commerciale est tenu comme non existant »⁹. Pour comprendre cette approche économique de l'un des plus grands administrativistes du dernier tiers du XIXe siècle, il faut revoir sa biographie et constater sa nomination en 1864 à la première (et unique jusqu'en 1877) chaire française d'économie politique à l'université¹⁰. Et comme le souligne un autre administrativiste de cette période, Jules-Antoine MALLEIN dans ses *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, « les éléments du droit public général et l'économie politique devaient être, sinon des annexes, du moins des voies

⁷ FUKUYAMA Francis, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Flammarion, Champs essais.

⁸ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 2^e éd., Paris, 1841-1846.

⁹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, Cotillon, Libraire du Conseil d'État, Paris, 1861, préliminaires, p. 17. BATBIE s'appuie sur des références classiques en matière d'économie politique au XIXe siècle, à savoir : QUESNAY, TURGOT, et SMITH. Les précisions qu'il apporte dénote l'excellente connaissance que BATBIE a de cette matière centrale à l'époque : le fait que TURGOT ait publié un mémoire sur *La formation et la distribution des richesses* neuf ans avant « *The wealth of nations* » de SMITH, ou encore que SMITH ait connu QUESNAY en France (voir : p. 17, Nbp).

¹⁰ Ces publications en économie politique furent nombreuses et reconnues : un essai relatif à *TURGOT, économiste, philosophe et administrateur*, un cours en 1866, différents *Mélanges* ou essais relatifs aux *physiocrates* (1865), au *prêt*, à *l'impôt* ou encore au *luxe* (1866) etc. Voir : Notices biographiques in TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, Thèse droit, Université Paris II : Panthéon-Assas, 2007, t. III, Annexe IV, p. 131.

propres à faciliter l'intelligence du *droit public positif* et du *droit administratif* sur beaucoup de points »¹¹.

10. L'échange est au cœur du procédé administrativiste du marché de façon intemporelle, rapprochant l'aspect contractuel du droit administratif de l'économie politique qui occupe une place importante dans l'enseignement du droit public de la France des XIXe et XXe siècle¹². Le grand Gaston JÈZE, premier théoricien des contrats administratifs, est certainement celui qui cristallise le plus cette interpénétration de la science juridique publiciste avec l'économie politique.

11. Le droit administratif du XIXe siècle est une matière récente. À l'image de la doctrine administrativiste majoritaire, se posant la question de l'existence d'un droit administratif avant 1789, Firmin LAFERRIÈRE répond explicitement « non »¹³. La jeunesse du droit administratif conditionne sa recherche d'autonomie, d'identité intellectuelle et par conséquent le besoin de l'adosser à des matières intellectuellement reconnues et structurées. L'économie politique est une « caution intellectuelle » importante du droit administratif postrévolutionnaire en formation, à notre sens. Outre les références que l'on retrouve chez BATBIE, ou Firmin LAFERRIÈRE, leur conception du droit administratif laisse transparaître des notions de l'État proches de celle du courant des économistes libéraux classiques (QUESNAY, TURGOT, SMITH, RICARDO etc.), notamment chez BATBIE¹⁴. Ainsi, la majorité des administrativistes du XIXe se rapprochent, à notre sens, des économistes libéraux classiques. Ce n'est qu'à partir de HAURIOU et DUGUIT, dès la fin du XIXe siècle, que l'on peut distinguer deux courants dans la doctrine en droit administratif : l'École de la puissance publique et celle du service public. Toutefois, un juriste aussi brillant et atypique que Gaston JÈZE, nous semble réduit par une simple appartenance à l'École du service public. En effet, au vu de son profil et de son œuvre – tant en droit administratif, finances publiques, droit fiscal, que par sa conception de l'État régulateur de l'économie via l'impôt – il peut être rapproché d'un prékeynésien.

¹¹ MALLEIN Jules-Antoine, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Librairie d'Henri PLON, Paris, 1857, p. 42.

¹² Il est intéressant de noter la présence encore fréquente de cours d'économie dans le cursus de licence en droit. Et plus intéressant, encore la présence d'un « cours d'économie politique » en 1^{er} année de licence de droit, à l'Université de Perpignan Via Domitia (UPVD), dispensé par le Professeur Henri Solans durant l'année universitaire 2003/2004. On ne peut que regretter la disparition progressive de ces cours dans nos facultés de droit, car c'est une composante historique de la culture publiciste/administrativiste qui disparaît lentement mais sûrement, à notre sens.

¹³ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, introduction, p. XIX.

¹⁴ En ce sens, le professeur TOUZEIL-DIVINA dans sa notice biographique concernant BATBIE, portée en Annexe IV de sa thèse (*op. cit.*, t. III, p. 131), titrée « - Anselme BATBIE - Un économiste libéral à « l'École de Paris » », est souligné que « BATBIE, bien que catholique et conservateur, sera en effet toujours un économiste libéral militant défenseur acharné du « libre échange » et proche des idées développées autour du fameux *groupe de Coppel* dont Benjamin CONSTANT avait été l'un des initiateurs ».

12. La terminologie de marché, et plus encore celle de marché administratif ou public en droit administratif français, dénote une conception bien française du droit public en interaction direct avec les questions économiques. Cette conception française diverge essentiellement avec les conceptions économiques anglo-saxonnes. Dans le droit anglo-américain, le terme juridique français « marché public » est traduit par celui de « *public procurement* », traduction non littérale significative. La traduction littérale de « *public procurement* » en français équivaldrait à l'expression « commande publique », cette même terminologie juridique de droit communautaire englobant et remplaçant progressivement, en droit administratif français, celle de « marché public ». L'acculturation juridique du droit des marchés publics français avec le droit communautaire, équivaut à une adoption implicite des conceptions anglo-saxonnes, via un cheval de Troie nommé droit communautaire. L'étude des évolutions terminologiques et linguistiques affectant le droit administratif des contrats, est un excellent révélateur de ces évolutions de conception. Émile-Auguste CHARTIER, dit Alain, ne disait-il pas, que « tous les moyens de l'esprit sont enfermés dans le langage ; et qui n'a point réfléchi sur le langage n'a point réfléchi du tout ».

13. Dans la culture politique anglo-saxonne, et plus encore celle des États-Unis – *a contrario* de la conception plus française héritée du Colbertisme – le marché (*market*) ne doit pas être associé au secteur public, c'est-à-dire l'État. Il y a une distance, une méfiance, dans l'association de ces deux notions, même si elle relève plus d'une sorte de sacralisation idéologique que d'une réalité tangible. Le rejet violent du socialisme dans les États-Unis de l'après Seconde Guerre mondiale, parfois très violent avec le Maccarthysme¹⁵ (*The red scare*), en passant par le courant de pensée économique « anarcho-capitaliste » mené par David FRIEDMAN (fils de Milton FRIEDMAN), conforte cette conception du marché détaché de l'État. À titre plus anecdotique, la stigmatisation de la France, après la chute du mur de Berlin, comme la « dernière république socialiste soviétique du monde »¹⁶ par les enseignants d'universités américaines comme Harvard, Yale... matérialise bien cette différence de conception juridique, politique, économique. La terminologie juridique

¹⁵ Mouvement qualifié de véritable « chasse aux sorcières », communiste, dans les années 1950 aux États-Unis, instigué sous l'impulsion du sénateur Joseph MacCarthy et de sa commission ayant pour fonction de traquer des agents, militants et autres sympathisants communistes sur le territoire américain dans une ambiance anti-communiste du début de la Guerre froide avec l'URSS. Voir : GRIFFITH Robert, « *The politics of fear : Joseph R. MacCarthy and the Senate* », Lexington, University press of Kentucky, 1970.

¹⁶ Anecdote non vérifiée, donnée par Dominique SISTACH, maître de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia, dans un cours de « Finances publiques et de sociologie de l'impôt », 2004/2005, UPVD.

franco-française de marché public cristallise parfaitement cette conception spécifique à la fois économique, politique et juridique.

14. La superposition du marché avec le marché public peut sembler sortir du champ du droit administratif, d'où la nécessité de le mentionner dans l'introduction de cette étude. Pour appréhender ce qu'est le marché public intrinsèquement par rapport au marché, il ne faut pas perdre de vue que même s'il est définissable couramment comme un contrat administratif passé selon une procédure spécifique, il comporte l'échange d'une offre et d'une demande, comme le pose la définition économique du marché. À ce titre, le marché public peut être catégorisé selon la classification de Heinrich von STACKELBERG, comme un monopsonne¹⁷ (*nachfrage-monopol*), c'est-à-dire une configuration de marché qui sous-tend d'un côté une multiplicité de vendeurs, les entrepreneurs et fournisseurs participant aux adjudications, et de l'autre, un acheteur unique, l'État (État + ses démembrements), sachant que la concurrence est générée artificiellement par l'Administration, par le biais de procédures spécifiques de passation, aux antipodes de la fameuse concurrence pure et parfaite. Le mot « marché » est un terme polysémique, mais ses multiples nuances tournent toutes autour de l'échange d'une offre et d'une demande, définition entendue aussi bien par les économistes que par les juristes administrativistes.

15. Le corps de règles posant le cadre juridique relatif à l'achat public à titre onéreux, est là pour atténuer l'application d'une « loi du Talion » de fait entre les cocontractants s'ils sont laissés à eux-mêmes, c'est-à-dire l'application *de facto* d'une loi du plus fort. Cette loi du plus fort peut être comparable, dans une certaine mesure, à celle du marché où s'applique la règle du « mieux-disant » qui se retrouve dans la procédure de passation des marchés publics. Le droit ne peut effacer complètement, tout juste atténuer, cette « loi du plus fort », reprise par le droit administratif comme celle du « mieux-disant ». Ceci renvoie à la raison d'être de l'État¹⁸, fondement du droit public et sa composante appelée « droit administratif », privilégiant l'intérêt général au détriment de l'intérêt particulier.

¹⁷ STACKELBERG Heinrich (von), "*Marktform und gleichgewicht*", Julius Springer Éd., Vienne, 1934, p. 3. Voir plus communément : tableau ou classification de Stackelberg.

¹⁸ PAINE Thomas, *Le sens commun*, Buisson Libraire, Paris, 1793, p.1 : « La société est le résultat de nos besoins, et le gouvernement de notre perversité ».

§ 2 : L'appréhension des connaissances fondamentales dans le processus d'émergence des marchés publics.

16. L'un des moyens de comprendre le sujet de cette étude est de procéder à une analyse des termes du sujet intitulé : « Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif ». Le choix du terme « essai » est pensé, car une thèse se doit d'être avant tout une réflexion personnelle construite. Cette étude relative à « l'émergence du concept de marché public » ne doit être considérée que comme un essai devant amener une réflexion pertinente quant à l'émergence dudit concept de marché public. L'intérêt de ce sujet, pour l'histoire du droit administratif, se doit d'encourager d'autres chercheurs à poursuivre en ce sens. Dès 1962, le professeur LEPOINTE, dans un essai juridique sur « L'histoire des marchés de l'État en France », exhorte « que le sujet mériterait de tenter un jeune historien du droit qui voudrait lui consacrer une thèse de doctorat »¹⁹. Notre étude se situe en ce domaine, même si elle penche plus du côté administrativiste, qu'historien du droit.

17. Par « émergence », il faut entendre « le fait de parvenir à la conscience », c'est-à-dire « l'apparition au grand jour d'un phénomène resté jusqu'alors invisible, d'une question ou d'une idée qui n'a pas été jusqu'alors formulée »²⁰. « L'émergence », prise en tant que phénomène applicable dans le champ du droit administratif français, pourra, à titre d'illustration, être entendue dans cette étude dans un sens quasi similaire à celui de Norbert FOULQUIER, dans sa thèse sur l'émergence du concept de droits publics subjectifs des administrés en droit administratif durant les XIXe et XXe siècles²¹. Le concept sera défini ultérieurement.

18. Pour ce qui est du terme central de ce sujet, il faut appréhender la polysémie du terme « marché », qui est en elle-même révélatrice. L'Académie française énumère quatre sens différents concernant ce terme.

¹⁹ LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, Dalloz, 1962, p. 13.

²⁰ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., version numérique, 1992.

²¹ FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe*, Thèse droit, Université Paris 1 : Panthéon-Sorbonne, 2001.

19. En premier lieu, le marché est « le lieu public où l'on vend et achète les denrées, les marchandises, les objets d'usages courant »²². Cette définition *stricto sensu* est celle du marché public chez les premiers administrativistes postrévolutionnaires, tel le baron de GÉRANDO. Ce sens est sûrement le plus couramment utilisé.

20. En second lieu, l'Académie appréhende le marché comme étant une « convention verbale ou écrite qui définit les conditions d'une vente ». Ladite Académie définit tout d'abord le marché comme une convention passée entre deux acteurs économiques privés, puis, précise la définition du marché en tant que convention juridique administrative. Ainsi, l'Académie pose : « le marché public, ou, simplement, marché, convention de droit administratif passée entre l'État, une collectivité ou un établissement public et une entreprise privée, portant sur la fourniture de marchandises, l'exécution de travaux ou la prestation de services ». De manière adjacente à cette définition, l'Académie liste les composantes principales pour illustrer ce qu'est le marché public : « Marché de fournitures. Marché de travaux. Marché par adjudication, sur appel d'offre. Marché de gré à gré »²³. Dans son édition de 1992, le dictionnaire de l'Académie française donne la définition conceptuelle du marché public qui est le point d'arrivée de notre étude, en contraste avec le point de référence de départ qui est la notion juridique postrévolutionnaire de marché.

21. En troisième lieu, le terme « marché » peut signifier le « prix de ce que l'on achète ou de ce que l'on vend ». Toutefois, ce sens n'est plus usité de nos jours que dans certaines expressions, telle : « Ce produit est bon marché ».

22. En quatrième lieu, le marché est définissable au sens économique du terme, acception qui est en passe de devenir la plus significative dans la langue française moderne. Le marché est assimilable économiquement à « l'ensemble des opérations commerciales relatives à une catégorie de biens ». Par métonymie, le marché peut se définir comme le « lieu, place où, par la confrontation de l'offre et de la demande, s'établissent le prix, le cours des denrées, des marchandises, des valeurs mobilières »²⁴.

²² *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, 9^e éd., version numérique, 1992.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

23. L'Académie française, dans son dictionnaire, met parfaitement en évidence le caractère polysémique du marché : lieu où le consommateur achète fruits et légumes pour certains, convention d'ordre économique pour d'autres, objet d'un droit complexe et changeant pour les juristes et acheteurs publics. L'acception juridique, qui intéresse notre étude, s'insère dans le droit administratif, comme la définition de l'Académie française le pose explicitement. Ce droit administratif, qui commence à se construire dans sa mouture moderne, dès la Révolution de 1789, s'appuie sur un héritage important des règles administratives de la monarchie, tel que le démontre DELAMARE dans son « *Traité de la police* »²⁵. À partir de la Révolution de 1789, des réformes importantes de la société, et de l'Administration sont opérées, dès lors, un droit administratif moderne va commencer sa construction progressive. Ce droit administratif moderne ainsi que ses composantes, nous les qualifierons couramment, dans cette étude, de « postrévolutionnaires », par opposition à un « ancien droit administratif » apportant son héritage en succession.

24. Le XIXe et le début du XXe siècle seront le temps de la construction de ce droit postrévolutionnaire en tant que droit exorbitant du droit commun, à savoir principalement le droit civil²⁶. Dans le deuxième tiers du XXe siècle, avec la consolidation de la matière, le droit administratif deviendra progressivement le droit commun de l'Administration, reposant sur un ensemble de concepts théorisés de plus en plus aboutis. L'émergence du concept de marché public sous-jacent à celui générique de contrat administratif en est la parfaite illustration. La notion de « marché » commence à revêtir une certaine réalité juridique, dès 1789, parmi les divers contrats de l'administration exorbitants de droit commun ou non. En effet, l'échelle de valeur relative aux concepts de « contrat administratif » et de « marché public », révèle l'émergence du dernier concept.

Section 2 : La grille d'analyse de l'émergence du concept de marché public en droit administratif

²⁵ DELAMARE Nicolas, *Traité de la police*, 4 vol. Voir l'importance de ce traité dans la fondation du droit administratif moderne : PLESSIX Benoît, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Revue Droits*, n°38, 2003.

²⁶ Sur ce point précis, voir : PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003.

25. Au-delà d'une simple définition des termes du sujet, il faut expliciter certaines dichotomies (§ 1) qui tiennent une place fondamentale dans la compréhension de notre raisonnement relatif à l'émergence du concept de marché public (§ 2).

§ 1 : Les dichotomies d'analyses de l'émergence conceptuelle des marchés publics

26. La dichotomie, permettant la compréhension de la grille d'analyse de cette étude, se subdivise en deux catégories. D'une part, la dichotomie d'analyse centrale de cette étude (A), et d'autre part, une dichotomie d'analyse secondaire, mais complémentaire (B).

A) La dichotomie d'analyse principale

27. La dichotomie d'analyse principale de cette étude est celle de la terminologie de la « *notion/concept* » mal appréhendée : la dénomination de « concept » étant souvent présentée comme un synonyme du terme « notion », par plusieurs dictionnaires de référence. Le « *Trésor de la langue française* » donne comme définition générale de la « notion » : « Connaissance immédiate, intuitive de quelque chose ». Alors que dans son acception philosophique ou linguistique, la « notion » est définissable comme une « idée générale et abstraite en tant qu'elle implique les caractères essentiels de l'objet »²⁷. Sur la base de cette définition philosophique, Le « *Trésor de la langue française* » pose le « concept » comme synonyme de la « notion », cristallisant la proximité d'appréhension entre une notion et un concept. Sur la base philosophique, la notion est une « idée générale et abstraite en tant qu'elle implique les caractères essentiels de l'objet ». Le marché postrévolutionnaire, en tant que procédé contractuel usité par l'Administration, est de l'ordre du « notionnel » de la Révolution de 1789 à la première codification des marchés publics. Alain REY parle de « niveau notionnel et sémantique », comme reposant sur une « affectation de domaine », une « analyse de la notion par une définition », des « informations concernant la classe d'objet en question », une « analyse de traits caractéristiques (notionnels) », et la possibilité de « mise en relation avec d'autres termes du même domaine »²⁸. La notion de marché dans le droit administratif postrévolutionnaire du XIXe siècle s'inscrit bien dans cette appréhension du « niveau notionnel ».

²⁷ *Trésor de la langue française*, Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle (1789-1960), Gallimard, Nancy, 1986, Tome 12°, pp. 251-252.

²⁸ REY Alain, *La terminologie noms et notions*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1978, p. 98.

28. Pour compléter la mise en évidence de cette dichotomie, Le « *Trésor de la langue française* » définit le concept, selon une acception philosophique, comme une « représentation mentale abstraite et générale, stable, munie d'un support verbal ». Le concept s'appréhende plus par la philosophie que la notion. Ainsi, à la question qu'est-ce qu'un concept ? KANT répond que c'est un moyen de juger, c'est-à-dire un universel, une forme de classe sous laquelle on peut subsumer un singulier²⁹. Historiquement, l'acception philosophique du « concept » est posée, dès 1606, par DESCARTES, « mais ce qu'on peut appeler le « concept de concept », doit beaucoup, dans son usage contemporain, à KANT, qui en a fait un schéma dynamique pour la pensée, et non plus une configuration statique. »³⁰ La définition du « *Dictionnaire de l'Académie française* » est : « CONCEPT (p et t se prononcent) n. m. XVe siècle, au sens de « dessein, projet ». Emprunté du latin *conceptus*, « action de contenir, de recevoir », « réunion, procréation », puis, en latin chrétien, " conception de l'esprit, pensée ". Idée abstraite et générale. 1. LOGIQUE. Construction de l'esprit explicitant un ensemble stable de caractères communs désigné par un signe verbal. Le concept regroupe les objets qu'il définit en une même catégorie appelée " classe ". Le concept d'homme, d'arbre, de maison. On définit un concept en compréhension et en extension. La formation des concepts. Concept *a priori* ou concept pur, non tiré de l'expérience. Concept *a posteriori*, empirique. 2. ÉPISTÉMOLOGIE. En mathématiques, notion rigoureusement définie qui sert de fondement ou de principe. Le concept de cercle, de triangle, de nombre, d'ensemble, de sous-ensemble. Dans les sciences expérimentales, idée explicative découlant d'une théorie générale et que l'on vérifie par l'expérimentation. Les relations entre les concepts de pesanteur, d'énergie, de masse. 3. Par affaibl. Notion abstraite que l'on a ou que l'on se fait personnellement d'une chose, d'une qualité, d'un projet. Son concept de l'honneur diffère du mien »³¹. Cette définition est le résultat d'une synthèse historique de l'acception du concept. Georges ADAMCZEWSKI synthétise cette définition en quatre points :

- Le concept est une construction de l'esprit, c'est-à-dire qu'il est issu d'un processus d'abstraction autour d'un objet : le marché en droit administratif en l'espèce.

²⁹ *Trésor de la langue française, op. cit.*, 1977, t. 5, p. 1234.

³⁰ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, p. 464.

³¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., version numérique, 1992.

- Le concept est une création en vue d'un projet, qui peut être par exemple la théorisation de l'objet à la base du concept comme c'est le cas dans cette étude.
- Le concept peut être catégorisé, comme le souligne la définition donnée par l'Académie française. On distingue le Concept *a priori* ou concept pur, non tiré de l'expérience et le Concept *a posteriori*, empirique, issu d'un processus d'abstraction basé sur l'expérience. L'émergence conceptuelle des marchés publics relève de manière explicite du concept *a posteriori*.
- Le concept est assimilable à « une notion rigoureusement définie. La rigueur renvoie à la précision et à la stabilité d'une définition. Une définition pose des limites au-delà desquelles un concept n'est plus opératoire »³².

29. Dans un article de la revue « *Québec français* », la propension à considérer les termes « notion et concept » comme des synonymes est scientifiquement dénoncée, surtout dans le système éducatif secondaire. Ainsi, la superposition des définitions et le fait qu'il y ait deux mots distincts vont dans le sens suivant lequel les mots « notion et concept » recouvrent des réalités lexicales nuancées, c'est-à-dire que « notion et concept ne sont pas des synonymes »³³. Le « concept » est assimilable à l'aboutissement d'un processus de conceptualisation, tandis que la « notion » est à rapprocher d'un point de départ. Cette dichotomie « notion/concept » est donc un postulat central dans l'imbrication de notre raisonnement. Ainsi dans notre étude, il faut mettre en évidence si le marché est une notion ou un concept, à différentes dates comprises entre 1789 et 1964, sachant que la clé de la réponse est l'analyse du niveau de définition, de sa rigueur et de sa stabilité à un moment T. Sur la conceptualisation, base de notre réflexion juridique, un journaliste politique et écrivain français note qu'en France, il y a un « penchant national pour l'abstraction et la conceptualisation »³⁴ : faut-il plaider coupable ?

B) La dichotomie d'analyse secondaire

30. Au titre des dichotomies d'analyses secondaires intervenant dans cette étude, celle de « convergence/divergence » mérite d'être expliquée pour la compréhension de notre grille d'analyse sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif. La

³² ADAMCZEWSKI Georges, « Qu'est-ce qu'un concept ? », *EISTI*, Laboratoire Lassi, version numérique, Juin 2004.

³³ CHARTRAND Suzanne, DE KONINCK Godelieve, « La clarté terminologique pour plus de cohérence et de rigueur dans l'enseignement du français (suite) », *Revue Québec français*, Été 2009, n° 154, version numérique, p. 143.

³⁴ ZEMMOUR Eric, *Z comme Zemmour*, Cherche Midi éd., 2011, p. 121.

« convergence » relève de « l'action de converger », c'est-à-dire l'action de « se diriger vers un même point »³⁵. Par opposition, la « divergence » est « le fait de diverger »³⁶, à savoir de s'écarter de quelque chose. Notre approche de l'émergence du « concept de marché public » intègre dans une certaine mesure cette dichotomie « convergence/divergence », dans le sens où les régimes juridiques des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures se rapprochent sur certains points et s'éloignent sur d'autres.

§ 2 : L'imbrication du raisonnement

31. La problématique de cette étude réside dans la mise en évidence du processus d'abstraction juridique à l'origine de la conceptualisation des marchés publics en droit administratif postrévolutionnaire. La réponse à cette problématique se fera dans le champ du droit administratif français moderne, tel qu'il va s'élaborer dès 1789. La notion de marché telle qu'elle est déjà appréhendée par les textes de la période révolutionnaire est le point de départ, de référence de cette étude sur les étapes juridiques menant à la conceptualisation des marchés publics. On pourrait résumer cette problématique par une phrase interrogative directe synthétique : *quels processus juridiques interagissent dans le passage d'une notion de marché au concept de marché public en droit administratif ?*

32. Cette étude doit être appréhendée selon un mode d'exposition réflexive circulaire, c'est-à-dire que la compréhension de chaque chapitre isolé est décuplée par la connaissance de l'ensemble³⁷. En ce sens, une annonce de plan explicative de notre raisonnement global s'impose dans cette introduction générale. La réponse à notre problématique, cristallisée par le plan de cette étude, ne repose pas exactement sur une dichotomie *stricto sensu*, mais plutôt sur une complémentarité, une imbrication des notions de fondement et de construction. Cela se matérialisera dans les chapeaux introductifs des deux parties de cette étude, mais pour synthétiser notre approche : le fondement revêt l'aspect d'un socle imprimant une stabilité dans la durée, renvoyant à une base, comme des fondations ; alors que la construction relève d'une mise en mouvement sur cette base d'un

³⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit., 9^e éd., version numérique, 1992.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Le philosophe Jean-Claude MICHEA, dans le prologue de son ouvrage, « *Impasse Adam Smith* » (Champs essais, 2010, p. 8), précise que les exemples les plus classiques de mode d'exposition circulaire sont : *La phénoménologie de l'esprit*, d'HEGEL et *Le Capital*, de MARX.

vaste processus d'abstraction de la notion postrévolutionnaire de marché, s'acheminant vers le concept de marché public.

33. La notion juridique de marché n'est pas apparue *ex nihilo* dans le droit de l'Administration révolutionnaire. Cette notion trouve une base conceptuelle originale majeure dans le régime historique de passation des travaux publics prérévolutionnaire (**Chapitre introductif**).

34. Pour comprendre les étapes de la conceptualisation des marchés publics tels que nous les appréhendons aujourd'hui, il faut analyser sur quoi repose leur conceptualisation en droit administratif. Tout d'abord, le point départ de la conceptualisation des marchés publics va reposer sur des fondements conceptuels (**Partie I**). Cette combinaison, associant fondement et concept, reste proche de la pensée kantienne. Dans le schéma de réflexion kantien, le concept et l'analyse des fondements occupent une place importante³⁸. Ces fondements conceptuels vont se subdiviser en deux catégories selon le critère de leur importance. Les fondements conceptuels à caractères principaux (**Titre I**), que sont les marchés de travaux publics (**chapitre 1**) et les marchés de fournitures (**chapitre 2**), les fondements conceptuels à caractères complémentaires dans l'émergence du concept de marché public (**Titre II**), que sont les marchés de services, de transports (**chapitre 1**), et les marchés des collectivités locales (**chapitre 2**). Comme toute construction conceptuelle, le marché public repose sur des fondements issus d'une pratique administrative postrévolutionnaire. Mais ce que nous qualifions de fondements conceptuels des marchés publics ne sont qu'un des deux éléments conditionnant l'émergence conceptuelle des marchés publics, c'est-à-dire les objets juridiques, qui par leur abstraction, généralisation, conceptualisation et théorisation par les sources d'élaboration du droit administratif postrévolutionnaire, vont constituer le socle sur lequel la conceptualisation des marchés publics va s'opérer.

35. Puis, la construction des marchés publics va s'élaborer sur les fondements conceptuels de l'émergence des marchés publics (**Partie II**). En effet, la définition du « fondement » – en s'appuyant sur une définition métaphorique maçonnique, « ouvrage en maçonnerie qui

³⁸ Voir notamment : KANT Emmanuel, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, 1785.

sert de base à un édifice, à une construction (...)»³⁹ – implique, sous-tend, nécessite la construction ultérieure d'une œuvre conceptuelle. Cette construction se fera au travers d'une matrice conceptuelle des marchés publics, à savoir au travers du processus d'abstraction du contrat administratif (**Titre I**), concept générique de droit administratif, dont la notion de marché est le principal pilier conceptuel, dès le XIXe siècle. L'abstraction du contrat administratif est appréhendée au travers des matériaux théoriques postrévolutionnaires (**chapitre 1**) qui vont permettre la théorisation de ces contrats dans la première moitié du XXe siècle (**chapitre 2**). Cette dynamique conceptuelle conditionne l'émergence du concept de marché public (**Titre II**), laquelle passe par une gestation conceptuelle (**chapitre 1**), entraînant une naissance en tant que concept de droit administratif (**chapitre 2**).

³⁹ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, 9^e éd., version numérique, 1992.

Chapitre introductif : La maturité juridique de la passation des travaux publics prérévolutionnaires

« C'est un problème de tous les temps et de toutes les civilisations et qui se pose pour toutes les sociétés que celui de l'exécution de travaux ou d'entreprises ou de fournitures intéressant les collectivités humaines (...) »⁴⁰.

Gabriel LEPOINTE, professeur à la faculté de droit de Paris.

36. La notion juridique de travaux publics est à la fois très ancienne et relativement récente, suivant l'acception donnée. Au sens large, il y a depuis des temps presque immémoriaux, des travaux que l'on peut qualifier de publics, c'est-à-dire des travaux destinés à une collectivité humaine. Pour illustrer ce propos, on peut citer les Pyramides construites sous les Pharaons qui leur ont survécu jusqu'à aujourd'hui, ou les Pyramides des Aztèques. Cependant, les premiers à nous laisser une ébauche de théorisation de cette notion sont toujours les Grecs et les Romains de l'Antiquité (**Section 1**). Par la suite, l'influence la plus importante, de par son intensité autant que de par sa proximité, est celle de l'Ancien Régime (**Section 2**), dont l'apport est majeur. L'importance de ces diverses origines de pratiques et d'ébauches de théorisation a inévitablement influencé les juristes de droit public postrévolutionnaire.

Section 1 : Les travaux publics dans l'Antiquité

37. Si on appliquait le célèbre adage, « il faut rendre à César, ce qui est à César », de manière générale, il faudrait rendre un nombre important de nos notions et concepts juridiques modernes (§ 2). Et si les Romains devaient restituer certains de leurs emprunts juridiques à quiconque, ce serait d'abord aux Grecs anciens (§ 1).

§ 1 : Les travaux publics dans la Grèce antique

⁴⁰ LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, op. cit., p. 13.

38. Les Grecs de l'Antiquité ont laissé maintes traces visibles de leurs ouvrages publics dans les cités qui ont formé la Grèce antique. Un des monuments les plus célèbres est l'Acropole d'Athènes qui a traversé les siècles pour attester de la qualité de construction des ouvrages publics de cette époque. Dans cette réflexion juridique sur la construction conceptuelle des marchés publics, on peut se poser la question de savoir quelles règles encadraient la construction de ces monuments qui perdurent jusqu'à nos jours. Rodolphe DARESTE de LA CHAVANNE dresse un mémoire des plus complets pour rapporter ce qu'étaient les marchés de travaux publics chez les Grecs antiques, notamment au travers des écrits de PLATON. Cela atteste d'un intérêt certain de la doctrine administrativiste du XIXe siècle pour le droit public antique et ses procédés.

A) Les travaux publics dans la Grèce antique sous la plume de PLATON

39. C'est le *Traité des Lois* de PLATON qui nous livre une des premières appréhensions des travaux publics de la Grèce antique. PLATON s'attache essentiellement dans celui-ci au contrat d'entreprise, à rapprocher de nos marchés. Il considère ainsi l'entreprise comme une sorte de vente, ayant pour objet la chose que l'entrepreneur s'engage à produire. L'entrepreneur joue le rôle de vendeur, et par la suite, c'est lui qui va fixer le prix de la chose en question. L'objet de la vente n'existant pas encore au moment du contrat, il faut que l'une des deux parties fasse crédit à l'autre. Il y a donc deux cas à considérer suivant que le maître fait l'avance du prix, ou que l'entrepreneur fait l'avance de son travail. Dans le premier cas, l'entrepreneur doit livrer son travail dans le temps convenu. S'il est en retard par sa faute, il doit rendre le prix et achever gratuitement l'ouvrage promis. Dans le second cas, le maître doit payer au terme convenu. S'il est en retard, le maître est condamné au double et au-delà d'un an, il doit l'épobélie, c'est-à-dire une obole par drachme et par mois au titre d'intérêts moratoires⁴¹. On peut faire le parallèle ici, avec la clause pénale habituellement stipulée dans les contrats d'entreprise, dont l'usage était beaucoup plus fréquent chez les contemporains de Platon que ceux de DARESTE de LA CHAVANNE⁴².

40. C'est tout ce que nous saurions sur les contrats d'entreprise visant à la réalisation des travaux publics chez les Grecs anciens, si nous nous arrêtons à la plume de Platon.

⁴¹ PLATON, *Traité des Lois*, Livre XI, Chap. V, p. 921.

⁴² DARESTE de LA CHAVANNE Rodolphe, « Mémoire sur les entreprises de travaux publics chez les Grecs », in « *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques en France* », 1877, p. 1.

B) Les travaux publics de la Grèce antique « gravés dans les roches »

41. Durant la deuxième moitié du XIXe siècle, des textes gravés dans des pierres datant de l'Antiquité grecque ont été découverts et déchiffrés, ce qui permit de connaître les règles encadrant les contrats publics chez les Grecs antiques, au premier rang desquelles, on place le *Corpus inscriptionum graecarum*, de BOECKH. Il comprend deux inscriptions déchiffrées, l'une est le cahier des charges de l'entreprise de réparation du Temple de Délos⁴³, et l'autre est un contrat de concession des réparations à faire au Théâtre du Pirée⁴⁴. D'autres textes importants furent trouvés par la suite permettant de réaliser une synthèse relativement complète des règles du droit grec en matière de travaux publics.

42. Les marchés se passent, en principe, avec publicité et concurrence. La concurrence s'exprime via une adjudication au rabais, portant soit sur le prix, dans le cas d'un marché ordinaire, soit sur la durée de la concession ou le prix du fermage, lorsque l'entrepreneur reçoit en paiement de son travail, la jouissance des constructions pendant un certain temps. La procédure de l'adjudication a lieu tantôt devant le peuple, tantôt devant des commissaires nommés à cet effet. Dans le cas particulier d'Athènes, elle se passait plutôt au Tribunal des commissaires. Pour ce qui est de la forme du contrat, dès qu'il est formé, il est gravé sur une pierre, tout comme le devis. L'adjudicataire doit fournir des cautions. Pour le paiement, à partir du moment où l'entrepreneur a fourni ses cautions, il reçoit la moitié du montant de l'adjudication, déduction faite d'un dixième de garantie. Lorsque les travaux sont avancés au tiers, l'entrepreneur reçoit encore un quart du prix. Le dernier quart lui est remis, quand les travaux sont au deux tiers terminés. Enfin il reçoit le dixième, retenu pour garantie, quand les travaux ont été terminés et reçus. Le paiement est réalisé par les commissaires, qui, en cas de retard, sont personnellement condamnés envers l'entrepreneur à une somme égale à celle non payée dans le temps imposé. Le prix d'adjudication est irrévocablement fixe, une fois établi. Lorsque les travaux sont terminés, on procède à leur réception. Dans tous les cas, l'entrepreneur est tenu d'entretenir ses travaux et en répond jusqu'à leurs réceptions définitives. La police des contrats appartient aux commissaires, qu'on peut qualifier de véritable juridiction, compte tenu que leur

⁴³ BOECKH, *Corpus inscriptionum graecarum*, t. 2, p. 220, n°2266.

⁴⁴ BOECKH, *Corpus inscriptionum graecarum*, op. cit., t. 1, p. 140, n°102.

compétence s'applique à toutes les questions contentieuses émanant des marchés de travaux publics⁴⁵.

43. Les travaux publics, dans la Grèce antique, le corpus de règles, qui encadre leur réalisation, est d'une modernité surprenante. Ils utilisent le procédé de l'adjudication dans le choix des entrepreneurs de travaux publics, leur mécanisme de paiement du prix est assez élaboré, ainsi que leur mécanisme de réception. Les commissaires assurent même les questions contentieuses découlant de la passation de leurs marchés de travaux publics, le tout bien avant notre ère. De par leur proximité historique, les Romains furent les premiers inspirés par ce droit « public » très élaboré pour des temps aussi lointains.

§ 2 : Les travaux publics dans la Rome antique

44. Une des meilleures manières d'appréhender concrètement l'influence des travaux publics dans la Rome antique est de contempler des monuments comme le Pont du Gard, les Arènes de Nîmes, pour les Languedociens, ou beaucoup d'autres datant de l'époque romaine dans tout le bassin méditerranéen, jusqu'à la limite de l'Écosse avec les ruines du mur d'Hadrien.

45. Les recettes de la République se pratiquaient de façon indirecte, ses dépenses aussi. Ainsi les travaux publics de cette époque étaient mis en ferme de même que les impôts. Le marché était exactement inverse de la perception d'une recette. En effet, l'*oerarium* fournissait une somme fixe au moins-demandant, qui se chargeait d'exécuter le travail à ses frais et à ses risques. Dès les premiers temps, les censeurs eurent dans leurs attributions, avec la *locatio vectigalium*, celle des *ultratributa*, ou sommes destinées au service public. Ils consistaient dans l'entretien des temples, des monuments, et des divers bâtiments publics⁴⁶. À côté de ces entretiens de moindre envergure, les censeurs mirent en adjudication des travaux extraordinaires pour l'époque. Cela correspondait à des édifices comme des temples, des monuments divers, et même des aqueducs tel le Pont du Gard précédemment évoqué. Ajoutés à ces grands travaux, de plus petits mais non moins

⁴⁵ DARESTE de LA CHAVANNE Rodolphe, « Mémoire sur les entreprises de travaux publics chez les Grecs », *op. cit.*, pp. 2-6.

⁴⁶ *Ibid*, p. 50.

importants tels des services en tous genres, comme par exemple, le curage des rivières⁴⁷ etc. Tous ces travaux d'intérêt collectif se faisaient aux frais de l'État, le système athénien des liturgies⁴⁸ n'ayant pas pénétré Rome. Pourtant sans faire de généralités, des particuliers prirent l'initiative de doter à leurs frais la République d'une route ou d'un monument. Ce ne sont que des initiatives ponctuelles mais qui méritent d'être mises en lumière, elles permettaient à leurs auteurs de se rendre populaires et de se faire bien voir des pouvoirs publics⁴⁹.

46. L'entreprise se nommait par le terme technique de *redemptio* et l'entrepreneur s'appelait le *redemptor*. L'adjudication des travaux se faisait comme pour les *vectigalia* : il y avait une *lex* rédigée par les censeurs à chaque lustre, et modifiée par eux suivant les besoins. Les censeurs pouvaient, dans certaines limites, écarter de l'adjudication certaines personnes, ou même leur interdire de s'associer avec le *redemptor*, de prendre une part dans l'entreprise, ou encore de sous-traiter avec lui. L'entrepreneur des travaux dans ces cas subissait probablement une perte totale, dans le sens où il ne recevait rien de l'État. La perte partielle quant à elle, il devait la supporter dans le sens où il devait la réparer. Pour ce qui était du mode de paiement, l'argent lui était payé comptant, ou par termes, l'un avant les travaux, l'autre après. Lorsque les dépenses dépassaient les évaluations, aucun surplus ne lui était alloué. Il faisait son bénéfice des matériaux de démolition non employés. Un terme lui était fixé pour livrer, terme parfois prorogé par faveur⁵⁰. Les conditions de réalisation des travaux étaient imposées à l'entrepreneur. On peut citer comme exemple notoire la *lex Puteolana parieti reficiundo*, qui détaille avec précision toutes les parties de la construction. La clause principale du contrat de travaux était celle par laquelle le magistrat se réservait le droit de recevoir⁵¹ et d'approuver⁵² les travaux. La pratique de la réception des travaux est un héritage du droit romain qui perdure jusqu'à nos jours dans le droit des marchés publics actuel. Sauf qu'à l'époque romaine, l'entrepreneur était à la merci du magistrat en charge de la réception des travaux, alors que dès le XIXe

⁴⁷ En latin : *flumina retanda*.

⁴⁸ La liturgie est, en Grèce antique, un service public mis en place par la cité et que les plus riches (citoyens ou métèques), avec plus ou moins de bonne volonté, financent et gèrent avec leur fortune personnelle. Elle trouve sa légitimité dans l'idée que « la richesse personnelle n'est possédée que par délégation de la cité. » Le système liturgique remonte aux premiers temps de la démocratie athénienne, et tombe progressivement en désuétude à la fin du IVe siècle av. J.-C. et à l'époque hellénistique face au développement de l'évergétisme. D'après Marie-Françoise Baslez (dir.), *Économies et sociétés-Grèce ancienne 478-88*, Atlande, Paris, 2007.

⁴⁹ DARESTÉ de LA CHAVANNE Pierre, *Des contrats passés par l'État en droit romain et en droit français*, A. Derenne éditeur, thèse de droit, Faculté de Paris, 1875, p. 51.

⁵⁰ *Ibid*, p. 52.

⁵¹ En latin : *exigere*.

⁵² En latin : *probare*.

siècle, les entrepreneurs ont disposé de voies de recours contentieuses. Dans le cas où les travaux n'étaient pas reçus, ils étaient réadjudgés à un nouvel entrepreneur aux frais du premier.

47. Pour ce qui est des modalités d'exécution des travaux publics, les corvées ont été un procédé généralisé pendant l'Antiquité. Il est des peuples qui, comme l'Égypte sous les Lagides comme sous les Pharaons⁵³, n'ont pas connu d'autre procédé que la corvée pour accomplir, entre autres, les célèbres pyramides. À Rome, la corvée reparut avec le Bas-Empire, le Code Théodosien en traite longuement. Outre le procédé de la corvée, le *redemptor* faisait exécuter les travaux soit par des esclaves, soit par des ouvriers engagés. Les relations du *redemptor* avec ses travailleurs ne regardaient pas l'État, contrairement aux travaux publics du XIXe siècle où l'État avait un droit de regard sur les conditions de travail. Souvent il y avait sous-traitance, procédé beaucoup utilisé à l'Époque moderne. Devant les citoyens, l'entrepreneur apparaissait comme un intermédiaire, du fait qu'il était chargé d'un service public qui ne pouvait pas être laissé entièrement à sa discrétion. En effet, le cahier des charges devait lui prescrire certaines conditions de la même manière que l'État, dès le XIXe siècle, impose les siennes aux Compagnies de chemin de fer⁵⁴. Il faut souligner que l'exécution de grands travaux devait souvent amener des conflits avec la propriété privée. Dans ce cas de figure, c'était le rôle de l'édit du préteur de les prévenir et de trouver une solution⁵⁵.

48. En conclusion, les différents types de contrat romain sont tous basés sur une pratique contractuelle dont Rome maîtrisait bien les subtilités. Ces contrats romains parmi lesquels, ceux permettant la réalisation de travaux publics, ont laissé à notre droit des contrats administratifs un héritage conséquent. Ainsi, la plupart des procédés utilisés aujourd'hui dans la passation et l'exécution des travaux, trouvent une origine dans les marchés de travaux publics des Romains. Les travaux publics romains sont incontestablement ceux qui nous laissent le plus de traces dans tout le bassin méditerranéen, au travers de très nombreux vestiges et monuments antiques. Mais au-delà des constructions matérielles monumentales que les Romains nous ont léguées, leur héritage réside en des notions

⁵³ LUMBROSO Giacomo, *Économie politique de l'Égypte sous les Lagides*, Bocca frère éditeurs, 1870, p. 18.

⁵⁴ DARESTE de LA CHAVANNE Pierre, *Des contrats passés par l'État en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 53.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 54.

juridiques qui s'avèrent être les fondements de notre droit français, et plus particulièrement notre droit des marchés publics.

Section 2 : Les travaux publics sous l'Ancien Régime en tant que source originaire des marchés publics français

49. Autant les sources de droit romain de nos marchés de travaux publics ne posent aucun problème de paternité, autant les sources de l'Ancien Régime sont plus difficiles à assumer par une partie de la doctrine postrévolutionnaire. En effet, l'idée que la Révolution a fait « table rase » de la France de l'Ancien régime est ancrée dans les esprits, perpétuée par nos programmes scolaires et une certaine vision idéologique de notre histoire mythifiant la Révolution de 1789. Concernant la question juridique des travaux publics, la Révolution de 1789 est plus assimilable à une synthèse écrite d'un droit essentiellement coutumier de la monarchie, qu'à une table rase utopique.

50. Ainsi, à toutes les heures de l'histoire de France, les pouvoirs politiques, qu'ils soient déjà structurés en État ou qu'ils en soient très loin, ont eu besoin de construire des ouvrages pour des usages plus ou moins collectifs. Les premières dynasties, mérovingienne et carolingienne⁵⁶, comme une partie de la dynastie capétienne, ont eu une conception patrimoniale du royaume, qui n'enlève rien à leurs besoins en travaux. En d'autres termes, les monarques des premiers temps géraient le royaume comme étant leur propriété privée, les grands du royaume agissaient de même sur leurs fiefs. De ce fait, les travaux servaient à des besoins collectifs dans une certaine mesure, mais étaient plus des travaux privés que publics. Gabriel LEPOINTE souligne que ce « caractère patrimonial » du royaume, conditionne que les travaux publics de cette période, prennent une « prédominance d'allure individuelle ». Il conclut en disant qu'à ce stade historique « nous sommes à l'opposé d'un concept de marché administratif d'un État »⁵⁷.

⁵⁶ « Au cours de l'époque franque, les travaux publics sont déjà effectués comme ils le seront par la suite pendant si longtemps au Moyen-Age sous la forme de corvées de manants appartenant au commun peuple ou aux serviteurs et esclaves. La charge financière est résorbée sinon même transformée en un profit fiscal que facilite l'exploitation domaniale caractéristique de l'économie du temps, par des péages et des taxes sur les usagers ». LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, op. cit., p. 11.

⁵⁷ LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, op. cit., p. 17 : « (...) Il ne s'agit là que d'opérations limitées, émanant d'individus. Pourtant nombre d'entre elles, transposées à notre époque, ne feraient-elles pas l'objet de marchés au profit de la personne publique qui a remplacé le seigneur d'antan ? Mais si nous nous tournons vers les travaux ayant directement un intérêt

51. Pour que l'on puisse parler de travaux publics selon un sens qui se rapproche de notre conception moderne, il faut attendre la disparition progressive de cette patrimonialité du royaume, l'émergence d'un embryon d'État à même d'enfanter une administration quasi structurée. À ce stade seulement, on peut qualifier les travaux réalisés pour les pouvoirs politiques de « publics », en tant que notion approchant notre conception moderne (§ 1). Il n'est pas inapproprié de dire que, dans le dernier siècle de l'Ancien Régime, dans la Généralité de Paris plus qu'ailleurs en France, il y avait la réalisation de travaux « publics » dont la pratique juridique a inspiré les Révolutionnaires et l'Administration pour engendrer un régime juridique de travaux publics modernes, à partir de la Révolution de 1789 (§ 2).

§ 1 : L'appréhension des travaux publics sous l'Ancien Régime, source juridique des travaux publics postrévolutionnaires

52. Afin de bien appréhender l'influence que les travaux publics sous l'Ancien Régime ont eu sur les modernes, il faut décrire les grandes lignes de la formation des contrats de travaux publics de la Monarchie essentiellement dans la Généralité de Paris. Il est logique de centrer l'étude sur Paris, car même si sous l'Ancien régime les législations variaient d'une généralité à l'autre, à partir de 1789, le centralisme se fit autour de/par Paris. La situation de « Paris et le désert français » étant en ligne directe fille de 1789, la Monarchie n'a guère dépassé le stade d'une volonté de centralisme avec le système des Intendants.

A) Les caractéristiques générales des contrats de travaux publics sous l'Ancien Régime dans la Généralité de Paris

53. Il est important de clarifier d'entrée un malentendu qui pourrait persister. Les travaux publics, à cette époque, ne sont pas des contrats administratifs au sens moderne du terme, le droit public et plus particulièrement le droit administratif n'en étant qu'à un stade embryonnaire. Les contrats prévoyant l'exécution de travaux publics relevaient d'une pratique contractuelle privatiste de droit commun, comme c'était le cas aussi en droit romain. Les contrats ont donc un caractère synallagmatique et commutatif devant remplir

collectif, la même idée se retrouve, la même allure domaniale et patrimoniale. Tel est le cas de la voirie : routes et chemins sont la propriété du seigneur comme la terre cultivée elle-même ».

les conditions de validité du droit commun des obligations, à savoir, la capacité de contracter des parties au contrat, un objet licite et moral, une absence de vices du consentement. Les contrats utilisés par l'Administration monarchique pour pourvoir à ses besoins en travaux sont des contrats de droit privé, l'ancien droit administratif n'en étant qu'à ses débuts⁵⁸. Avant 1789, l'Administration du Roi appliquait un droit commun, à savoir, un droit essentiellement privatiste⁵⁹.

54. Le fait de parler d'administration est un terme générique. Il faut, pour bien appréhender les travaux publics sous l'Ancien Régime, identifier clairement l'autorité administrative compétente pour la formation des contrats, à savoir, le Conseil d'État du Roi⁶⁰. Il était compétent pour accorder les autorisations de travaux et donc, conclure les contrats correspondants aux besoins. La justification de la compétence du Conseil d'État du Roi en cette matière est assez facilement compréhensible. En effet, les contrats en question engageaient, soit les finances royales dans le cas de constructions de monuments, aménagements de voirie *etc.*, soit les finances des villes et communautés d'habitants concernant des travaux variés. Ainsi, on conçoit facilement qu'une dépense d'importance ne puisse être imputée sur le Trésor Royal sans autorisation royale et donc, sans autorisation du Conseil du Roi⁶¹. Les villes et communautés d'habitants ne pouvaient pas engager de grosses dépenses sans l'aval de l'autorité de tutelle, elles étaient sous un régime de tutelle administrative⁶².

55. La formation des contrats passés par et pour l'Administration afin de pourvoir à ses besoins en travaux, se subdivise en deux phases principales. D'un côté, la phase où l'Administration arrête les conditions suivant lesquelles elle veut contracter, et de l'autre, la manière de désigner l'entrepreneur qui pourra au mieux la satisfaire.

⁵⁸ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, LGDJ, Thèse droit, Paris, 1984, p. 164.

⁵⁹ BIGOT Grégoire, « La difficile distinction droit public/droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Revue Droits*, n° 38, 2003, p. 97 et suiv. Il y démontre que « le binôme droit public / droit privé, en tant qu'il recouvre une distinction d'objets (États/particuliers) et de règles positives (droit public administratif/droit civil) est essentiellement une création de notre enseignement du droit qui s'est cristallisée dans les manuels à l'entame du XXe siècle, et tout particulièrement dans les ouvrages de droit public administratif (...) » p. 97.

⁶⁰ BARBICHE Bernard, « Le Conseil du Roi dans tous ses états », *La Revue Administrative*, numéro spécial le Conseil d'État avant le Conseil d'Etat, 1999.

⁶¹ Pour illustration : « Lettres patentes sur arrêt concernant le rétablissement du mur le long de la route de Versailles » le 14 mai 1785 : « Louis, etc. Ordonnons que la somme de quatorze mille deux cent quarante neuf livres, un sol, dix deniers montant des dits ouvrages, qu'il nous a plu faire verser par le garde de notre Trésor Royal en exercice, dans la caisse de notre trésorier général des Ponts et Chaussées et pavé de Paris, qui sera arrêté en notre Conseil pour l'année mil sept cent quatre vingt deux, et en dépense pour les dits ouvrages, et que lad. Somme... soit payée par ledit Trésorier général de nos Ponts et Chaussées, à l'entrepreneur desdits ouvrages à fur et mesure de leur avancement, sur les certificats de Sr Chezy, Inspecteur général du Pavé de Paris. » - Archives Nationales Q1 1120.

⁶² MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, p. 118.

1) Le formalisme de l'Administration royale

56. L'Administration royale faisait connaître son intention de contracter grâce à une déclaration unilatérale de volonté. Cette déclaration avait pour base l'acte qui révélait la décision de contracter. Dans la plupart des cas, la déclaration prenait la forme d'un arrêt du Conseil du roi pour les travaux et ouvrages supportés par le Trésor Royal. Tandis que dans le cas des ouvrages financés par les municipalités ou les communautés d'habitants, la responsabilité des décisions revenait aux instances locales, à savoir le Bureau de la Ville ou l'Assemblée générale des habitants. Déjà sous l'Ancien Régime, se distingue le niveau de passation des travaux publics, s'ils sont au profit de l'Administration royale centrale ou de l'Administration de communes ou provinces. Sachant que ces instances locales devaient obligatoirement être approuvées par les autorités de tutelle, pour l'essentiel les Intendants du roi. Sauf lorsque survenaient de nouvelles charges financières dans l'exécution du contrat qui nécessitent une approbation des services du Contrôle général, en d'autres termes, cela impliquait une décision finale du Conseil. C'était une volonté du pouvoir royal central de contrôler les communes sous couvert d'une apparence d'autonomie. On retrouve cette volonté de centralisme de la royauté que les Révolutionnaires mettront en œuvre dans leurs desseins.

57. Ensuite, pour la phase de l'exécution, cela nécessitait l'envoi de l'arrêt en suivant un formalisme précis⁶³, qui pouvait prendre deux aspects selon que les contrats de travaux publics avaient une incidence sur le public, ou qu'ils ne concernaient que des rapports internes de l'Administration. Dans ce deuxième cas de figure, le sceau n'était *a priori* jamais utilisé. Ainsi, le Contrôleur général des finances se contentait la plupart du temps d'une simple expédition de l'arrêt du Conseil à l'Intendant hors les murs, ou bien au Lieutenant général de police⁶⁴, ou encore au Trésorier-Commissaire chargé des Ponts et Chaussées ou du Pavé de Paris. Il faut ajouter à cela l'accompagnement d'une lettre d'envoi et l'exigence d'un accusé de réception, pour valider l'exécution de l'arrêt en question. La grosse qui était ainsi adressée au commissaire du roi lui fournissait un titre

⁶³ *Ibid.*, p. 165.

⁶⁴ Arrêt du Conseil d'État du Roi du 2 Septembre 1723, pour les baux de nettoyage de certains quartiers de Paris. Cette décision relève uniquement de l'administration puisqu'ils sont supportés par le Trésor royal : « Veut et ordonne Sa Majesté que lesdits entrepreneurs soient continués dans la jouissance de leurs baux pendant les temps et qu'ils soient payés par les trésoriers de police en exercice à raison de deux mille livres par an pour chaque tombereau, en vertu du présent arrêt que Sa Majesté veut et entend estre exécuté nonobstant oppositions, appellations ou empechemens quelconques pour lesquels ne sera différé et dont sy aucuns interviennent Sa Majesté s'en est réservé et à son conseil la connoissance, icelle interdisant à toutes ses autres cours de juger. » Archive Nationale E 2044, fol. 524-525.

authentique pour agir. Elle avait pour fonction de légitimer l'exécution qui s'ensuivait⁶⁵. Cette procédure était utilisée pour toutes les décisions concernant des contrats ayant trait au fonctionnement interne de l'Administration.

58. Dans le cas de figure des contrats qui touchaient le public, c'est-à-dire essentiellement les intérêts des particuliers, la procédure ne pouvait pas être aussi simpliste que lorsque les contrats avaient trait au fonctionnement interne de l'Administration. En ce cas, il fallait en théorie revêtir l'arrêt de lettres patentes. Mais dans la pratique, les ministres, en suivant cette procédure, s'exposaient à la censure impitoyable des cours souveraines : Parlements et Cours des comptes. Donc, on ne pouvait suivre cette procédure sous peine de paralyser toute action administrative, dès qu'elle se heurterait aux droits des particuliers, ou des villes et communautés d'habitants⁶⁶. À côté de cas de figures précis, il faut retenir que l'arrêt était simplement envoyé sans utilisation du sceau, lorsque le projet dépendait des finances du Trésor ou des finances parisiennes, et qu'il ne touchait en rien aux intérêts privés du royaume. Par contre, il faut noter qu'à partir des édits de 1764 et 1765, l'arrêt est obligatoirement revêtu de lettres patentes, quand le projet était financé par les municipalités. L'utilisation du procédé des lettres patentes impliquait que l'arrêt devait être enregistré par les Parlements. Ce formalisme peut toutefois varier en fonction de certains critères comme le mode d'attribution du marché : adjudication publique, gré à gré.

59. Pour ce qui est de la valeur juridique de l'offre de contracter de l'Administration, elle était relativement incertaine. En effet, l'Ancien droit français de l'Administration ne donnait pas de réponse ferme à cette question, pourtant légitime⁶⁷. Les seules règles applicables dans ce cas de la formation d'un contrat par l'échange des volontés des cocontractants semblent provenir directement des règles romaines relatives au contrat consensuel⁶⁸. La source originelle des législations sur les travaux publics semble toujours provenir des Romains.

60. Au final, nul ne peut contester que les contrats de travaux publics du dernier siècle de l'Ancien Régime obéissaient à un formalisme administratif bien établi et précis. Ces

⁶⁵ ANTOINE Michel, *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*, Droz, Genève, p. 545.

⁶⁶ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 131.

⁶⁷ *Ibid*, p. 165.

⁶⁸ *Ibid*, p. 166.

mécanismes formalistes permettaient à la décision administrative de s'exprimer afin d'obtenir des réponses adéquates. L'enjeu, à partir de là, est pour l'Administration de faire le bon choix parmi les réponses⁶⁹.

2) Le choix de l'entrepreneur de travaux par l'Administration

61. Conformément à la volonté de rendre à César ce qui lui appartient, il faut reconnaître à SULLY et COLBERT qu'ils ont contribué à fixer un bon nombre de règles du droit des travaux publics, dont un certain nombre rayonne encore dans notre droit contemporain des marchés publics. Pour COLBERT, le principe qui doit prévaloir est le procédé de l'adjudication au rabais, car il a une grande défiance à l'égard de l'exécution des travaux en régie⁷⁰. Un des points les plus importants pour la bonne exécution d'un contrat visant à combler un besoin en travaux de l'Administration est le bon choix des entrepreneurs qui vont réaliser les travaux publics. Le but était d'obtenir « des conditions avantageuses au Roi⁷¹ ». COTELLE disait du Contrôleur général des finances de Louis XIV, COLBERT, « qu'il dirigeait les hautes facultés de son esprit vers le double soin de réduire les dépenses du Roi et d'accroître les recettes du Trésor »⁷². C'est dans cet esprit, qu'ont été introduites la publicité et la forme des adjudications dans les fermes du Roi⁷³. Par cette expérience, fut mis en évidence l'impact de cette mesure en terme économique, entraînant un accroissement subit et progressif des prix de ferme.⁷⁴ Une autre personnalité de génie, qui marqua le règne de Louis XIV, joua lui aussi un rôle important en interaction avec COLBERT, dans les évolutions touchant la passation des contrats de travaux publics. De par sa charge de travaux de construction d'un grand nombre de villes de guerre, et autres places fortes, il évalua mieux que quiconque l'ampleur des dépenses de ce service. Il avait comme Colbert un souci d'alléger le fardeau que représentaient ces travaux pour les finances du Roi, si les règles établies en la matière n'évoluaient pas. Toujours en ce sens, VAUBAN institua des concours annoncés par affiches, il ouvrit ainsi la voie de la publicité⁷⁵ des marchés de travaux publics et des soumissions au rabais, qui ne tardèrent

⁶⁹ *Ibid*, p. 168.

⁷⁰ *Ibid*, p. 168.

⁷¹ PETOT Jean, *Histoire de l'administration des ponts et chaussées : 1599-1815*, Thèse droit, Paris, 1956, p. 88.

⁷² COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. 3, Livre XI, Chap. 1, § 12, p. 7.

⁷³ C'est-à-dire les gabelles, les aides, et les cinq grosses fermes dont le produit, à prix fait, était le plus clair et le plus net, comme le plus considérable des revenus de la couronne.

⁷⁴ COLBERT, *Dépêches concernant les ponts et chaussées*, Annales, t. 1, 1851, p. 123.

⁷⁵ La publicité est aujourd'hui une condition de légalité importante de notre droit des marchés publics, permettant une matérialisation des principes fondamentaux des marchés publics de transparence et de mise en concurrence ; voir SARLANDIE de LA ROBERTIE Aloys, *La publicité des marchés publics*, Mémoire U.P.V.D, Sept. 2008.

pas à ramener les prix des ouvrages à des niveaux raisonnables, tout en laissant aux entrepreneurs un bénéfice suffisant⁷⁶. Le maintien d'un bénéfice suffisant pour les entrepreneurs était très important si l'Administration voulait toujours en trouver pour contracter avec elle, une donnée constante dans l'histoire des contrats administratifs jusqu'à nos jours.

62. C'est sur l'exemple de VAUBAN⁷⁷, que COLBERT, à la fin de sa carrière, prescrivait un usage des adjudications au rabais⁷⁸ ou à la moins dite pour choisir avec qui l'Administration allait contracter pour satisfaire au mieux ses besoins en travaux au meilleur tarif pour les finances du Roi.

63. Pour synthétiser, en matière de choix de l'entrepreneur dans les trois derniers siècles de l'Ancien Régime, trois règles de conduite s'imposent aux agents du pouvoir royal. Tout d'abord, les travaux à entreprendre doivent toujours être faits « d'après des devis spécifiant les dimensions et qualités des matériaux ». Ensuite, les entreprises sont « confiées par voie d'adjudication au rabais avec publicité et indication précise des lieux, quantités, natures et délais d'achèvement des ouvrages ». Enfin, seuls les entrepreneurs ayant « bonnes et suffisantes cautions » sont admis à concourir, sur les fondements de l'arrêt du Conseil du 13 janvier 1605 et les déclarations des 7 février 1608, 11 février 1698 et 7 juin 1708⁷⁹. DES CILLEULS souligne bien que ces règles ont été établies « pour une branche particulière de service », essentiellement la réalisation de travaux publics, mais « ces règles

⁷⁶ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, op. cit., p. 8.

⁷⁷ Pour illustrer l'intérêt que le maréchal VAUBAN portait à l'enjeu du perfectionnement des procédés de passation des contrats de travaux publics, il est intéressant de reproduire cette fameuse lettre qu'il écrit dans ce sens au ministre Louvois, en 1683 : « Monseigneur, il y a quelques queues d'ouvrages des années dernières qui ne sont point finies et qui ne finiront point, et tout cela monseigneur, par la confusion que causent les fréquents rabais qui se font dans vos ouvrages, car il est certain que toutes ces ruptures de marchés, manquements de paroles et renouvellements d'adjudications ne servent qu'à vous attirer comme entrepreneurs tous les misérables qui ne savent où donner de la tête : les fripons et les ignorants, et à faire fuir tous ceux qui ont de quoi et qui sont capables de conduire une entreprise.

Je dis plus qu'elles retardent et renchérissent considérablement les ouvrages qui n'en sont que plus mauvais, car ces rabais et bons marchés tant recherchés sont imaginaires, d'autant qu'il est d'un entrepreneur qui perd comme d'un homme qui se noie, qui se prend à tout ce qu'il peut : or, se prendre à tout ce qu'on peut en matière d'entrepreneur, c'est ne pas payer les marchands chez qui il prend les matériaux, friponner ce qu'il peut... n'employer que les plus méchants matériaux, chicaner sur toutes choses et toujours crier miséricorde contre celui-ci ou celui-là...

En voilà assez, Monseigneur, pour vous faire voir l'imperfection de cette conduite : quittez la et au nom de Dieu rétablissez la bonne foi, donnez les prix et les ouvrages et ne refusez pas un honnête salaire à un entrepreneur qui s'acquitte de son devoir, ce sera toujours le meilleur marché. »

⁷⁸ Un auteur du nom de PERRAUT nous rapporte une anecdote intéressante sur ce sujet : « En 1667, Louis XIV avait été visiter les fortifications dont Vauban dirigeait la construction ; frappé de l'ordre et de l'économie dans la dépense que présentaient ces travaux, du prix enfin auquel ils revenaient, il en parla à Colbert. Ce ministre sent le reproche et finit par proposer de donner à l'avenir tous les travaux au rabais ». in *De la possibilité de faciliter l'état général de la navigation*, par Fer de la Nouerre, 1786, t. I, p. 269.

⁷⁹ LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, op. cit., p. 27.

se généralisèrent ; on les appliqua aux travaux d'architecture, même d'intérêt local, et aux constructions militaires »⁸⁰.

B) Une pratique précocement moderne des marchés de travaux publics sous l'Ancien Régime

64. Sous l'Ancien Régime, les contrats de travaux publics poursuivaient l'objectif de satisfaire au mieux le besoin en travaux pour lequel ils étaient contractés, tout en respectant au mieux l'intérêt financier du Trésor Royal. En résumé, l'intérêt administratif devait s'équilibrer idéalement avec l'intérêt financier. Ceci semble être une constante dans la très longue histoire des contrats de travaux publics, de manière plus ou moins affirmée. C'était déjà assez vrai chez les Romains, très marqué sous l'Ancien Régime où le Trésor Royal durant longtemps s'assimilait aux finances du Roi, et toujours vrai de nos jours.

65. François MONNIER, dans sa thèse sur les travaux publics, note que les contrats de travaux publics, que passait l'Administration sous l'Ancien Régime, suivaient en tous points l'esprit de nos actuels contrats d'adhésion. Ainsi, l'offre de contracter que l'Administration présentait aux entrepreneurs avait ordinairement un caractère général et permanent et la supériorité de puissance de l'Administration ne cessait de se faire sentir tant au niveau de la conclusion des marchés qu'à celui de leur exécution. La discussion entre contractants en devenait illusoire. L'entrepreneur ou l'artisan, qui désirait conclure un contrat de travaux publics, était obligé de passer par les conditions dictées par l'Administration, voire de se plier à ses exigences ultérieures, même dommageables, sans qu'il lui fût possible *de facto* de s'en plaindre à une quelconque juridiction, de crainte de se voir écarter des offres à venir⁸¹.

§ 2 : Les modes d'attribution des marchés de travaux publics sous l'Ancien Régime en tant que source originare des modes de passation des marchés publics

⁸⁰ DES CILLEULS Alfred, *Origines et développement du régime des travaux publics en France*, Imprimerie nationale, 1895, p. 71. Il rappelle que « Colbert tint énergiquement la main à ce qu'on s'écartât point des maximes qui viennent d'être rappelées ».

⁸¹ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 163.

66. Sous l'Ancien Régime, à l'époque romaine ou aujourd'hui, le moment clé de la passation des marchés publics de travaux ou autres types de marchés est l'attribution du contrat à tel ou tel cocontractant de l'Administration. Le mode d'attribution est donc au centre de la passation des contrats de l'Administration.

A) L'adjudication publique sous l'Ancien Régime

67. Le mode d'attribution des contrats de travaux par le procédé de l'adjudication trouve ses fondements profondément ancrés, dans les pratiques contractuelles de l'Administration des Rois de France. Ce qui a commencé, par une pratique coutumière plus ou moins arbitraire au cas par cas, s'est ensuite étoffé, perfectionné, matérialisé par un écrit dans des textes réglementaires, pour devenir le procédé de « principe » d'attribution d'un contrat de l'Administration à un entrepreneur.

1) Des fondements coutumiers et réglementaires très ancrés

68. Ce mode d'attribution des contrats de travaux publics trouve ses racines dans les coutumes des premiers temps de l'Ancien Régime, qui fixaient des pratiques non contraignantes et peu rigoureuses. Mais, ce n'est que par la force de l'usage et de la pratique que des règlements écrits furent pris, afin de fixer plus clairement et de manière plus contraignante, le mode opératoire à suivre pour satisfaire les besoins de l'Administration royale.

69. Dès le XVII^e siècle, un arrêt du Conseil du Roi, en date du 10 septembre 1602, relatif aux réparations du pont de Nevers, annonce l'adoption d'un texte royal sur ce point important⁸². Ainsi, l'adjudication prend un caractère obligatoire avec sa mise par écrit de manière précise, dans divers textes royaux : le règlement du 13 janvier 1605 sur les fonctions du grand Voyer et de ses lieutenants, dans la déclaration du Roi du 21 février 1608, et celle du 13 février 1688⁸³. Le règlement de 1605 et les déclarations du Roi ne font que rappeler et clarifier les prescriptions médiévales anciennes en matière de contrats publics. Ce règlement marque un tournant évident dans le sens où il impose des méthodes précises dans la passation et la gestion des contrats, là où un certain arbitraire et flou

⁸² PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Marchal, Billard et Cie, Paris, 2 vol., 1883, p. 66.

⁸³ Voir aussi : VIGNON Eugène-Jean-Marie, *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France aux VII^e et XVIII^e siècles*, Dunod éditeur, 1862, Paris, 3 vol.

juridique a régné pendant longtemps. Ce règlement s'inscrit dans une volonté politique de Sully⁸⁴ de mener à bien un programme de grands travaux d'infrastructures. Cette fixation de la réglementation s'adresse directement au grand Voyer, aux Trésoriers de France, et aux maires et échevins⁸⁵. Il est pertinent de souligner que, déjà en 1605, ce règlement utilise une terminologie très proche des principes toujours en usage dans nos marchés publics contemporains⁸⁶. La déclaration du 7 juin 1708, dite « Déclaration sur les formes à suivre pour les travaux à faire aux bâtiments du Roi », rappelle et réaffirme le principe de l'adjudication pour la passation des contrats de travaux publics⁸⁷. En son article 3, elle stipule « - que par devant lesdits officiers, l'adjudication desdits ouvrages soit faite au dernier moins-disant, à l'extinction des feux, à la manière des autres adjudications ».

70. Une remarque historique et anecdotique s'impose. Louis XIV pour la construction du château de Versailles ne fit aucun cas de cette déclaration et choisit, dans certains cas, les entrepreneurs qu'il souhaitait, écartant la règle de l'adjudication⁸⁸ : le droit commun pour les contrats communs, l'exception pour les contrats exceptionnels. Mais de manière générale, l'adjudication est le principe qui a fait ses preuves durant l'Ancien Régime.

2) Le procédé de l'adjudication publique avant 1789

71. Le procédé de l'adjudication publique était le mode normal d'attribution des contrats de travaux publics, tant de l'État que des villes et communautés d'habitants. L'adjudication se définit comme « *un acte par lequel on afferme, loue, vend à l'enchère, par lequel on donne une entreprise au rabais. La publicité & la concurrence font les deux caractères*

⁸⁴ SULLY, Maximilien de Béthune, baron de Rosny, (1560-1641). Homme politique français, issu d'une famille protestante, ami d'enfance d'Henri IV, il le suivit durant tout son parcours. Il occupa des postes clés du royaume de France pendant son règne. Entre autre importance, il dirigea les finances dès 1596. Il y mena une politique d'économie et de remise en ordre, qui permit de renflouer les caisses de l'État monarchique. Pour relancer l'économie, il donna la liberté aux exportations de blé et de vin, abolit un grand nombre de péages, et fit construire des ponts, des routes, des canaux (canal de Briare). D'où l'importance de perfectionner la réglementation des contrats publics de travaux publics pour une meilleure exécution globale de sa politique de grands travaux. D'après : MOURRE Michel, *Le Petit Mourre, Dictionnaire de l'histoire*, Bordas, 1994, p. 856.

⁸⁵ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, LGDJ, 2001, p. 206.

⁸⁶ Pour illustrer ceci, un extrait du règlement du 13 janvier 1605 : « Seront tenus lesdits officiers de spécifier, dans leurs devis, proclamations et adjudications, les lieux, la qualité et la quantité desdits ouvrages, tant pour la matière, mesure, que le temps qu'ils doivent être faits et parfaits, et ne pourront faire aucun marché sans devis, proclamations et adjudications à rabais et moins-disants, et de prendre bonne et suffisante caution sur le tout, à peine d'en répondre en leurs propres et privés noms (...) ».

⁸⁷ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit., p. 207.

⁸⁸ Le Roi Louis XIV exigeant des travaux très rapides et voulant s'appuyer sur des compétences reconnues, écartait dans certain cas la règle de l'adjudication. Ce qui avait été déjà le cas pour la construction du pont Neuf à Paris, le Roi ayant passé des marchés de gré à gré avec les trois maçons chargés de sa construction.

effentiels de cet acte, dont l'objet est d'affurer le plus grand avantage de celui pour lequel il est fait »⁸⁹.

72. Sous l'Ancien Régime, des règles très précises organisaient déjà les adjudications faites au profit de l'État. Par contre, concernant les adjudications s'appliquant aux villes et communautés d'habitants, il n'existait aucune uniformité. Il paraît très compréhensible que les contrats publics de l'État royal aient bénéficié prioritairement d'un cadre réglementaire par rapport aux contrats publics des communes, de par leur importance et leur caractère crucial pour l'État monarchique. Cet état de chose était vrai au XVIIIe, mais de moins en moins au XVIIIe siècle, où la procédure applicable aux adjudications locales s'est progressivement affirmée, et où la réforme de LAVERDY, par son édit du mois d'août 1764⁹⁰, la stabilisa⁹¹. Ainsi, l'article 26 de cet édit⁹² prévoyait, de manière précise pour les communautés d'habitants, les mêmes règles d'adjudication pour l'affermage des biens communaux⁹³.

73. D'un point de vue plus technique, la procédure de l'adjudication repose sur le principe de mise en concurrence qui s'avère être une constante fondamentale dans l'histoire de la passation des contrats de/pour l'Administration. Il est aujourd'hui le premier principe fondamental de notre droit des marchés publics, comme il l'était aussi, au XIXe siècle, dans les différents contrats de travaux publics, fournitures et autres transports, avant même que leurs régimes juridiques ne soient unifiés de par leur nécessaire convergence. La technique de l'adjudication se fonde autour de l'exposition aux enchères. Elle répond à trois préoccupations majeures de la passation du marché, la détermination des modalités des enchères d'où résultait, par la suite, les conditions d'habilitation à y participer, et enfin

⁸⁹ PROST DE ROYER Antoine-François, BRILLON Pierre-Jacques, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Aimé de La Roche, Lyon, 1782, t. 2, pp. 749-750. Citation en vieux français. Il faut comprendre les « f » comme des « s ».

⁹⁰ ISAMBERT, n° 877, *Édit contenant règlement pour l'administration des villes et principaux bourgs du royaume*, Compiègne, août 1764.

⁹¹ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 174.

⁹² Article 26 de l'édit d'août 1764 stipulant : « Les adjudications des baux des biens et revenus patrimoniaux desdites villes et bourgs seront faites dans la susdite assemblée des notables, au plus offrant et dernier enchériseur, et sur trois affiches préalables apposées de quinzaine en quinzaine aux lieux requis et accoutumés, à l'exception seulement de ceux qui n'excéderoient pas la somme de cent livres de revenu annuel, qui pourront être passés par lesdits officiers sans lesdites formalités ; et à l'égard de tous les octrois, sans exception, qui auront été par nous accordés auxdites villes et bourgs, il sera procédé à leur adjudication dans lesdites villes et bourgs, par-devant les officiers de nos bureaux des finances, ou ceux de nos élections qui s'y transporteront, le tout en la forme et manière accoutumée ; défendons à tous officiers municipaux de s'en rendre, en aucun cas, et sous quelque prétexte que ce soit, adjudicataires ou cautions d'autres adjudicataires, soit en leurs noms ou sous des noms interposés, à peine de nullité desdits baux, de destitution et de dommages et intérêts, sans que lesdites peines puissent être réputées comminatoires. »

⁹³ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit., p. 208.

la publicité sur laquelle tout reposait⁹⁴. Pour ce qui est de la décision de fixation des enchères, elle se confondait avec la décision administrative de faire les travaux⁹⁵, dont les modalités étaient fixées, dans les grandes lignes, par l'arrêt du Conseil qui décidait les travaux publics⁹⁶. La raison d'être de l'adjudication était – et est toujours – d'attirer le plus grand nombre de soumissionnaires afin de voir baisser le prix des marchés, sous l'effet de la concurrence. Attirer un grand nombre de concurrents impliquait de garantir les conditions d'une véritable concurrence plaçant chacun sur un pied de stricte égalité, à l'abri de toute protection, passe-droit et information privilégiée⁹⁷. En dernier lieu, pour rendre effective la mise en concurrence et l'égalité des concurrents, les administrateurs devaient organiser une publicité⁹⁸ afin de faire connaître l'existence du marché de travaux que l'Administration s'apprêtait à conclure⁹⁹. La passation des conventions de travaux publics sous l'Ancien Régime obéissait aux mêmes principes fondamentaux, à peu de différences près, qui fondent notre droit des marchés publics.

74. Il faut souligner que si la théorie de l'adjudication ne pose pas de problèmes particuliers, sa pratique peut en causer comme Vauban a voulu le faire remarquer au ministre Louvois, dans sa fameuse lettre de 1685. En effet, l'adjudication au moins-disant pose un problème d'importance, car elle protège, certes, les deniers publics, mais elle ne garantit pas la qualité des résultats. Ainsi, Vauban souligne que la recherche du moins-disant peut provoquer de sérieux ennuis au maître d'ouvrage, à savoir l'Administration, royale ou locale. Soulignons en dernier lieu, que la procédure de l'adjudication, sous l'Ancien Régime, se continuait souvent après l'attribution à la chandelle éteinte¹⁰⁰, témoignant d'une surenchère des moins-disant, au risque du lien de causalité : prix sacrifié, qualité aussi. L'Ancien Régime préférait une victoire de l'intérêt financier sur l'intérêt administratif qui ne sera reconnu que plus tard¹⁰¹.

B) Les marchés de gré à gré sous l'Ancien Régime

⁹⁴ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 174.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 175.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 176.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 179.

⁹⁸ Depuis Colbert, tous les édits, règlements, arrêts du Conseil qui traitaient des adjudications des bâtiments du Roi, d'ouvrages et de travaux publics, d'entretien et de réparation ne cessèrent d'exiger que fut donnée une publicité correcte, la plus large possible, des enchères qui devaient s'effectuer pour le compte du Roi ou des villes et communautés d'habitants. À titre d'illustration, le règlement de 1759, qui aménage les adjudications qui se font dans la capitale, rappelle l'importance de la publicité dans son article 10.

⁹⁹ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 181.

¹⁰⁰ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit., p. 208.

¹⁰¹ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

75. Le marché dit de gré à gré constituait, en principe, le mode exceptionnel de conclusion des contrats publics. Il s'est toutefois largement généralisé au XVIIIe siècle¹⁰², et particulièrement sous l'influence du premier intendant des finances chargé des Ponts et Chaussées. Cette extension de la procédure de gré à gré, ajoutée au recours à des adjudications fictives entraîne, à un certain moment, une crise de confiance pour le vieux procédé de l'adjudication dans la passation des contrats publics, valorisant ce mode de passation.

76. Le gré à gré avait été longtemps la règle de la négociation de tous les contrats passés par les villes et communautés d'habitants. Car si la règle de l'adjudication et de l'absence de négociation pour les contrats du fisc de l'État prenait son origine dans les privilèges romains de la *respublica*, il n'en était pas de même pour les villes et communautés. Il faut attendre le XVIIe siècle que les actions conjuguées de SULLY et de COLBERT imposent ce cadre rigide de la concurrence et de l'adjudication, à la passation des contrats publics communaux¹⁰³. De manière logique, la législation de l'État central a toujours un train d'avance sur celle des provinces. Même sous l'Administration rigoureuse de Colbert, il y a toujours eu deux cas où le procédé de gré à gré était utilisé. L'Administration royale, de même que les municipalités étaient restées libres de traiter au gré à gré, c'est-à-dire avec l'entrepreneur de leur choix, dans deux cas : tout d'abord, lorsqu'il s'agissait de contrats de faible valeur, ensuite, dans le cas des contrats où *l'intuitus personae* était un élément déterminant de la conclusion. Mais la pratique du XVIIIe siècle élargit singulièrement ces deux exceptions, comme dans les cas de dérogations et de contrats ayant un caractère urgent¹⁰⁴. D'un point de vue formaliste, la procédure de gré à gré ressemblait à la procédure de l'adjudication pour ce qui est de l'autorisation de contracter, sauf que le formalisme était allégé : pas d'exposition aux enchères, ni concurrence, ni publicité. L'Administration opérait un choix de son entrepreneur de manière discrétionnaire selon les critères qu'elle s'était fixée elle-même¹⁰⁵. L'effectivité de ces règles est garantie de manière constante, à la fin de l'Ancien Régime, par la compétence contentieuse des intendants, comme annonciatrice des dispositions de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse¹⁰⁶ applicable aux marchés de travaux publics. C'est en ce sens que le régime juridique de

¹⁰² BORDES Maurice, *L'administration provinciale et municipale en France au XVIIIe siècle*, Sedes, 2001, pp. 257-258.

¹⁰³ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 214.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 220.

¹⁰⁶ Cf., *Infra*, Tome II, Annexe 1.

l'Ancien régime des travaux publics est une base conceptuelle originaire des marchés publics, plus que n'importe quelles autres conventions.

77. En définitive, il faut appréhender que les contrats publics que l'on connaît aujourd'hui trouvent leurs origines historiques dans les règles et la pratique des travaux publics des Romains et de l'Ancien Régime, surtout en matière de travaux publics. Les fournitures, que ce soit dans l'Antiquité ou durant l'Ancien Régime, sont souvent procurées aux pouvoirs publics par le procédé de la réquisition¹⁰⁷ directe ou indirecte. Ainsi, le paiement de toutes ces fournitures diverses ne se faisait pour l'essentiel jamais en monnaie, car toutes ces denrées alimentaires et matériaux faisaient partie du travail que les serfs et autres paysans devaient à leur seigneur. Donc, on ne peut pas vraiment parler de marchés de fournitures en tant que tels, mais d'un procédé ayant des points communs, et entrant dans le champ de leurs origines lointaines. Seuls, les travaux publics ont bénéficié, dès l'époque d'Henri IV, d'un cadre juridique précocement élaboré, les fournitures ne pouvant que s'inscrire dans la lignée du formalisme juridique des conventions procurant des travaux publics au pouvoir royal¹⁰⁸.

78. Pour conclure ce chapitre introductif, il faut bien souligner que les marchés de fournitures comme ceux de travaux publics, que l'on retrouve déjà dans les législations révolutionnaires, durant les XIXe et XXe siècles, ne sont pas une création juridique *ex nihilo*, mais un besoin, dont le droit vient sécuriser et encadrer le procédé de satisfaction. Kant disait : « l'histoire est celle de la destruction successive des civilisations, mais chacune de ces ruptures conserve quelque chose de la période antérieure et prépare ainsi le chemin pour un plus haut niveau de pensée et de vie »¹⁰⁹, ou pour un plus haut niveau de droit. Le début de cette étude commence en 1789, car c'est le début de notre ère juridique moderne. La Révolution n'a pas inventé les contrats publics de travaux, ni vraiment ceux de fournitures, elle a simplement utilisé, réaffirmé, modernisé, fait fructifier un gros héritage.

¹⁰⁷ LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, op. cit., p. 15.

¹⁰⁸ Pour appréhender des exemples concrets de ce genre de conventions d'Ancien régime : LEPOINTE Gabriel, *L'histoire des marchés de l'État en France*, op. cit., pp. 49 à 52 ; & DES CILLEULS Alfred, *Origines et développement du régime des travaux publics en France*, Imprimerie nationale, 1895, pp. 35 à 37.

¹⁰⁹ KANT, *Idée*, 1954, p. 23-26.

Partie I : Les fondements conceptuels des marchés publics en droit administratif

La conceptualisation juridique des marchés publics en droit administratif post-révolutionnaire repose sur des fondements conceptuels (**Partie I**) sur lesquels va se construire (**Partie II**) le concept de marché public. Ces fondements conceptuels sont pluriels, et sont sujets à une hiérarchisation d'importance. Le fondement est appréhendé ici comme « ce qui sert de base, de support, de principal soutien »¹¹⁰ à l'émergence du concept de marché public. On distingue : les fondements conceptuels intervenant à titre majeur dans l'émergence des marchés publics (**Titre I**), et des fondements conceptuels qui ne sont que secondaires, mais pas moins complémentaires dans ce processus d'émergence en droit administratif (**Titre II**).

¹¹⁰ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, 9^e éd., version numérique, 1992.

Titre I : Les fondements conceptuels principaux dans l'émergence des marchés publics

La conceptualisation des marchés publics repose à titre principal sur l'utilisation par l'Administration de l'État de deux types de contrats administratifs. Ce caractère administratif des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures passés par l'État conditionne le caractère principal de ces deux contrats dans l'émergence des marchés publics, du fait que le concept de marché public ait couramment une qualification de contrat administratif. Ces deux types de contrat émergent, dans leurs acceptions modernes, dès les textes révolutionnaires, et leur utilisation courante, dans la pratique administrative, représente l'aspect juridique de ce que l'on qualifie généralement de marché, dès le XIXe siècle. Les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures représentent les objets juridiques permettant de donner une réalité juridique concrète à la notion vague et imprécise de marché, de la période révolutionnaire à la codification des marchés publics. Dans ce titre premier, il s'agit d'analyser ces deux types de contrats utilisés par l'Administration dans leur « conception originnaire »¹¹¹, c'est-à-dire celle héritée des textes révolutionnaires et des interprétations jurisprudentielles classiques qui en sont faites, dès le XIXe siècle. La réalité praticienne des marchés de travaux publics (**Chapitre 1**) et des marchés de fournitures (**Chapitre 2**), corrélativement à la convergence de leurs deux régimes juridiques autonomes (**Section préliminaire**) représentent les principaux fondements conceptuels des marchés publics, tels qu'appréhendés à partir du CMP de 1964.

Section préliminaire : Les caractères communs fondant les qualifications juridiques postrévolutionnaires de marché autonome de travaux publics et de marché autonome de fournitures

79. Le premier élément de définition et d'identification des marchés de travaux publics postrévolutionnaires est leur objet, le travail public, comme en témoigne leur appellation

¹¹¹ Concernant l'utilisation de cette expression : LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLLÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^e éd., Paris, 1983, t. 1, p. 270.

courante. Cette appellation de marchés de travaux publics s'insère dans la notion juridique extensible de travaux publics, rattachable, dès le début du XIXe siècle, au droit administratif en cours d'élaboration. La terminologie juridique de marché de travaux publics postrévolutionnaire sert à qualifier juridiquement des contrats couramment passés par l'État pour satisfaire ses besoins en travaux publics divers. Cette qualification repose sur des caractères généraux : un caractère contractuel (§ 1), un caractère administratif (§ 2), et un caractère autonome (§ 3).

§ 1 : Le caractère contractuel des marchés autonomes de travaux publics et de fournitures postrévolutionnaires

80. Lorsque l'on parle de marchés publics de travaux à titre moderne, la question semble désormais réglée concernant leur caractère contractuel, mais elle s'est posée, de façon récurrente, jusqu'au XXe siècle.

A) Une définition du contrat de droit commun : l'article 1101 du Code civil

81. Dans le contexte du début du XIXe siècle, le droit commun est assimilable au droit privé. Le contrat, procédé juridique usité de l'Antiquité jusqu'à la fin de l'Ancien Régime¹¹², trouve naturellement une place très importante dans le Code civil, au titre de l'acquisition de la propriété. Le Code civil, dès la première édition de 1804, est intitulé « Code civil des Français », et dispose, en son article 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »¹¹³.

82. Cette définition, à portée très générale, est une définition du contrat de droit commun, qui est complétée par d'autres articles de ce code. Ces énoncés généraux du Code civil sont caractéristiques d'une conception bien française de rédaction des textes, par opposition notamment, à une conception allemande d'énoncés de textes beaucoup plus précis. La différence de degré de précision, dans les énoncés d'articles des codes civils français et

¹¹² Cf. *supra*, Chap. introductif.

¹¹³ *Code Napoléon*, édition originale et seule officielle, Imprimerie Impériale, Paris, 1807, art. 1101.

allemand, l'illustre parfaitement¹¹⁴, et ouvre à la jurisprudence et à la doctrine juridique française le rôle moderne qu'on lui connaît encore aujourd'hui par rapport aux textes. Ce caractère général de l'énoncé de l'article 1101 du Code civil, définissant le contrat de droit commun, conditionne en partie la possibilité d'y rattacher sans grande difficulté d'interprétation, un contrat exorbitant de ce droit commun, qualifié de marchés de travaux publics ou de marchés de fournitures de l'État. On peut comparer, dans une certaine mesure, cette technique de rédaction du Code civil français à la conception de la « *living constitution* » aux États-Unis, le caractère général des énoncés permettant son adaptation interprétative dans le temps par les générations futures¹¹⁵.

83. Le répertoire Merlin, dans le premier tiers du XIXe siècle, définit le marché en tant que convention, comme « les engagements que les marchands et d'autres particuliers contractent les uns avec les autres, pour fournitures, achats, ou trocs des marchandises, sur un certain pied, ou moyennant une certaine somme »¹¹⁶. Ce répertoire de jurisprudence donne une appréhension du marché explicitement privatiste, à rapprocher de la définition du contrat de droit commun de l'article 1101 du Code civil. Le marché, au sens juridique large, qu'on pouvait lui conférer, dans le premier tiers du XIXe siècle, renvoie à une convention commune entre personnes, sans aucune autre spécificité prédéfinie.

84. Les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures postévolutionnaires se rattachent à cette définition générale du contrat de l'article 1101 du Code civil, dans le cas des marchés passés par l'État, durant le XIXe siècle, malgré leur particularisme par rapport au droit commun. LAFERRIÈRE le met parfaitement en lumière, dans son traité de la fin du XIXe siècle, ciblant les marchés de travaux publics en tant que contrat administratif en disant : « Le Code civil ne peut leur fournir que des principes généraux formulés dans le titre des *Contrats*, et quelques dispositions du titre du *Louage d'ouvrage* »¹¹⁷. JÈZE met parfaitement en évidence que le critère de définition des marchés de travaux publics et de

¹¹⁴ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, Traduction commentée du Code civil allemand, Dalloz, Juriscope, pp. 54-57.

¹¹⁵ Voir : VLACHOGIANIS Apostolos, *Les juges de la Cour Suprême et la living constitution*, Thèse droit, Paris II : Panthéon-Assas, 2011.

¹¹⁶ MERLIN Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., Paris, 1813, t. 8, p. 14. Pour visualiser la totalité de l'appréhension du marché : « (...) Les marchés se concluent ou verbalement sur les simples paroles, en donnant par l'acheteur au vendeur des arrhes, ce qu'on appelle le denier à dieu, ou par écrit, soit sous signature privée, soit par devant notaires. {{ Le code de commerce porte, art. 109, que « les achats et ventes se constatent, par actes publics, par acte sous signature privée, par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties ; par une facture acceptée, par une correspondance, par les livres des parties, par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ».}} Les marchés par écrit doivent être double, l'un pour le vendeur, l'autre pour l'acheteur ».

¹¹⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^e éd., t. 2, 1896, p. 120.

fournitures, à savoir la rémunération en argent, rapproche beaucoup ceux-ci d'une vente de droit privé. Pourtant, ce n'est qu'un rapprochement, car les marchés sont des contrats administratifs, en tant que « catégorie juridique différente de celle de droit privé »¹¹⁸. Cela amène logiquement la doctrine publiciste, unanimement, « à reconnaître que le droit des contrats administratifs est l'une des branches du droit administratif où l'utilisation des règles issues du droit civil est la plus répandue »¹¹⁹.

85. En ce sens, RICHER, dans son traité des contrats administratifs modernes, souligne cette proximité : « par leur objet, les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux des particuliers. Il s'agit en effet de contrats par lesquels l'administration se procure des fournitures ou des services et fait réaliser des travaux moyennant un prix. Ces contrats sont identiques aux contrats de vente, de location, de services du droit privé »¹²⁰. Sur ce point, le professeur PLESSIX explique que « le marché de travaux publics s'apparente au contrat d'entreprise comme le marché de fournitures s'apparente au contrat de vente ». Mais il continue en soulignant qu'une « identité de phénomènes sociaux n'équivaut pas à une identité des notions juridiques »¹²¹. Les nuances à mettre en évidence sont subtiles dans un droit administratif postrévolutionnaire du XIXe siècle, en recherche d'autonomie.

86. De par cette proximité avec les mécanismes contractuels de droit privé, les marchés de travaux publics ou de fournitures de l'État, de la Révolution jusqu'à la moitié du XXe siècle, ne peuvent être dissociés complètement du contrat de l'article 1101 du Code civil, et de sa définition du contrat de droit commun, malgré leur exorbitance à ce droit. En ce sens, le cas des marchés de fournitures locaux, passés par des communes ou des départements, est intéressant, car ils sont qualifiés de principe de contrat de droit commun, et ce, jusqu'au début du XXe siècle¹²².

B) Les marchés de travaux publics et de fournitures : entre « acte administratif par soumission » et contrat exorbitant de droit commun

¹¹⁸ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics*, Marcel GIARD Libraire-éditeur, 3^e éd., 1926, Paris, t. 3, p. 328.

¹¹⁹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁰ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2010, p. 337.

¹²¹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 722.

¹²² Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2, Sect. 2.

87. Les conventions passées à titre onéreux par l'État, dès le début du XIXe siècle, suscitent des interrogations quant à leur nature, entre acte et contrat de l'Administration.

1) Les marchés de travaux publics et de fournitures en tant qu' « acte administratif par soumission »¹²³ ?

88. Les conventions passées par les pouvoirs publics, au premier rang desquels l'État, pour satisfaire les besoins en travaux publics, qualifiables de marchés de travaux publics, sont des productions juridiques exprimant la volonté des pouvoirs publics, en vue de satisfaire l'intérêt général. L'expression de cette volonté se matérialise au travers de la puissance publique. Cette puissance publique s'exprime naturellement, en droit administratif français, par le biais de ce que l'on qualifie juridiquement d' « actes administratifs unilatéraux ». Le rapprochement du marché de travaux publics, ou de fournitures, de l'acte administratif unilatéral revient à le placer, dans la lignée de la réquisition personnelle, en tant que procédé unilatéral, et non dans la lignée du contrat d'entreprise¹²⁴.

89. Dans le même sens, Yves GAUDEMET développe que le « contrat n'est pas né contrat », c'est-à-dire qu'il serait appréhendé, « comme une sorte de dérivé, de bifurcation de l'acte unilatéral, une procédure menée par l'administration et qui appelle, le moment venu, l'adhésion d'un entrepreneur, d'un fournisseur, d'un prestataire, lui-même conçu alors comme une sorte de collaborateur adhérant au marché de l'administration »¹²⁵. À notre sens, il faut relativiser cette position, car les marchés de travaux publics sont, dès le XIXe siècle, appréhendés comme des contrats par certains administrativistes du XIXe, dont LAFERRIÈRE. Dans son traité, il place les marchés de travaux publics en premier point d'un chapitre intitulé : « contentieux des contrats administratifs »¹²⁶. LAFERRIÈRE détaille sur ce point que les conditions posées dans les cahiers des clauses et conditions générales dans le cadre des marchés de l'État ont « un caractère à la fois contractuel et réglementaire : contractuel, en ce que leurs stipulations viennent s'ajouter à celles de chaque marché particulier, et qu'elles sont proposées toutes ensemble à l'acceptation des

¹²³ Selon l'expression du publiciste allemand Otto MAYER.

¹²⁴ BENOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 1033 ; cité in RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 337-338.

¹²⁵ GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, pp. 315-316.

¹²⁶ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, t. 2, p. 119.

soumissionnaires ; réglementaire, en ce que l'administration doit s'y conformer, et n'y peut déroger que dans des cas exceptionnels »¹²⁷. Le caractère contractuel des marchés, appréhendé par LAFERRIÈRE, trouve une forme de limitation dans les conditions générales d'ordre réglementaire applicable aux marchés de l'État¹²⁸. À la suite, DUGUIT développe une théorie de l'acte mixte¹²⁹, qu'il utilise essentiellement afin d'analyser les concessions de service public, dont le caractère est encore plus ambigu que celui des marchés. Par contre, la thèse de François MONNIER, précédemment abordée, penche pour une nature contractuelle historique des marchés de travaux publics, au travers de son étude sur ceux de la Généralité de Paris au XVIIIe siècle¹³⁰. Nous abondons dans le sens d'une filiation penchant du côté contractuel, dans la lignée de François MONNIER.

90. En l'occurrence, le terme « unilatéral » sous-tend que l'Administration prend cet acte de son unique chef et l'impose sans aucune forme de consentement des destinataires de l'acte. Les marchés de travaux publics – pris dans leur globalité – ne peuvent donc pas être des actes administratifs unilatéraux *stricto sensu*, car si le consensualisme de l'entrepreneur confronté à l'État cocontractant n'est peut-être pas de même nature que celui intervenant entre deux acteurs économiques privés, un consensualisme particulier existe manifestement. Jean-Christophe BRUÈRE définit le consensualisme, dans son acception moderne applicable aux contrats administratifs, comme « l'accord des volontés des parties, c'est-à-dire comme étant les volontés qui s'accordent, qui convergent vers un même objectif »¹³¹. Les marchés de travaux publics et de fournitures postrévolutionnaires peuvent s'intégrer dans cette acception du consensualisme sans perdre de vue leur particularisme, lequel intervenant entre l'entrepreneur et l'État se fonde sur différents points :

- en premier lieu, sur la présence d'une personne publique au contrat, en l'occurrence, qui conditionne une inégalité de fait comme de droit inévitable ;
- en deuxième lieu, l'intérêt général dont l'action administrative est porteuse, devrait tendre plus vers la production d'actes administratifs unilatéraux exprimant la

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 120-121.

¹²⁸ Sur cette question de l'interaction entre contrat administratif et règlement, il est intéressant d'aborder la notion d'acte mixte, recouvrant notamment des « contrats à effets réglementaires » dans l'acception de Yves MADIOT. Cette notion est intéressante à superposer avec le procédé de la concession. Voir : MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, 1971.

¹²⁹ DUGUIT Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RD*, 1907, p. 428.

¹³⁰ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIe siècle*, *op. cit.*

¹³¹ BRUÈRE Jean-Christophe, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RD*, 1996, p. 1715.

puissance publique, plutôt que vers la production de contrats impliquant une forme de consensualisme.

91. Ce consensualisme spécifique aux contrat administratif, ne peut supprimer une forme d'accord de volonté de l'entrepreneur, ou du fournisseur, partie à la passation d'un marché, et comme le souligne Jacques GHESTIN : « le contrat est un accord de volonté »¹³². Dans la continuité de la vision de GHESTIN, il est intéressant de mettre en avant l'appréhension du contrat administratif par SINKONDO, se posant la question de savoir si on ne peut pas parler « d'acte unilatéral à contenu contractuel »¹³³. Ou encore celle de RAINAUD s'interrogeant sur le fait de savoir si le contrat administratif est vraiment assimilable à une volonté des parties ou à la loi du service public¹³⁴. André de LAUBADÈRE, MODERNE et DELVOLVÉ, dans leur *traité des contrats administratifs*, développent, dans des chapitres spécifiques, la résolution relative à cette question de la nature intrinsèque du contrat administratif, en le confrontant d'abord à l'acte unilatéral¹³⁵ et ensuite au règlement¹³⁶. Les notions d'acte plurilatéral et d'acte bilatéral y sont analysées toujours dans l'optique de déterminer la nature intrinsèque des contrats administratifs. Dans toute ces réflexions, l'accord de volonté semble une constante incompressible. Dans la construction intellectuelle progressive des contrats administratifs, le procédé du marché semble cristalliser ces interrogations de nature, plus qu'aucun autre contrat ayant un caractère administratif comme la concession.

92. Pour rapprocher les marchés de travaux publics ou de fournitures d'une nature d'acte administratif unilatéral, il faut sortir d'une appréhension globale du contrat. Dans cette appréhension démembrée du marché, des éléments de leur passation peuvent être assimilables à des actes unilatéraux, spécifiquement l'adjudication. Cette assimilation avait d'autant plus de sens dans les deux premiers tiers du XIXe siècle dans ce qui est appelé « la doctrine du contrat ouvert »¹³⁷, par opposition au caractère unitaire du contrat

¹³² GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *Droits*, n° 12, 1990, p. 10. Il fait reposer cet accord de volonté autour de deux axes : le fondement de la force obligatoire du contrat et la volonté en tant que critère du contrat.

¹³³ SINKONDO Marcel, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », *RTD civ.*, avril 1993, pp. 239 à 262.

¹³⁴ RAINAUD Jean-Marie, « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public », *RDP*, 1985, pp. 1183 à 1204.

¹³⁵ LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 54 à 72.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 72 à 123.

¹³⁷ Sur ce point spécifique, voir : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, *op. cit.*, t. II, § 1310 et suiv, pp. 1164 à 1176 ; PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Juge de l'excès de pouvoir et contrat administratif : le retour à un contrat "ouvert" », in Geneviève KOUBI (dir.), *Sur les fondements du droit public ; de l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 235 et suiv.

administratif d'aujourd'hui¹³⁸ dont les démembrement sont théorisés comme des actes détachables¹³⁹.

93. Ainsi, la nature contractuelle des marchés de travaux publics est une question résolue aujourd'hui¹⁴⁰, dont la réponse n'a pas toujours été évidente, surtout au début du XIXe siècle. On serait tenté de conclure, en disant que la nature des marchés de travaux publics de l'État se situe entre l'acte administratif unilatéral et le contrat administratif. C'est exactement une des conclusions opérées par la doctrine allemande concernant cette même problématique. Le publiciste allemand, Otto MAYER, expose dans son étude consacrée à « la doctrine du contrat de droit public »¹⁴¹, que les prérogatives de puissance publique de l'État conditionnent l'utilisation des actes unilatéraux, car seule l'imposition unilatérale de la volonté de l'État serait conforme à la puissance publique qu'elle incarne. Mais dans la pratique, il existe des actes juridiques administratifs dont la validité dépend nécessairement d'un consentement préalable des administrés auxquels ils s'appliquent. Les marchés de travaux publics français du premier tiers du XIXe siècle illustrent parfaitement cette situation juridique. Otto MAYER théorise donc, entre les actes administratifs unilatéraux *stricto sensu* et les contrats, une catégorie d'actes administratifs intermédiaires, qu'il qualifie de « *Verwaltungsakt auf unterwerfung* », c'est-à-dire d'« acte administratif par soumission ». Ces actes administratifs, qualifiables d'hybride par rapport à la conception française acte administratif unilatéral/contrat administratif, s'appréhendent comme les « actes unilatéraux de puissance publique, avec cette particularité toutefois que le consentement des administrés intéressés constitue la condition *sine qua non* de leur légalité »¹⁴². FLAMME souligne, concernant cette conception issue de la doctrine allemande, que « le contrat est inconcevable dans les relations de droit public entre l'État et l'individu, précisément parce qu'il est inconciliable avec la subordination des particuliers à l'égard de l'État alors que l'égalité juridique serait la condition *sine qua non* de la notion

¹³⁸ Le Professeur TOUZEIL-DIVINA souligne que la théorie du « tout indivisible » est déjà énoncé par Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 470 : « (...) Ce cas se présente lorsque l'acte administratif a été suivi de décisions ou de contrats qui ont créé des droits acquis et avec lesquels il s'est combiné et uni de telle sorte qu'on ne pourrait plus infirmer l'un sans porter atteinte aux autres. Le juge de l'excès de pouvoir, qui doit respecter ces droits et à qui, souvent, le contentieux de ces contrats n'appartient pas, doit alors écarter le recours qui tend à les remettre en question ».

¹³⁹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Quand le juge administratif ré-embrasse l'histoire de son contentieux contractuel », *Revue historique de droit français et étranger*, Dalloz, n° 4, oct. déc., 2007, p. 577 et suiv.

¹⁴⁰ La difficulté de cette question trouve des ramifications modernes lorsque les traités des marchés publics d'aujourd'hui se sentent obligés de souligner la nature juridique contractuelle des marchés publics. Voir : BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2007.

¹⁴¹ « Zur Lehre vom öffentlich – rechtlichen Verträge », *Archiv für öffentlicher Recht*, t. III, p. 42 ; cité in FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, 1969, p. 71.

¹⁴² FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, op. cit., p. 71.

de contrat »¹⁴³. En ce même sens, Fritz FLEINER insiste clairement en posant que « le contrat suppose des parties égales »¹⁴⁴. En partant de ce postulat, le contrat public a usurpé sa nature contractuelle, ou s'avère être un contrat particulier. FLAMME met en évidence que les marchés de travaux, de fournitures ou même de services n'entrent pas dans le débat doctrinal germanique, car ils sont considérés comme des contrats de droit privé¹⁴⁵.

94. L'exemple du marché de travaux publics postrévolutionnaire français, du premier tiers du XIXe siècle, entrerait parfaitement dans cette catégorie hybride acte administratif unilatéral et contrat, mais la conception française du droit administratif ira dans un autre sens, vers la nature contractuelle afin de construire la qualification juridique de marché de travaux publics, de marché de fournitures, qui sert de principal fondement conceptuel aux marchés publics.

2) Les marchés de travaux publics et de fournitures en tant que contrats exorbitants de droit commun

95. Les acteurs de l'élaboration du droit administratif des contrats du XIXe siècle sont allés dans d'autres directions que la doctrine allemande, afin de répondre à la problématique similaire de la nature juridique des conventions passées par les détenteurs de la puissance publique. Cette direction est celle de la notion de contrat exorbitant du droit commun. Cette notion va se conceptualiser durant les deux premiers tiers du XIXe siècle, notamment au moyen de types précis de contrats passés par l'Administration, dans des conditions exorbitantes du droit civil. Le marché de travaux publics en est le meilleur exemple.

96. La notion de contrat exorbitant du droit commun (essentiellement civil) est la réponse des administrativiste français. En effet, la convention passée à titre onéreux par la puissance publique sera un contrat, mais un contrat particulier, un contrat exorbitant du droit commun, avec les grandes caractéristiques générales de ceux de droit commun. Le consensualisme est le fondement du contrat de l'article 1101 du Code civil, et il n'est donc pas absent du contrat exorbitant du droit commun, sous peine de ne pas pouvoir justifier la nature contractuelle des conventions passées par l'Administration selon des moyens

¹⁴³ *Ibid.*, p. 71.

¹⁴⁴ FLEINER Fritz, *Principes généraux du droit administratif allemand*, trad. Eisenmann, Paris, 1933, p. 123.

¹⁴⁵ FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, *op. cit.*, p. 77.

juridiques exorbitants, « car le consensualisme reste le fondement de tout contrat, en dépit de la qualification de contrat administratif »¹⁴⁶. L'incontournable consensualisme, qui s'y exprime, est particulier, comme le contrat administratif par rapport au contrat de droit commun. BRUÈRE souligne que ce particularisme réside dans le fait que « le régime exorbitant du droit commun constitue effectivement un tempérament au consensualisme dans les contrats administratifs par l'exercice du pouvoir de modification ou de résiliation unilatérales »¹⁴⁷. Les règles normatives relatives à la passation des contrats et le pouvoir de requalification des contrats par le juge constituent d'autres facteurs de ce tempérament au consensualisme du contrat administratif.

97. La théorisation des contrats administratifs contribue à répondre durablement à cette problématique de nature juridique. Ainsi, LAUBADÈRE, au début de son traité des contrats administratifs, pose d'entrée que les « contrats administratifs demeurent bien de véritables contrats »¹⁴⁸, malgré leur « particularisme juridique »¹⁴⁹. Le caractère administratif est une clé dans le particularisme contractuel des marchés de travaux publics comme de ceux de fournitures de l'État. Sur cette question récurrente de la nature du contrat administratif, Jean KAHN, Commissaire du Gouvernement, dans des conclusions note que « la distinction du contractuel et de l'unilatéral pose plus de questions qu'elle ne permet d'en résoudre »¹⁵⁰.

§ 2 : Le caractère administratif des marchés autonomes de travaux publics et des marchés autonomes de fournitures

98. Les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures ne sont pas nécessairement des contrats ayant un caractère administratif. Pour ce qui est d'analyser l'émergence des marchés publics, il faut mettre en évidence les limites entre les marchés qualifiés de contrat administratif et ceux de contrat de droit commun, et les modifications de ces limites par l'entremise de la conceptualisation progressive des marchés publics.

¹⁴⁶ BRUÈRE Jean-Christophe, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *op. cit.*, p. 1731.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 1716.

¹⁴⁸ LAUBADÈRE André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 24.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵⁰ KAHN Jean, concl. sous, TC, 3 mars 1969, *Société interlait*, AJDA, mai 1969, p. 307 à 311. La citation prise dans son intégralité est intéressante : « Nous ajouterons, et ce sera notre dernier mot, qu'il serait tout de même paradoxal de soustraire les contrats au régime de droit public qu'implique la nature même du service dans un domaine, celui de l'interventionnisme économique, où chacun s'accorde à reconnaître aujourd'hui que la distinction du contractuel et de l'unilatéral pose plus de questions qu'elle ne permet d'en résoudre (...) », p. 311.

A) La détermination textuelle du caractère administratif des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures

99. Les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures passés par l'État sont des contrats administratifs par détermination de la loi, même si, de manière complémentaire, entrent en jeu des critères jurisprudentiels les qualifiant de contrat administratif. La détermination du caractère administratif de certains types de contrats usités par l'Administration de l'État, tout d'abord, textuelle, réside, ensuite, dans le fait que la jurisprudence s'appuie sur une interprétation de textes pour qualifier un contrat d'administratif.

100. Dans le cas des marchés de travaux publics, la jurisprudence s'appuie sur la loi du 28 pluviôse an VIII (art. 4) pour déterminer le caractère administratif des marchés de travaux publics par détermination de la loi. Tandis que les marchés de fournitures sont qualifiés de contrat administratif par détermination textuelle sur la base d'une interprétation du décret du 11 juin 1806 (art. 14), jusqu'au début du XXe siècle¹⁵¹.

B) Les compétences contentieuses : fondement matériel du caractère administratif

101. Le fondement même du caractère administratif repose matériellement sur les mêmes textes qui déterminent la qualification des marchés de travaux publics et de fournitures de l'État en tant que contrat administratif. En effet, ces textes interviennent pour poser la compétence de juridiction exorbitante du droit commun, dans le contentieux relatif aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures. Ces compétences contentieuses exorbitantes du droit privé fondent matériellement le caractère administratif de ces deux contrats usités dans la pratique de l'Administration postrévolutionnaire. La jurisprudence fait reposer la classification des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, comme des contrats administratifs par détermination de la loi en se fondant sur la loi du 28 pluviôse an VIII et le décret du 11 juin 1806, autant que sur les dispositions de ces textes, faisant entrer leur contentieux dans le champ de compétence des juridictions administratives.

¹⁵¹ Sur la question complexe de la requalification par le juge des marchés de fournitures : cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap 2, Sect. 2, Sous-section 2.

§ 3 : Le caractère autonome des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures postrévolutionnaires

102. Dans le prolongement de la mise en évidence des caractères contractuels et administratifs des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures de l'État, il faut souligner leur caractère autonome. Ce caractère est fondamental, pour appréhender ce que sont ces deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux de la période révolutionnaire jusqu'à la première codification des marchés publics de 1964.

A) Des régimes juridiques autonomes

103. Les acteurs, sources du droit administratif, appréhendent les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures de manière distincte, durant le XIXe siècle, et ce, jusqu'à la codification des marchés publics de 1964. Le doyen FOUCART, en 1855, dans son traité de droit administratif, dit sans équivoque que « Les différences qui existent entre les règles applicables à ces deux catégories de marchés (marchés de travaux publics et marchés de fournitures), notamment en ce qui concerne la compétence (contentieuse), nous obligent à en traiter séparément »¹⁵². Sur cette divergence, Benoît PLESSIX, dans sa thèse, souligne explicitement que les notions et le régime juridique auxquels ils se rattachent « sont tous deux dotés d'une certaine autonomie à partir du moment où ils sont élaborés en fonction d'une finalité propre, clairement identifiée »¹⁵³. Cette appréhension réside dans la spécificité des régimes juridiques attachés à chacun de ces deux contrats, même si ces régimes connaissent des convergences importantes, à commencer par leurs caractères contractuels, administratifs, et autonomes. Les nuances sont subtiles à mettre en évidence.

104. Les besoins différents auxquels répondent ces deux types de contrats administratifs conditionnent leur rattachement à deux régimes juridiques distincts. La livraison d'ouvrages publics et la fourniture de biens et services à l'Administration de l'État supposent des logistiques différentes, d'où découle une réglementation distincte, durant

¹⁵² FOUCART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, A. Marecq E. Dujardin, Libraires-éditeurs, 4^e éd., Paris, 1855, t. 2, p. 628.

¹⁵³ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 722.

près d'un siècle et demi. Les acteurs de l'élaboration du droit administratif postrévolutionnaire appréhenderont ces deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux de manière distincte, matérialisant ce caractère autonome. Ainsi, la jurisprudence les appréhendera de manière différente, dans ses qualifications juridiques, comme la doctrine dans ses premiers traités de droit administratif, ou comme le législateur dans ses premiers textes. L'autonomie des régimes juridiques des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures est marquée au sein des typologies contractuelles usitées par l'Administration pour satisfaire ses besoins en biens immobiliers, mobiliers et prestations de services. Toutefois, il faut souligner que ce caractère autonome se cristallise matériellement sur un point précis du régime juridique des marchés de travaux publics, par rapport au régime des marchés de fournitures.

B) Des régimes contentieux distincts

105. L'autonomie du régime juridique des marchés de travaux publics par rapport à celui des marchés de fournitures trouve son fondement le plus important dans le régime contentieux distinct de ces deux types de contrats usités par l'Administration postrévolutionnaire.

106. Le contentieux, émanant de la passation par l'État d'un marché de travaux publics postrévolutionnaire, a pour fondement l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, du premier ressort de la juridiction administrative des Conseils de préfecture, et ce, jusqu'à leur remplacement par les Tribunaux administratifs en 1953. Alors que le contentieux, émanant de la passation par l'État d'un marché de fournitures de biens ou services sur le fondement du décret du 11 juin 1806, va échoir au ministre-juge, durant la majorité du XIXe siècle. La loi Faure du 24 mai 1872 réformant le Conseil d'État, et la jurisprudence du Conseil d'État *Cadot* de 1889, acte la fin de l'application de la théorie du ministre-juge au contentieux des marchés de fournitures, le laissant dans le champ de compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort. Comme dans le cas du contentieux des marchés de travaux publics, c'est l'instauration des tribunaux administratifs, en tant que juridiction administrative de premier degré, qui va unifier le régime de compétence contentieuse des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures. Cette unification est un ressort d'importance dans la gestation conceptuelle des marchés

publics¹⁵⁴. La divergence de compétence contentieuse entre contentieux des marchés de travaux public et contentieux des marchés de fournitures est le fondement majeur du caractère autonome de leurs deux régimes juridiques. L'aspect contentieux du droit administratif occupe une place clé dans la grille de construction et d'analyse de ce droit au XIXe comme au XXe siècle¹⁵⁵.

107. Le caractère contractuel, le caractère administratif et le caractère autonome fondent les qualifications juridiques distinctes des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Ces caractères représentent le socle de convergence de ces deux types de contrat administratif conclu à titre onéreux. Ainsi, c'est du ratio convergence/divergence, et au-delà la convergence croissante des régimes juridiques des marchés de travaux publics (**Chapitre 1**) et des marchés de fournitures (**Chapitre 2**) postrévolutionnaires passés par l'État, que résident les principaux fondements conceptuels des marchés publics. C'est principalement de la déliquescence du caractère autonome de ces deux types de marché qu'émergera le concept de marché public en droit administratif.

¹⁵⁴ Cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 1.

¹⁵⁵ Le développement important d'une matière administrative contentieuse l'illustre parfaitement.

Chapitre 1 : Les marchés de travaux publics de l'État

108. Les marchés de travaux publics postrévolutionnaires de l'État sont majeurs dans l'émergence du concept de marché public du fait de leur caractère exorbitant du droit commun, dès la période révolutionnaire, bien avant que la terminologie conceptuelle générique de contrat administratif ne soit couramment utilisée par les acteurs de l'élaboration du droit administratif.

109. Les marchés de travaux publics, les travaux publics, les adjudications de travaux publics représentent les terminologies qui peuvent désigner la réalisation de travaux publics. Cette incertitude terminologique est assez révélatrice du flou qui règne dans l'appréhension des travaux publics. Quand on parle de travaux publics, tout le monde voit de quoi il s'agit, mais établir une définition précise est complexe. À toutes les époques, des travaux furent entrepris par les autorités dans la perspective de satisfaire un besoin collectif. On étudiera l'élaboration d'une définition moderne de la notion juridique de travaux publics par les différents acteurs du droit (**Section 1**). Pour compléter la compréhension de cette notion, il faudra envisager la passation des marchés de travaux publics (**Section 2**), pour mieux cerner régime juridique et évolution.

Section 1 : La recherche d'une définition matérielle moderne de la notion de travaux publics par les acteurs du droit administratif

110. La Révolution de 1789 a permis d'introduire de nouveaux apports issus des Lumières, superposés avec l'ancien système dont on a voulu soustraire les principaux dysfonctionnements. Le droit est en première ligne dans cette synthèse de l'ancien système et de nouvelles idées. L'apport de cette révolution intellectuelle et élitiste est aussi de l'ordre des conceptions. Là où la royauté, de par son histoire, avait un droit essentiellement coutumier notamment à ses débuts, les Révolutionnaires lui préfèrent un droit écrit. Ils vont mettre par écrit une bonne partie de la pratique juridique d'Ancien Régime, les

contrats de travaux publics en étant un très bon exemple. La Révolution de 1789 a au moins le mérite d'être le commencement de notre ère juridique moderne, particulièrement dans le cas spécifique du droit administratif.

111. Les besoins de l'État révolutionnaire en travaux publics sont très importants pour l'assise de la Révolution. Les pillages, saccages, et destructions en tous genres créent de gros besoins en travaux publics, conjugués à une situation des finances publiques compliquée. Il s'agit donc d'encadrer les contrats de l'État révolutionnaire dans la logique de l'économie budgétaire. Les grands idéaux révolutionnaires n'ont en rien réglé les problèmes budgétaires de la France d'Ancien Régime, bien au contraire. Mais la Révolution a le mérite d'amorcer le début d'une nouvelle ère juridique moderne, porteuse de procédures juridiques réaffirmées, modernisées et surtout écrites clairement dans de nouvelles lois et règlements, avec en corollaire les apports d'une doctrine administrativiste en croissance et de la jurisprudence, dans la lignée de la naissance du Conseil d'État. La recherche d'une définition matérielle moderne des marchés de travaux publics équivaut à chercher ce qu'est en substance ce type de contrat dans les textes (§ 1), la doctrine (§ 2) et la jurisprudence (§ 3).

§ 1 : Une absence de définition matérielle législative et réglementaire des marchés de travaux publics de l'État

112. Tout comme la matrice juridique dont sont issus les contrats publics, à savoir le droit administratif, le législateur reste en retrait en posant que les grandes lignes du mode opératoire laissent de côté la définition précise des outils juridiques qu'il utilise, jusqu'à une époque récente. Cette carence des législateurs de la Révolution, de la première moitié du XXe siècle, en passant par la totalité du XIXe, met nécessairement en avant la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'État pour palier ces carences. On constate cet état de chose aussi bien pour les contrats publics de l'État, que pour les contrats publics des collectivités locales. Ainsi en 1789, la différenciation juridique entre contrats de travaux publics de l'État et ceux des collectivités est réaffirmée, dans la ligne directe des contrats de l'État monarchique.

A) Le socle textuel des marchés de travaux publics de l'État ou la détermination d'une compétence réglementaire

113. Dans l'ordre des priorités, le législateur fait passer l'encadrement juridique des contrats de l'État avant ceux des contrats des collectivités locales, ce qui est facilement concevable de par leurs tailles et leurs importances. Les législations sur les contrats de travaux publics de l'État précèdent chronologiquement celles des collectivités locales. La logique de centralisme de l'État prime, car il est le législateur. L'État est novateur dans le droit, ses collectivités le suivent, y compris dans le domaine des marchés de travaux publics. Le premier tiers du XIXe siècle voit l'adoption par l'État d'un socle textuel, qui détermine durablement la compétence réglementaire en matière de marché, et dès lors, les caractères fondamentaux applicables aux marchés de travaux publics.

1) La législation révolutionnaire concernant les marchés de travaux publics ou l'affirmation de leur caractère administratif

114. Le passage de l'Ancien Régime au « nouveau régime » n'a pas changé certains besoins de l'État. La réalisation de travaux publics est un de ces besoins importants. Les Révolutionnaires ont donc rapidement pris des mesures réglementaires et législatives. Dans un premier temps, avec le décret du 16 frimaire an II, et dans un second, avec la loi du 28 pluviôse an VIII, afin de déterminer le contentieux dans la réalisation des travaux publics en général.

115. Pour ce qui est du décret de la Convention nationale du 16 frimaire an II¹⁵⁶, il est très axé sur les travaux publics, du fait du contexte révolutionnaire de troubles et de guerres intestines dans le pays en révolution, causant saccages et destructions en tous genres. Ce décret a pour but d'ordonner la réparation des routes et des ponts, et pose de manière concise et expéditive, les règles à respecter pour la réalisation de ces travaux publics. Il pose simplement des normes générales pour encadrer la réalisation des marchés de travaux publics, sans aucune définition matérielle préalable de l'objet juridique en question, sans définir ce que les travaux publics de l'État recouvrent précisément.

¹⁵⁶ Décret de la Convention nationale du 6 décembre 1793.

116. Quant à la loi du 28 pluviôse an VIII¹⁵⁷, elle intervient à la fin de l'époque révolutionnaire à proprement parler, et donc au début du Consulat de Napoléon Bonaparte. Elle marque un tournant et un fondement de notre organisation territoriale et administrative moderne, c'est une des lois fondatrices de notre droit administratif, et même pour certains notre « constitution administrative¹⁵⁸ », dont la pérennité tranchait singulièrement avec la fragilité des « constitutions politiques » de cette période et au-delà du XIXe siècle. Ainsi, cette loi a façonné durablement l'Administration dans une logique et un esprit centralisateur basé sur l'institution préfectorale¹⁵⁹, que la politique de décentralisation actuelle ne peut suffire à renverser¹⁶⁰. Cette loi majeure, ayant jeté les bases de notre organisation territoriale et administrative, évoque les marchés de travaux publics de par leur importance pour les pouvoirs publics. Ainsi, dans son célèbre article 4¹⁶¹, sont mentionnés les travaux publics, mais comme dans le décret de la Convention nationale du 16 frimaire an II, il est fait référence à un objet juridique, sans aucune définition matérielle dudit objet. Toutefois, là où dans le décret du 16 frimaire an II, l'apport concerne la passation des marchés de travaux publics de l'État, cette loi concerne les compétences en cas de contentieux avec les entrepreneurs de travaux publics¹⁶². Cette loi affirme le caractère administratif des marchés de travaux publics, c'est-à-dire leur dérogation au droit commun des contrats privés de constructions d'ouvrages.

117. Au final, durant l'époque révolutionnaire, que ce soit dans le décret du 16 frimaire an II, ou la loi du 28 pluviôse an VIII, il est aisé de constater trois points essentiels :

- En premier lieu, le fait que parmi tous les besoins d'approvisionnement de l'État et de ses collectivités, il ne soit fait mention que des seuls marchés de travaux publics, aucune mention des marchés de fournitures ou autres transports. Même si on peut l'expliquer assez facilement de par l'importance politique et financière prioritaire des marchés portant sur des travaux publics à l'échelle de l'État, par rapport aux marchés ayant trait aux diverses

¹⁵⁷ Loi du 17 février 1800 concernant la division du territoire de la République et l'administration, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. i, 1399 à 1804, pp. 399-400.

¹⁵⁸ CHEVALIER Jean-Jacques, CONAC Gérard, *Histoire des institutions et des régimes politiques de France de 1789 à nos jours*, Dalloz, 8^{ème} éd., 1991, p. 107.

¹⁵⁹ L'institution préfectorale était chargée de transmettre les ordres et la loi « avec la rapidité du fluide électrique », selon une formule célèbre du ministre de l'Intérieur Chaptal, prononcée lors des débats devant le corps législatif, séance du 28 pluviôse.

¹⁶⁰ MERCUZOT Benoît, « Présentation », in *La loi du 28 pluviôse an VIII deux cent ans après : survivance ou pérennité*, PUF, 2000, p. 5.

¹⁶¹ GUGLIELMI Gilles, « L'article 4 de la loi, une "erreur de plume", fondement du droit administratif ? », in *La loi du 28 pluviôse an VIII deux cent ans après : survivance ou pérennité*, PUF, 2000, p. 199.

¹⁶² Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

fournitures ou prestations de services. Ceci dénote de manière indéniable, l'absence totale d'uniformité dans les régimes juridiques des marchés de l'État suivant les besoins qu'ils satisfont.

- En deuxième lieu, il est pertinent de mettre en lumière que le législateur utilise et légifère sur des objets juridiques qui n'ont fait l'objet d'aucune définition juridique précise et construite au préalable, à savoir ici celle de marché de travaux publics. Cette approche du législateur en dit très long sur son esprit qui ne fait que poser des modes opératoires approximatifs. Le fond des concepts juridiques paraît lui échapper complètement, laissant une grande marge de manœuvre à la doctrine et à la jurisprudence dans le domaine de la conceptualisation et de la définition des objets juridiques.

- En troisième lieu, le législateur privilégie les marchés de travaux publics à l'échelle de l'État, comme le faisait l'État monarchique avant lui, en commençant par poser les règles au niveau national, avant de les transposer au niveau régional ou à d'autres objets de marchés : fournitures ou autres. Le législateur suit un ordre d'importance parfaitement logique.

2) La base législative et réglementaire des marchés applicable aux travaux publics

118. Après la Révolution de 1830 entraînant l'abdication de Charles X, et l'arrivée sur le trône de Louis-Philippe d'Orléans, des compléments dans le cadre législatif des marchés de l'État s'imposent. Concernant ce complément de législation relative aux marchés de travaux publics, Maurice HAURIUO explique la conjoncture des années 1830. En effet, un « nouvel essor fut donné aux études du droit public par le mouvement libéral de 1828 et la révolution de 1830 ». Des personnages comme « Guizot et Tiers arrivent aux affaires, le romantisme s'installe dans la littérature, un renouveau se produit dans toutes les branches du savoir »¹⁶³. Le droit administratif incluant les contrats fait partie de ces branches en question. Ce complément de l'encadrement juridique des marchés de l'État, sous la Restauration, intervient avant celui des collectivités qui sera concrétisé par deux textes importants dans l'histoire des marchés publics, posant les fondements d'un cadre juridique textuel moderne préfigurant nos marchés publics, sans pour autant les définir matériellement.

¹⁶³ HAURIUO Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VII », *Revue générale d'administration*, 1892, version numérique.

119. La loi du 31 janvier 1833¹⁶⁴, concernant uniquement les marchés de l'État, peut être considérée comme le premier texte de portée générale. Il faut mettre en avant l'importance de son article 12¹⁶⁵ « qui a servi de fondement au droit des marchés publics jusqu'au milieu du XXe siècle », car il renvoie « au pouvoir réglementaire le soin de régler les formalités à suivre dans les marchés de l'État »¹⁶⁶. La codification réglementaire des marchés publics de 1964 en est une conséquence juridique historique. Ce texte est applicable aux marchés de travaux publics, sans définir matériellement la notion juridique de marché, ni celle de travaux publics. Comme dans les textes juridiques antérieurs, qui utilisent les notions juridiques de marchés de travaux publics, de fournitures de manière séparée, sans en donner de définition juridique, la notion de marché peut être interprétée comme la notion englobant les marchés de travaux publics, et de fournitures de l'État. On peut donc appréhender ce texte de loi sur la réglementation des marchés de l'État comme une étape fondatrice dans l'émergence conceptuelle du marché public (MP), en déterminant la compétence réglementaire en matière de marché en général.

120. À la suite, l'ordonnance du 4 décembre 1836¹⁶⁷ intervient sur la base de la loi du 31 janvier 1833 concernant la réglementation des marchés de l'État, et pose des formules qui perdureront jusqu'à la codification de 1964. Ainsi dans son article 1^{er}, cette ordonnance définit sa portée à « Tous les marchés au nom de l'Etat (...) »¹⁶⁸, sans pour autant cerner cette notion juridique de marché. L'enjeu est de construire un cadre juridique satisfaisant, pour règlementer la passation des contrats conclus à titre onéreux par les personnes morales de droit public afin de subvenir à leurs besoins. Dans cette logique, l'abstraction des notions de droit administratif ne relève pas du règlement.

121. Sous le règne de Louis-Philippe d'Orléans, connu pour être une période de l'histoire propice aux développements économiques et aux affaires, le socle du cadre juridique de la passation des marchés de l'État est posé corrélativement à cette conjoncture.

¹⁶⁴ Loi du 31 janvier 1833, Budget de l'exercice 1829, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, pp. 65-66. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 3.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 66, Art. 12 : « Une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement (...) ».

¹⁶⁶ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 342-343. Cette loi sur les marchés de 1833 sert de fondement à la compétence réglementaire en matière de marché qui prévaudra durant tout le reste du XIXe, et la première moitié du XXe siècle, jusqu'à l'adoption du CMP de 1964 par le décret du 17 juillet 1964.

¹⁶⁷ Ordonnance du 4 décembre 1836, Règlement sur les marchés passés au nom de l'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, pp. 212 à 214. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 4.

¹⁶⁸ Ordonnance du 4 décembre 1836, Art. 1^{er}, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), p. 212.

Les textes qui suivent, durant le XIXe siècle, ne viennent qu'apporter des compléments dans la lignée de ces textes de référence. Les changements politiques nombreux, durant le XIXe siècle, ne semblent pas tellement infléchir une progression juridique dans les textes applicables aux marchés, tendant à une consolidation de leur cadre réglementaire.

B) La consolidation réglementaire du régime applicable aux marchés de travaux publics de l'État

122. Sur la base des textes de référence précédemment détaillés, applicables aux marchés de travaux publics, succède une période de consolidation de ce cadre réglementaire, jusqu'à la dernière phase de la gestation conceptuelle des marchés publics¹⁶⁹.

1) Le décret de mai 1862 relatif aux marchés de l'État

123. Sous l'empire de Napoléon III, neveu de Napoléon Bonaparte, le régime politique a changé plusieurs fois, mais la nécessité de perfectionner les cadres juridiques de la pratique des marchés de l'État est toujours d'actualité, avec une constance ininterrompue qui perdure encore.

124. Ce décret, pris en mai 1862, afin de compléter le cadre juridique des marchés de l'État, s'inscrit toujours dans la même logique de perfectionnement de passation des marchés. Il n'y a toujours pas de volonté de définir matériellement la notion de marché de travaux publics. Le législateur, dans les années 1860, doit encore définir des notions juridiques prioritaires concernant les finances publiques. Ainsi, un décret du 31 mai 1862, en son article 5¹⁷⁰, pose une définition claire de la notion fondamentale du « budget ». Le règlement, à ce stade, n'apporte pas de définition matérielle des marchés de travaux publics, seuls des éléments de forme sont posés.

2) Le décret du 18 novembre 1882

¹⁶⁹ Cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 1, Sect. 2.

¹⁷⁰ Décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique, *Rec. de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics (ancien recueil Potiquet)*, 1^{er} série, t. viii, 1856 à 1862, pp. 701 à 755. Son article 5 pose notamment une définition clé de finance publique : « le budget est l'acte par lequel sont prévues et autorisées les recettes et les dépenses annuelles de l'Etat ou des autres services que les lois assujettissent aux mêmes règles », Part. I, Titre I, p. 702.

125. Dans la réglementation des marchés, applicable aux travaux publics, le décret du 18 novembre 1882¹⁷¹ revêt une importance incontestable, car il fixe le régime juridique de la passation des marchés de l'État pendant presque 60 ans¹⁷². Il ne fait que préciser les différents objets de marchés auxquels l'État a recours pour subvenir à ses besoins. Ce décret, dans son article 1^{er}¹⁷³, ne donne pas de définition matérielle de cet objet de marché, mais pose des éléments de formalisme juridique important. Le législateur parle de marchés dans ses textes juridiques depuis la Révolution de 1789, et plus précisément, depuis la loi de 1833¹⁷⁴, sans donner aucune précision sur ce que recouvre cette notion. Ce texte s'inscrit dans la lignée des précédents pour ce qui est de définir matériellement le marché et les travaux publics, mais marque une progression pour ce qui est du formalisme de ces contrats.

126. Concernant la date du 18 novembre 1882, il faut noter l'adoption de deux décrets relatifs aux travaux publics. Le premier est un décret, relatif à l'exercice 1882, portant ouverture au ministre des Travaux publics d'un crédit à titre de fonds de concours versés au Trésor par la Compagnie du Midi pour la construction de diverses lignes¹⁷⁵. Le deuxième décret porte lui aussi sur ouverture au ministre des Travaux publics, sur l'exercice 1882, d'un crédit à titre de fonds de concours versés au Trésor par la Compagnie de Lyon pour la construction des lignes de Vichy à Thiers, de Thiers à Ambert et d'Annecy à Annemasse¹⁷⁶. Ce type de décret posant la réalisation de travaux publics était courant au XIXe siècle, témoignant de l'importance des travaux publics de l'État. Au même titre, l'existence d'un portefeuille ministériel exclusivement réservé aux Travaux publics est significatif des enjeux, que représente la satisfaction des besoins en travaux publics de l'État. Par la suite, les circonstances politiques des décennies suivantes légitiment l'application de ce texte pendant presque 60 ans.

3) Le décret du 6 avril 1942 : l'amorce d'un nouveau

¹⁷¹ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. I, 1881-1882, p. 485 à 489. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

¹⁷² BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *RDJ*, 1943, p. 151.

¹⁷³ Décret du 18 novembre 1882, Art. 1 : « les marchés de fournitures, travaux, et transports sont faits avec concurrence et publicité. », *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), p. 485 ; Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 1, § 1.

¹⁷⁴ Loi du 31 janvier 1833 concernant le régime de passation des marchés de l'État.

¹⁷⁵ *Bulletin des lois de la République française*, Sept.-Déc. 1882, n° 742, p. 1385.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 1387.

127. Il faut attendre l'année 1942, le 6 avril pour que soit adopté un nouveau décret¹⁷⁷ d'importance faisant évoluer le régime de passation des marchés de l'État. Pour la France, cette période reste dans les esprits et dans l'histoire comme des heures particulièrement sombres. Les conséquences malheureuses engendrées par la guerre et les destructions entraînent des remises en question et des réformes dans de nombreux domaines, dont le droit administratif.

128. Concernant une définition textuelle des marchés publics en général, et plus particulièrement des marchés de travaux publics, ce décret s'inscrit dans la lignée de celui de 1882, et n'apporte pas plus d'éléments matériels pour définir lesdits marchés. Le titre I du décret s'intitule : « De la passation des marchés », le terme « marchés » est employé de manière constante pour décrire un objet juridique. Comme le décret de 1882, il se contente d'énumérer les différents types de marchés conclus en fonction des besoins de l'État, au premier rang desquels sont mentionnés dans les dispositions générales, en son article 1^{er}¹⁷⁸ : « Les marchés de travaux, (...) », sans plus de définition et précision. Même si ce décret n'apporte pas plus d'éléments de définition que le décret de 1882, il n'en est pas moins très important, car il a complètement remanié et transformé le régime de passation des marchés, applicable aux travaux publics¹⁷⁹. Par exemple, il introduit de nouveaux modes de choix des entrepreneurs par l'Administration, amorçant un renouveau certain.

129. Les textes juridiques concernant le régime juridique des marchés de l'État ont connu, depuis la Révolution de 1789, une grande stabilité. Après le décret de 1942, une certaine inflation de textes juridiques sur le régime de passation des MP va se mettre en place et s'amplifier jusqu'à nos jours. Cette multiplication de règles va donner naissance au premier Code des MP, et dès lors, matérialiser la conceptualisation des marchés publics.

4) La première définition matérielle réglementaire du marché incluant celui de travaux publics

¹⁷⁷ Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, *J. O.*, 11 avril 1942, p. 1370.

¹⁷⁸ Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, Titre I, Chap. 1, Dispositions générales, Art. 1.

¹⁷⁹ BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 151. Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

130. En guise de prototype du premier Code des Marchés publics (CMP) de 1964, intervient le décret du 13 mars 1956¹⁸⁰ relatif aux marchés passés au nom de l'État, dont l'intitulé précis est « Préparation et passation des marchés – Cahiers des charges – Travaux sur mémoires et achats sur factures - Dispositions diverses¹⁸¹ ». Il abroge le décret du 18 novembre 1882 et les titres I, II et IV du décret du 6 avril 1942 relatifs aux marchés passés au nom de l'État et les textes qui les ont modifiés. Ce texte représente une rupture. La présence, en son article 3, d'une définition matérielle sommaire, mais claire, de la notion de « *marché* » comme des « *contrats écrits* »¹⁸², est une avancée significative. Le terme « contrat » pour qualifier les marchés est un élément de définition matérielle clé, possible dans la lignée de la théorisation des contrats administratifs¹⁸³.

131. Le décret du 17 juillet 1964¹⁸⁴, portant co-définition des textes réglementaires relatifs aux marchés publics de l'État, pose une définition matérielle des marchés publics ayant un niveau d'abstraction conceptuelle applicable auxdits marchés de travaux publics. Mais il faut attendre le CMP de 1964 et la conceptualisation des marchés publics pour atteindre un niveau de définition matérielle des marchés de travaux publics dans les textes réglementaires¹⁸⁵.

§ 2 : La matérialisation d'une définition des marchés de travaux publics par la doctrine administrativiste

132. Les « carences » du législateur permettent à d'autres acteurs du droit d'exister et de jouer un rôle important, à savoir la doctrine et les juges via leurs décisions. La doctrine et la jurisprudence ont abondamment écrit, ces deux derniers siècles, sur ce point. Ces deux derniers acteurs du droit ont mis un temps certain à concrétiser la conceptualisation et la théorisation des contrats administratifs, auxquels les marchés de travaux publics¹⁸⁶ sont rattachés.

¹⁸⁰ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'État.

¹⁸¹ *J.O.R.F.* du 16 mars 1956, p. 2562.

¹⁸² Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'État, Titre I, Chap. 1, art. 3.

¹⁸³ Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 2.

¹⁸⁴ Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant co-définition des textes réglementaires relatifs aux marchés publics de l'État.

¹⁸⁵ Il faut attendre le Code des marchés publics de 2001, en son art.1^{er} al. 2, pour établir que « Les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage. »

¹⁸⁶ Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 1 & 2.

A) Les confusions terminologiques entre les notions différentes de « travaux publics » et de « marchés de travaux publics »

133. Que ce soit de nos jours, au XIX^e siècle, ou sous l’Ancien Régime, on parlait de travaux publics de manière courante en concevant approximativement l’objet sans pour autant en avoir une définition bien précise. Pour éviter toute confusion, il s’agit de poser des définitions des travaux publics et des notions juridiques qui gravitent autour. Cette confusion est récurrente. En 1858, lors de la soutenance d’un acte public pour la licence, un étudiant a senti le besoin de clarifier ce point, soulignant que « la plupart des auteurs confondent les travaux publics avec les marchés publics ; mais si ces matières renferment également le caractère du contentieux, il y a entre elles une énorme différence : c’est que les contestations qui s’élèvent sur les travaux publics sont jugées par le conseil de préfecture, celles relatives aux marchés publics par le ministre »¹⁸⁷. Il est intéressant de constater, qu’en 1858, c’est un jeune étudiant en droit qui relate cette confusion entre la notion de travaux publics et celle de marchés de travaux publics. Les « grands » auteurs de la doctrine administrativiste ne semblent pas s’en inquiéter outre mesure.

134. Une définition des travaux publics du « Lexique des termes juridiques » les appréhendent comme les travaux exécutés sur un immeuble, dans un but d’utilité générale, soit pour le compte d’une personne publique quel qu’en soit le maître d’œuvre, soit plus rarement pour le compte d’une personne privée, s’ils sont effectués par une personne publique agissant dans le cadre d’une mission de service public. Au singulier, « travail public » désigne aussi l’ouvrage qui en est le résultat¹⁸⁸. Cette définition moderne établit clairement le lien entre les travaux publics et les services publics. Ce qui nous intéresse ici est de situer les marchés de travaux publics dans les travaux publics, et au final, c’est un critère beaucoup plus économique que juridique qui va le permettre. Dans les marchés de travaux publics, le prix est payé intégralement par l’adjudicateur suivant une forme monétaire, alors que dans la concession de travaux publics, le droit d’exploitation fait office de paiement, ou une redevance payée par les usagers des services publics. Pour bien comprendre la différence majeure entre le marché de travaux publics et la concession de travaux publics, il faut aller chercher des définitions de la concession de travaux publics.

¹⁸⁷ CHABBERT Jean-Louis-Camille, *Acte public pour la licence*, Soutenu à la faculté de droit de Toulouse, Imprimerie de Troyes ouvriers réunis (Toulouse), 1858, p. 30.

¹⁸⁸ *Lexique des termes juridiques 2010*, Dalloz, 17^{ème} édition, p. 716.

135. Ainsi, la concession de travaux publics peut s'appréhender d'un point de vue textuel comme un contrat administratif dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix¹⁸⁹. Pour la jurisprudence, la concession de travaux publics se définit comme le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public¹⁹⁰.

136. Cette étude s'attache uniquement à l'étude de l'émergence de la notion juridique de marché public, c'est-à-dire les contrats administratifs visant à fournir au pouvoir adjudicateur des biens ou services, moyennant un paiement en valeur monétaire¹⁹¹. Mais la notion de travaux publics a été le sujet d'études jurisprudentielles, et doctrinales préalables, avant de pouvoir arrêter une définition moderne des marchés de travaux publics.

B) Le dénominateur commun de l'histoire des travaux publics en France : l'Administration des Ponts et Chaussées

137. Cette Administration spécifique des voies de communication trouve son origine, très tôt sous l'Ancien Régime, avec l'instauration du grand Voyer de France en mai 1599¹⁹². Ce corps des Ponts et Chaussées se constitue progressivement, mais un pas important est franchi avec la désignation d'un dirigeant de cette Administration au début du XVIIIe siècle, laquelle entame alors son développement. Un arrêt du 28 novembre 1713 désigne des inspecteurs généraux, malgré une situation budgétaire très compliquée, vers la fin du règne de Louis XIV¹⁹³, le besoin en voies de communication se faisant pressant. Par la suite, les différents changements de régime politique influencent plus ou moins cette Administration, mais elle n'en fut jamais pour autant remise en cause.

¹⁸⁹ Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, art. 1.

¹⁹⁰ CE, 30 mars 1916, *Compagnie d'éclairage de Bordeaux*, concl. CHARDENET, Rec. Lebon, p. 125, GAJA, pp. 188 à 196.

¹⁹¹ Ceci n'étant qu'une définition vraiment minimaliste afin d'appréhender le noyau dur de la notion juridique de marché public.

¹⁹² PETOT Jean, *Histoire de l'administration des Ponts et Chaussées 1599-1815*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1958.

¹⁹³ BRUNOT André, COQUAND Roger, *Le corps des Ponts et Chaussées*, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1982, p. 10.

138. Son rôle était de coordonner la réalisation et l'exécution de grands travaux publics concernant les voies de communication, routes, chemins, etc. La France a recours relativement tôt à une Administration spécifique pour ce rôle. Elle a joué un rôle très important dans la construction des infrastructures routières de France. C'est devant les élèves de l'École des Ponts et Chaussées que se développent les premiers enseignements de droit administratif, d'où son influence importante dans l'élaboration du cadre juridique des travaux publics, sous forme de marchés, concessions ou autres. Beaucoup d'auteurs de la doctrine administrativiste des XIXe et XXe siècle sont issus de cette Administration.

C) La progressive maturation d'une définition matérielle du marché de travaux publics par la doctrine administrativiste

139. Au début du XIXe siècle et pendant une bonne partie de celui-ci, on ne peut parler que d'appréhension des travaux publics, sans parler d'une définition du marché de travaux publics. L'élaboration d'une définition telle qu'on peut l'appréhender aujourd'hui est issue d'un long processus historique. La doctrine et la jurisprudence n'ont pas les mêmes rôles, mais une certaine complémentarité.

1) Le marché de travaux publics dans la vision doctrinale révolutionnaire

140. La période, que l'on qualifie de période révolutionnaire en France, fait référence à la Révolution de 1789, précision nécessaire, vu le nombre de révolutions que notre pays a connues, avant et après celle-ci. Celle de 1789 a un retentissement très important sur notre histoire, et même sur l'Histoire universelle. La période révolutionnaire commence donc en 1789 et prend fin en 1815, à savoir à la fin de l'Empire de Napoléon Ier.

141. La doctrine publiciste de cette époque révolutionnaire est beaucoup plus accaparée par la définition de grands principes de droit constitutionnel, que par la définition de notion juridique relevant d'un droit administratif qui reste encore à définir et à construire. En effet, il ne faut jamais perdre de vue que le droit des contrats administratifs, et dès lors des marchés publics, s'est construit et structuré au sein de la matrice qu'est le droit administratif, qui lui-même est en construction. Le droit administratif moderne est durant l'époque révolutionnaire dans une phase de naissance. Ainsi, il faut attendre le Directoire

pour retrouver la trace du premier emploi de l'expression « droit administratif », par un professeur de législation de l'École centrale du département de la Charente Inférieure, Thomas Métivier, le 8 nivôse an VII.¹⁹⁴

142. Dans ce contexte, la doctrine n'a pas encore écrit sur le sujet des marchés de travaux publics, où sinon au travers de quelques commentaires de jurisprudence. Le décret du 16 frimaire an II et la loi du 28 pluviôse an VIII encadrent la passation des marchés de travaux publics. Ces deux textes ne sont pas spécifiques aux marchés de travaux, et seront commentés par des auteurs de la doctrine pour leurs apports en général. La doctrine emboîte le pas du législateur avec un pas d'avance ou de retard. Le Conseil d'État ne sera créé, dans sa mouture moderne, qu'en 1800. Les travaux publics, et plus précisément les marchés de travaux publics, n'intéresseront la doctrine, le législateur et la jurisprudence qu'à partir de la Restauration. Mais leur intérêt sera surtout axé sur la passation des marchés de travaux publics, et peu sur la définition de l'objet, dans la lignée du législateur, du moins dans les premiers temps.

2) la doctrine administrativiste et les marchés de travaux publics sous la Restauration

143. La Restauration est une période de l'Histoire de France qui apparaît comme assez stable dans la durée par rapport à l'ensemble du XIXe siècle. Elle se situe entre la deuxième abdication de Napoléon Ier en 1815, et la Révolution de 1848 avec l'abdication de Louis-Philippe d'Orléans. Cette relative stabilité ouvre une période de développement économique importante, propice aux affaires et aux investissements privés, mais aussi publics. Dans ce contexte, le législateur adopte des textes d'importance afin de réglementer les marchés de travaux de l'État, et les marchés en général : la loi du 31 janvier 1833 concernant la réglementation des marchés de l'État, l'ordonnance du 4 décembre 1836 qui intervient dans la continuité et qui pose des formules perdurant jusqu'à la codification de 1964, et l'ordonnance du 14 novembre 1837 sur les marchés des collectivités locales¹⁹⁵. Par ces différents textes, le législateur permet à la doctrine étudiant le droit administratif moderne naissant de s'intéresser aux marchés de travaux publics,

¹⁹⁴ Le 28 décembre 1798.

¹⁹⁵ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2.

ajoutant à ceci leur importance politique et financière dans le contexte d'une France en développement économique, genèse de notre lente industrialisation¹⁹⁶.

144. La doctrine administrative du début du XIXe siècle s'intéresse de manière croissante aux contrats administratifs, et surtout aux marchés de travaux publics, parallèlement à la construction de notre droit administratif. Ainsi, presque cent ans avant la théorisation des contrats administratifs, les travaux publics étaient les seuls contrats qui faisaient l'objet d'une aussi grande production doctrinale, laquelle compense l'absence quasi totale de définition textuelle du marché de travaux publics. De nombreux auteurs de doctrine ont écrit sur les marchés de travaux publics, soit dans des chapitres s'insérant dans les premiers manuels de droit administratif, soit dans des traités spécifiques aux travaux publics. La doctrine administrativiste de cette époque tarde cependant à combler cette absence de définition omise par le législateur dans ses écrits. Dès lors, le législateur laisse une grande marge de manœuvre à l'interprétation des juges, de par leurs décisions. Les auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe siècle, tels GÉRANDO et CORMENIN, ont la conviction de construire une matière juridique complètement nouvelle¹⁹⁷.

a) Le baron de GÉRANDO, un précurseur

145. Un des premiers administrativistes, qui a écrit un traité de droit administratif, est le baron de GÉRANDO, dans ses *Institutes du droit administratif*¹⁹⁸. Cet ouvrage, monumental pour son époque et surtout pour la matière naissante qu'est le droit administratif, trace les grandes lignes des compétences et des attributions des différentes institutions de notre architecture administrative. Il décrit les activités de l'Administration, dont les travaux publics ne sont qu'une composante apparaissant dans le 4^e et dernier tome de ses *Institutes* au chapitre des dépenses publiques. Ils sont appréhendés comme « ceux qui présentent un caractère d'utilité publique »¹⁹⁹, telle est l'appréhension du baron concernant les travaux publics. Ils ne font, sans équivoque, l'objet d'aucune définition, d'aucune forme de conceptualisation.

¹⁹⁶ BEAUD Michel, *Histoire du capitalisme 1500-2010*, Éd. Du Seuil, 6^{ème} édition, avril 2010, p. 130 ; le terme « *industrialisation* » tel que l'a utilisé Fernand Braudel nous paraît le plus adapté à décrire le processus historique français du XIXe siècle, qui se caractérise par le passage d'une société à dominante agraire et artisanale à une société commerciale et industrielle. Au détriment du terme d'Adolphe Blanqui « *Révolution industrielle* » qui n'est vraiment applicable qu'au Royaume-Uni de par la rapidité de son industrialisation, par rapport aux autres pays comme la France, l'Allemagne.

¹⁹⁷ HAURIUO Maurice, « *De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII* », *op cit*.

¹⁹⁸ GÉRANDO Marie-Joseph de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Nève, Paris, 1829-1830, 4 tomes.

¹⁹⁹ GÉRANDO Marie-Joseph de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Nève, Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1830, t. 4, p. 249.

146. Il fait l'inventaire des textes du législateur qu'il commente sommairement. L'apport doctrinal, en terme de définition matérielle d'objets juridiques et de conceptualisation, est quasi inexistant chez le baron de GÉRANDO. Son souci était ailleurs, au travers de son œuvre, il voulait poser le cadre général de notre droit administratif moderne, dans la lignée des écrits de PORTIEZ de L'OISE ou de BONNIN. Ceci est un début d'explication sur l'absence de définition matérielle des composantes ciblées du droit administratif, comme les marchés de travaux publics qui revêtent pourtant une grande importance politique et économique.

b) L'appréhension des marchés de travaux publics dans les écrits de CORMENIN

147. Dans cette logique, s'inscrivent CORMENIN et son œuvre. Concernant le droit administratif²⁰⁰, il traite toutes les questions qui composent ce droit à cette époque, comme « un des pères du droit administratif français »²⁰¹ qu'il est. Il répertorie les travaux publics sous cet intitulé. Il est pertinent de souligner que la partie nommée « travaux publics » se situe dans le plan de l'ouvrage entre la partie concernant les rentes et celle relative à la grande voirie. Cela dénote un déficit d'organisation et de cohérence globale dans la compréhension de la matière. Dans cette partie sur les travaux publics, CORMENIN nous livre un examen relativement approfondi des compétences et attributions concernant les travaux publics en général, et pas seulement pour les marchés. La première phrase de la partie sur les travaux publics note que « *les lois, les règlements, et la jurisprudence ont tracé, dans cette matière, les attributions (...)* »²⁰². Sa doctrine fait le bilan des législations en vigueur dans les travaux publics, sans vraiment de définition matérielle ou même de synthèse sur ce point de droit administratif.

3) La IIe République et le second Empire : leurs travaux publics

148. Cette période qui s'étale de 1848, année de l'abdication de Louis-Philippe d'ORLÉANS à la défaite de Sedan et la chute du second Empire, est une phase de l'histoire de France sous le signe de la modernisation et des grands travaux d'embellissement urbain. Ainsi, NAPOLÉON III et son célèbre préfet de la Seine, le baron

²⁰⁰ LAHAYE, Louis Marie de, Vicomte de CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Impr. De Giraudet, Paris, 1837.

²⁰¹ MARQ Paul, *Louis Marie de La Haye de Cormenin (1788-1868)*, Les biographies gâtinaises, Société d'émulation de l'arrondissement de Montargis, mars 2009, p. 19.

²⁰² LAHAYE, Louis Marie de, Vicomte de CORMENIN, *Questions de droit administratif*, *op. cit.*, p. CCXIV (214).

HAUSSMANN marquent cette époque autant que la ville de Paris, par l'ampleur de ses travaux de transformation. La doctrine amorce lentement une progression d'analyse, dans ses traités de droit administratif à partir de cette époque.

a) Les travaux publics chez Denis SERRIGNY

149. Le professeur Denis SERRIGNY²⁰³ dans ses *Questions* aborde les travaux publics du fait de leur importance incontournable dans la pratique administrative du XIXe siècle. SERRIGNY s'interroge en premier sur « le sens juridique des mots travaux publics », comme préalable à l'appréhension d'une notion juridique. Il reconnaît d'entrée la complexité de cette question.

150. Il expose que, d'un point de vue général, les ouvrages se voient conférer leur caractère de travaux publics de par leur destination. Il souligne également que les travaux publics sont ceux exécutés par l'État, les départements et les communes, mais pas seulement, car ceux exécutés par des groupements, ou des individus seuls le sont aussi, à partir du moment où ils ont une « destination publique »²⁰⁴. Cette appréhension large et relativement imprécise, allant jusqu'à inclure les travaux publics passés par des individus particuliers, sera confortée par la jurisprudence du Conseil d'État *Peyrot*²⁰⁵ près d'un siècle plus tard. D'un point de vue plus particulier, SERRIGNY souligne bien que les travaux publics passés par l'État ont un régime juridique distinct de ceux passés par les collectivités locales, en vertu des textes précédemment abordés, à savoir les ordonnances royales des 29 mai 1829 et 4 décembre 1836²⁰⁶. Il n'emploie pas la qualification juridique de marché de travaux publics pour désigner les travaux publics conclus à titre onéreux, mais celle « d'adjudication » de travaux, même si les marchés ne sont pas les seuls contrats de l'Administration à faire l'objet d'adjudication. SERRIGNY met parfaitement en évidence la complexité de l'appréhension matérielle des travaux publics en tant que notion de droit administratif aux contours mal délimités.

²⁰³ Denis SERRIGNY (1804-1876) fut professeur de droit administratif à la faculté de droit de Dijon, et ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour impériale.

²⁰⁴ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, éd. Durand, libraire-éditeur, Paris, 1854, p. 604. Concernant cet ouvrage de doctrine administrativiste, il est intéressant de noter une des citations de la page de garde : « Les arrêts décident plus souvent les hypothèses que les thèses » in LOYSEAU, *Des offices*, Liv. III, Chap. IV, n° 4. Cette citation de SERRIGNY en prélude de ses *Questions* est intéressante sur la répartition des rôles des différents acteurs de l'élaboration du droit administratif dans sa conception personnelle, et au-delà dans celle de la doctrine administrativiste de son époque.

²⁰⁵ TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Esterel Côte-d'Azur*, Rec. Lebon, p. 787.

²⁰⁶ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, op. cit., p. 605.

b) La maturité d'une appréhension : les travaux publics dans les écrits du doyen FOU CART

151. Le professeur FOU CART²⁰⁷ n'est pas le plus connu des administrativistes du XIXe siècle, mais son apport au droit administratif est très important, comme le démontre des travaux de recherches universitaires récents.

152. Concernant le domaine des travaux publics, qui sont des *éléments*²⁰⁸ essentiels du droit administratif du XIXe siècle, celui que l'on nomme communément le doyen FOU CART a une approche relativement mature de cette notion, servant de fondement à un des types de contrat administratif le plus important de cette période : le marché de travaux publics. Ainsi, il appréhende la notion de travaux publics comme « ceux qui se font par les ordres du gouvernement dans un intérêt public, tels que les travaux des routes, des canaux, des chemin de fer ; ceux même qui, intéressant plus spécialement un certain nombre d'individus, sont exécutés à leurs frais, tels que les travaux de dessèchement des mines (loi du 27 avril 1838), de construction et d'entretien des digues destinées à protéger les propriétés contre les eaux de la mer et des fleuves. On doit considérer en effet le caractère du travail, et non l'origine des deniers avec lesquels on le paye »²⁰⁹. FOU CART pense que si les travaux n'ont pas de caractère d'utilité publique, ils seront fait selon des règles de droit commun, même s'ils sont faits par l'État ou pour son compte. C'est une avancée fondamentale de la part de FOU CART de mettre en lumière l'importance de l'utilité publique dans la détermination du caractère des contrats de l'Administration²¹⁰. La détermination du caractère administratif est constamment au cœur des problématiques du droit administratif des contrats de l'administration postrévolutionnaire, car elle détermine les règles applicables de droit commun ou bien exorbitantes de celui-ci.

153. Considérant les « marchés auxquels donnent lieu les travaux publics », FOU CART écrit qu'ils nécessitent « un ensemble de règles spéciales fort importantes », afin d'encadrer juridiquement « la surveillance de l'autorité sur leur exécution, la vérification qui précède la réception, le jugement des difficultés qui peuvent s'élever sur le sens et

²⁰⁷ Émile-Victor FOU CART a été professeur de droit administratif et doyen de la faculté de droit de Poitiers. Sur son œuvre, sa vie, sa personne en général, il faut noter le travail universitaire du professeur Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Éléments d'histoire du droit public : la contribution du Doyen Foucart (1799-1860)*, LGDJ, 2007.

²⁰⁸ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, A. Marescq E. Dujardin, Libraires-éditeurs, 4^e éd., Paris, 1855, 3 vol.

²⁰⁹ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., t. 2, p. 647.

²¹⁰ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 735, § 844.

l'exécution des clauses des contrats »²¹¹. FOU CART souligne à propos des règles applicables aux marchés de travaux publics qu'elles ont « beaucoup d'analogie »²¹² avec celles applicables aux marchés de fournitures. À cette appréhension doctrinale, il énonce des cas d'espèces jurisprudentielles où le juge qualifie un contrat de travaux de marchés de travaux publics. À titre d'illustration, la jurisprudence qualifie de « marchés pour travaux publics », comme FOU CART les nomment, les travaux passés pour le service des maisons centrales de détention²¹³. Ou encore entrent, dans la qualification juridique de marchés de travaux publics, les travaux ayant pour objet un service public, à savoir, en l'espèce, le chauffage d'une pompe à feu destiné à alimenter l'eau d'une ville²¹⁴. De manière générale, FOU CART met en avant que les travaux concernant les grandes routes, les chemins de fer, les ponts etc., c'est-à-dire « la plus grande partie des travaux publics », sont réalisés sous l'égide de l'Administration des Ponts et Chaussées²¹⁵.

154. FOU CART appréhende les marchés de travaux publics de manière très complète et mature par rapport aux administrativistes de son époque, car il hausse le niveau de définition matérielle doctrinale de ce type de marché.

c) Les travaux publics chez Anselme-Polycarpe BATBIE

155. À ce stade, la doctrine administrativiste aborde les travaux publics sans faire de distinction organisée. Pour illustrer ce propos, on peut, dans un premier temps, parler d'Anselme BATBIE et de son traité²¹⁶. D'un point de vue biographique, il est pertinent de voir que dans sa carrière de juriste, BATBIE a commencé comme auditeur au Conseil d'État, avant d'être professeur suppléant à la faculté de droit de Paris et avocat à la Cour impériale. Il illustre le lien étroit entre les auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe siècle et le giron du Conseil d'État, du fait de l'élaboration très jurisprudentielle du droit administratif. Dans les 7 tomes de ce traité, ce qui est le plus frappant pour un regard de juriste moderne, c'est l'absence d'organisation et de structuration dans le plan qui se résume en une énumération, dans la lignée de GÉRANDO, et CORMENIN, mais vingt ans après eux. Pour ce qui est des travaux publics, toujours entendus dans une généralité

²¹¹ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., t. 2, p. 648.

²¹² *Ibid.*, p. 648.

²¹³ CE, 27 mai 1816, *Levacher-Duplessis*. Foucart souligne que cet arrêt a été inséré au *Bulletin des lois* sans doute pour qu'il reçoive une plus grande autorité au travers de cette publicité légale.

²¹⁴ CE, 18 décembre 1839, *Lecour c/ville de Paris*, Rec. Lebon, pp. 582-583.

²¹⁵ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., t. 2, p. 649.

²¹⁶ BATBIE Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Cotillon, libraire du Conseil d'Etat, Paris, 7 vol., 1861.

confuse, ils font l'objet d'un intitulé dans le tome 1^{er} du Traité : « travaux publics et marché de fournitures ». Il est intéressant sur cet intitulé de constater que les deux notions de travaux publics et marchés de fournitures sont réunies, alors que quelques décennies avant, chez CORMENIN, elles faisaient l'objet de deux points bien précis. BATBIE donne un préluce de définition matérielle des travaux publics en s'appuyant sur d'autres notions. Il appréhende les travaux publics comme « ceux qui sont entrepris en vue de l'utilité générale pour assurer ou faciliter les services publics »²¹⁷. BATBIE se démarque de ses prédécesseurs, dans le sens où il situe la notion de travaux publics par rapport à d'autres notions importantes, à savoir l'utilité générale et les services publics. Il esquisse une définition matérielle des travaux publics sur ces fondements notionnels. Il enchaîne immédiatement après avec l'aspect contentieux des travaux publics. Chose intéressante chez lui, il ne voit pas la confusion sur l'expression « travaux publics » au même endroit que tout le monde. Pour lui, la question est de savoir si les travaux des collectivités locales peuvent être considérés comme des travaux publics, et il précise que la loi et la jurisprudence ont répondu affirmativement à cette interrogation sur la base du critère de l'utilité générale²¹⁸.

156. BATBIE pose des définitions des matières juridiques dans lesquelles il s'inscrit, dans le tome 2 de son « *traité théorique et pratique de droit public et administratif*²¹⁹ ». Il pose une définition de l'Administration et du droit administratif²²⁰, et de manière plus générale, du droit public et constitutionnel. Cela traduit bien le besoin des administrativistes de son époque de situer et de positionner le droit administratif par rapport aux autres matières juridiques, et de rappeler sa définition. Les débuts de cette matière juridique, l'originalité de son élaboration peuvent expliquer une sorte de complexe par rapport au droit civil.

d) Les travaux publics dans les écrits de Toussaint-Ange COTELLE

²¹⁷ BATBIE Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Cotillon, libraire du Conseil d'Etat, Paris, t. 1, Paris, 1861, p. 360.

²¹⁸ *Ibid*, p. 360.

²¹⁹ *Ibid*, p. 281.

²²⁰ BATBIE, pour définir le droit administratif fait référence à la définition de l'un de ses confrères administrativistes, SERRIGNY, qui quelques années auparavant, définissait celui-ci comme « *une partie du droit public qui comprend les rapports des gouvernants et des gouvernés dans le détail de l'exécution des mesures qui les régissent. Il est placé sur les bas degrés du droit public. Il s'agit d'une même échelle occupée par un seul pouvoir sous des noms différents ; il s'appelle gouvernement dans les degrés supérieurs et administration dans les degrés inférieurs.* » in SERRIGNY, *Droit public*, t. 1, pp. 95-96 ; repris par BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 2, p. 282.

157. Dans un deuxième temps, il s'agit d'appréhender l'œuvre de Toussaint-Ange COTELLE, qui, dans son « *cours de droit administratif appliqué aux travaux publics* »²²¹, spécialise son propos sur un point important du droit administratif, les travaux publics. Du point de vue de sa carrière professionnelle, il a un parcours assez proche de celui d'Anselme BATBIE, à savoir, il a été avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation et, quand il écrit ce cours, il est professeur de droit administratif à l'École impériale des Ponts et Chaussées. S'il y a un point commun entre les grands administrativistes du XIXe siècle, c'est bien leur proximité à un moment ou à un autre de leur carrière avec le Conseil d'État. L'œuvre en 4 volumes de COTELLE est magistrale de par l'étendue des connaissances qu'elle répertorie. Maurice HAURIOU fixait, à peu près à 1860, la date à laquelle le droit administratif serait entré dans sa phase d'organisation²²². Quand on appréhende le cours de COTELLE, on lui donnerait raison. Mais cette organisation du plan et du propos général n'en efface pas moins des lacunes de définition matérielle de notions élémentaires. En effet, il est frappant de constater qu'au préluce du livre I du tome I, il n'y ait aucune définition précise de l'objet des travaux publics, ne serait-ce que pour clarifier le propos. Ainsi, le premier alinéa traite des « éléments essentiels du développement des travaux publics »²²³. Il se trouve dans la lignée de BATBIE en situant les travaux publics par rapport aux notions d'intérêt général²²⁴ et de propriété. La spécificité de ce cours sur les travaux publics permet de dresser un schéma de la matière des travaux publics dans la matrice de notre droit administratif. Au début du tome III, on trouve un livre XI intitulé « des clauses et conditions générales des marchés de travaux publics »²²⁵, mais c'est le même esprit, la notion de « marché de travaux publics » n'est pas vraiment définie matériellement, et l'alinéa 1 du Livre VI est intitulé « travaux publics répartis entre les différentes administrations », précisant d'entrée les compétences en terme de marchés de travaux publics sans les définir au préalable. Les règles de passation, le formalisme, les compétences et les attributions de chaque autorité sont détaillés au mieux, mais l'objet en lui-même des marchés de travaux publics reste sans définition. Les grands auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe siècle n'ont, à ce stade-là, pas comblé la carence de définition matérielle dont souffrent les marchés de travaux publics du XIXe siècle.

²²¹ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics : contenant l'organisation administrative de la France, l'organisation du service des Ponts et Chaussées, les règles de la comptabilité*, Dalmont et Dunod, 1859-1862, 4 vol..

²²² HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII », *op. cit.*

²²³ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics : contenant l'organisation administrative de la France, l'organisation du service des Ponts et Chaussées, les règles de la comptabilité*, *op. cit.*, t. 1, Livre I, p. 1.

²²⁴ Chez BATBIE, il y a l'usage de « utilité générale » au lieu d'« intérêt général ».

²²⁵ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics : contenant l'organisation administrative de la France, l'organisation du service des Ponts et Chaussées, les règles de la comptabilité*, *op. cit.*, t. 3, Livre VI, p. 1.

e) Les travaux publics chez Gabriel DUFOUR

158. Sur une ligne un peu différente, Gabriel DUFOUR a, comme point commun avec beaucoup d'autres administrativistes, d'appartenir au corps des avocats près la Cour de cassation et le Conseil d'État, au même moment que COTELLE. Il appréhende les travaux publics de manière plus complète dans son ouvrage, « *Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence* »²²⁶, comme « ceux qui sont empreints du caractère d'utilité publique ». Il complète en précisant qu' « il appartient d'abord, essentiellement aux travaux qui intéressent l'universalité des habitants et dont l'exécution est confiée au gouvernement et s'effectue aux frais de l'État ». Il en profite pour souligner que les travaux entrepris et payés par les départements « rentrent essentiellement dans la catégorie des travaux publics »²²⁷ en s'appuyant sur l'arrêt du Conseil d'État *Borrani*²²⁸. Toujours dans la même logique de délimiter les travaux qui sont assimilables à des travaux publics, il précise qu'il ne faut pas « confondre les marchés de fournitures avec les marchés de travaux »²²⁹. En effet, DUFOUR pose des critères pour que des travaux soient considérés comme des travaux publics. Il écrit cet ouvrage quelques années avant COTELLE et BATBIE et pourtant son approche doctrinale des travaux publics est plus mature.

f) Léon AUCOC et les travaux publics sous le second Empire

159. Dans la lignée de la maturité de DUFOUR, AUCOC²³⁰ est incontournable à l'échelle de la doctrine administrativiste du XIXe siècle. Il inaugure en 1865 le cours de droit administratif que des membres du Conseil d'État donnent, encore de nos jours, à l'École des Ponts et Chaussées. De ses cours, il tira ses magistrales œuvres de doctrine, dont les fameuses « *Conférences* »²³¹. Dans ses « *Conférences* », il donne une analyse de la matière du droit administratif très lucide et mature pour son temps, ses propos sont organisés. Il est conscient des rôles impartis à chacun des acteurs du droit. Ainsi, il souligne les manques énormes de la législation affectant certaines branches du droit

²²⁶ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Cotillon, 2^e édition, Paris, 1854-1857, 7 vol.

²²⁷ CE, 14 février 1839, *Borrani c/ le département du Jura*, Rec. Lebon, pp. 141 à 143. Le juge administratif : « Considérant que les travaux qui ont eu pour objet l'établissement des calorifères, destinés au chauffage des bureaux de la préfecture, rentrent essentiellement dans la catégorie des travaux publics », p. 141. Voir aussi : Cass., 27 août 1839.

²²⁸ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, op. cit., t. 7, Tit. II, Chap. XXVII, p. 191.

²²⁹ *Ibid*, p. 204.

²³⁰ Ce grand administrativiste ne peut qu'être présent dans une étude sur les contrats administratifs. Il s'illustre dans un premier temps, en tant que membre du Conseil d'État. Il démissionna en 1879, alors qu'il occupait la position de président de section.

²³¹ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées*, Dunod, 1870, 3 volume.

administratif, dont les marchés de travaux publics, ou même les marchés en général. Ces lacunes du législateur donne un champ d'action très vaste à la jurisprudence et à la doctrine. Il mesure les connections intrinsèques entre droit administratif et droit privé dans ses *Conférences*, par l'apport de diverses définitions, comme celle du droit pénal²³², ou même du droit commercial²³³. Dans cette première leçon, AUCOC précise en quoi peuvent consister les travaux publics réalisés par l'Administration des Ponts et Chaussées qui a pour principal objet la circulation publique, à savoir « routes, chemins de fer, canaux... Des bâtiments sont nécessaires pour l'installation des services civils, de la justice, des bureaux des administrations, des constructions militaires et maritimes, fortifications, casernes, arsenaux, vaisseaux... »²³⁴. Il délimite ainsi la réalité matérielle que recouvrent les travaux publics dans le giron du corps des Ponts et Chaussées, où il enseigne.

160. Dans le troisième volume de ses « *Conférences* »²³⁵, tout entier consacré à l'histoire juridique des chemins de fer, il délivre un essai sur les travaux publics d'envergure qu'était la construction de notre réseau ferroviaire. Il écrit un traité de nos travaux publics au travers du cas particulier des chemins de fer. AUCOC fera mûrir encore son approche des travaux publics, sous la IIIe République en 1886, dont nous parlerons en amont.

5) Les travaux publics dans la doctrine et la jurisprudence de la IIIe République à la Première Guerre mondiale, ou l'inflation doctrinale relative aux travaux publics

161. Les régimes politiques se succèdent entre stabilité et changement, la défaite de Napoléon III à Sedan met fin au second Empire, et ouvre la voie à la IIIe République qui doit faire face d'entrée à la révolte de la Commune. Cette situation politique relativement compliquée n'affecte pas vraiment le développement du droit administratif qui semble être inscrit dans un développement inévitable, que les agitations politiques et belliqueuses ne paraissent pas influencer. Le nombre des œuvres de doctrine administrativiste semble aller croissant jusqu'à la Première Guerre mondiale, et dans le sens d'une organisation et d'une structuration du droit administratif et de ses composantes, comme les marchés de travaux

²³² *Ibid*, p. 44.

²³³ *Ibid*, p. 50.

²³⁴ *Ibid*, p. 35.

²³⁵ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'Ecole des Ponts et Chaussées*, t. 3, Dunod, 1870.

publics. Ainsi, les traités concernant la notion générale de travaux publics se multiplient provoquant une réflexion doctrinale d'envergure sur ces questions.

162. La doctrine administrativiste de la fin du XIXe siècle connaît une productivité croissante d'ouvrages et de traités, et le domaine spécifique des travaux publics fait l'objet de nombreuses études, de par son importance tant financière que politique, les travaux publics regroupant des travaux aussi diversifiés que la construction de voies ferrées, de routes, ou encore de bâtiments accueillant des services publics, en bref des constructions servant l'intérêt général. Les enjeux pour l'État sont donc cruciaux, et leur bonne exécution dépend de l'efficacité de leur cadre juridique.

a) Le développement d'une doctrine administrativiste spécialisée sur les travaux publics : l'œuvre d'Eugène PERRIQUET

163. Dans cette logique, la doctrine administrativiste, au travers de quelques noms plus ou moins connus, continue sa courbe de progression vers la définition de nos marchés de travaux publics actuels. Parmi, ces noms, celui d'Eugène PERRIQUET, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, comme bon nombre de ses prédécesseurs administrativistes, a beaucoup apporté à cette doctrine, surtout dans le domaine des travaux publics. Au préalable, il faut préciser que Perriquet classe les marchés de travaux publics dans la catégorie des louages d'ouvrage pour le compte de l'État, et il souligne que cette catégorie juridique « comprend, en premier lieu, le marché de travaux publics »²³⁶. Mais il continue en apportant une précision de grande importance en disant « mais il s'en faut que tout louage d'ouvrage soit un marché de travaux publics »²³⁷.

164. Dans son « *traité théorique et pratique des travaux publics* »²³⁸, PERRIQUET a une approche très organisée, assez similaire à son ouvrage sur les contrats de l'État et les travaux publics, publié un an après ce traité en 2 tomes. Toutefois, les deux oeuvres présentent des différences de précision méritant attention. Dans son traité, il définit dans le titre Ier consacré aux préliminaires, ce qu'on entend par travail public dans son alinéa 1 qui pose : « les travaux publics sont les travaux exécutés, par l'administration ou par les personnes substituées à ses droits, dans l'intérêt des services publics, et en vertu d'une

²³⁶ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'Etat (...)*, Marchal, Billard et Cie, Paris, 1884, n° 229, p. 220.

²³⁷ *Ibid.*, p. 220.

²³⁸ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., 2 vol.

autorisation régulière. »²³⁹. Il s'attache ensuite à compléter sa définition matérielle de base en rajoutant que « pour qu'il puisse être question de travail public, il faut qu'il y ait travail exécuté, soit par l'administration elle-même, soit pour son compte, et non livraison à l'administration de choses toutes faites. Dans ce dernier cas, il ne peut y avoir ni travail public, ni marché de travaux publics, ni même louage. »²⁴⁰. Il précise les critères fondamentaux essentiels sans lesquels il ne peut y avoir travail public, ou encore marché de travaux publics. PERRIQUET s'appuie comme les administrativistes de son temps sur la jurisprudence, essentiellement du Conseil d'État, en second de la Cour de cassation pour compléter les définitions matérielles des travaux publics et des marchés de travaux, en posant des cas d'espèces où il y a travaux publics, marché de travaux ou pas. Ainsi, le Conseil d'État voit des travaux publics dans le traité qui charge un entrepreneur de démolir les constructions existantes sur les terrains destinés à l'ouverture d'une rue, et lui cède les matériaux à retirer de ces constructions²⁴¹. Sur le même plan, la Cour de cassation a reconnu le caractère de travaux publics à l'édification d'une statue sur une place publique²⁴². Dans son traité comme dans son ouvrage suivant, PERRIQUET apporte une définition doctrinale des travaux publics plus ou moins aboutie pour son temps, fondée sur des critères essentiellement jurisprudentiels, qu'il appuie nécessairement sur des cas d'espèces.

165. Dans son ouvrage, « *Contrat de l'Etat et travaux publics* »²⁴³, PERRIQUET réalise un ouvrage spécialisé sur les contrats de l'État et les travaux publics de son époque, dans la lignée de son précédent traité sur les travaux publics. Il classe les marchés de travaux publics comme étant la première composante des louages d'ouvrage, mais il souligne que tous les louages d'ouvrage ne sont pas des marchés de travaux publics. PERRIQUET appréhende les travaux publics comme « les travaux exécutés pour le compte de l'État ne sont des travaux publics qu'à certaines conditions. Il faut qu'il y ait véritablement exécution d'un travail pour le compte de l'État, et non vente d'une chose toute faite, auquel cas il y aurait marché de fournitures »²⁴⁴. Il précise bien la différence entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, pour prévenir certains amalgames courants dans la doctrine administrativiste de son siècle. PERRIQUET s'appuie ensuite sur la

²³⁹ *Ibid*, p. 2.

²⁴⁰ *Ibid*, al. 2, p. 2.

²⁴¹ CE, 13 février 1874, *Dussaussoy et autres c/ Ville de Lille*, Rec. Lebon, pp. 172-173.

²⁴² Cass., 29 mars 1864, *Debay*, S. 64, 1, 187.

²⁴³ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'Etat*, op. cit., 1884.

²⁴⁴ *Ibid*, p. 220.

jurisprudence pour compléter son appréhension de la notion juridique de travaux publics. Ainsi, il faut que le travail présente une analogie suffisante avec celui ciblé par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, en vertu de la décision du Tribunal des conflits, en date du 17 mai 1873, *Michallard*, pour qu'il y ait marché de travaux publics²⁴⁵. Dans deux décisions du Conseil d'État, il est mis en lumière par les juges un critère de définition important des travaux publics, à savoir que le travail doit se rapporter directement aux services publics²⁴⁶. PERRIQUET réalise bien cette synthèse entre doctrine et jurisprudence pour maximiser l'apport à la matière juridique. PERRIQUET pose les critères arrêtés par la jurisprudence et réaffirmés par la doctrine administrativiste, pour qu'un travail soit considéré comme des travaux publics. Il ne faut pas perdre de vue le rôle du Conseil d'État et de ses décisions dans l'élaboration du droit administratif²⁴⁷, et par conséquent de ses composantes. Les ouvrages d'Eugène PERRIQUET traduisent bien le rôle de cette jurisprudence quant aux travaux publics, qui font partie intégrante de notre droit administratif.

b) Les travaux publics de la III^e République chez Léon Aucoc

166. Dans son ouvrage de 1886, intitulé « Des autorités administratives préposées à la direction des travaux publics et spécialement des ingénieurs des Ponts et Chaussées »²⁴⁸, AUCOC s'inscrit dans une évolution de sa réflexion appréhendée dans ses « Conférences » quelques années auparavant. Il aborde une définition de la notion juridique de travaux publics au tout début de l'ouvrage comme « tous les travaux exécutés, dans un but d'utilité publique, par les divers organes des intérêts collectifs, c'est-à-dire les travaux exécutés dans ce but par l'État, les départements, les communes et les établissements publics. »²⁴⁹. Cette définition matérielle doctrinale n'évolue pas par rapport aux précédentes, AUCOC le souligne lui-même²⁵⁰. Le marché de travaux publics s'intègre dans cette définition matérielle des travaux publics. Les marchés de travaux publics sont souvent appréhendés matériellement par rapport aux marchés de fournitures de l'État²⁵¹. C'est toujours le critère de la poursuite de l'utilité publique qui revient et qui fait office de critère fondamental de

²⁴⁵ Cette jurisprudence était déjà mise en lumière dans son *Traité théorique et pratique*, tomes 1, pp. 4-5.

²⁴⁶ CE, 21 août 1845, *Lagrange et Vinet c/ Geay et Auger*, Rec. Lebon, pp. 427-428 ; CE, 2 mai 1873, *Ministre des finances c/ Barliac*, Rec. Lebon, pp. 371 à 378.

²⁴⁷ Cf. *supra*, § suiv.

²⁴⁸ AUCOC Léon, *Des autorités administratives préposées à la direction des travaux publics et spécialement des ingénieurs des Ponts et Chaussées*, Dunod, Paris, 1886.

²⁴⁹ *Ibid*, p. 1.

²⁵⁰ « Les travaux publics, on l'a déjà vu, sont tous les travaux (...) », *Ibid*, p. 1.

²⁵¹ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod éditeur, 2^e éd., 1879, p. 271 sur les différences entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures de l'État.

référence chez tous les administrativistes, même s'ils n'utilisent pas tous les mêmes mots et les mêmes notions²⁵², le sens premier est assez similaire. AUCOC a joué un rôle très important lorsqu'il officie au Conseil d'État en tant que commissaire du gouvernement, dans l'affirmation de ce critère de l'utilité publique. DEBAUVE, dans ses écrits sur les travaux publics, se réfère aux conclusions d'AUCOC pour définir les travaux publics, lui rendant le mérite qui lui revient dans cette matière, comme aucun autre ne l'avait aussi bien fait avant lui.

c) Les travaux publics chez Alphonse DEBAUVE

167. Les travaux publics, chez DEBAUVE, sont étudiés de manière assez différente que chez la plupart des administrativistes de son époque, ce qui rend ses ouvrages intéressants de par la différence de l'approche et du point de vue. La distinction avec PERRIQUET est flagrante, les formations professionnelles peuvent être un élément de réponse pertinent. En effet, PERRIQUET était proche du Conseil d'État de par sa profession d'avocat, alors que DEBAUVE faisait partie de l'Administration des Ponts et Chaussées, où il était ingénieur. Son ouvrage sur « *Les travaux publics et les ingénieurs des Ponts et Chaussées depuis le XVIIe siècle* »²⁵³, est, par conséquent, une vision des travaux publics de la fin du XIXe siècle du point de vue de l'Administration des Ponts et Chaussées, qui se rapproche plus de celle d'AUCOC, pour deux raisons évidentes. Tout d'abord, DEBAUVE, pour définir la notion de travaux publics, se réfère à Aucoc et ses conclusions de commissaire du gouvernement au Conseil d'État quelques années auparavant, puis, ils avaient tous les deux un lien avec l'Administration des Ponts et Chaussées. DEBAUVE n'est pas le seul ingénieur de ce corps à se mêler de droit administratif appliqué aux travaux publics, il s'inscrit dans la lignée d'un TARBÉ de VAUXCLAIRS et son dictionnaire²⁵⁴. DEBAUVE, dans le chapitre I, de son ouvrage intitulé « *Définition et caractère des travaux publics* », à la question « qu'entend-t-on par travaux publics ? », annonce d'entrée que ce « n'est pas aussi simple qu'on peut le croire »²⁵⁵. Il précise que les conditions de publicité des travaux ont été nettement identifiées par Léon AUCOC, à l'époque où il était commissaire du gouvernement au Conseil d'État, le 8 mars 1866, lors de conclusions dans une affaire de publicité ou de non publicité de travaux dans un établissement thermal. AUCOC est celui qui a le mérite de mettre un terme au débat sur l'établissement stable du

²⁵² PERRIQUET utilise l'expression : « d'intérêt des services publics ».

²⁵³ DEBAUVE Alphonse, *Les travaux publics et les ingénieurs des Ponts et Chaussées depuis le XVIIe siècle*, Dunod, Paris, 1893.

²⁵⁴ TARBÉ DE VAUXCLAIRS Jean-Bernard, *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, Carilian-Goeury, 1835.

²⁵⁵ DEBAUVE Alphonse, *Les travaux publics et les ingénieurs des Ponts et Chaussées depuis le XVIIe siècle*, op. cit., p. 5.

critère de publicité des travaux, après des interrogations sur le critère de domanialité publique mis en relief par certains. Il note l'instabilité de ces critères. Son but était de « chercher un signe plus simple, et qui ne donne lieu à aucune controverse, pour reconnaître les travaux publics. »²⁵⁶. DEBAUVE, pour définir au mieux l'objet juridique des travaux publics, s'appuie sur les conclusions d'Aucoc qui résume la position de la jurisprudence majoritaire de l'époque, qui va s'imposer à la majorité de la doctrine administrativiste de la seconde moitié du XIXe siècle. Le signe plus simple que recherche Aucoc, il le trouve « avec la jurisprudence aujourd'hui constante et unanime du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, dans l'utilité publique des travaux »²⁵⁷. C'est ce critère de l'utilité publique qui va permettre d'identifier les travaux publics. La jurisprudence sert d'éclaircisseur à la doctrine administrativiste pour arrêter les critères de définition des travaux publics. DEBAUVE ébauche cette « définition » des travaux publics en précisant que « les travaux publics sont ceux qui peuvent faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique, mais ce caractère ne leur est acquis que lorsqu'ils sont autorisés et approuvés dans les formes prescrites par la loi. »²⁵⁸ L'État de droit est en perpétuelle construction, toujours en quête d'une meilleure effectivité.

d) La conceptualisation des marchés de travaux publics dans le traité d'Édouard LAFERRIÈRE : une étape franchie dans la définition matérielle des marchés de travaux publics

168. LAFERRIÈRE est l'auteur du *traité de la juridiction administrative*, que BOSC qualifiera de « livre admirable »²⁵⁹, dans une note de jurisprudence à la *RDP* 1921. Son appréhension des marchés de travaux publics représente un palier dans l'abstraction doctrinale par référence aux administrativistes postrévolutionnaires des deux premiers tiers du XIXe siècle, dont nous venons d'aborder les principaux ouvrages concernant les marchés de travaux publics.

169. LAFERRIÈRE commence au préalable par replacer les marchés de travaux publics dans leur contexte historique, afin de mettre en évidence que leur caractère administratif

²⁵⁶ *Ibid*, p. 6.

²⁵⁷ *Ibid*, p. 6 ; la conclusion d'Aucoc précise encore son propos dans ce sens : « Si les travaux sont d'utilité publique, si, pour les exécuter, on peut recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ce sont des travaux publics. Et il n'y a pas lieu de distinguer, cela est désormais incontestable, entre les travaux de cette nature exécutés pour le compte de l'État et les travaux exécutés pour le compte des départements, des communes et même des associations syndicales autorisées, auxquelles, en vertu de la loi du 21 juin 1865, l'administration peut déléguer son droit d'expropriation. »

²⁵⁸ *Ibid*, p. 6.

²⁵⁹ BOSC André, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1921, p. 484.

est un héritage de l’Ancien Régime²⁶⁰. LAFERRIÈRE fait un exposé détaillé des bases légales des marchés de travaux publics. Ainsi, il souligne que malgré l’importance de ce type de contrat administratif, ils n’ont pas fait l’objet de textes spéciaux, au même titre que les concessions de travaux publics. Le Code civil ne peut pas leur fournir plus qu’un cadre juridique très général au travers du titre des *Contrats*, et de manière plus sélective du titre du *Louage d’ouvrage*. LAFERRIÈRE précise que la loi du 31 janvier 1833 prescrit des règlements d’administration publique sur les marchés de l’État, applicables aux marchés de travaux publics. Le texte de la loi de 1833 et ses textes réglementaires d’application (ordonnance du 4 décembre 1836 et décret du 20 novembre 1882) ne posent que des garanties d’ordre administratif et financier et n’organisent rien concernant les conditions des marchés de travaux publics. Pourtant cesdites conditions ne sont pas abandonnées dans chaque cas particulier de contrat à la discrétion de l’Administration. Elles sont fixées par les cahiers des clauses et conditions générales²⁶¹ qui ont « un caractère à la fois contractuel et réglementaire ». LAFERRIÈRE souligne, que ces cahiers des clauses et conditions générales des contrats administratifs ayant pour objet des travaux publics peuvent être considérés comme « la base légale et permanente de ces contrats »²⁶².

170. LAFERRIÈRE synthétise, dans son traité de contentieux administratif, une définition matérielle des marchés de travaux publics – en tant que premier type de contrat administratif au sortir du XIXe siècle – se rapprochant d’un stade conceptuel, par sa précision et sa synthèse historique des apports précédents en matière de travaux publics. Il appuie son appréhension matérielle sur des éléments de définition formelle de ce type de contrat administratif, les deux dimensions étant interdépendantes. C’est au travers d’une conceptualisation de la notion référence de travaux publics, que la définition des marchés de travaux publics progresse. De la même manière que le contrat administratif, en tant que notion globale rattachée à une terminologie précise, atteint une maturité conceptuelle, à la moitié du XIXe siècle, dans les productions doctrinales du doyen FOUCART²⁶³, le marché de travaux publics se conceptualise sur la base d’une définition matérielle et formelle construite par LAFERRIÈRE, dès la fin de ce même siècle.

²⁶⁰ LAFERRIÈRE précise : « les contestations qui s’élèvent entre l’administration et les entrepreneurs de travaux publics ont été déferées de tout temps à la juridiction administrative : sous l’ancien régime, aux intendants, sauf recours au Conseil du Roi ; pendant la période révolutionnaire, aux directoires de départements ; depuis le Consulat, aux conseils de préfecture sauf appel au Conseil d’État, en vertu de l’article 4 du 28 pluviôse an VIII (...) », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 2, p. 119.

²⁶¹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 120.

²⁶² *Ibid.*, p. 121.

²⁶³ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, op. cit., p. 1119 et suiv. ; Voir aussi : PLESSIX Benoît, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif*, op. cit., pp. 734-735.

e) Une consolidation du concept de marché de travaux publics dans les écrits de Maurice HAURIOU

171. Le doyen toulousain dans ses écrits de droit administratif développe des analyses relatives aux travaux publics, et plus précisément ceux à titre onéreux, les marchés. Gaston JÈZE, dans une de ces analyses à la *RDP*²⁶⁴, prend comme référence son appréhension des marchés de travaux publics. Pour les approcher, il faut d'abord déterminer ce que sont les travaux publics. HAURIOU distingue « dans la matière des travaux publics deux éléments, l'opération et le résultat » matérialisés par l'ouvrage public²⁶⁵. Cet ouvrage public apparaît « comme indépendant » de l'opération de travaux publics dans une certaine mesure. Elle est assimilable à un objet défini comme une notion juridique, s'insérant dans les travaux publics. Mais HAURIOU expose que si, au niveau des conséquences des travaux, on peut distinguer opération et résultat, il en ait autrement quant à la question de la compétence contentieuse²⁶⁶. En effet, le contentieux des travaux publics est uniforme, unifié autour de la compétence contentieuse pour tous les travaux publics, peu importe leur mode d'exécution, concession, marché, offre de concours. Le Conseil de préfecture est compétent sur les litiges des travaux publics *lato sensu* sur le fondement de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (al. 3 & 4). Il met en avant les raisons avancées classiquement et logiquement par la doctrine administrativiste du XIX^e siècle, à savoir que « les travaux publics sont l'opération administrative la plus dangereuse pour les finances publiques »²⁶⁷. Dès lors, les contrôles doivent être strictement assurés, dans le parfait prolongement des travaux publics d'Ancien Régime²⁶⁸.

172. Concernant l'opération d'exécution, HAURIOU énumère quels sont les différents modes d'exécution des travaux publics. Ils sont au nombre de trois : la régie, le marché, la concession. La régie consiste à effectuer l'exécution des travaux publics sous la direction de l'Administration. Le seul contrat qui intervient est un louage d'ouvriers. Pour ce qui est

²⁶⁴ JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », Note de jurisprudence, *RDP*, 1918, p. 66.

²⁶⁵ HAURIOU définit cette notion juridique comme « tout immeuble construit ou aménagé pour le compte de l'administration publique et en vue d'un service public ou d'un usage public a le caractère d'ouvrage public ». D'un point de vue matériel, la combinaison de l'esprit des textes, de la jurisprudence, et de la pratique administrative « imposent l'idée de l'immeuble : c'est un pont, une voie ferrée, un bâtiment qui sont construits sur le sol et deviennent l'accessoire du sol. Ainsi, les objets mobiliers jamais incorporés au sol, aussi imposants qu'ils soient, ne seront pas qualifiés d'ouvrage public. A titre d'illustration, la construction de navire de guerre constitue un simple marché de fournitures. Cité in, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 4^e éd., 1900, p. 697.

²⁶⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 4^e éd., 1900, p. 696.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 697.

²⁶⁸ HAURIOU se réfère sur ce point à LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative (...)*, op. cit, t. 1, p. 172, 190 et suiv. Cf. *supra*, Chap. introductif.

du procédé de la concession, nous l'aborderons ultérieurement²⁶⁹, afin de développer les marchés ayant pour objet des travaux publics. Les travaux publics sont une matière de droit administratif importante, le marché n'étant qu'un procédé d'exécution des travaux publics. HAURIOU positionne les marchés comme étant un des trois procédés contractuels exorbitants du droit commun utilisés par l'Administration pour combler ses besoins en travaux publics. Ainsi, le marché de travaux publics est défini par HAURIOU au travers de son exécution, comme le « contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une personne administrative à exécuter l'ouvrage convenu, moyennant un prix en argent que celle-ci doit lui payer d'après des bases déterminées »²⁷⁰. HAURIOU appréhende que dans le cadre de sa formation « le marché de travaux publics n'est pas, à proprement parler, débattu entre l'administration et l'entrepreneur »²⁷¹. Gaston JÈZE le souligne aussi en reprenant HAURIOU textuellement²⁷². La question doctrinale sur le caractère contractuel des marchés de travaux publics, présente durant la première moitié du XIXe siècle, peut revenir facilement à la surface, notamment dans la conception du droit administratif reposant sur la puissance publique de Maurice HAURIOU. Les marchés de fournitures sont encore plus marqués sur ce point.

173. Pour conclure, la définition matérielle des marchés de travaux publics ne peut être indépendante de la notion « référence » de travaux publics, englobant comme une poupée russe, les notions d'ouvrage public et de marché de travaux publics. C'est une de leur différence fondamentale avec la qualification de marché de fournitures qui est autonome²⁷³, alors que les marchés de travaux publics se fondent sur les notions de travaux publics et d'ouvrage public. En ce sens, LAUBADÈRE, MODERNE et DELVOLVÉ soulignent que « l'étendue de la notion de marché de travail public résulte de l'extension prise par la notion même de travail public »²⁷⁴. Ainsi, la consolidation conceptuelle des travaux publics est un facteur d'abstraction du marché de travaux publics, et par extrapolation de l'émergence du concept de marché public. La définition matérielle de ces

²⁶⁹ Cf. *infra* Part. II, Titre I, Chap. 2.

²⁷⁰ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 713.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 715.

²⁷² Voir : JÈZE Gaston, *RDP* 1918, p. 66.

²⁷³ C'est-à-dire que la notion de fournitures n'est pas comparable à l'importance de celle de travaux publics en droit administratif.

²⁷⁴ LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, LGDJ, Paris, 1983, t. 1, p. 256.

marchés par la doctrine²⁷⁵ est très progressive, atteignant un stade conceptuel, dès l'époque de LAFERRIÈRE.

174. Cette inflation de traités administratifs intégrant des analyses concernant les travaux publics se résorbe au début du XXe siècle, à l'aube de la Première Guerre mondiale. Après avoir beaucoup écrit sur les travaux publics, il faut à présent entrer dans une phase de « digestion de toutes ces analyses, ces jurisprudences, ces législations » afin de passer à une phase de structuration et de théorisation qui n'a que trop tardé, pour ce qui est des contrats administratifs. La raison, une doctrine trop accaparée par l'élaboration du droit administratif dans sa globalité, est sans doute valable un temps, mais pas *ad vitam aeternam*. Pendant tout le XIXe et le début du XXe siècle, les contrats administratifs sont dispersés, dans des régimes juridiques hétérogènes et des notions juridiques vagues. Le vrai tournant va s'amorcer dans l'Entre-deux-guerres.

§ 3 : Définition jurisprudentielle des travaux publics dans les grands arrêts administratifs

« Dans certaine branche du droit administratif, la législation est si incomplète que la jurisprudence a dû, en quelque sorte, faire la loi, au lieu de se borner à l'appliquer et à l'interpréter », ²⁷⁶ déclare Léon AUCOC, dans sa première *conférence*, en 1865.

175. La jurisprudence joue un rôle central dans l'élaboration d'une définition matérielle des marchés de travaux publics, reposant sur celle de travaux publics. Outre nombre d'arrêts, il s'agit de mettre en avant l'apport central de deux grands arrêts pour leur apport dans cette définition matérielle.

²⁷⁵ Nous citons une définition d'économie politique de la notion de travaux publics car elle nous paraît intéressante au vue de l'importance de cette matière dans les cursus juridiques durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Cette définition rappelle que « lorsqu'on parle de travaux publics, on ne songe en général qu'à ceux qui sont entrepris pour les chemins de fer, les ports et les voies de terre ou d'eau. Mais on ne saurait donner au mot de travaux publics une signification aussi restreinte. D'une part, en effet, l'État exécute beaucoup d'autres ouvrages que ceux dont il vient d'être parlé ; d'autre part les localités : provinces, départements, ou communes, ainsi que des sociétés particulières, formées, soit entre capitalistes, soit entre propriétaires ayant un intérêt commun, procèdent également à la confection de travaux publics. En réalité, tous les ouvrages qui sont entrepris dans un but d'utilité générale ou locale, ont le caractère de travaux publics. » in GOMEL Ch., Définition des travaux publics, in *Nouveau dictionnaire d'économie politique*, sous la dir. de M. Léon Say et de M. Joseph Chailley, Guillaumin, Paris, 1900, p. 111. Cette définition est une appréhension macroéconomique des travaux publics pris dans leur globalité, et elle n'est en aucun cas juridique. Pourtant, elle met l'accent sur des caractères fondamentaux de nos travaux publics, qui sont leur multiplicité, et à la fois leur unité autour de leur but d'intérêt général. Au final, elle met en avant le même critère de l'utilité générale pour les identifier, comme toutes les définitions juridiques de cette époque. Le droit administratif de cette époque reste très connecté à des matières comme l'économie politique comme nous l'avons déjà souligné *supra*.

²⁷⁶ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées*, *op. cit.*, 1865, p. 43.

A) La définition des travaux publics de l'arrêt du Conseil d'État *Monségur*

176. Il en est ainsi de l'arrêt du Conseil d'État *Commune de Monségur*²⁷⁷ de 1921, qui apporte « une contribution décisive à la notion de travaux publics »²⁷⁸, qu'il définit comme « les travaux exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale »²⁷⁹. Il suffit de rajouter à cette définition le fait que les travaux ont lieu sur des immeubles, et on est en présence de la définition des travaux publics la plus courante, jusqu'en 1955. C'est une définition large de la notion juridique de travaux publics, et même comme le met en évidence le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions, cette notion est plus large que celle du service public ou du domaine public²⁸⁰. En l'état de la jurisprudence, la notion de travaux publics englobe des travaux effectués sur des parcelles du domaine privé, à partir du moment où ils présentent « un intérêt général distinct de la gestion proprement dite du domaine privé »²⁸¹. Cet arrêt est très important dans l'émergence du concept de marché public, dans le sens où la notion de travaux publics est un des premiers fondements conceptuels – au travers des marchés de travaux publics (en général les contrats de travaux publics conclus à titre onéreux) – des marchés publics au sens de l'article 1^{er} du CMP de 1964. Cette notion est assez difficile à appréhender car ses contours sont flous. La jurisprudence apporte la définition la plus précise qui sera reprise, interprétée et synthétisée par la doctrine.

B) La définition des travaux publics de l'arrêt du Conseil d'État *Effimieff*

177. Toujours pour ce qui est de la définition jurisprudentielle de la notion de travaux publics, l'arrêt du Tribunal des conflits *Effimieff*²⁸² apporte une définition « nouvelle et singulièrement extensive »²⁸³ de celle posée par l'arrêt *Commune de Monségur* de 1921, précédemment évoqué. Il faut bien souligner, que la définition apportée par l'arrêt *Effimieff*, n'est pas incompatible avec celle de l'arrêt *Monségur* et qu'elle n'a pas vocation à la remplacer. Ainsi, les deux conceptions autour de la notion de travaux publics

²⁷⁷ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, Rec. Lebon, p. 573, & *Les grands arrêts administratifs*, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, pp. 144 à 147, GAJA, pp. 239 à 241.

²⁷⁸ GAJA, 14^{ème} éd., p. 240.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 240.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 240.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 240.

²⁸² T.C, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec. Lebon, p. 617, GAJA, pp. 480 à 485.

²⁸³ GAJA, 14^{ème} éd., p. 482.

coexistent dans la jurisprudence actuelle²⁸⁴, et sont complémentaires l'une de l'autre. Par conséquent, à la suite de l'arrêt *Effimieff*, les travaux publics recouvrent en premier lieu, les travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'utilité générale (définition issue de la jurisprudence *Commune de Monségur*), à laquelle s'ajoute en deuxième lieu l'apport de définition de la jurisprudence *Effimieff* appréhendant les travaux publics comme ceux exécutés par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public. Ces deux définitions sont complémentaires, car l'une met l'accent sur « la destination des travaux », alors que l'autre le met sur les « modalités d'exécution ». Le dénominateur commun à ces deux définitions, donnant à « la notion de travaux publics son unité fondamentale », réside dans le fait que les travaux sont effectués « à une fin d'intérêt général » et qu'ils impliquent « l'intervention d'une personne publique ». Le défaut de l'une de ces deux conditions entraîne une qualification juridique de droit privé des travaux, et ce même s'ils sont exécutés au moyen de procédés juridiques exorbitants du droit commun²⁸⁵.

178. La combinaison des jurisprudences *Commune de Monségur* et *Effimieff* permet de consolider une définition jurisprudentielle satisfaisante de la notion de travaux publics, dont nous pointions le caractère imprécis précédemment. La définition de cette notion touche logiquement les marchés de travaux publics – en tant que premier fondement conceptuel de la notion de marché « précodification » – car le procédé contractuel du marché représente un des moyens les plus courants d'approvisionnement des pouvoirs publics en travaux immobiliers, à côté du procédé de la concession. La jurisprudence joue un rôle essentiel d'apport conceptuel dans l'appréhension de la notion juridique de droit administratif, dont celle de travaux publics. Ces apports conceptuels jurisprudentiels sont déterminants dans l'émergence du concept juridique de marché public en droit administratif.

179. Pour conclure cette section, il s'agit de mettre en lumière le rôle de chacun des acteurs du droit dans l'élaboration d'une définition des marchés de travaux publics. Le législateur, pendant la majorité des XIXe et début du XXe siècle, a émis des textes pour réglementer la passation des marchés de travaux publics, sans apporter de définition de

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 482.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 482.

l'objet en question avant le premier Code des marchés publics de 1964. Les deux autres acteurs du droit que sont la doctrine administrativiste et la jurisprudence, essentiellement du Conseil d'État, ont apporté leur contribution à l'élaboration d'une définition. La doctrine administrativiste s'est appuyée pendant tout le XIXe siècle sur les critères et les cas d'espèce de la jurisprudence pour appréhender les travaux publics. Il faut attendre la théorie des contrats administratifs de Gaston JÈZE, dans les années 1930, pour avoir une définition des marchés de travaux publics d'un niveau théorique, arrêtant les critères de définition moderne, qui amèneront le législateur à codifier les marchés de travaux publics comme partie intégrante d'une notion juridique globale que sont les marchés publics. Pour qu'un objet juridique existe, il faut, tout d'abord, le définir, puis, appréhender son fonctionnement, notamment, la passation des marchés de travaux publics.

Section 2 : Les éléments de définition formelle de la qualification juridique de marchés de travaux publics en droit administratif

180. Michel QUANCARD, dans sa thèse sur *l'adjudication des marchés publics*, souligne le rôle prépondérant de la conclusion dans les marchés, à rapprocher de ce que nous qualifions de passation²⁸⁶. Le point de départ de la passation d'un marché de travaux publics est la volonté de l'Administration de combler un besoin en biens immobiliers à construire et le point d'arrivée est la livraison par l'entrepreneur du travail à ladite Administration qui opère, ensuite, la réception des travaux entraînant le transfert de propriété à son profit²⁸⁷. Le mode opératoire ou régime juridique de passation des marchés de travaux publics représente un élément de définition formel essentiel de la qualification juridique de marchés de travaux publics.

181. La passation se définit juridiquement comme l'« action d'écrire, de rédiger dans la forme juridiquement prescrite »²⁸⁸. Cela revient à définir le mode opératoire pour transformer une volonté de passer un marché de travaux publics, issu d'un besoin précis, à

²⁸⁶ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, Thèse droit, Paris, 1945, p. 3.

²⁸⁷ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 288.

²⁸⁸ Dictionnaire encyclopédique, *La Petit Larousse*, grand format, 1997, p. 752.

la conclusion d'un contrat prêt à être exécuté, dans l'optique de la réalisation d'un ouvrage public répondant au besoin initial.

182. Tout d'abord, la passation des marchés de travaux publics implique de savoir qui est titulaire des compétences d'une façon générale (§ 1), et plus particulièrement, des compétences contentieuses qui s'y rattachent. Puis, quels sont les mécanismes permettant de réaliser le choix de l'entrepreneur qui contractera avec l'Administration (§ 2), en tant qu'axe central de la passation des marchés de travaux publics qui pose deux questions primordiales, mais pas seulement, comme nous le verrons ultérieurement, concernant les autres types de marché qui obéissent à des mécanismes plus ou moins similaires.

§ 1 : Les compétences intervenant dans la passation des marchés de travaux publics

183. La compétence est une pierre angulaire de l'État de droit, laquelle doit être prévue par le droit pour être légitime, sinon nous sommes dans l'antithèse de l'État de droit : l'arbitraire. Dans cette étude, l'identification de la compétence, dans la passation des marchés, est un enjeu important de leur appréhension. En ce sens, Olivier BEAUD, dans une communication de colloque sur l'État de droit, souligne que « l'idée de compétence est fondamentale pour appréhender ce qu'est le droit administratif »²⁸⁹.

184. Ainsi, la permanence du critère organique des marchés de travaux publics, (sauf exception notamment celle introduite par la jurisprudence du Conseil d'État *Peyrot* de 1963), à savoir la passation du marché par une personne morale de droit public, est une donnée clé de l'appréhension des marchés de travaux publics de l'État. Dans ce chapitre, seuls les marchés de travaux publics passés par l'État nous intéressent, mais ils peuvent être passés par d'autres personnes morales de droit public, comme les collectivités locales, ou encore les divers établissements publics. Cet élément organique est une *condition sine qua non* entrant dans la définition formelle des marchés de travaux publics. À côté de la présence d'une personne morale de droit public au contrat administratif, il faut

²⁸⁹ Colloque des 28, 29 et 30 septembre 2011 « La constitution administrative de la France », *Centre de Recherche en Droit Administratif (CRDA)*, Paris II Panthéon-Assas, Communication de BEAUD Olivier sur l'État de droit, 28 septembre 2011. Sur la compétence, voir également : *La compétence*, AFDA, coll. Débats et colloques, 2008.

appréhender le statut du cocontractant de l'Administration comme un élément entrant aussi dans la qualification juridique de marchés de travaux publics. De manière générale, dans le cadre d'un marché de travaux publics, le cocontractant de l'Administration est qualifié couramment « d'entrepreneur » de travaux publics. Alors que dans le cadre d'une concession de travaux publics, le cocontractant de l'Administration est qualifié de « concessionnaire » de travaux publics²⁹⁰. D'un type de contrat administratif à un autre, la qualification statutaire du cocontractant change. Ces particularismes statutaires s'insèrent dans les fondements d'une qualification juridique précise, comme celle de marché de travaux publics. La passation d'un marché de travaux publics suppose donc une interaction contractuelle entre l'État et des entrepreneurs de travaux publics, acteur économique privé. On retrouve dans ce type de convention l'inégalité entre cocontractants, caractéristique essentielle du contrat administratif en général. Cette inégalité sera d'autant plus prononcée quand la personne morale de droit public est l'État.

185. Les compétences intervenant dans la passation sont de deux ordres. Tout d'abord, l'autorité politique aura la compétence de passer les marchés de travaux publics, puis, la compétence en cas de contentieux s'élevant du fait de la passation desdits marchés de travaux publics.

A) Les autorités compétentes dans la passation des marchés de travaux publics en tant que critère organique des contrats exorbitants du droit commun

186. La question de l'autorité compétente pour passer les marchés de travaux publics est variable en fonction du niveau de passation du marché. Il paraît évident qu'un marché de travaux publics passé au niveau de l'État, des départements ou des communes n'implique pas les mêmes autorités compétentes pour conclure le contrat.

1) Les autorités compétentes dans la passation des marchés de travaux publics de l'État

²⁹⁰ En partant du fait que la concession est bien un contrat, ce qui n'est pas toujours sans ambiguïté dans l'histoire du droit administratif post-révolutionnaire. La concession, en tant que catégorie générale de contrats administratifs, est l'aboutissement d'une controverse doctrinale avec, au centre, l'inégalité des parties à la concession.

187. L'État est la plus haute autorité politique et administrative en France. Dès lors, l'État a la compétence requise pour passer ses marchés de travaux publics. Il reste seulement à déterminer qui, à l'échelle de l'État, officiera à la passation des marchés de travaux publics. Les différentes lois sur les marchés, au XIXe siècle, confortent et ne remettent nullement en cause la compétence de l'État et de ses services pour passer ses marchés de travaux publics, comme de fournitures²⁹¹, de transports²⁹² ou autres. La loi du 31 janvier 1833, qui fera longtemps autorité sur les marchés de l'État, le conforte. Eugène PERRIQUET souligne que la passation des travaux publics, dans leur globalité, doit faire l'objet d'une autorisation²⁹³. La question de la compétence de l'État pour passer ses marchés de travaux publics fait l'unanimité. En revanche, à quel pouvoir au sein de l'État revient la compétence, soulève la vraie question ? Au lendemain de la Révolution, la passation des travaux publics en général était du ressort du pouvoir exécutif, comme le pose une loi de 1810. Après la Révolution de 1830, cette vision évolue un temps au profit du pouvoir législatif. M. TROPLONG, dans un rapport, expliquera que « la puissance législative avait été investie du droit de décréter les travaux et entreprises dont il s'agit, parce qu'après la Révolution de 1830, la forme du gouvernement avait fait définitivement pencher du côté des Chambres la prépondérance politique... »²⁹⁴. La règle posée, par la loi de 1810, dispose que la compétence du pouvoir exécutif en terme de travaux publics a été rétablie par le *Senatus-consulte* du 25 décembre 1852, avec toutefois certaines atténuations. L'article 4 de ce texte pose que « tous les travaux d'utilité publique, notamment ceux désignés par l'article 10 de la loi du 21 avril 1832 et l'art. 3 de la loi du 3 mai 1841, toutes les entreprises d'intérêt général, sont ordonnés ou autorisés par décret de l'empereur. »²⁹⁵. Ce texte rétablit la compétence de l'exécutif, pour tous les travaux d'utilité publique, dont les marchés de travaux publics font partie intégrante.

188. De manière plus moderne, le décret du 6 avril 1942²⁹⁶, visant exclusivement les marchés de l'État, utilise une formulation très claire, quant à la compétence en matière de passation des marchés de manière générale. Son article 1 al. 2 dispose que pour la compétence, la règle est que, dans chaque secrétariat d'État, les marchés sont passés par les

²⁹¹ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2.

²⁹² Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

²⁹³ PERRIQUET Eugène., *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., p. 26.

²⁹⁴ TROPLONG, *Rapport intervenant à la suite de l'adoption du Sénatus-consulte du 25 décembre 1852*, cité par PERRIQUET, *Ibid*, pp. 29-30.

²⁹⁵ *Sénatus-consulte* du 25 décembre 1852, art. 4.

²⁹⁶ *J. O.*, 11 avril 1942, p. 1370, op. cit.

services compétents et doivent être approuvés par le Secrétaire d'État ou le fonctionnaire délégué par lui. Ce décret, dans sa formulation, vise les marchés de l'État dans leur généralité sans préciser une définition, ni faire de précisions sur les différents types de marchés concernés par le décret. C'est un article déjà abordé de doctrine, publié à la *RDP* en 1942 par BONNARD, qui, dans son analyse de l'apport du décret, précise que ce qu'il nomme « marchés publics comprennent les marchés de travaux publics, de fournitures et de transports. »²⁹⁷.

2) L'expression de la compétence de l'État dans la passation des marchés de travaux publics : le cahier des charges

189. Un des éléments formels essentiels entrant dans la définition des marchés de travaux publics se matérialise dans un document type générique faisant office de clé de voûte de la passation du contrat. Ce document est qualifié couramment de « cahier des charges ».

190. De manière générale, ce document type générique permet de détailler l'objet du marché, afin de combler des besoins en travaux publics bien précis. L'auteur de ce document est l'administration compétente dans la passation du marché en question, et le destinataire est l'entrepreneur de travaux publics. L'entrepreneur doit prendre connaissance seul et sans explication particulière du cahier des charges avant la formation du marché. L'étude du cahier des charges doit amener son acceptation ou son rejet par l'entrepreneur. C'est dans ce choix que réside le caractère contractuel des marchés. Le fait de ne pas pouvoir discuter librement avec l'Administration des clauses contenues dans le cahier des charges matérialise sa teneur à moitié réglementaire. HAURIOU dit au sujet de ces cahiers des charges que leur situation est « presque contractuelle en la forme, est à moitié réglementaire au fond ». Applicable au cahier des charges, la qualification du publiciste allemand Otto MAYER « d'acte administratif par soumission »²⁹⁸ serait pertinente. Tous

²⁹⁷ BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 151.

²⁹⁸ Une lecture plus réceptive de la doctrine publiciste allemande en matière de contrat aurait pu aider la doctrine administrativiste à trancher la nature des marchés de l'Administration, entre contrat et acte administratif. Car même si à l'époque d'Édouard LAFERRIÈRE, ou de Maurice HAURIOU, le marché de travaux publics est qualifié de contrat administratif, LAFERRIÈRE, HAURIOU etc., parlent, au sujet du cahier des clauses et conditions générales, composante essentielle du marché, d'un « caractère à la fois contractuel et réglementaire ». Ce sont des traces de l'époque où le caractère contractuel des marchés était sujet à des interrogations doctrinales. Ce déficit de lecture de la doctrine publiciste allemande par la doctrine administrativiste française s'explique certainement par les relations franco-allemandes de la 2^e moitié du XIX^e siècle jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Même si des publicistes allemands de la fin du XIX^e siècle, comme MAYER, ont écrit des versions françaises de leurs traités, notamment préfacés par l'administrativiste BERTHELEMY. Voir : MAYER Otto, *Le droit administratif allemand*, V. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, Paris, 1903-1906, 4 volumes.

les problèmes d'interprétation pouvant émaner de la rédaction de ces cahiers ne seront résolus qu'après la conclusion du marché. Le rôle du juge est donc accru dans cette optique. Il se base exclusivement sur l'interprétation et l'application qu'il va faire du cahier des charges, faisant de ce document une pièce capitale dans la passation des marchés de travaux publics²⁹⁹. Il ne faut pas perdre de vue que le cahier des charges est un document type se retrouvant dans tous les marchés de travaux publics suivant un modèle réglementaire. Ainsi, d'une administration à l'autre, le cahier type est différent. L'exemple le plus couramment usité est celui de l'Administration des Ponts et Chaussées, qui a servi de modèle à la plupart des cahiers des autres ministères³⁰⁰. Mais c'est aussi un document générique qui regroupe en son sein plusieurs composantes, *a priori* trois, voire quatre.

a) La composante centrale du cahier des charges : le cahier des clauses et des conditions générales

191. Le cahier des clauses et des conditions générales est la composante la plus importante des cahiers des charges. La compétence de l'État en matière de marché de travaux publics se cristallise dans la soumission de l'entrepreneur de travaux publics à ce cahier des clauses et conditions générales imposé par la personne publique. Il représente le fondement de la qualification de marché de travaux publics en tant que contrat administratif. Il est l'expression de la volonté exorbitante de l'Administration auquel les entrepreneurs de travaux publics acceptent ou pas de se soumettre. HAURIOU les appréhende comme « le recueil des conditions communes à tous les marchés passés par une personne administrative ». HAURIOU précise que ce cahier contient les « dispositions juridiques les plus générales des marchés »³⁰¹. L'utilisation du terme « disposition » dans le cadre de l'application des clauses de ces cahiers est révélatrice, dans le sens où toute application de clauses contractuelle « stipule » *stricto sensu*³⁰², alors que toute clause réglementaire « dispose ».

192. Ces cahiers sont des documents type³⁰³ conformes à un modèle réglementaire qui peut être différent suivant l'administration encadrant la passation des marchés de travaux

²⁹⁹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 715.

³⁰⁰ BENARD André, *Du contrat de marché, ou entreprise de travaux tant publics que privés*, Thèse, Faculté de droit de Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, p. 16.

³⁰¹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 715.

³⁰² Définition de « stipuler » issu du dictionnaire Littré : « Convenir de quelque chose dans un contrat (...) »

³⁰³ À titre de comparaison, la passation d'une concession de service public, ou de travaux publics repose sur le même genre de document qualifié de « cahier-type », remplissant le même but à l'échelle des concessions que les cahiers des clauses dans les marchés. Cette terminologie dénote beaucoup plus le fait qu'ils soient repris dans la plupart des contrats passés comme une base légale permanente de

publics. L'Administration des Ponts et Chaussées – dont nous avons souligné l'importance en matière de travaux publics plus haut – utilise un modèle réglementaire particulier de cahier des clauses et conditions générales posé par un texte du 16 novembre 1866, modifié par l'arrêté du 16 février 1892. Les travaux publics du génie sont régis par le cahier des clauses du 25 novembre 1876. De tous les modèles réglementaires de cahiers des clauses, celui de l'Administration des Ponts et Chaussées est le plus important, une déclaration royale du 7 février 1608³⁰⁴ en serait à l'origine. Les arrêtés ministériels d'application de ces modèles réglementaires de cahiers des clauses et conditions générales disposent que « tous les marchés relatifs à ces travaux, qu'ils soient passés par adjudication ou de gré à gré, sont soumis à leurs clauses et conditions »³⁰⁵. Le modèle de cahier réglementaire de 1892 s'applique de plein droit aux marchés de travaux publics dont la compétence de passation appartient à l'État.

193. Les caractéristiques des cahiers des clauses et conditions générales intervenant dans la passation des marchés de travaux publics sont les suivantes :

- Ces cahiers peuvent déroger aux règles ordinaires prévues en matière de contrat dans certaines conditions précises. Ainsi, cette dérogation au régime juridique du contrat de droit commun ne peut intervenir que sur la base d'un accord contractuel permettant à toutes les parties de le faire, c'est-à-dire que les stipulations doivent être licites. Le marché ne doit pas être considéré comme aléatoire³⁰⁶, cédant au jeu d'argent plus qu'au contrat onéreux.
- Ces cahiers ne peuvent pas déroger aux lois de compétence (compétence *ratione materiae*), réputée comme étant d'ordre public. Ainsi, toutes clauses de ces cahiers qui contreviennent à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (fixant la compétence contentieuse en matière de travaux publics), en attribuant, par exemple, compétence contentieuse au ministre, comme dans le cas des marchés de fournitures, alors que la compétence d'ordre public revient aux Conseils de

ces contrats administratifs. Voir : LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 2, p. 121.

³⁰⁴ HAURIUO Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., p. 715.

³⁰⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 121.

³⁰⁶ LAFERRIÈRE sur ce point précise qu'en matière de marché à forfait (art. 1793 du Code civil) le caractère souvent aléatoire du marché ne rend pas les stipulations illicites, comme dans le cas des travaux de Chemins de fer directement exécutés par l'État. Voir : LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 121.

préfecture³⁰⁷. Cependant comme le souligne LAFERRIÈRE, la jurisprudence a admis que les cahiers des charges peuvent déroger en matière de compétence *ratione loci*, à savoir que le contentieux concernant une même entreprise peut être porté devant un Conseil de préfecture déterminé, peu importe la localisation des travaux publics litigieux.

- Les cahiers des clauses et conditions générales, appelés plus simplement cahiers des charges ne peuvent pas non plus déroger à la règle des deux degrés de juridiction³⁰⁸, de manière logique. En ce sens, la dérogation aux lois de procédure est aussi prohibée. Par contre, le cahier des clauses peut soumettre à des délais spéciaux les réclamations émanant des entrepreneurs de travaux publics³⁰⁹.

194. Ces caractéristique des cahiers des clauses et conditions générales, intervenant dans la passation des marchés de travaux publics représentent l'axe central de la passation de ces marchés, du fait qu'ils en fixent les conditions exorbitantes de droit commun, critère fondamental du contrat administratif. C'est au travers de cette combinaison de caractéristiques que ces cahiers sont l'expression formelle de la compétence administrative en matière de passation des marchés de travaux publics.

b) Le devis ou cahier des charges spéciales

195. Cette pièce du cahier des charges a pour fonction d'indiquer l'objet technique du marché, c'est-à-dire qu'il détaille la nature du travail public, les délais de l'exécution, la qualité et la provenance des matériaux à employer, la manière de mesurer les ouvrages³¹⁰ etc.

196. C'est un document technique qui entre de manière complémentaire dans l'expression formelle de la compétence administrative de passation des marchés de travaux publics, du fait que l'Administration émet ce document technique à destination de l'entrepreneur de travaux publics.

c) Le bordereau des prix d'application

³⁰⁷ CE, 18 juin 1852, *Chapot*, Rec. Lebon, p. 244 à 247 ; CE, 7 février 1867, *Vidal*, Rec. Lebon, pp. 153-154 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 122.

³⁰⁸ CE, 23 juin 1853, *Nougaret*, Rec. Lebon, pp. 627 à 630 ; CE, 21 juillet 1853, *Commune de Gesté c/ Royer*, Rec. Lebon, pp. 749 à 751 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 122.

³⁰⁹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 122.

³¹⁰ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., p. 716.

197. Comme sa dénomination l'indique, il s'agit d'un bordereau qui précise le prix du mètre courant ou du mètre cube du travail public effectué, sans autre précision particulière. Toutefois, le prix des transports et le prix à pied d'œuvre des matériaux dont l'emploi est prévu, doivent être mentionnés en vertu de la circulaire du 1^{er} juin 1884. Ce texte prévoit l'existence d'un autre bordereau des prix sur cahier séparé, contenant le sous-détail, c'est-à-dire les précisions sur le prix de tous les éléments, comprenant le salaire des ouvriers employés et le bénéfice de l'entrepreneur rapporté au coût d'un mètre cube de maçonnerie. Avant cette circulaire de 1884, le sous-détail était communiqué aux entrepreneurs de travaux publics à titre d'information, mais cela entraînait des problèmes. En effet, sur la base du sous-détail, il portait réclamation, dès que le prix d'un élément avait enchéri, invoquant que leur consentement était fondé sur les tarifs notés dans ce sous-détail³¹¹.

d) L'avant-métré facultatif

198. Cette pièce du cahier des charges est facultative. Elle a pour objet de préciser l'évaluation des quantités métriques d'ouvrage que l'Administration voudrait faire réaliser. Lorsque pour des raisons techniques, la mesure postérieure à la réalisation de l'ouvrage se révèle compliquée, le devis peut décider qu'on se rapportera à l'avant-métré. En ce cas, ce document facultatif devient important³¹².

199. L'ensemble de ces documents forme ce que l'on qualifie de cahier des charges. Ce document suit un modèle prévu par des textes, l'Administration le soumet à l'approbation des entrepreneurs de travaux publics, qui ne peuvent pas débattre de son contenu. Le seul droit que l'entrepreneur a sur le cahier des charges est celui d'avoir une copie de toutes les pièces qu'il contient. C'est en cela que le cahier des charges est une expression formelle de la compétence de l'Administration en matière de passation des marchés de travaux publics. Toutefois, PEQUIGNOT évoque la question de l'emploi de ce cahier des charges. Dans certains cas, la présence d'un cahier des charges est retenue pour attribuer au contrat le caractère administratif³¹³. Dans d'autres cas, l'emploi d'un cahier des charges ne remet pas en cause la qualification juridique de droit privé du contrat³¹⁴, car cet emploi ne modifie

³¹¹ *Ibid.*, p. 716.

³¹² *Ibid.*, p. 716.

³¹³ CE, 22 mars 1950, *Territoire des Iles de Saint-Pierre-et-Miquelon c/ Morazé*, Rec. Lebon, p. 177 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit, fasc. 500, p. 16.

³¹⁴ CE, 23 février 1944, *Trahand*, Rec. Lebon, p. 65, RDP, 1945, p. 255 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit, fasc. 500, p. 16.

pas le caractère de droit privé du contrat³¹⁵. La compétence de l'État et de ses services administratifs dans la passation des marchés de travaux publics est centrale dans la définition formelle de ce type de contrat conclu à titre onéreux. La compétence contentieuse intervenant dans les litiges affectant ce type de marché représente un intérêt clé.

3) Le destinataire de la compétence étatique : l'entrepreneur de travaux publics et son statut juridique

200. L'entrepreneur, dans le contexte du XIXe siècle et de l'économie politique classique, revêt une symbolique particulière. Il est en effet un symbole important du libéralisme³¹⁶. Notamment dans les écrits du français Jean Baptiste SAY, le personnage de l'entrepreneur trouve un rôle qui n'existe pas chez les anglais SMITH et RICARDO³¹⁷. À présent, « le rôle crucial des entrepreneurs aux premières étapes du système » est reconnu par les diverses critiques du capitalisme³¹⁸. Joseph-Aloïs SCHUMPETER, prévoyant la disparition de l'entrepreneur, était un peu trop confiant en une expansion du socialisme soviétique. Le système soviétique a considérablement réduit le rôle de l'entrepreneur, au point que seul l'État était "entrepreneur", mais cette extrémité n'a duré qu'un temps. L'Administration passant des marchés, au XIXe comme au XXIe siècle, traite toujours avec des entrepreneurs de travaux publics. Ainsi, les marchés relèvent presque autant de l'économie que du droit administratif moderne en cours d'élaboration³¹⁹. Leur compréhension passe par ces deux aspects.

201. Dans son acception administrativiste, « l'entrepreneur de travaux publics » est le qualificatif dévolu aux cocontractants de l'Administration dans le cadre d'opérations de travaux publics, dont les marchés sont une modalité importante d'exécution. Le marché de travaux publics est un contrat passé *intuitu personae*, dans lequel l'Administration choisit un entrepreneur en « considération de sa capacité et de sa solvabilité personnelles »³²⁰, d'où découle logiquement un rapport administration/entrepreneur particulier. Le caractère

³¹⁵ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, Librairies techniques, Extrait du juris-classeur administratif, 1954, fasc. 500, p. 16.

³¹⁶ MICHEA Jean-Claude, *L'empire du moindre mal*, op. cit.

³¹⁷ VALIER Jacques, *Brève histoire de la pensée économique*, op. cit., 72.

³¹⁸ GILDER George, *Richesse & pauvreté*, Albin Michel, 1981, pp. 88-89.

³¹⁹ Cf. *supra*, Introduction générale, § 9, 10, 11, 12.

³²⁰ ENOU Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, Librairie nouvelle de droit et jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1903, t. 1, p. 132.

administratif attaché à la qualification de marchés de travaux publics dans son ensemble (*a contrario* des marchés de fournitures qui le sont partiellement) conditionne une inégalité de droit comme de fait dans les rapports entre les deux contractants. D'un côté, l'Administration représente l'intérêt général par son action, et de l'autre l'entrepreneur de travaux publics représente son propre intérêt privé. Cette inégalité explicite se justifie aisément, mais elle conditionne en elle-même le statut de l'entrepreneur de travaux publics par rapport à son cocontractant, l'Administration étatique et l'importance de ses missions d'intérêt général.

202. PERRIQUET définit l'entrepreneur comme « celui qui se charge d'exécuter un ouvrage dans l'une ou l'autre des prévisions de l'article 1787 du Code civil »³²¹. Cet article dispose que « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière ». PERRIQUET met en parallèle le droit civil et le droit administratif. En droit civil, la question est de savoir si le contrat qui a pour objet simultanément un travail et une fourniture de matériaux, est un louage à part entière, ou comprend à la fois un louage et une vente, alors qu'en droit administratif, le contrat dans son ensemble sera qualifié de marché de travaux publics³²². Le marché de travaux publics dans cette acception apparaît explicitement comme un contrat exorbitant du droit commun *stricto sensu*.

203. Dans la même logique, le statut des cocontractants de l'Administration qualifiés d'entrepreneurs se cristallise dans des obligations qui sont exorbitantes du droit commun par rapport aux obligations d'un cocontractant partie à un contrat de droit commun. Les obligations de l'entrepreneur de travaux publics sont énumérées dans les articles du cahier des charges, issu du modèle réglementaire du 16 février 1892³²³, modifiant celui de 1866³²⁴ :

³²¹ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 61.

³²² *Ibid.*, t. 1, pp. 61-62. PERRIQUET exclut ici le cas des contrats mixtes entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures qui seront abordés plus tard par des spécialistes comme Pascal ARRIGHI ; cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

³²³ Circulaire du 16 février 1892 du ministre des travaux publics aux préfets (Directions des chemins de fers et des routes, de la navigation et des mines), *Rec. de lois, ordonnances, décrets, ... (ancien recueil Potiquet)*, 2^e série, t. v, 1892, pp. 31 à 39.

³²⁴ Arrêté du 16 novembre 1866 du ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, *Rec. de lois, ordonnances, décrets, ... (ancien recueil Potiquet)*, 1^{er} série, t. ix (1^{er} partie), 1863 à 1866, pp. 483 à 494. Avant la modification importante du cahier des clauses de 1866 par celui de 1892, il est intéressant de citer la modification effectuée par la circulaire du 14 avril 1877, exposée par : BARRY Charles, *Des modifications apportées au cahier des clauses et conditions générales (...)*, Marchal Billard et Cie, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1877.

- L'entrepreneur a l'obligation d'exécuter personnellement son marché de travaux publics. L'exécution totale ou partielle du marché par un tiers est interdite³²⁵. La limite de cette interdiction se trouve dans la théorie des sous-traités. Une circulaire ministérielle du 30 septembre 1899³²⁶ réaffirme la prohibition du marchandage (art. 9³²⁷).
- L'entrepreneur a l'obligation de résider sur le lieu même de l'exécution du marché de travaux publics. La seule exception réside dans le cas de force majeure. Mais l'entrepreneur devra avant de s'éloigner du chantier, faire agréer par l'ingénieur un représentant capable de le remplacer. L'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser ce représentant, ce qui revient à empêcher l'entrepreneur de s'absenter.
- L'entrepreneur a l'obligation d'élire domicile à proximité des travaux et de signaler ce lieu au préfet, afin que les notifications et ordres de services à l'entreprise soient plus rapides.
- L'entrepreneur doit embaucher des ouvriers, chefs d'atelier, du personnel en général qui soient capables d'assurer la tâche leur incombant. Dans le cas contraire, l'ingénieur a le droit d'exiger leur renvoi aussi bien pour incapacité, pour insubordination que pour défaut de probité³²⁸. Cette obligation fait écho avec l'article 1384 du Code civil, disposant que l'entrepreneur est responsable des malfaçons, fraudes ou autres fautes commises par ses agents et ouvriers pour les fournitures ou l'emploi des matériaux.
- L'entrepreneur est obligé d'observer tous les règlements édictés par le préfet sur proposition de l'ingénieur en chef à destination de la police des chantiers, par exemple, l'interdiction de faire travailler les ouvriers le dimanche et les jours fériés, sauf cas d'urgence soumis à autorisation spéciale.
- L'entrepreneur doit débiter les travaux dès qu'il en a reçu l'ordre des ingénieurs.

³²⁵ Cette prohibition est reproduite à l'article 9 du cahier des charges des Ponts et Chaussées de 1892.

³²⁶ Circulaire du 30 septembre 1899 du ministre des travaux publics aux préfets (Personnel, 3^e bureau), *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. x, 1899, pp. 548 à 553.

³²⁷ « ART. 9. – Défense de sous-traiter sans autorisation. – Le marchandage était déjà, en principe, interdit, conformément aux dispositions du décret du 2 mars 1848 (...) », *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. x, 1899, pp. 548-549.

³²⁸ Article 13 du cahier des charges de 1866, non modifié par celui de 1892.

- Les matériaux doivent provenir de l'endroit prévu par les conditions du devis³²⁹.
- L'entrepreneur doit approvisionner à ses frais les magasins en ustensiles, équipages, voitures, et outils de toutes sortes nécessaires à l'exécution des travaux, sauf exception stipulée au devis³³⁰.

204. Ce ne sont ici que les principales obligations de l'entrepreneur qui sont relativement nombreuses³³¹. Eu égard à l'ampleur de ces obligations, la limite entre la qualification de marchés de travaux publics et de régies peut être compliquée à appréhender dans certains cas. Mais il ne faut pas perdre de vue que derrière certaines stipulations de ces cahiers, on retrouve des principes de droit commun même s'ils sont dérogoires. Ainsi, l'article 28 de ces cahiers consacre le principe de droit commun (art. 1788 du Code civil) de la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard des dommages ou avaries diverses résultant de sa faute. Cette responsabilité est tout de même dérogoire du droit commun dans le sens où les cas de force majeure ne sont pas de la responsabilité de l'entrepreneur. Alors que dans le champ d'application de l'article 1788 du Code civil, l'entrepreneur est responsable dans les cas de force majeure jusqu'à réception des travaux³³². Toutes ces obligations et principes dérogoires du droit commun entrent dans la définition d'un statut juridique de l'entrepreneur de travaux publics imposé par la compétence de l'Administration étatique au travers du cahier des charges.

B) Les compétences contentieuses propres aux marchés de travaux publics : marqueur de l'autonomie de ce type de contrat administratif

205. Sur l'interaction entre droit administratif et contentieux administratif, Olivier GOHIN a une formule intéressante soulignant que « le droit administratif produit du contentieux administratif et de la juridiction administrative, laquelle produit, à son tour, du contentieux administratif et du droit administratif ». Il fait justement le parallèle avec l'aporie de la poule et de l'œuf³³³ : qui du droit administratif des travaux publics ou du contentieux est né en premier ? Olivier GOHIN souligne que « le contentieux est lié à

³²⁹ Article 19 du cahier des charges de 1866, non modifié par celui de 1892.

³³⁰ ENOU Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, Librairie nouvelle de droit et jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1903, t. 1, pp. 132-141.

³³¹ Pour avoir une appréhension globale de ces obligation voir : ENOU Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, Librairie nouvelle de droit et jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1903, t. 1, p. 141 et suiv. Ou encore : PÉRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 125 et suiv..

³³² ENOU Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif, op. cit.*, p. 144.

³³³ GOHIN Olivier, *Contentieux administratifs*, Litec, 5^e éd., 2007, p. 22.

l'activité humaine »³³⁴. La passation des marchés de travaux publics soulève des problèmes contentieux qu'il faut résoudre comme beaucoup d'activités humaines. Une question importante se pose quant à la répartition entre les juridictions administratives en quête de reconnaissance durant le XIXe siècle et les juridictions judiciaires qui trident les questions de contentieux des contrats de droit commun.

1) La pratique d'un contentieux administratif propre aux marchés de travaux publics

206. Pour bien comprendre l'état du contentieux des marchés de travaux publics à partir du XIXe siècle, il faut se souvenir que sous l'Ancien Régime, les difficultés en matière de travaux publics, comme nous le rappelle Rodolphe DARESTE³³⁵, étaient du ressort des intendants, à l'exception des appels au Conseil d'État³³⁶. Déjà avant 1789, il y avait cette tendance à soustraire le contentieux des travaux publics aux juridictions de droit commun, au profit de juridictions spécialisées³³⁷.

207. La loi du 28 pluviôse an VIII en son art. 4³³⁸ fonde l'architecture contentieuse moderne applicable aux travaux publics, disposant que « Le conseil de préfecture prononcera : (...) Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant les sens ou l'exécution des clauses de leur marché ; Sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration ; »³³⁹. Sur la base de cet article de loi, l'interprétation de la jurisprudence a incorporé dans le champ de compétence contentieuse du Conseil de préfecture les travaux publics de l'État, ceux des départements, des communes, et même plus généralement, ceux des établissements publics. Les travaux publics sont une matière du droit administratif à l'acception relativement large sur la base de cet article 4. Quand on parle de contentieux administratif des travaux publics, il faut comprendre sous cette terminologie le jugement des litiges de travaux publics exécutés en régie, mais aussi par le procédé de la concession, ainsi qu'à titre onéreux par la passation de marchés³⁴⁰. Le contentieux administratif des marchés de

³³⁴ *Ibid.*, p. 2.

³³⁵ DARESTE de LA CHAVANNE Rodolphe, *Justice administrative*, p. 136.

³³⁶ En tant que composante du Conseil du Roi ; Voir à ce sujet : BOULET-SAUTEL Marguerite, « Le principe d'un contentieux administratif au Conseil du Roi », *Revue administrative*, Dossier spécial : le Conseil d'État avant le Conseil d'État, *op. cit.*, 1999, p. 99.

³³⁷ Cf. *supra*, Chap. introductif.

³³⁸ C'est une reproduction dans des termes assez similaires de l'article 3 d'une loi du 7-11 septembre 1790.

³³⁹ Loi du 28 pluviôse an VIII, Art. 4, al. 3 & 4, relative aux contentieux des marchés de travaux publics de l'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets, ... (ancien recueil Potiquet)*, 1^{er} série, t. i, 1399 à 1804, pp. 399-400. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 1.

³⁴⁰ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 697.

travaux publics qui nous intéresse s'insère donc dans cette matière, que l'on qualifie de contentieux des travaux publics, il entre dans le champ du plein contentieux. Si le régime juridique général des marchés de travaux publics est variable suivant le niveau de passation du marché, le contentieux est réuni dans un régime quasi similaire, pour les travaux de l'État comme ceux de ses collectivités locales³⁴¹. Ce point est très important concernant ce type de contrat, conditionnant en partie son caractère autonome.

208. Dans l'arrêt *Blanco*, le Tribunal des conflits consacre à la fois la responsabilité de l'État à raison de dommages causés par des services publics et la compétence de la juridiction administrative pour en connaître³⁴². La consécration de la responsabilité de l'État met ainsi fin à une longue tradition d'irresponsabilité de ce dernier en matière de dommages causés par des services publics. La responsabilité de l'État en matière de marchés de travaux publics représente, dès le début du XIXe siècle, une exception notoire à son irresponsabilité globale, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII posant sa responsabilité vis-à-vis des dommages de travaux publics. De ce fait, autant l'impact de l'arrêt *Blanco* est important dans le contentieux administratif dans son ensemble, autant dans le cas du contentieux des travaux publics en général, la responsabilité de l'État, et par conséquent la compétence des juridictions administratives, est actée par le législateur révolutionnaire, dès le début du XIXe siècle. La responsabilité de l'État en matière contractuelle, qui était de l'ordre de l'exception avant l'arrêt *Blanco* de 1873, devient le principe général pour les dommages causés par les services publics. La raison de cette position de la jurisprudence est dans la destination de ces travaux, qui sont exécutés dans un but d'utilité publique, et mériteraient une surveillance et une protection spéciale. Si le Conseil de préfecture connaît des torts et dommages causés par les entrepreneurs aux particuliers, c'est seulement parce qu'ils sont entrepreneurs, et parce que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, citée précédemment, rend à cet égard les entrepreneurs justiciables des Conseils de préfecture. Pour ce qui est de la nature de la compétence des Conseils de préfecture dans le contentieux des marchés de travaux publics, il s'agit d'une compétence *ratione materiae*. Le Conseil de préfecture est juge du fond. Comme tout ce qui touche à l'ordre des juridictions, cette compétence est d'ordre public, et les différentes parties ne peuvent pas y déroger sur les fondements de l'article 6 du Code civil, c'est-à-

³⁴¹ Sur les marchés de travaux publics des collectivités locales : cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2, Sect. 1.

³⁴² Voir site Internet du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr>.

dire qu'il faut considérer comme nulle, toute clause modifiant l'attribution des Conseils de préfecture en matière de contentieux des marchés de travaux publics³⁴³. À titre d'exemple, la clause qui porterait sur les règlements des comptes sera arrêtée définitivement par l'architecte directeur des travaux³⁴⁴, ou bien jugée par le tribunal civil³⁴⁵, ou par le ministre³⁴⁶. Ainsi, pour qu'il y ait compétence du Conseil de préfecture, il n'est pas non plus nécessaire que les travaux soient autorisés régulièrement par le pouvoir compétent³⁴⁷. La compétence des Conseils de préfecture ne suppose pas uniquement un travail public, mais un travail public exécuté sur le territoire français. La compétence, dont il s'agit, est essentiellement *ratione loci*, à savoir déterminée par la situation des lieux³⁴⁸. La compétence des Conseils de préfecture n'est en rien remise en cause si la forme du marché de travaux publics diffère. Adjudications et marchés de gré à gré rentrent au même titre dans ses compétences. Le Conseil de préfecture statue dans différents cas d'espèce, sur les demandes formées introduites à la réception des travaux³⁴⁹, sur les demandes en paiement du prix³⁵⁰, sur les réclamations formées à raison d'erreurs matérielles ou d'inexactitudes volontaires³⁵¹. Les contestations relatives aux honoraires des architectes entrent aussi dans le champ de compétence des Conseils de préfecture, du fait qu'elles se rattachent à l'exécution des travaux publics³⁵².

209. Cependant, il faut relativiser l'importance du Conseil de préfecture en tant que juridiction administrative de premier ressort, tant du point de vue de sa compétence générale, que de celle en matière de travaux publics. Gaston JÈZE, dans la *Revue droit public* de 1918, pousse un cri d'alarme doctrinal³⁵³ sur le danger affectant la juridiction administrative, du fait de l'impossibilité pour le Conseil d'État de juger les affaires dans des délais raisonnables. Il est important de préciser la date, car ce problème semble affecter la juridiction administrative de manière récurrente. En mettant de côté les causes

³⁴³ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., t. 1, p. 457.

³⁴⁴ CPréf., 31 août 1849, *Commune de Vicq c/ Beldon*, Rec. Lebon, pp. 594 à 597.

³⁴⁵ CE, 18 juin 1852, *Chapot*, op. cit., Rec. Lebon, p. 244 à 247.

³⁴⁶ CPréf., 7 février 1867, *Vidal*, Rec. Lebon, pp. 153-154.

³⁴⁷ CE, 7 mars 1868, *Bastien*; CE, 27 juillet 1877, *Sénard c/ ville de Brionne*, Rec. Lebon, pp. 741-742 ; CE, 14 novembre 1879, *Bourgeois*, Rec. Lebon, pp. 696-697 ; CE, 16 décembre 1881, *Commune de Plaisance de Tasque et de Lasserade c/ Castagnon*, Rec. Lebon, pp. 1013-1014 ; TC, 26 juin 1880, *Valette c/ commune de Lucenay-les-Aix*, Rec. Lebon, pp. 613 à 615.

³⁴⁸ CE, 9 avril 1873, *Remi de Montigny* ; CE, 21 mai 1880, *Ministre des affaires étrangères c/ héritiers Vitalis*, Rec. Lebon, pp. 479-480.

³⁴⁹ CE, 29 mars 1855, *Rembaux-Brielman*, Rec. Lebon, pp. 237-238 ; CE, 15 décembre 1869, *Joret*, Rec. Lebon, pp. 967-968.

³⁵⁰ CE, 22 novembre 1855, *Lebrun*, Rec. Lebon, pp. 662-663.

³⁵¹ C. cass., 12 juillet 1871, *Fabre*.

³⁵² CE, 22 novembre 1851, *Lauvernay c/ la commune de Lacelle-sur-Nièvre*, Rec. Lebon, pp. 685-686 ; CE, 10 mars 1853, *Ramée*, Rec. Lebon, pp. 323-324 ; CE, 21 décembre 1854, *Dubois et Pinchon*, Rec. Lebon, pp. 1001-1002 ; CE, 8 décembre 1859, *Lottero*, Rec. Lebon, pp. 719-720 ; CE, 1 mars 1860, *Bonnard*, Rec. Lebon, pp. 181-182 ; CE, 22 janvier 1863, *Lenormand*, Rec. Lebon, pp. 67-68 ; CE, 26 juin 1874, *Chérel et Bourguignon c/ département de l'Eure*, Rec. Lebon, pp. 619 à 624.

³⁵³ Voir aussi sur ce point : JÈZE Gaston, « La réforme des Conseils de préfecture », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1910, pp. 25-44.

externes³⁵⁴, la principale cause interne de cet engorgement du Conseil d'État est, comme le pointe JÈZE, l'inefficacité des Conseils de préfecture en tant que juridiction administrative de premier degré. Ce sont des juridictions très mal organisées, qui ne jouissent d'aucun prestige du fait des carences de recrutement, de paiement des salaires, et donc d'indépendance. JÈZE souligne que « les Conseils de préfecture ne participent qu'en apparence au service public de justice et n'aident en aucune façon le Conseil d'État »³⁵⁵. Les requérants sont obligés de porter leurs affaires en premier ressort devant ces juridictions car c'est une formalité légale, tout en sachant que la plupart du temps le litige ne sera pas résolu devant cette juridiction³⁵⁶. En matière de travaux publics, point important de leur champ de compétence, les affaires portant sur des sommes souvent considérables ne sont que rarement résolues en premier ressort³⁵⁷. La compétence *ratione materiae* des Conseils de préfecture en matière de travaux publics, posée par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, se heurte à la réalité praticienne révélant l'inefficacité récurrente notoire de cette juridiction administrative. Denis SERRIGNY y consacrait déjà un article en 1846³⁵⁸. La résolution de ce problème sera progressive, les décrets-lois des 6 et 26 septembre 1926 portant substitution des Conseils de préfecture par les Conseils de préfecture interdépartementaux, eux-mêmes transformés par le décret du 30 septembre 1953³⁵⁹ en une juridiction administrative de premier degré que nous connaissons aujourd'hui, les Tribunaux administratifs. La compétence *ratione materiae* en matière de contentieux administratif des travaux publics suivra les évolutions de forme des Conseils de préfecture jusqu'à leurs dernières transformations en Tribunaux administratifs.

210. Les décisions des Conseils de préfecture, comme celles du Tribunal administratif à partir de 1953 en matière de marchés de travaux publics, sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'État, les juridictions administratives ne connaissant pas encore de second degré³⁶⁰. La compétence du Conseil d'État dans ce contentieux ne diffère pas vraiment de

³⁵⁴ Les causes conjoncturelles externes multiples, transformations économiques et sociales, réformes législatives, guerres sont autant de causes multipliant les affaires portées devant le Conseil d'État. Mais les acteurs du droit administratif n'ont pas d'emprise sur ces causes conjoncturelles. Il faut trouver des solutions pour y adapter au mieux la juridiction administrative.

³⁵⁵ JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modifications des règles de compétence administrative », *op. cit.*, p. 64.

³⁵⁶ Sur une approche historique du droit plus local, voir : GILLES David, « Le Conseil de préfecture de Charente inférieure au XIX^e siècle : justification ou dénégation des critiques doctrinales visant les Conseils de préfecture », in *Les Conseils de préfecture (an VIII-1953)*, sous la dir. GOJOSSO E., LGDJ, Université de Poitiers, Coll. de la faculté de droit et des sciences sociales, 2005, pp. 123-149.

³⁵⁷ JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modifications des règles de compétence administrative », *op. cit.*, p. 64.

³⁵⁸ SERRIGNY Denis, « De la nécessité d'une loi nouvelle sur les Conseils de préfecture », *Revue de droit français et étranger*, 1846, pp. 697-703.

³⁵⁹ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953.

³⁶⁰ La création des Cours administratives d'appel n'intervenant que beaucoup plus tard, avec la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

la compétence des Conseils de préfecture : il est juge comme eux, pas plus qu'eux, il n'a pas le droit d'empiéter sur les pouvoirs réservés à l'Administration active³⁶¹. Le recours au Conseil d'État est d'ordre public³⁶². Sa compétence est appréhendée en tant que juge d'appel, et elle ne doit pas être confondue avec celle qu'il exerce en matière d'excès de pouvoir. En ce cas, il connaît directement des recours formés contre certains actes émanant de l'Administration³⁶³. Si le recours lui paraît fondé, il ne réforme pas l'acte vicieux en y substituant un acte conforme à la loi, il le met simplement à néant³⁶⁴. Le contentieux des marchés de travaux publics relève essentiellement du plein contentieux, mais dans certains cas particuliers, le recours pour excès de pouvoir est admis. Ainsi, il est reconnu aux entrepreneurs admis à une adjudication d'en contester la régularité. Il peut introduire un recours pour excès de pouvoir contre l'acte approbatif s'il y a un déficit d'égalité entre les adjudicataires ou si le cahier des charges contient des clauses illégales³⁶⁵. HAURIOU le qualifie de « recours d'adjudicataires évincés »³⁶⁶. On peut y voir les origines de nos recours précontractuels d'aujourd'hui.

211. Toujours dans le champ du contentieux des marchés de travaux publics, il est intéressant d'appréhender la question de l'arbitrage. La loi du 17 avril 1906 introduit, via son article 69, la possibilité du recours à l'arbitrage en cas de litige sur des questions de liquidation de dépenses de travaux publics et de fournitures par l'État, les collectivités locales ou les établissements publics locaux³⁶⁷. Il est intéressant de le noter, car le procédé de l'arbitrage est peu répandu en droit public en général, au XIXe et plus encore au début du XXe siècle, où les thèses de Maurice HAURIOU et de son école pense le droit administratif au travers de la puissance publique ; l'arbitrage portant en lui-même des contradictions avec la puissance publique qui impose au nom de l'intérêt général.

2) La théorie d'un contentieux judiciaire des marchés de travaux publics

212. Dans le contentieux du XIXe siècle, il ne faut pas perdre de vue la lutte d'influence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives en quête de légitimité de

³⁶¹ CPréf., 30 juillet 1863, *Commune de Saint-Cyr*, Rec. Lebon, pp. 607 à 609.

³⁶² PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., t. 1, p. 459.

³⁶³ *Ibid*, p. 460.

³⁶⁴ CE, 28 juillet 1876, *Commune de Giry*, Rec. Lebon, pp. 715-716 ; CE, 13 juillet 1877, *Hospices de Gray c/ le département de la Haute-Saône*, Rec. Lebon, pp. 704 à 706.

³⁶⁵ CE, 21 mars 1890, *Caillette*, Rec. Lebon, pp. 323-324.

³⁶⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, op. cit., 4^e éd., 1900, p. 715.

³⁶⁷ GOHIN Olivier, *Contentieux administratifs*, op. cit., p. 11.

compétence. Le Conseil d'État, dans sa mouture moderne, ne date que de la Constitution du 22 frimaire an VIII³⁶⁸, voire de l'arrêt TC *Blanco* de 1873 pour certains. Ce dernier doit trouver sa place légitime dans l'architecture juridictionnelle dualiste, car l'autorité judiciaire truste encore la plupart du contentieux durant le XIXe siècle. Ainsi, la théorie voudrait que les contestations relatives aux marchés de travaux publics appartiennent aux juridictions judiciaires, du fait de la nature même des marchés de travaux publics qui sont avant tout des contrats. À la fin du XIXe siècle, les juridictions de l'ordre judiciaire sont reconnues compétentes de principe à l'égard des contrats, même ceux passés par l'État, les juridictions administratives n'étant réservées *de jure* qu'aux réclamations nées à l'occasion des lois et règlements sur les services administratifs autres que la pratique contractuelle³⁶⁹. Mais dans la pratique contentieuse des marchés de travaux publics, la compétence des juridictions administratives officie, dans un but de célérité et d'économie, en raison de la nature spéciale des affaires, ce qui est un point important de divergence avec le régime contentieux des marchés de fournitures, nous le verrons dans le chapitre 2³⁷⁰, d'où la création par le Conseil du roi de juridictions spéciales pour traiter de questions administratives techniques³⁷¹. Les litiges, en matière de travaux publics de manière générale, paraissent au législateur ne pouvoir être bien jugés que par des hommes ayant la connaissance des affaires administratives³⁷².

213. Toutefois, certains points proches du contentieux des travaux publics échappent aux juridictions administratives. Ainsi, le Conseil de préfecture est incompétent à l'égard des questions préjudicielles de propriété et, plus généralement, des contestations à résoudre par application exclusive des principes du droit civil. Par exemple, le Conseil de préfecture ne sait décider, si l'Administration peut retenir, à titre de privilège, la valeur du matériel appartenant à un entrepreneur mis en faillite, matériel repris par le nouvel adjudicataire³⁷³. Il ne lui appartient pas non plus de statuer sur les réclamations ayant pour objet la radiation d'inscriptions hypothécaires prises en vertu de décisions administratives³⁷⁴. Les questions relatives au privilège des ouvriers et fournisseurs appartiennent également à la compétence

³⁶⁸ Constitution du 13 décembre 1799 ;

³⁶⁹ AUCOC Léon, *Conférence (...)*, *op. cit.*, t. 1, n°214 et 288. Voir : TC, 11 janvier 1873, *Damours*, Rec. Lebon, 2^e part., 1^{er} suppl., pp. 39-40 ; TC, 17 mai 1873, *Michallard et Marillier c/ ville de Roanne*, *op. cit.*, Rec. Lebon, 2^e part., 1^{er} suppl., pp. 102 à 104 ; TC, 11 décembre 1880, *Grandin et autres c/ membres du syndicat du canal de Beaucaire*, Rec. Lebon, pp. 1006 à 1009.

³⁷⁰ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2.

³⁷¹ BOULET-SAUTEL Marguerite, « Le principe d'un contentieux administratif au Conseil du Roi », *La Revue Administrative, numéro spécial : le Conseil d'État avant le Conseil d'État, 1999*, *op. cit.*

³⁷² PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, *op. cit.*, t. 1, p. 444.

³⁷³ CPréf., 15 avril 1858, *Sarrat*, Rec. Lebon, pp. 307 à 311.

³⁷⁴ CPréf., 7 août 1875, *Chérel c/ département de l'Eure*, Rec. Lebon, pp. 851-852.

judiciaire³⁷⁵. Le Conseil de préfecture est encore incompétent pour ce qui concerne toutes les difficultés étrangères à l'interprétation et à l'exécution des marchés. Il ne peut donc pas statuer sur la demande de rémunération de services rendus à l'État par l'entrepreneur, mais ne rentrant pas dans les obligations de son marché³⁷⁶, ni sur l'éventuelle indemnité qui pourrait lui être due, du fait, de propos négatifs tenus par des agents de l'Administration sur son professionnalisme³⁷⁷. Il faut soustraire au contentieux administratif, le fait que la loi du 28 pluviôse an VIII, de par son esprit, est étrangère aux personnes qui n'ont pas traité directement avec l'État. Restent, en principe, dans le domaine de l'autorité judiciaire, les contestations qui s'élèvent entre l'entrepreneur, d'une part, et d'autre part, ses sous-traitants³⁷⁸, son associé ou cessionnaire³⁷⁹, ses fournisseurs de matériaux³⁸⁰, ceux qui ont fait des avances à l'entrepreneur³⁸¹, même s'il s'agit de ses propres agents salariés³⁸², les contestations entre lui et sa caution³⁸³. Les contestations, qui peuvent s'élever entre cette caution et l'État, relèvent de la compétence du Conseil de préfecture³⁸⁴. L'obligation de la caution permet de garantir l'exécution d'un travail public³⁸⁵ dans le cas où l'entrepreneur doit des salaires ou des indemnités à ses ouvriers, pour accidents survenus dans l'exécution des travaux. Cet incident entre dans les compétences contentieuses du Conseil de préfecture³⁸⁶. La règle selon laquelle les juridictions judiciaires gardent la compétence sur le contentieux lié aux travaux publics, dans la mesure où l'État n'est pas partie, est une règle générale reposant sur le présupposé que l'Administration ne soit pas atteinte par les conséquences de la décision à venir³⁸⁷. Cette règle connaît des exceptions chaque fois que l'action est de nature à interagir contre l'État³⁸⁸. À titre d'exemple, les contestations soulevées entre l'entrepreneur sortant et l'entrepreneur entrant, concernant la reprise du matériel, ne constituent pas un simple débat d'intérêts privés³⁸⁹.

214. Pour conclure, il ne faut pas perdre de vue, que durant le XIXe siècle et même au-delà, le champ de compétence du contentieux administratif est en pleine construction et

³⁷⁵ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 454.

³⁷⁶ CPréf., 7 avril 1864, *Jean*, Rec. Lebon, pp. 329 à 332.

³⁷⁷ CPréf., 24 février 1853, *Vernay*, Rec. Lebon, pp. 277 à 279 ; CPréf., 28 mars 1853, *Commune de Dancevoir*.

³⁷⁸ C. cass., 22 août 1864, *Denis* ; TC, 23 novembre 1878, *Sébélin c/ Montessuy et Chomer*, Rec. Lebon, pp. 941-942.

³⁷⁹ TI, 2 février 1854, *Révolte* ; TI, 16 mai 1872, *Coiret*.

³⁸⁰ TI, 7 mai 1857, *Lépaulle*.

³⁸¹ TI, 19 janvier 1854, *Foelder*.

³⁸² TI, 17 mars 1859, *Barrier*.

³⁸³ TI, 16 janvier 1822, *Martin*.

³⁸⁴ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 455.

³⁸⁵ CPréf., 30 mars 1842, *Deschamps c/ le trésor public*, Rec. Lebon, pp. 157 à 161.

³⁸⁶ CPréf., 4 février 1858, *Maugeant*, Rec. Lebon, pp. 121 à 124 ; CPréf., 23 juillet 1868, *Nachon*, Rec. Lebon, pp. 807 à 809.

³⁸⁷ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 456.

³⁸⁸ CPréf., 15 août 1839, *Ruiz c/ Laliberté*, Rec. Lebon, pp. 437.

³⁸⁹ TI, 26 juin 1822, *Fourdinier* ; TI, 21 août 1845, *Girardeau*. La Cour de cassation l'admet : C. cass., 19 mars 1873, *Durenne*.

structuration, et en mal de légitimité face aux juridictions judiciaires bénéficiant d'une assise autre. Le contentieux administratif des marchés de travaux publics est tout à fait représentatif à cet égard. Il se construit sur un grignotement des compétences de principe de l'autorité judiciaire, de par ses compétences techniques et spécialisées sur toutes les questions et contestations qui peuvent s'élever de par l'activité de l'Administration. Durant le XIXe siècle, les travaux publics en tous genres, des chemins de fer à l'entretien d'une mairie, représentent une part très conséquente des activités de l'Administration. La compétence contentieuse, qui s'applique à un point précis du droit, notamment les marchés de travaux publics, représente un élément important de définition de son régime juridique. D'autres marchés assez similaires n'ayant pas exactement le même régime contentieux seront abordés dans les chapitres ultérieurs³⁹⁰.

§ 2 : Les modes de passation des marchés de travaux publics

215. La passation des marchés de travaux publics se subdivise en deux phases importantes. La décision de contracter prise par l'autorité compétente que l'on vient d'aborder, et la procédure mise en place pour arrêter le choix du cocontractant de l'Administration pour réaliser ses travaux, moyennant une rémunération monétaire.

A) L'adjudication, élément central des marchés de travaux public

216. Les origines de l'Ancien Régime du procédé de l'adjudication³⁹¹ se trouvent, comme l'a qualifié Jean PETOT³⁹², dans la « curieuse et archaïque » procédure de « l'extinction du feu des chandelles »³⁹³. En effet, il ne faut jamais perdre de vue que « le système des marchés sur adjudication avait été complètement organisé sous l'ancienne

³⁹⁰ Sur la convergence des régimes contentieux entre marchés de TP et marchés de fournitures voir aussi : *RDP*, 1921, p. 155.

³⁹¹ Cf. *supra*, Partie I, Chap. introductif.

³⁹² PETOT Jean, *Histoire des Ponts et Chaussées 1599-1815*, *op. cit.*, p. 56. Lors de cette procédure ancienne, « les entrepreneurs proposent des rabais après lesquels trois chandelles sont allumées l'une après l'autre. Pendant qu'elles brûlent, les entrepreneurs offrent de nouveaux rabais, cette fois limités à un certain taux. Si les résultats paraissent satisfaisants, le dernier « rabaisseur » est déclaré adjudicataire. On allume d'autres chandelles s'il y a doute ou si les rabais sont considérés comme insuffisants. Au cas où la première séance n'a pas permis d'atteindre les rabais escomptés, l'administration renouvelle arbitrairement les séances jusqu'à se tenir pour satisfaite »

³⁹³ MALLEVOUE Félix de, *Les actes de Sully passés au nom du Roi de 1600 à 1610 par devant Maître Simon Fournier, notaire au Chatelêt de Paris*, Imprimerie nationale, Paris, 1911, p. 91 et suiv.

Monarchie française »³⁹⁴. Le passage au « nouveau régime » postrévolutionnaire ne change pas cette procédure comme la grande littérature du début du XIXe siècle nous le décrit : « Julien ne manqua pas l'adjudication du bail. Il y avait foule dans une salle mal éclairée ; mais tout le monde *se toisait* d'une façon singulière. Tous les yeux étaient fixés sur une table, où Julien aperçut, dans un plat d'étain, trois petits bouts de bougie allumés. L'huissier criait : *Trois cent francs, messieurs !* »³⁹⁵.

1) L'appréhension doctrinale de l'adjudication des marchés de travaux publics

217. Les auteurs de la doctrine administrativiste appréhendent l'adjudication dans ses aspects théoriques. Ce procédé présente ses avantages, mais aussi des limites comme la plupart des procédés de droit.

a) L'adjudication postrévolutionnaire théorique

218. Henri FOURMEL, dans son « *examen de quelques questions de travaux publics* », précise les objectifs du procédé de l'adjudication dans le choix des cocontractants de l'Administration, dans la passation des marchés de travaux publics. Ainsi, le but de l'adjudication est de « placer plusieurs concurrents dans une position telle, qu'ils arrivent à offrir les meilleures conditions pour le public, c'est-à-dire celles où ils donneront le plus possible en recevant la moindre somme possible, soit qu'il s'agisse de soumissionner un tarif fixe avec subvention aux rabais, soit qu'il s'agisse de soumissionner le tarif lui-même pour le transport et le péage. En théorie, l'adjudication procure l'économie et écarte la faveur car le magistrat est sans relation d'aucune espèce avec ceux qui se présentent, il reçoit publiquement des engagements cachetés, les ouvre, lit, et le chiffre le plus bas est de plein droit admis. En théorie, les concurrents ont étudié l'affaire mise en adjudication, de manière à être parfaitement éclairés sur l'engagement qu'ils vont prendre, et le chiffre qu'ils ont signé, ressort de longues études de calculs bien positifs »³⁹⁶.

b) Les limites de l'adjudication théorique

219. FOURMEL, tout le long de son développement, rappelle que c'est « en théorie », et termine en expliquant la traduction du procédé théorique dans la pratique. Il précise que « la pratique a largement montré ce qu'il fallait croire de la vertu de ce procédé tant

³⁹⁴ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 338, citant CHRISTOPHLE & AUGER, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, 1889-1890, n° 329.

³⁹⁵ BEYLE Henri dit STENDHAL, *Le Rouge et le Noir*, Le Livre de Poche, p. 153.

³⁹⁶ FOURMEL Henri, *Examen de quelques questions de travaux publics*, Ladrangé libraire, 1838, p. 59.

prôné ». Ainsi, il met en lumière, dès la première moitié du XIXe siècle, que « le plus souvent la concurrence est factice », et que « la mal porte plus tard et infailliblement sur le travail qu'il s'agit d'entreprendre ».

220. Cette question de la fraude et de la corruption est une gangrène intemporelle qui affecte les marchés de travaux publics, et plus généralement l'ensemble des marchés. La théorie des procédures de passation des marchés laisse place souvent à la pratique de méthode de *cow-boys*, où la réalité de la concurrence est fortement remise en cause. Le problème appartient au passé, présent, et malheureusement au futur de la matière aussi. C'est une matière juridique autrement plus sensible à la fraude et la corruption qu'aucune autre³⁹⁷. Le cœur de la procédure de passation des marchés de travaux publics réside dans le choix du contractant de l'Administration, c'est le moment le plus crucial de cette passation, celui le plus sensible aux actes de fraudes ou de corruptions diverses. Toutes fraudes ou corruptions faussent la mise en concurrence qui doit garantir que l'Administration trouvera le meilleur cocontractant possible pour l'exécution de l'ouvrage public dont elle a besoin.

2) Les textes fixant le principe de l'adjudication dans la passation des marchés de travaux publics

221. Dans les premiers temps d'après la Révolution de 1789, les besoins en travaux publics de l'État n'ont pas diminué, au contraire, mais les législateurs sont occupés à légiférer sur d'autres questions que la passation des marchés de travaux publics. Les contrats passés, dans les premières décennies de la Révolution de 1789, relèvent plus d'une pratique héritée de l'Ancien Régime, à savoir la bonne vieille pratique de l'adjudication, et à défaut celle du gré à gré, que d'une législation clairement établie. Il faut attendre le Directoire, et un arrêté du 19 ventôse an XI³⁹⁸, pour que le législateur pose la forme de l'adjudication dans les passations des travaux des Ponts et Chaussées, de la navigation, et des ports maritimes³⁹⁹.

³⁹⁷ DAHYS Jean-Pierre, *La mise en place du dispositif de lutte contre la corruption et les fraudes dans les marchés publics*, Thèse droit public, Paris II, 1998.

³⁹⁸ Arrêté du 10 mars 1803.

³⁹⁹ DUVERGIER, *Collection des Lois*, 1829, p. 181.

222. Au départ, il est important de préciser que seuls les marchés de l'État ont fait l'objet d'une réglementation. Une des premières mises en forme d'envergure se fit au travers de la loi du 31 janvier 1833, considérée comme le premier texte de portée générale sur les marchés de l'État. Cette loi de finance dispose, en son article 12, qu'« une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement ». Cette ordonnance royale, dont nous avons déjà parlé, est celle rendue le 4 décembre 1836. En son article 1^{er}, elle pose durablement l'adjudication comme principe en déclarant que « Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées en l'article suivant ». À partir de cette ordonnance, l'utilisation de l'adjudication est exigée formellement sous peine d'une nullité d'ordre public opposable par l'entrepreneur comme par l'État, alors qu'auparavant, le Conseil d'État avait décidé que le procédé de l'adjudication n'était pas exigé à peine de nullité, du fait de sa non prescription par le loi⁴⁰⁰. Cette ordonnance fixe le principe de l'adjudication dans un cadre juridique, là où il relevait auparavant plus d'une pratique coutumière.

223. Le fait d'imposer l'adjudication comme principe pour attribuer les marchés de travaux publics poursuit différents objectifs. En premier lieu, le but principal est de défendre les intérêts financiers et économiques de l'État. Michel QUANCARD, dans sa thèse, déclare que c'est en premier l'intérêt du service contractant, qu'il soit administratif ou financier, que l'on cherche à défendre⁴⁰¹. En second lieu, les formalités imposées par le procédé de l'adjudication permettent à tous les entrepreneurs remplissant les conditions exigées, de pouvoir concourir pour accéder aux marchés de travaux publics⁴⁰². Les objectifs généraux clairement affichés, déjà à l'époque, étaient de moraliser et de rationaliser les pratiques liées à l'achat public.

224. L'article 1^{er} de l'ordonnance de 1836, posant l'adjudication comme principe, est repris et réaffirmé dans tous les textes suivants concernant les marchés de l'État. Il est à peu près textuellement reproduit par les articles 45 de l'ordonnance du 31 mai 1838, et 69 du décret du 31 mai 1862 concernant la comptabilité publique⁴⁰³, et encore par la suite.

⁴⁰⁰ CE, 3 juin 1831, *Saint-Brix c/ le Ministre de la marine* ; CE, 28 février 1834, *Méjan*, Rec. Lebon, pp. 147 à 149.

⁴⁰¹ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, op. cit., p. 7.

⁴⁰² PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., t. 1, p. 67.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 66.

225. Le procédé de l'adjudication, de par la mise en concurrence et la publicité qu'il met en œuvre, permet à l'Administration de pouvoir trouver l'entrepreneur de travaux publics le mieux-disant, et ainsi de sauvegarder les intérêts financiers des personnes publiques en leur assurant les devis les plus bas par la concurrence des entrepreneurs. Toutefois, PEQUIGNOT met en lumière, que la forme de passation d'un contrat selon des formes administratives n'emporte pas nécessairement la qualification juridique de contrat administratif. En ce sens, l'autorité judiciaire se déclare compétente même dans le cas de conventions passées suivant la forme administrative⁴⁰⁴. Le procédé de passation des marchés de travaux publics ou de fournitures de principe qu'est l'adjudication n'emporte pas nécessairement une qualification juridique de contrat administratif⁴⁰⁵, du fait que les ventes ou locations du domaine privé sont faites aussi par adjudication, par exemple. Par conséquent, l'adjudication n'est pas un critère verrouillant la qualification juridique de marché de travaux publics, ni même celle de contrat administratif dans un contexte postrévolutionnaire. L'adjudication est un procédé commun aux deux principaux marchés autonomes⁴⁰⁶. Le marché de gré à gré intervient lorsque le principe de l'adjudication ne paraît pas adéquat à une situation prédéfinie par le législateur assez tôt.

B) Les marchés de travaux publics de l'État conclus de gré à gré

226. Tous les principes connaissent des exceptions, le principe de l'adjudication des marchés de travaux publics ne déroge pas à cet adage. Lorsque le procédé de l'adjudication ne s'applique pas pour des raisons bien définies, le marché est passé de gré à gré. L'ordonnance royale du 4 décembre 1836, déjà abordée à maintes reprises dans cette étude de par son importance, ouvre en son article 1^{er} des exceptions au principe de l'adjudication⁴⁰⁷. Dans l'article suivant de l'ordonnance, le législateur prédéfinit les cas où les marchés peuvent se passer du formalisme de l'adjudication par le procédé de gré à gré, qui sous-tend une absence de mise en concurrence et de publicité. Ces cas prédéfinis sont déterminés dans l'ordonnance de 1836, reproduite à plusieurs reprises par la suite, dans

⁴⁰⁴ C. Cass., civ., 30 mars 1936, *Bonsergent* ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs, op. cit.*, fasc. 500, p. 16.

⁴⁰⁵ TC, 18 décembre 1933, *Berry-Croes* ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs, op. cit.*, fasc. 500, p. 16.

⁴⁰⁶ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2. Voir aussi : *RDP*, 1920, p. 544.

⁴⁰⁷ Ordonnance du 4 décembre 1836, art. 1^{er} « Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées en l'article suivant », *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, p. 212.

l'ordonnance du 31 mai 1838⁴⁰⁸ (art. 46)⁴⁰⁹, et de manière plus détaillée dans le décret sur la comptabilité publique du 31 mai 1862 (*op. cit.*). L'article 69 de ce décret prédéfinit les cas où les marchés de travaux publics seront passés sans mise en concurrence, ni publicité, à savoir de gré à gré⁴¹⁰ :

- les travaux dont la dépense totale n'excèdent pas dix mille francs, ou s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années, dont la dépense annuelle n'excède pas trois mille francs ;
- pour toutes espèces de travaux, lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes. Ces marchés doivent préalablement avoir été autorisés par le président de la République par un rapport spécial ;
- pour les travaux qui n'ont fait l'objet d'aucune offre aux adjudications, ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des prix inacceptables ; toutefois, lorsque l'Administration a cru devoir arrêter et faire connaître un maximum de prix, elle ne doit pas dépasser ce maximum ;
- pour les travaux qui, dans le cas d'urgence évidente, amenés par des circonstances imprévues, ne peuvent pas subir les délais des adjudications⁴¹¹ ;

227. Et en dernier lieu, l'article 3 de l'ordonnance de 1836 dispose : « les adjudications publiques, (...) relatives à des travaux, (...) qui ne pourraient être sans inconvénient livrés à une concurrence illimitée, pourront être soumises à des restrictions qui n'admettront à concourir que des personnes préalablement reconnues capables par l'administration et produisant les titres justificatifs exigés par les cahiers des charges. »⁴¹²

228. Il faut souligner que les cas de figure, où les marchés sont passés de gré à gré, sont plus nombreux, lorsqu'il s'agit d'approvisionnements en fournitures, sujet que nous aborderons dans le chapitre second de ce même titre⁴¹³.

⁴⁰⁸ Ordonnance du 31 mai 1838 portant règlement général sur la comptabilité publique, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, pp. 267 à 288.

⁴⁰⁹ *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, p. 273.

⁴¹⁰ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 70.

⁴¹¹ Décret du 31 mai 1862, art. 69, *Rec. de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. viii, 1856 à 1862, p. 711.

⁴¹² *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, p. 213.

⁴¹³ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2.

C) Vers la fin de l'adjudication, le procédé de l'appel d'offre

229. Pendant très longtemps, l'intérêt financier de l'Administration a primé, faisant de l'adjudication le principe dans la passation des marchés publics qui permet de trouver l'entrepreneur de travaux le mieux-disant sur le montant des devis, au détriment parfois de l'intérêt administratif.

1) Une modernisation nécessaire des procédés de passation des marchés de travaux publics : l'apport du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés de l'État

230. Cette logique va commencer à changer durant la Seconde Guerre mondiale, avec un décret du 6 avril 1942⁴¹⁴ concernant les marchés de l'État. Il introduit de manière inédite de nouveaux procédés de passation des marchés de l'État qui seront confirmés par les textes suivants pour l'État comme pour les collectivités territoriales. À la traditionnelle passation des marchés qui s'opérait, soit par le principe de l'adjudication, ou de manière exceptionnelle de gré à gré, qui perdura pendant près de 150 ans après 1789, ce décret introduit de nouveaux procédés comme l'appel d'offre, qui deviendra le principe en lieu et place de l'adjudication. Ce décret pose une nouvelle nomenclature de procédé de passation des marchés, l'adjudication est conservée, modulée en trois formes différentes dans un but de modernisation du procédé :

- L'adjudication publique et ouverte est l'adjudication de principe qui permet la réalisation dans leur plénitude de la publicité et de la mise en concurrence, principes de base de l'adjudication⁴¹⁵ ;
- L'adjudication restreinte prévoit une concurrence limitée à la place d'une concurrence illimitée, qui est la règle ordinaire⁴¹⁶ ;
- L'adjudication sur coefficients est l'autre forme spéciale d'adjudication prévue par le décret du 6 avril 1942. Elle consiste essentiellement en ce que l'adjudication soit prononcée au vu, non seulement des prix proposés par les soumissionnaires, mais aussi de projets de travaux présentés par eux. Le prix et le projet ou l'échantillon sont respectivement évalués et notés sous la forme de coefficients qui

⁴¹⁴ Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État.

⁴¹⁵ BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 158.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 160.

déterminent le classement pour l'adjudication. Ce procédé d'adjudication, quelque peu compliqué dans sa mise en œuvre, avait pour but de contenter les deux intérêts, administratif et financier⁴¹⁷.

231. L'exception au principe de l'adjudication, le marché conclu de gré à gré perdure sous une terminologie nouvelle, « le marché par entente directe⁴¹⁸ », qui dans les faits, ne diffère pas vraiment du gré à gré, car il ne prend en compte que l'intérêt administratif⁴¹⁹, en écartant l'intérêt financier : c'est l'antithèse de l'adjudication sur ce point.

2) La victoire de l'intérêt administratif sur l'intérêt financier : l'avènement de l'appel d'offres

232. L'avancée principale de ce décret du 6 avril 1942 est l'introduction de manière inédite du procédé de l'appel d'offres qui deviendra, par la suite, le principe, de par le compromis qu'il représente entre les divers intérêts en jeu dans la passation des marchés de travaux publics, et des marchés en général. L'appel d'offres constitue la première catégorie de marché sans adjudication prévue par le décret de 1942⁴²⁰. Le procédé consiste dans le libre choix de l'entrepreneur par l'Administration parmi les concurrents qui se sont présentés à l'appel d'offres. Par ailleurs, s'appliquent les règles prévues pour l'adjudication en terme de publicité et de mise en concurrence. Comme pour les adjudications, les appels d'offres peuvent être ouverts ou restreints⁴²¹. Ce procédé inédit, posé par ce décret, deviendra le principe de passation de par le compromis qu'il permet entre les intérêts administratifs et financiers. En effet, il vise le prix par la mise en concurrence et la publicité, ainsi que la qualité des prestations par le libre choix de l'Administration de l'entrepreneur de travaux qui mérite la préférence.

233. Les procédés de passation des marchés de travaux publics, visant au choix de l'entrepreneur de travaux qui contractera avec l'Administration, sont l'enjeu le plus important de la procédure de passation, car c'est à ce moment que se jouent les intérêts financiers et administratifs du marché. L'abandon de l'adjudication comme principe de

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 162.

⁴¹⁸ Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, Titre I, Chap. II, Sect. V, art. 22 et suiv.

⁴¹⁹ BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *op. cit.*, pp. 165-166.

⁴²⁰ Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, Titre I, Chap. II, Sect. IV, art. 20 : « Il peut être passé des marchés sur appel d'offres : 1° Pour les travaux (...), dont la dépense totale n'excède pas un million de francs (...) ».

⁴²¹ BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 164.

passation, et son remplacement progressif par le principe de l'appel d'offres, n'est pas du tout anodin, car il traduit un changement d'esprit et de conception des marchés de travaux de l'État, et par transposition des collectivités locales. Il faut toutefois relativiser le passage de l'adjudication à l'appel d'offres. RICHER, dans son traité des contrats administratifs modernes, parle de la différenciation entre appel d'offres et adjudication. En effet, entre les procédures formalistes de droit commun d'aujourd'hui et celles d'hier, le choix systématique du moins-disant a tendance à se reproduire dans la procédure de l'appel d'offres au détriment du mieux-disant, alors même que c'était la principale critique à l'égard de l'adjudication, justifiant son remplacement par l'appel d'offres. Il est intéressant de souligner ce point⁴²².

234. Pour conclure cette section, on peut maintenant appréhender l'importance de la passation des marchés de travaux publics dans l'identification d'une définition de cet objet juridique de nature contractuelle. Ainsi, tout ce qui touche à la passation des marchés de travaux publics, à savoir les compétences pour passer les marchés, les compétences contentieuses, et les modes de passation visant aux choix des cocontractants de l'Administration, sont des éléments centraux pour identifier une définition de ce type de marché, et les différencier par rapport à d'autres types de contrats administratifs, ou les rapprocher de certains autres.

235. Pour conclure ce chapitre premier dévolu aux marchés de travaux publics, il faut noter différents points d'importance mis en lumière. Tout d'abord, les origines de l'Ancien Régime des règles encadrant les marchés de travaux publics sont identifiées de manière indiscutable. La Révolution de 1789 a repris dans une large mesure les pratiques des travaux publics conclus à titre onéreux par l'Administration monarchique. L'apport a été de l'ordre de la mise par écrit et de la clarification de l'architecture juridique. Puis, les différentes législations sur les marchés de travaux publics du XIXe et du début du XXe siècle construisent un cadre juridique aux marchés de travaux publics, sans donner de réelle définition de l'objet juridique qu'ils ont pour but de réglementer. Enfin, tout ce qui a

⁴²² RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 443.

trait à la passation des marchés de travaux publics est primordial dans l'appréhension globale de ce que sont ces marchés visant à la réalisation de travaux « publics ».

Chapitre 2 : Les marchés de fournitures de l'État

236. Les marchés de fournitures postrévolutionnaires de l'État sont des *fondements conceptuels principaux* dans l'émergence du concept de marché public du fait de leur caractère exorbitant du droit commun dès la période révolutionnaire, bien avant que la terminologie conceptuelle générique de contrat administratif ne soit couramment utilisée par les acteurs de l'élaboration du droit administratif. L'approvisionnement de l'État en fournitures est un élément clé de son fonctionnement. Les marchés de fournitures répondant à ce besoin sont les plus nombreux et les plus importants, d'autant plus dans la première moitié du XXe siècle avec les marchés passés pour les besoins militaires⁴²³. Ce type de marché est donc le plus important en nombre de passation, alors que les travaux publics sont les plus importants économiquement eu égard aux sommes engagées et aux biens livrés. Un bâtiment n'a pas la même ampleur qu'une fourniture diverse. La définition lexicale du mot fourniture se résume à « l'action de fournir, d'approvisionner, ou dans un sens plus matériel, s'assimile à une provision fournie »⁴²⁴. Ces provisions fournies peuvent comprendre une palette d'objets très importante : des fournitures de bureau, le chauffage, le matériel divers, des approvisionnements en papier, des matières premières, le transport d'objets fabriqués par une administration⁴²⁵. Les types de provisions fournies à l'Administration peuvent être très variable d'une administration à l'autre en fonction de sa mission de service public. Ce besoin en fournitures de l'Administration de l'État est un besoin essentiel pour des questions de fonctionnement comme de développement. La mise en œuvre et l'importance des chiffres et la différence de besoin divergent, mais la motivation est la même. Les marchés de travaux publics comblent un besoin de l'Administration en biens immobiliers, les marchés de fournitures un besoin en biens mobiliers, et les transports un besoin en prestations de services, que nous aborderons dans le titre suivant⁴²⁶. Le besoin est toujours le dénominateur commun de base de la réalisation de ces opérations juridiques.

⁴²³ TÉTREAUX Louis, *Des marchés de fournitures*, Librairie administrative et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1921, p. 8.

⁴²⁴ Définition de « fourniture », *Dictionnaire Larousse*, version numérique.

⁴²⁵ TÉTREAUX Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 8.

⁴²⁶ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 1.

237. Les marchés de fournitures sont des contrats administratifs autonomes⁴²⁷ conclus par l'Administration à titre onéreux qui s'insèrent dans la matrice théorique du droit administratif, visant à combler les besoins en biens mobiliers de l'État. Ils font ainsi l'objet de chapitres à part entière dans les grands traités de droit administratif du XIXe et du début du XXe siècle. Il s'agira d'étudier la construction d'une définition matérielle des marchés de fournitures par les différents acteurs du droit administratif (**section 1**), et enfin d'appréhender la passation de ce type de marché, en tant qu'élément de définition formelle pour les situer par rapport aux autres contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux par l'Administration (**section 2**).

Section 1 : La construction d'une définition matérielle moderne des marchés de fournitures de l'État

238. La problématique soulevée par l'appréhension des marchés de fournitures par les différents acteurs du droit administratif français d'après 1789 est sensiblement parallèle à celle des marchés de travaux publics traités dans le chapitre précédent. Ce sont des contrats à titre onéreux, passés pour combler un besoin en biens mobiliers des personnes publiques. Sur le critère matériel, l'approvisionnement en fournitures est très différent de celui en travaux publics, et la séparation des deux contrats publics se justifie simplement. Mais la convergence entre les deux, sur le critère juridique, est bien réelle dans l'appréhension sommaire du législateur qui rapidement légifère sur les deux contrats simultanément, les qualifiant de « marchés ». La doctrine et la jurisprudence les distinguent pourtant clairement comme ayant deux objets juridiques distincts avec chacun son cadre juridique, même s'il y a des mécanismes de passation relativement proches.

239. Cette lente construction d'une définition moderne des marchés de fournitures se fait progressivement grâce aux différents acteurs du droit, pour, en définitive, aboutir aux marchés « publics » de fournitures, comme partie intégrante des marchés publics.

⁴²⁷ Ce type de contrats administratifs que sont les marchés de fournitures resteront autonomes jusqu'au premier Code des marchés publics. L'objet de cette étude est de déterminer comment est né le concept juridique de marchés publics, à partir de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux.

§ 1 : Une absence de définition matérielle législative et réglementaire des marchés de fournitures de l'État

240. La priorité des législateurs postrévolutionnaires est de bâtir des cadres juridiques sur les points de droit importants, plus que de définir ces mêmes objets juridiques. Le législateur, comme pour les marchés de travaux publics, a comme priorité d'encadrer la passation des marchés de fournitures. Il y a une distinction entre marchés de fournitures de l'État et de ses collectivités locales. En terme d'importance, les fournitures semblent passer après les marchés de travaux publics, tant par leur coût financier que par leur volume. Mais leur importance dans l'architecture des besoins des différentes personnes publiques n'en est pas moins indispensable pour leur fonctionnement, au niveau local comme national. Le besoin en fournitures des personnes publiques est complexe, de par la multiplicité des biens mobiliers, que recouvre l'expression générique « fournitures ».

A) L'appréhension des marchés de fournitures de l'État par le législateur

241. Dans l'ordre des priorités du législateur postrévolutionnaire⁴²⁸, les marchés de fournitures de l'État arrivent juste après les marchés de travaux publics, dans la chronologie des premiers textes encadrant leur passation. Les marchés à encadrer juridiquement, en priorité de par leur importance, sont, d'abord, les marchés de l'État, sachant que, pendant la majeure partie du XIXe siècle, les marchés de fournitures passés par les collectivités locales étaient considérés comme de droit commun⁴²⁹. Les marchés de fournitures de l'État sont les premiers à avoir une existence juridique au travers des premiers textes révolutionnaires qui vont consacrer leur spécificité exorbitante de droit commun.

1) La détermination par le législateur révolutionnaire du caractère administratif des marchés de fournitures

242. Les lois révolutionnaires conservent et consacrent leur caractère administratif qui trouve son fondement dans les clauses exorbitantes de droit commun, réglementant les relations de l'Administration et de ses fournisseurs sur des bases différentes de celles des

⁴²⁸ Il s'agit de la Révolution de 1789.

⁴²⁹ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2, Sect. 2.

conventions de droit privé⁴³⁰. Une des premières lois révolutionnaires touchant ce point de droit, la loi du 21 avril 1791, concernant les vivres et fourrages de l'armée, décrète que les fournitures militaires seront adjugées avec publicité et concurrence. Mais on a laissé tout de même aux ministres le droit de traiter directement avec les compagnies, ce qui peut apparaître quelque peu contradictoire, mis à part que la défense nationale peut le justifier aisément.

243. Tous les autres textes postérieurs à la Révolution s'inscrivent dans cette tradition de continuer à considérer le marché de fournitures comme un contrat exorbitant du droit commun, car il serait anachronique de parler de contrat administratif à ce stade. Ainsi, l'arrêté directorial du 2 germinal an V qualifie d'actes d'administration « toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement par ses agents immédiats et avec les fonds du Trésor public ». En suivant, les arrêtés du Directoire des 8 et 9 fructidor an VI déclarent que les adjudicataires des marchés passés pour les services de la Guerre et de la Marine sont justiciables de l'Administration centrale du département de la Seine pour toutes les contestations relatives à leurs entreprises. L'arrêté du Directoire du 17 vendémiaire an VII enjoint les manutentionnaires, entrepreneurs et fournisseurs de remettre leurs pièces à l'Administration : « considérant que toutes les contestations relatives à l'interprétation et à l'exécution des marchés passés avec le gouvernement doivent être traitées administrativement »⁴³¹.

244. La loi du 28 pluviôse an VIII, concernant la division du territoire de la République et l'Administration, est considérée comme la « constitution administrative » de la France⁴³². Celle-ci attribue compétence au Conseil de préfecture pour se prononcer « sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés⁴³³ ; ... ». Sur le point précis des travaux publics, cette loi est importante par les compétences contentieuses qu'elle pose, et pour le caractère administratif de ceux-ci qu'elle consacre sans équivoque. Leur importance, dans la conjoncture de l'après 1789, est d'autant plus

⁴³⁰ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, Thèse droit, Imprimerie R. Foulon, Paris, 1945, p. 77.

⁴³¹ *Ibid.*, pp. 58-59.

⁴³² Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

⁴³³ Loi du 28 pluviôses an VIII, Titre II, Art. 4, *op. cit.*, *Rec. de lois, ordonnances, décrets, ... (ancien recueil Potiquet)*, 1^{er} série, t. i, 1399 à 1804, pp. 399-400. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 1.

prioritaire pour encadrer de grands travaux de construction et de reconstruction. La loi du 28 pluviôse an VIII⁴³⁴, dans ses dispositions sur les marchés, ne prenant en compte que les travaux publics pour les raisons précédemment évoqués, nécessite des compléments de la part du législateur sur les marchés de fournitures.

245. Le décret du 11 juin 1806⁴³⁵ intervient dans cette optique pour fixer les compétences contentieuses des marchés de fournitures de l'État. Ce décret, dans son intitulé, intervient sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État. Comme un fidèle écho des textes antérieurs, son article 14 pose des compétences contentieuses exorbitantes du droit commun, applicable aux litiges émanant des marchés de fournitures de l'État⁴³⁶. Deux autres décrets, intervenant la même année, viennent compléter celui du 11 juin sur l'encadrement juridique des marchés de fournitures de l'État. Ceux des 13 juin et 12 décembre 1806 sont relatifs à la remise des pièces à l'appui des réclamations concernant le service de la Guerre⁴³⁷. Le législateur, dans les années qui suivent la Révolution française de 1789, travaille dans l'urgence les points de droit qui nécessitent un cadre juridique. Cette précipitation explique le désordre et le manque de clarté de nombreux textes, lois, décrets, règlements... tantôt une loi sur les travaux publics, tantôt un décret additionnel sur les marchés de fournitures. Il faut noter que pour les marchés de travaux publics le domaine de la loi intervient, alors que le domaine réglementaire dispose en matière de marchés de fournitures. Une hiérarchie est posée dans la détermination textuelle du caractère exorbitant de droit commun de ces deux types de marchés.

246. Il faut attendre les années 1830 pour voir un peu plus de lisibilité dans la législation sur les marchés. Au final, l'idée commune, à ces différents textes de l'époque révolutionnaire, est qu'il appartient à l'Administration de régler les litiges émanant des

⁴³⁴ Dans cette étude, on considère la loi du 28 pluviôse an VIII, comme le départ d'un cadre juridique postrévolutionnaire sur les marchés, de par son aura, et son importance, jusqu'au point d'être qualifiée de « constitution administrative » de la France par le professeur Jacques Chevalier. Toutefois, on n'oublie pas des textes ayant fait couler moins d'encre, mais ayant contribué tout de même à la construction du cadre juridique des marchés. On peut citer, en prélude de celle du 28 pluviôse an VIII, une loi du 26 pluviôse an II, interdisant les saisies-arrêts ou oppositions sur les fonds destinés aux entrepreneurs de travaux nationaux. Cette loi avait pour but premier de sécuriser les sommes d'argent destinées à payer les entrepreneurs contractant avec l'État, pour les inciter à s'engager avec lui, ce qui pouvait paraître risqué à pas mal d'entre eux en cette période de l'histoire.

⁴³⁵ Décret du 11 juin 1806 sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. ii, 1805 à 1816, pp. 37 à 40.

⁴³⁶ *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. ii, 1805 à 1816, p. 38-39.

⁴³⁷ TÊTREAU Louis, *Des marchés de fournitures, op. cit.*, p. 10.

marchés de fournitures de l'État, mais pas ceux des collectivités locales qui échappent au contentieux administratif, contrairement au contentieux des travaux publics locaux⁴³⁸.

2) La clarification du régime juridique des marchés de l'État durant le règne de Louis-Philippe (1830-1848)

247. La Révolution de 1830 porte au pouvoir Louis-Philippe d'Orléans qui sera un des premiers rois de France à vraiment soutenir la bourgeoisie affairiste du royaume, dans un contexte de forte expansion économique, parallèlement au développement du capitalisme industriel de première génération⁴³⁹. C'est dans ce contexte qu'intervient le législateur pour poser et clarifier le régime juridique des marchés de fournitures, par l'entremise de textes communs avec les marchés de travaux publics, tout en laissant subsister une distinction stricte entre les deux types de contrat.

a) La base législative du cadre juridique des marchés de fournitures de l'État : la loi du 31 janvier 1833

248. Cette loi du 31 janvier 1833 (*op. cit.*), concernant uniquement les marchés de l'État, peut être considérée comme le premier texte de portée générale. Ce texte est applicable aux marchés de manière générale, sans en définir la notion, sans en donner une définition juridique⁴⁴⁰. Comme on l'a vu précédemment dans le cas des marchés de travaux publics, cette loi de portée générale pose les grandes lignes d'un régime juridique applicable aux marchés de l'État. Sont concernés les deux types de marchés de l'État les plus importants matériellement et économiquement au bon fonctionnement des services de celui-ci, à savoir les marchés de fournitures et de travaux publics. En son article 12, cette loi pose la règle suivant laquelle « une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement (...) »⁴⁴¹. Ledit article 12 fonde la base du régime juridique réglementaire des marchés pendant tout le XIXe siècle et même au-delà. Le terme générique de « marchés passés au nom du gouvernement » employé dans

⁴³⁸ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2.

⁴³⁹ BEAUD Michel, *Histoire du capitalisme 1500-2010*, *op. cit.*, p. 147. On entend par capitalisme industriel de première génération, celui de l'exploitation de matières premières, charbon, acier etc.

⁴⁴⁰ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 1.

⁴⁴¹ Loi du 31 janvier 1833, Budget de l'exercice 1829, art. 12, *op. cit.*, qui pose dans son intégralité : « une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement. Il sera fourni, chaque année, aux deux chambres, un état sommaire de tous les marchés de 50 000 francs et au-dessus, passés dans le courant de l'année échue. Les marchés inférieurs à cette somme, mais qui s'élèveraient ensemble, pour des objets de même nature à 50 000 francs et au-dessus, seront portés sur ledit état. Cet état indiquera le nom et le domicile des parties contractantes, la durée, la nature et les principales conditions du contrat. », *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 1^{er} série, t. iv, 1831 à 1840, pp. 66. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 3.

le texte de cette loi, renvoie essentiellement aux marchés de fournitures et de travaux publics, mais pas simplement, ce sont les marchés de tous objets qui sont visés⁴⁴².

249. L'adoption de la loi du 31 janvier 1833, relative aux marchés de l'État, répond au contexte juridique difficile, dont fait l'objet la passation des marchés de l'État, fournitures, travaux publics, ou même transports. La complexité et la diversité des contrats conclus à titre onéreux, destinés à pourvoir à des besoins aussi étendus, ont besoin de règles juridiques précises et rigoureuses pour encadrer les rapports entre l'État et ses fournisseurs, ou autres entrepreneurs, or à cette époque, point de régime juridique établi applicable aux marchés de fournitures de l'État. Ces règles sont incomplètes et obscures. Elles sont éparses dans un grand nombre de dispositions législatives et réglementaires incohérentes⁴⁴³, à l'image des dispositions de l'époque révolutionnaire précédemment évoquée. Cette loi du 31 janvier 1833 améliore la cohérence du cadre juridique et pose la compétence réglementaire en matière de marchés de l'État. Elle a le mérite de poser des bases relativement claires, qui se verront compléter par des textes réglementaires, à commencer par l'ordonnance de décembre 1836.

b) Une clarification relative du régime de passation des marchés de fournitures de l'État : l'ordonnance du 4 décembre 1836

250. C'est la loi du 31 janvier 1833 qui prévoit la publication de cette ordonnance sur les marchés de l'État, dans son article 12 précédemment cité. Cette ordonnance prend en compte les marchés de fournitures dans sa portée très générale. Son article 1er pose « Tous les marchés au nom de l'Etat (...) »⁴⁴⁴, ce qui inclut les marchés de travaux publics comme on l'a vu dans le chapitre premier⁴⁴⁵, mais aussi les marchés de fournitures qui nous intéressent dans celui-ci. La notion générale de marché ne fait l'objet d'aucune définition de la part du législateur, dès lors les marchés de fournitures non plus. En effet, le législateur n'établissait qu'une base vraiment générale et sommaire que les autres acteurs du droit préciseront. Une réglementation précise s'appliquait aux marchés de fournitures, réglementation qui ne se superpose pas complètement aux règles dévolues aux marchés de travaux publics, par exemple. Effectivement, les besoins qu'ils recouvrent sont très

⁴⁴² Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 2.

⁴⁴³ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴⁴ Ordonnance du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État, Art. 1^{er}, *op. cit.*, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), p. 212. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 4.

⁴⁴⁵ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 1.

différents, le seul dénominateur commun étant le procédé contractuel du marché qui permet de satisfaire les différents besoins des services de l'État. Les juristes modernes voient « facilement » la matière des marchés publics englober ces différents types de marchés, pourtant il faudra attendre la moitié du XXe siècle pour que le législateur la consacre, vingt ans après la théorisation doctrinale des contrats administratifs par Gaston JÈZE. Nous verrons les raisons d'une si lente théorisation dans le Chapitre I de la deuxième partie.

251. La combinaison de la loi du 31 janvier 1833 et de cette ordonnance servira de base au régime juridique des marchés de l'État, incluant les marchés de fournitures. Ladite base apparaît très sommaire d'une façon générale, et plus particulièrement concernant les marchés de fournitures. Des compléments s'avèreront indispensables par la suite, venant tant du législateur, que des autres acteurs du droit, jurisprudence et doctrine.

3) La construction d'un cadre juridique général concernant les marchés de l'État par le législateur

252. Dans la lignée de la loi de 1833 et de l'ordonnance de 1836, le dispositif législatif et réglementaire autour des marchés de l'État, incluant les marchés de fournitures, se voit apporter des compléments de manière croissante dans un contexte de développement des capacités militaires du pays.

a) Une inflation législative et réglementaire désordonnée

253. Avant la loi du 31 janvier 1833, les dispositions législatives et réglementaires antérieures relatives aux marchés de fournitures étaient très désordonnées et obscures. Cette loi ne réglera le problème que de manière relative et limitée dans le temps. L'accroissement des besoins de l'État, dus à la montée de tensions diplomatiques et militaires, en raison de conquêtes coloniales, ainsi que de problèmes endémiques de corruption dans l'obtention des marchés de l'État, provoque de nécessaires interventions du législateur par la promulgation de textes. Ces textes viennent compléter et clarifier le dispositif législatif et réglementaire concernant les marchés de fournitures de l'État, la jurisprudence et la doctrine administrative de cette époque n'ayant pu y parvenir.

254. Les différents textes concernant les marchés de fournitures sont très divers et adoptés en fonction de besoins conjoncturels. Il est intéressant d'en dresser une chronologie sélective pour mettre en avant un phénomène d'inflation que de grands administrativistes comme TIMON (CORMENIN) dénonce dans son célèbre pamphlet⁴⁴⁶ :

- La loi du 7 août 1851, sur les hospices et hôpitaux⁴⁴⁷. Cette loi, en son article 8, comporte des dispositions concernant les marchés de fournitures destinés aux établissements publics⁴⁴⁸.

- Le décret du 31 mai 1862⁴⁴⁹ (*op. cit.*) pose des règles en matière budgétaire, mais concerne aussi les marchés de l'État, en corrélation avec la conjoncture économique. Ainsi, l'article 69 (*op. cit.*), précise dans quels cas d'espèce, l'Administration pourra traiter les marchés de gré à gré dans le strict prolongement de l'article 2 de l'ordonnance royale de décembre 1836, ou même de celui de l'article 46 (*op. cit.*) de l'ordonnance du 31 mai 1838⁴⁵⁰.

- Le décret du 23 septembre 1876, concernant les marchés de gré à gré passés par le ministre de l'Instruction publique pour la construction des instruments astronomiques⁴⁵¹.

- Le décret du 18 novembre 1882⁴⁵² (*op. cit.*), relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État, revêt une importance particulière par rapport au précédent, car il fixera le régime juridique de la passation des marchés de l'État pendant les décennies qui suivront⁴⁵³. La seule définition textuelle des marchés apportée est de distinguer les différents types de marchés auxquels l'État a recours pour subvenir à ses besoins, à savoir les marchés de fournitures, et comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, les

⁴⁴⁶ CORMENIN, Louis-Marie de LAHAYE (1788-1868 ; vicomte de), dit TIMON, « *La Légomanie* », PAGNERRE éditeur, Paris, 1844. Il est intéressant de noter qu'au moment où TIMON écrit ce pamphlet, ce n'est que le début de ce phénomène d'inflation textuel, si intemporelle. Pour le constater explicitement, il suffit de constater la croissance, année après année, du *Recueil de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du Ministère des Travaux publics* (ancien Rec. Potiquet), durant le XIXe et le début du XXe siècle. Cette référence est d'ailleurs intemporelle car le Ministre Frédéric Lefebvre lors de la discussion générale en 1^{ère} lecture au Sénat (10 janvier 2012) de la proposition de loi Warsmann IV sur *la simplification du droit et l'allègement des démarches administratives* a cité « la légomanie » de Cormenin pour dénoncer l'inflation législative et l'impérieuse nécessité de simplifier le droit. Nous ne pouvons que saluer que des membres de son cabinet soient aussi bon connaisseurs des grands administrativistes du XIXe siècle.

⁴⁴⁷ Loi n° 3139 des 23 janvier, 8 avril et 7 août 1851, sur les Hospices et Hôpitaux, *Bull. des lois de la République Française*, xe Série, 2^e semestre, 1851, t. viii, n° 410 à 476, pp. 215 à 218.

⁴⁴⁸ La loi du 7 août 1851 sur les Hospices et Hôpitaux pose en son art. 8 que « La commission des hospices et hôpitaux règle par ses délibérations les objets suivants : (...) Le mode et les conditions des marchés pour fournitures et entretien dont la durée n'excède pas une année, les travaux de toute nature dont la dépense ne dépasse pas trois mille francs », *Bull. des lois de la République Française*, xe Série, 2^e semestre, 1851, t. viii, n° 410 à 476, p. 216.

⁴⁴⁹ Décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique, *op. cit.*, *Rec. de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics (ancien recueil Potiquet)*, 1^{er} série, t. viii, 1856 à 1862, pp. 701 à 755.

⁴⁵⁰ Ordonnance du 31 mai 1838, portant règlement général sur la comptabilité publique, *op. cit.*, *Bull. des lois de la République Française*, 1838, n° 579, p. 829.

⁴⁵¹ Décret n° 5605 du 23 septembre 1876 concernant les Marchés de gré à gré passés par le Ministre de l'Instruction publique pour la construction des Instruments astronomiques, *Bull. des lois de la République Française*, xiii^e Série, 2^e semestre, 1876, t. xiii, n° 309 à 331, p. 560.

⁴⁵² Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État, *op. cit.*, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. i, 1881-1882, p. 485 à 489. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

⁴⁵³ BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 151.

marchés de travaux publics, et des marchés portant sur des prestations de services, transports⁴⁵⁴... Ce décret fixe des règles élémentaires de passation des marchés de fournitures de l'État, lesdites règles de passation étant les plus urgentes à établir dans un dispositif législatif et réglementaire aussi sommaire, eu égard à nos codifications modernes.

- Le décret du 4 juin 1888⁴⁵⁵, fixant les conditions exigées des sociétés d'ouvriers français pour pouvoir soumissionner les fournitures ou travaux faisant l'objet des adjudications de l'État.

- Le décret du 12 octobre 1895, instituant une commission chargée d'examiner les clauses et conditions des cahiers des charges des adjudications et marchés passés par l'Administration publique et de donner son avis sur les modifications à y apporter.

- Le décret du 23 mars 1896, relatif aux acomptes attribués aux savants et aux artistes sur les travaux et fournitures artistiques dont ils sont chargés pour le compte de l'État.

- Le décret du 25 avril 1896 rend obligatoire le système international d'unités électriques dans tous les marchés et contrats passés pour le compte de l'État, dans toutes les communications faites aux services publics et dans les cahiers des charges dressés par eux.

- Le décret du 10 août 1899⁴⁵⁶, portant réglementation des conditions de travail dans les marchés passés par l'État. L'État se devait de montrer l'exemple concernant les conditions de travail imposées aux personnels lors de l'exécution des marchés de fournitures de l'État. Il y a un rôle social important dans la passation, et les conditions d'exécution imposées dans les marchés de l'État, dès le XIXe siècle.

255. Tous ces textes illustrent parfaitement l'inflation dont parle Timon dans son pamphlet, et encore ce n'est qu'une sélection, car il en existe d'autres d'importance variable, notamment de nombreux décrets transposant les lois et règlements nationaux aux colonies et protectorats de l'époque⁴⁵⁷. Toutefois, c'est le contexte politique de la fin du XIXe siècle qui jouera un rôle très important dans l'inflation considérable des dispositifs législatifs et réglementaires concernant l'acquisition à titre onéreux de biens mobiliers par les pouvoirs publics.

⁴⁵⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

⁴⁵⁵ Décret du 4 juin 1888 fixant les conditions exigées des sociétés d'ouvriers français pour pouvoir soumissionner les travaux et fournitures faisant l'objet des adjudications de l'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. iii, 1^{er} fascicule, 1886 à 1888, pp. 433-434.

⁴⁵⁶ Décret du 10 août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passés au nom de l'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. x, 1899, pp. 451-452.

⁴⁵⁷ Les diverses législations et règlements concernant les marchés de fournitures, permettant d'approvisionner les pouvoirs publics en biens mobiliers divers, étaient pour la plupart transposés à l'échelle des colonies et protectorats, en fonction des besoins. Par exemple, le décret du 18 janvier 1889, déclarant applicable à Algérie les dispositions du décret du 4 janvier 1888.

b) La montée du militarisme de 1890 à la Première Guerre mondiale : levier de la construction d'un cadre juridique des marchés de fournitures

256. Le contexte politique international de la fin du XIXe siècle laisse percevoir l'avenir. Les puissances d'Europe occidentale s'affrontent pour le partage du monde au travers des politiques de colonialisme. La concurrence est de plus en plus accentuée, entre la France et le Royaume-Uni à Fachoda en 1898, guerre entre l'Espagne et les États-Unis qui s'emparent des restes de l'Empire colonial espagnol en 1898⁴⁵⁸, tensions franco-allemandes pour l'instauration du protectorat français sur le Maroc en 1913, et en ligne de mire, le déclenchement de la Première Guerre mondiale en 1914, dans la lignée des politiques d'impérialisme colonial. Ces différents événements coïncident avec la mise en œuvre de politiques publiques et de dispositifs juridiques conditionnés par une urgence croissante. Les règles encadrant juridiquement les marchés de fournitures sont un élément clé dans un cadre militaire qui a de très grands besoins en biens mobiliers très divers pour fonctionner. Il est intéressant de dresser un tableau des différentes lois et règlements venant encadrer les marchés de fournitures passés à destination des services touchant aux Forces armées :

- la loi du 16 avril 1895, ordonnant l'insertion au Journal Officiel des condamnations pour fraudes en matière de fournitures faites à l'État pour les services de la Guerre, de la Marine et des Colonies. Cette loi intervient pour améliorer la sécurité des approvisionnements des services de l'Armée, en durcissant la répression contre les fournisseurs fraudeurs. La sécurité des approvisionnements est un enjeu crucial dans un contexte de conflits.
- la loi du 11 janvier 1896, disposant que les conserves de viande nécessaires à l'Armée seront exclusivement achetées en France ou dans les Colonies et Pays de protectorat, et seront fabriquées avec du bétail indigène. Cette loi traduit une volonté de repli protectionniste sur la métropole et son empire colonial, dans une logique de préparation à des conflits militaires.
- le décret du 6 février 1897, relatif aux attributions des services techniques pour la passation des marchés concernant le service de la Marine.
- le décret du 3 septembre 1900, relatif au ravitaillement de l'Armée et de la population civile des places fortes⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Les États-Unis s'emparent de Cuba, des Philippines, de Porto Rico et de différentes possessions coloniales espagnoles dans les Caraïbes et le Pacifique.

⁴⁵⁹ Ce décret fut complété par un arrêté ministériel du 6 février 1904, au *Journal Officiel* du 14 février 1904.

- l'État, à partir de l'année 1907, édicte un certain nombre de règles relatives à l'approvisionnement de l'Armée sous forme de circulaires, pour des raisons de simplicité et de rapidité. Les trois circulaire du 21 janvier 1907, l'une relative à la préparation des cahiers des charges pour les marchés souscrits par le département de la Guerre, celle relative à la préparation et à la passation des marchés dudit département de la Guerre, et la dernière relative aux mesures à prendre, en application du décret du 4 juin 1888⁴⁶⁰, pour faciliter aux Sociétés d'ouvriers français l'accession aux marchés de travaux et de fournitures dudit département de la Guerre. Une circulaire du 25 avril 1908, relative aux conditions générales d'application du décret du 18 novembre 1882 pour le département de la Guerre⁴⁶¹. Une autre circulaire du 24 novembre 1914 s'attache à régler l'exécution des marchés de fournitures antérieurs à la guerre.

- la loi du 28 septembre 1915⁴⁶², en son article 9⁴⁶³, s'attache à réglementer les avances faites aux fournisseurs du département de la Guerre. Dans la même logique, les décrets des 21 janvier et 17 février 1916, relatifs eux aussi aux avances faites aux fournisseurs, mais à ceux du ministère de la Guerre, ainsi que la loi du 1^{er} juillet 1916, en son article 22, relative à la patente des fournisseurs.

- la loi du 27 janvier 1917 qui autorise l'ouverture, parmi les services spéciaux du Trésor, d'un compte intitulé : « avances remboursables consenties à divers industriels pour les besoins de la Défense nationale ». Des lois comme celles-ci s'inscrivent dans la nécessité de régler les paiements et les dettes éventuelles contractées durant la guerre auprès des différents fournisseurs des services assurant la Défense nationale. Les lois et règlements édictés durant la guerre ont un caractère particulier, car ils sont adoptés dans un contexte d'état d'exception justifié par le défense de la nation.

257. La Première Guerre mondiale, comme le durcissement des conquêtes coloniales ont participé à l'inflation des textes concernant les marchés de fournitures, au même titre que les grands travaux comme la construction des Chemins de fer ont participé au

⁴⁶⁰ Décret du 4 juin 1888 fixant les conditions exigées des sociétés d'ouvriers français pour pouvoir soumissionner les travaux et fournitures faisant l'objet des adjudications de l'État, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. iii, 1886 à 1888, pp. 433-434.

⁴⁶¹ Le 15 mars 1907, dans la lignée des trois circulaires, est mis en circulation une instruction sur l'organisation et le fonctionnement de la Commission des cahiers des charges et marchés du département de la Guerre.

⁴⁶² Loi du 28 septembre 1915 portant : 1^o ouverture sur l'exercice 1915 des crédits provisoires applicables au quatrième trimestre 1915 ; 2^o autorisation de percevoir pendant la même période les impôts et revenus publics, *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. xxiv, 1915-1916, pp. 352-353.

⁴⁶³ Cette Loi du 28 septembre 1915 pose en son art. 9 : « La délivrance exceptionnelle aux fournisseurs de l'administration de la guerre des avances qui peuvent être nécessaires à la création et au développement de l'outillage indispensable à l'exécution des commandes faites à l'industrie nationale est subordonnée à l'introduction dans le contrat de clauses spécifiant, en faveur de l'État, un intérêt annuel, et disposant que l'exécution des obligations ainsi contractées par les industriels sera garantie par une inscription hypothécaire et, s'il y a lieu, par un nantissement (...) », *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), p. 352.

développement du cadre juridique concernant les marchés de travaux publics. La reconstruction qui suit cette guerre pousse l'État à s'engager dans de nouveaux rôles, allant bien au-delà de ses compétences régaliennes historiques. Et ses nouvelles compétences se doivent d'être encadrées juridiquement. Dans les faits, cela se traduit par une augmentation des besoins de l'État, en biens mobiliers, comme en biens immobiliers comme on l'a vu précédemment⁴⁶⁴. Les textes, ayant rapport avec l'approvisionnement en biens mobiliers des services touchant à la Défense nationale, à savoir tous les services de l'État dans un contexte de guerre totale comme la Première Guerre mondiale, participent à l'élaboration du cadre juridique réglemant les marchés de fournitures. Ce cadre juridique, qui déjà était relativement obscur et désordonné, gagne encore davantage en incohérence. La période de l'Entre-deux-guerres sera dans la lignée de cette inflation de moins en moins cohérente de textes. Paradoxalement, c'est la Seconde Guerre mondiale qui commencera à amorcer un processus de clarification, avec la promulgation d'un décret qui remaniera les marchés de l'État dans le sens d'une modernisation attendue. À ce stade, une définition matérielle des marchés de fournitures de l'État reste encore à trouver dans les textes législatifs et réglementaires.

4) Le décret du 6 avril 1942 : amorce d'une modernisation d'envergure

258. Cette étude permet d'identifier les phases importantes de l'histoire des marchés de l'État, dont les marchés de fournitures représentent un pilier, dans l'émergence conceptuelle des marchés publics. Un avant et un après décret du 6 avril 1942⁴⁶⁵ s'imposent. Ce décret de 1942⁴⁶⁶ modifie et remplace le décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État. Ce décret élargit le nombre des modes de passation des marchés de l'État, qui s'est résumé pendant des décennies, pour ne pas dire depuis toujours, à des marchés par adjudication ou des marchés de gré à gré. Il introduit une modernité inédite dans la passation des marchés de l'État, avec notamment l'apport du procédé de l'appel d'offres qui est appelé à remplacer, dans un avenir proche, le principe d'adjudication. Ce décret ne précise pas, dans ses dispositions, les définitions des notions de marché, de travaux publics ou de fournitures. Il

⁴⁶⁴ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 1.

⁴⁶⁵ Décret n° 1082 du 6 avril 1942, *op. cit.*, relatif aux marchés passés au nom de l'État ; *J. O.*, 11 avril 1942, p. 1370.

⁴⁶⁶ À côté de ce décret, il est pertinent de mentionner, le cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures des départements de la Guerre, de la Marine et de l'Air, cahier du 21 novembre 1932, qui a été précisé par des arrêtés, notes et instructions ministérielles postérieurs. Ce cahier peut servir de modèle aux autres cahiers et contient toutes les dispositions qui se retrouvent généralement dans les autres cahiers.

se borne exclusivement à des dispositions concernant le régime de passation des différents types de marchés de l'État dans la stricte lignée des textes précédents. Toutefois, dans son article 1⁴⁶⁷, il apporte un élément de clarification important. Il précise quels sont les différents types de marchés de l'État entrant dans son champ d'application, à savoir, « Les marchés de travaux⁴⁶⁸, fournitures, transports⁴⁶⁹ au compte de l'État (...) ». Le régime de passation est donc le point de convergence de ces différents contrats administratifs qui resteront autonomes jusque dans la phase de gestation conceptuelle des marchés publics, prélude à l'adoption du CMP de 1964⁴⁷⁰. L'objet des marchés est un point de divergence participant à leur autonomie. Ce décret du 6 avril 1942 est le prélude de la modernisation d'envergure que vont connaître les marchés de l'État, et de ses collectivités locales par la codification de 1964, créant la notion générique de marché public.

5) Vers une définition matérielle des marchés publics de fournitures

259. C'est après la Seconde Guerre mondiale et toutes les conséquences économiques, politiques, sociales et juridiques en dérivant, que le cadre juridique des marchés passés par les pouvoirs publics pour satisfaire leurs besoins, va entrer dans la modernité qu'on lui connaît aujourd'hui. Comme on l'a déjà abordé dans le chapitre précédent concernant les marchés de travaux publics, le cas des marchés de fournitures n'est pas très différent. En effet, le législateur, depuis déjà plus d'un siècle, a lié leurs histoires dans les textes, même s'ils restent des contrats administratifs autonomes jusqu'ici. Un décret du 13 mars 1956⁴⁷¹ relatif aux marchés passés au nom de l'État⁴⁷² est adopté comme « galop d'essai » du premier Code des marchés publics de 1964. Il abroge le décret du 18 novembre 1882 et les titres I, II et IV du décret du 6 avril 1942, en ce qui concerne les marchés passés au nom de l'État ainsi que les textes qui les ont modifiés. Ce décret, comme ses prédécesseurs qu'il abroge, n'apporte pas de définition par le législateur de la notion juridique de marché de fournitures. Il donne simplement une appréhension très sommaire de la notion de marché comme des « *contrats écrits* »⁴⁷³. La théorisation des contrats administratifs par Gaston

⁴⁶⁷ Décret n° 1082 du 6 avril 1942, *op. cit.*, relatif aux marchés passés au nom de l'État ; *J. O.*, 11 avril 1942, p. 1370. Art. 1^{er}.

⁴⁶⁸ Cf. *supra*, Part. I, titre I, Chap. 1.

⁴⁶⁹ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

⁴⁷⁰ Cf. *infra*, Part II, Titre II, chap. 1 & 2.

⁴⁷¹ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'État.

⁴⁷² Son intitulé précis est « Préparation et passation des marchés – Cahiers des charges – Travaux sur mémoires et achats sur factures - Dispositions diverses » ; *J.O.R.F.* du 16 mars 1956, p. 2562.

⁴⁷³ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956, *op. cit.*, relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, Titre I, Chap. 1, art. 3.

JÈZE, une décennie avant ce décret, joue un rôle certainement important concernant les avancées de ce domaine du droit⁴⁷⁴.

260. Le décret du 17 juillet 1964⁴⁷⁵, portant co-définition des textes réglementaires relatifs aux marchés publics de l'État, est à l'origine de la notion juridique de marché public matérialisée par le législateur, de manière claire et précise, par l'instauration du premier Code des marchés publics. Cela marque la fin de l'histoire des marchés de fournitures, en tant que contrat administratif autonome et la naissance des marchés publics de fournitures s'insérant dans les marchés publics, en tant que catégorie la plus importante de contrats administratifs français.

§ 2 : L'apport postrévolutionnaire de la doctrine administrativiste à la définition du marché de fournitures : un rôle d'analyse abstractive entre législation et jurisprudence

261. Durant tout le XIXe et la première partie du XXe siècle, les marchés de fournitures n'ont bénéficié de la part du législateur que d'un cadre juridique très sommaire pour ne pas dire indigent. La doctrine et la jurisprudence ont joué et jouent toujours un rôle très important dans la progression de la matière juridique. Toutefois, ces deux acteurs ont certainement joué un rôle encore plus important dans la progression du droit des contrats administratifs, et au-delà, la naissance du droit des marchés publics.

262. La doctrine administrativiste a joué un rôle de premier plan dans l'apparition, et ensuite dans la lente élaboration du droit administratif d'après 1789⁴⁷⁶. Les marchés de fournitures, en tant que contrats administratifs autonomes, s'insèrent directement dans la matière du droit administratif. Face à l'absence quasi totale de définition des marchés de fournitures par le législateur dans ses textes, durant une période assez longue, la doctrine administrativiste a vu son rôle considérablement augmenter. Ainsi, le rôle de cette doctrine administrativiste s'est vu hypertrophié, pour compenser les carences des textes applicables aux marchés de fournitures, qui ne faisaient qu'énumérer quelques mesures concernant la

⁴⁷⁴ Cf. *infra*, Part. II, Chap. I.

⁴⁷⁵ Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964⁴⁷⁵ portant co-définition des textes réglementaires relatifs aux marchés publics de l'État.

⁴⁷⁶ Cf. *supra*, Part. I, Chap. Introductif.

passation des marchés. Le rôle accru de cette doctrine administrativiste a permis à des avocats au Conseil d'État et autre, de laisser leurs noms dans l'histoire du droit administratif, eu égard à l'importance de leurs contributions.

A) Les marchés de fournitures chez les auteurs de la doctrine administrativiste « généraliste » du XIXe et début du XXe siècle

263. La doctrine administrativiste, du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, a joué un rôle d'importance du fait essentiellement des carences du législateur sur certains points de droit, dont les contrats administratifs font partie. Ajouté à cela, que le droit administratif et tout ce qui s'y insère sont des points de droit relativement nouveau en pleine construction. Ce rôle clé de la doctrine administrativiste de ces époques peut expliquer en partie que des administrativistes du XIXe et du début du XXe siècle ont laissé leurs noms dans l'histoire du droit administratif. Il est intéressant de se pencher sur leur appréhension des marchés de fournitures à divers moments. Les écrits d'administrativistes moins généralistes et plus spécialisés sur les contrats administratifs nous intéresseront aussi dans un deuxième temps.

1) Les marchés de fournitures chez CORMENIN

264. S'il est de grands noms de la doctrine administrativiste, on ne peut oublier le vicomte de CORMENIN et ses « *Questions de droit administratif* »⁴⁷⁷, déjà abordées dans le chapitre précédent sur les marchés de travaux publics. Pour ce qui est de la question des marchés de fournitures chez CORMENIN, le premier élément intéressant se situe au niveau du plan de son ouvrage. En effet, dans une édition de 1837 de son ouvrage des « *Questions de droit administratif* », CORMENIN développe le chapitre concernant « les marchés de fournitures » entre les chapitres sur « les manufactures insalubres » et celui sur les « mines »⁴⁷⁸. Comme on l'a déjà souligné dans le chapitre précédent, cela est révélateur du niveau d'élaboration du droit administratif en ce temps, sans parler des contrats administratifs. L'expression même de « contrats administratifs » est relativement anachronique à cette époque, car Gaston JÈZE ne la théoriserait que dans les années 1930, réflexion qui sera longuement étudiée dans le Chap. 2 du titre I de la partie II de cette

⁴⁷⁷ LAHAYE (de), L. M., Vicomte de CORMENIN, *Questions de droit administratif*, op. cit.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. CCXIV (214).

étude. Une autre constatation intéressante sur le plan de l'ouvrage est le fait que le chapitre concernant « les marchés de fournitures » et celui concernant les « travaux publics » soient éloignés par cinq chapitres dans le plan⁴⁷⁹. C'est dire que CORMENIN ne fait aucun rapprochement entre deux objets juridiques de droit administratif, étant tous deux des contrats destinés à satisfaire les besoins de l'État. Le fait de développer les marchés de fournitures, comme ceux de travaux publics, dans son ouvrage « *Questions de droit administratif* », CORMENIN confirme le caractère administratif de ces contrats que le législateur a posé dès le lendemain de la Révolution de 1789. L'absence de lien explicite entre marchés de fournitures et de travaux publics, dans l'analyse doctrinale de CORMENIN, souligne le caractère autonome de ces deux contrats à ce niveau de maturation du droit administratif et des contrats publics.

265. La vision des marchés de fournitures chez CORMENIN est du même ordre que sa vision des marchés de travaux publics, c'est-à-dire assez sommaire dans la lignée des textes du législateur. Il détaille essentiellement les compétences contentieuses, en s'appuyant sur la jurisprudence en vigueur. CORMENIN écrit que « le principe général, dans cette matière, c'est que l'autorité administrative doit seule statuer sur les contestations qui peuvent s'élever entre le Trésor public et les fournisseurs ou leurs cautions »⁴⁸⁰. Pour lui, le principe régissant les marchés de fournitures à cette époque se résume à l'affirmation de la compétence contentieuse de l'Administration dans les contrats où elle est partie. Il n'y a donc aucune velléité de définition des marchés de fournitures à ce stade de l'élaboration du droit administratif, sur un point aussi spécialisé que les contrats publics, la volonté se trouvant prioritairement ailleurs dans le contexte d'un droit administratif en quête de reconnaissance⁴⁸¹.

266. Au final, le plan de l'ouvrage de CORMENIN, nous en apprend plus sur le caractère des contrats publics des années 1830, que ses développements qui ne sont guère plus qu'un récapitulatif des compétences contentieuses, jurisprudence à l'appui. Cela témoigne d'un certain stade d'élaboration du droit administratif dans les écrits de la

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. CCXIV (214).

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. CXCVI (196).

⁴⁸¹ Cf. *supra*, chap. introductif.

doctrine administrativiste balbutiante, de la première moitié du XIXe siècle, qui ne définit pas matériellement ce type de marché.

2) Les marchés de fournitures chez Denis SERRIGNY

267. SERRIGNY s'inscrit dans la suite de CORMENIN, dans son ouvrage «*Questions et traités de droit administratif*»⁴⁸². Comme chez CORMENIN, les marchés de fournitures sont bien distingués des travaux publics dans l'organisation de l'ouvrage. Toutefois, SERRIGNY souligne que les marchés de fournitures et de travaux publics « ont beaucoup d'affinité »⁴⁸³, l'un avec l'autre, malgré leur caractère autonome l'un de l'autre. Pour lui, les marchés de fournitures sont ceux de l'État, qu'il distingue bien de ceux à destination des départements et communes. Les fournitures des communes sont des « sortes de marchés »⁴⁸⁴, dont le contentieux rentre dans le champ de l'autorité judiciaire. Son appréhension se base aussi sur le critère de compétence contentieuse, et ne comporte pas de définition doctrinale matérielle d'envergure. Ce qui est intéressant dans l'œuvre de SERRIGNY, ce sont les constatations lucides qu'il fait sur la matière du droit administratif, et sur les marchés de fournitures. En effet, il pointe du doigt explicitement, dans ses écrits, ce qu'il qualifie de « lacune véritable dans notre législation »⁴⁸⁵ en parlant des marchés de fournitures, et plus précisément leur contentieux. Il va plus loin, en disant qu'on « pourrait aisément créer une règle simple et facile à observer »⁴⁸⁶. Il attaque le législateur explicitement sur ses carences dans la législation applicable aux marchés de fournitures et surtout, dans leur contentieux. Il propose même des hypothèses pour améliorer cette législation contentieuse.

268. Le « franc-écrit » de Serrigny est très bénéfique dans une doctrine administrativiste, de la moitié du XIXe siècle, un peu frileuse et consensuelle avec le législateur. Il pointe parfaitement les problèmes et les carences affectant le cadre juridique des marchés de fournitures, même s'il ne voit la matière qu'au travers du contentieux, comme tous ses contemporains administrativistes.

3) Les marchés de fournitures dans l'appréhension du doyen FOUCART

⁴⁸² SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, op. cit.

⁴⁸³ *Ibid*, p. 531.

⁴⁸⁴ *Ibid*, p. 520.

⁴⁸⁵ *Ibid*, p. 531.

⁴⁸⁶ *Ibid*, p. 531.

269. Le professeur de droit administratif Émile-Victor FOU CART, dans son traité, a une appréhension doctrinale aussi aboutie des marchés de fournitures, que ceux de travaux publics, en tant qu'*élément*⁴⁸⁷ important du droit administratif postrévolutionnaire au XIXe siècle, par rapport à ses contemporains administrativistes.

270. Dans un intitulé de chapitre « Des marchés de fournitures contractés par l'État »⁴⁸⁸, il les définit comme les marchés contractés par l'État ayant « pour objet la fourniture d'objets mobiliers nécessaires aux différents services, ou la confection des grands travaux d'utilité publique »⁴⁸⁹. Cette définition sommaire appelle un commentaire : la distinction entre l'objet des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics, n'est pas marquée dans cette appréhension focartienne⁴⁹⁰ des marchés de fournitures, qui parle à côté « d'objets mobiliers », de « grands travaux d'utilité publique », pouvant prêter à confusion avec l'objet des marchés de travaux publics. Pour ce qui est de l'appréhension par le doyen FOU CART du régime juridique des marchés de fournitures de son époque, il souligne qu'il « n'existe sur cette matière importante aucune loi complète »⁴⁹¹. Ce régime juridique n'est composé que de quelques principes généraux législatifs dont l'application intervient par voie réglementaire, décrets, ordonnances, ou règlements ministériels. Le premier des principes généraux s'appliquant aux marchés de fournitures est le principe selon lequel les marchés doivent être passés avec concurrence et publicité. Ce principe est essentiel au XIXe siècle dans la définition de ce type de marché comme il l'est dans le CMP de 1964 et même toujours aujourd'hui à l'échelle de la commande publique en général. C'est un principe constant dans l'histoire de la commande publique et même avant le XIXe siècle⁴⁹². FOU CART souligne qu'il faut relativiser ce principe, car dans le cas d'une application trop absolue de la concurrence et de la publicité, le marché peut devenir trop « onéreux, même impossible ». C'est en ce sens que l'exception au principe de

⁴⁸⁷ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., A. Marescq E. Dujardin, Libraires-éditeurs, 4^e éd., Paris, 1855, t. 2.

⁴⁸⁸ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 627. FOU CART opère une distinction bien marquée entre les « marchés de fournitures contractés par l'État », par rapport à ceux contractés par les collectivités locales. La différence, en l'occurrence, est le caractère administratif des marchés de fournitures de l'État et le caractère de droit commun des marchés de fournitures des collectivités locales. Cette distinction nette n'est pas nécessaire dans le cas des marchés de travaux publics, car c'est une qualification juridique de contrat administratif globale, s'appliquant au-delà de la personne morale de droit public adjudicatrice. Cf. *infra* Part. I, Titre II, Chap. 2.

⁴⁸⁹ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 627.

⁴⁹⁰ Le professeur TOUZEIL-DIVINA généralise l'emploi de cette terminologie pour qualifier ce qui relève de l'appréhension du doyen Foucart, dans ses travaux universitaires sur la doctrine administrativiste au XIXe siècle, et plus précisément sur le doyen Foucart.

⁴⁹¹ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 627.

⁴⁹² Cf. *supra*, Chap. introductif.

passation des marchés par adjudication, à savoir la possibilité de les traiter de gré à gré dans certains cas précis, est énumérée au cas par cas par l'ordonnance du 4 décembre 1836 et les textes qui lui succéderont⁴⁹³. Dans le reste de son chapitre sur les marchés de fournitures, FOU CART détaille la procédure de passation des marchés de fournitures⁴⁹⁴.

271. À son niveau, FOU CART appréhende, que malgré certains points de convergence évidents, les marchés de fournitures et de travaux publics ne peuvent pas être traités dans un même intitulé, leurs régimes juridique sont autonomes l'un de l'autre. Il a des analyses pertinentes sur les frictions entre théorie et pratique de ce type de contrat administratif conclu à titre onéreux. La définition des marchés de fournitures du doyen FOU CART est pertinente, mais elle n'atteint pas un niveau conceptuel à ce stade, *a contrario* des contrats administratifs.

4) Les marchés de fournitures chez Anselme-Polycarpe BATBIE

272. Anselme BATBIE est considéré à juste titre comme un grand nom de la doctrine administrativiste française de par l'ampleur de son œuvre. Plus de deux décennies après les « *questions de droit administratif* » de CORMENIN, BATBIE, dans son œuvre de doctrine administrativiste « *Introduction générale au droit public et administratif* »⁴⁹⁵, a une vision des contrats administratifs dans la lignée de CORMENIN ou de SERRIGNY, mais qui, toutefois, diverge sur certains aspects. Le point de divergence essentiel entre eux relatifs aux contrats publics concerne leur articulation. Ainsi, là où CORMENIN traite les marchés de fournitures et les travaux publics comme deux questions de droit administratif indépendantes, BATBIE les étudie dans le même intitulé : « Travaux publics et marchés de fournitures »⁴⁹⁶. Cela sous-tend des liens importants entre les deux objets juridiques dans la pensée de BATBIE, en rupture sur ce point avec son prédécesseur, CORMENIN.

273. Leur point de convergence est que BATBIE n'apporte pas de définition claire des marchés de fournitures et se base sur le critère du contentieux de ces marchés pour les appréhender, dans la lignée de CORMENIN. Ainsi, il situe les marchés de fournitures par

⁴⁹³ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 628.

⁴⁹⁴ Voir FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., pp. 628 à 646.

⁴⁹⁵ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, op. cit., Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 7 volumes, Paris, 1861.

⁴⁹⁶ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, op. cit., t. 1, 1861, p. 360.

rapport aux travaux publics, en se basant uniquement sur le critère des différences de compétences contentieuses entre les deux contrats publics. Ces différences notables de compétences contentieuses entre ces deux contrats publics démontrent, qu'à ce stade d'élaboration des contrats publics en 1861, travaux publics conclus à titre onéreux et marchés de fournitures sont deux contrats publics autonomes, à savoir que leur régime juridique est différent, même s'ils convergent sur certains points, comme les procédés de choix des cocontractants⁴⁹⁷.

274. La progression de l'appréhension des marchés de fournitures dans la doctrine administrativiste est concrète entre CORMENIN et BATBIE, même si elle se limite à l'organisation du propos, plus qu'à la substance elle-même. Une réelle définition doctrinale fait encore défaut à ce stade de la recherche. L'appréhension des marchés de fournitures par BATBIE illustre parfaitement « l'absence de synthèse et de théorie générale » que DUVERGER⁴⁹⁸ souligne dans la compréhension du droit administratif de BATBIE.

4) Léon AUCOC et son appréhension des marchés de fournitures

275. Léon AUCOC apporte une lumière doctrinale différente sur les marchés de fournitures. Il aborde les marchés de fournitures dans le tome 1, de ses célèbres « *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées* »⁴⁹⁹. Il faut replacer les écrits doctrinaux d'AUCOC dans le contexte de l'École des Ponts et Chaussées qui joue un rôle clé dans le développement des contrats administratifs, surtout dans le cas des travaux publics⁵⁰⁰. AUCOC précise que « l'administration fait un acte de gestion du même ordre, (il fait référence aux travaux publics passés par les Ponts et Chaussées qu'il place sur la même ligne), en passant des marchés avec des fournisseurs pour l'acquisition des objets destinés à être consommés ou transformés dans les divers services publics »⁵⁰¹. AUCOC ne donne pas plus de véritable définition doctrinale matérielle des marchés de fournitures que ses prédécesseurs, mais il justifie les marchés de fournitures pour le fonctionnement des services publics. Il ne faut pas perdre de vue que les écrits de ces auteurs plus ou moins notoires, s'inscrivent dans les

⁴⁹⁷ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2.

⁴⁹⁸ DUVERGER Maurice, « Gaston Jèze, juriste financier », in *Hommage à Jèze, Revue de science et de législation financière*, n° 1, LGDJ, 1954, p. 20.

⁴⁹⁹ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées*, 3 vol., Dunod, 1870.

⁵⁰⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1.

⁵⁰¹ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées*, *op. cit.* t. 1, p. 35.

écrits d'une doctrine administrativiste généraliste qui tente d'élaborer une matière très récente et en quête de légitimité.

5) La conceptualisation des marchés de fournitures par Édouard LAFERRIÈRE

276. Édouard LAFERRIÈRE, dans son traité de contentieux administratif, développe son appréhension des marchés de fournitures juste après celle relative aux marchés de travaux publics précédemment abordés. Le rapprochement est significatif de l'organisation de la matière des contrats administratifs à ce stade.

277. Dans son appréhension doctrinale, LAFERRIÈRE développe une définition générale de ce que l'on qualifie juridiquement de marchés de fournitures depuis la période révolutionnaire. Dans un sous-intitulé « notions générales sur les marchés de fournitures », il écrit que ces marchés sont appréhendés comme « les contrats qui ont pour but de procurer à l'État, en vue d'un service public, des matières, denrées, transports ou main d'œuvre »⁵⁰². La définition légale des marchés de fournitures repose, comme le remarque LAFERRIÈRE, sur « une acception large, qui dépasse le sens littéral du mot fourniture ». Il fait cette même remarque que tout juriste peut faire en lisant les textes sur les marchés de fournitures, tant cela est explicite. Le texte de référence en matière de marchés de fournitures, à savoir le décret du 11 juin 1806 (art. 14), s'inscrit complètement dans cette acception, en fixant la compétence contentieuse administrative en la matière. Toutefois l'acception large du terme « fourniture » ne doit pas conduire à qualifier des contrats de marchés de fournitures sur la seule base qu'ils sont passés par l'État dans le but de subvenir aux besoins du service public. À titre d'exemple, n'entrent pas dans la qualification juridique de marchés de fournitures : les achats au comptant, les commandes verbales faites à un marchand, les travaux exécutés pour l'État par les compagnies de chemins de fer dans les mêmes conditions que pour les particuliers⁵⁰³, ou encore les acquisitions par voie de réquisition⁵⁰⁴ etc. LAFERRIÈRE donne une définition plus matérielle et précise des marchés de fournitures en se basant sur le sens du décret du 11 juin 1806. Ainsi, pour qu'un contrat passé par l'Administration (critère organique) soit

⁵⁰² LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 138.

⁵⁰³ CE, 6 juillet 1883, *Ministre du commerce* ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 138.

⁵⁰⁴ LAFERRIÈRE sur la question des réquisitions précise que la jurisprudence les avait assimilées à des marchés dans un premier temps du fait de l'absence de texte précis. À l'époque où il écrit son traité, ce n'est plus le cas, car une loi du 3 juillet 1877 soumet les réquisitions à des règles spéciales et à la compétence judiciaire.

qualifiable juridiquement de marchés de fournitures sur la base de ce décret « il faut qu'il intervienne entre l'administration et le fournisseur des conventions réglées par un cahier des charges, ou tout au moins par un contrat spécial, résultant d'une adjudication ou d'un marché de gré à gré, et distinct de la clause générale de la concession qui règle les rapports du concessionnaire avec le public »⁵⁰⁵.

278. Sur la compétence administrative intervenant en matière de marchés de fournitures, LAFERRIÈRE explicite qu'elle n'est pas aussi générale que dans le cas des marchés de travaux publics. Cette « compétence administrative »⁵⁰⁶ ne s'applique qu'aux marchés de fournitures de l'État et des colonies, tandis que ceux des collectivités locales, départements et communes sont de la compétence de droit commun⁵⁰⁷. À l'époque de l'écriture de son traité, LAFERRIÈRE précise que les marchés de fournitures locaux peuvent entrer dans la compétence administrative, dans l'hypothèse où un département ou une commune soient chargés « dans des circonstances exceptionnelles, de pourvoir à des services de l'État »⁵⁰⁸. Dans ce cas, les marchés de fournitures locaux seraient qualifiés de contrats administratifs, non pas en tant que tels, mais par assimilation à ceux de l'État qui sont administratifs par détermination du décret du 11 juin 1806. À titre d'exemple, LAFERRIÈRE met en avant le cas d'espèce des marchés passés en vue de la défense nationale. Un décret du 22 octobre 1870 charge les collectivités locales de pourvoir à l'équipement des gardes nationaux, service qui en vertu de la loi du 11 septembre 1871 a été repris par l'État. À la suite, un consensus entre le Conseil d'État et l'autorité judiciaire permet de reconnaître le caractère administratif à ces marchés passés en vue de la défense nationale, en vertu d'un décret de 1870⁵⁰⁹. Concernant cette superposition de compétences, LAFERRIÈRE permet de déduire implicitement qu'à la fin du XIXe siècle, les marchés de fournitures des collectivités locales sont qualifiables de contrats de l'Administration de droit commun, en vertu de ce que l'on pourrait appeler un « principe praticien ». Cette divergence de compétences représente la clé de voûte de l'autonomie des marchés de fournitures par rapport aux marchés de travaux publics, ces deux qualifications juridiques ne recouvrant pas des réalités juridiques praticiennes aussi larges. LAFERRIÈRE ne le met pas en avant

⁵⁰⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 139.

⁵⁰⁶ LAFERRIÈRE entend essentiellement par « compétence administrative », compétence contentieuse administrative. Alors que dans notre acception contemporaine, compétence administrative serait plus générale et ne se limiterait pas à l'aspect contentieux.

⁵⁰⁷ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2.

⁵⁰⁸ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 139.

⁵⁰⁹ CE, 21 octobre 1871, *Delhopital*, Rec. Lebon, pp. 209-210 ; C. Cass., 12 janvier 1872 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 140.

explicitement ici, mais son développement bien distinct des marchés de travaux publics, puis ensuite des marchés de fournitures va en ce sens.

279. LAFERRIÈRE explique cette compétence administrative recentrée sur les marchés de fournitures passés par l'État, « par les responsabilités qui incombent à l'administration, et par l'indépendance qu'elle doit conserver à l'égard des tribunaux judiciaires ». Il ne faut pas perdre de vue le contexte politique de l'époque de LAFERRIÈRE, d'où découle le fait qu'une grande part des marchés de fournitures sont ceux des départements de la Guerre et de la Marine. Ces marchés ne doivent comporter aucun ajournement ou défaillance, car ils sont simultanément des contrats administratifs conclus à titre onéreux et de « véritables opérations administratives étroitement liées à la marche des services ». Il découle de ces impératifs conditionnés par la proportion conséquente de marchés de fournitures touchant à la défense nationale que les garanties et les mesures coercitives doivent être plus complètes dans le cas d'une passation de marchés de fournitures que de marchés de travaux publics, c'est-à-dire qu'à côté de la classique résiliation et exécution aux frais et risques de l'entrepreneur de travaux publics, le fournisseur peut s'exposer en cas de défaillance à des clauses pénales, des amendes, des retenues pour retard, à l'obligation de fournir une caution pouvant assurer le service personnellement. Toutes ces sanctions sont prévues de manière courante dans les cahiers des charges des principaux marchés de fournitures de l'État. Les articles 430 à 434 du Code pénal vont jusqu'à qualifier de délits, et même de crimes, les négligences ou fraudes des fournisseurs des armées de Terre et de la Marine qui compromettraient ainsi le bon fonctionnement de la défense nationale par leurs défaillances⁵¹⁰. LAFERRIÈRE constate à quel point ces clauses éloignent les marchés de fournitures des contrats de droit commun.

280. Sur le contentieux de ce type de contrat administratif, la juridiction administrative doit, selon LAFERRIÈRE, dans le contentieux ciblé des marchés de fournitures de l'État plus que dans celui des marchés de travaux publics de l'État, « se renfermer dans le jugement d'un contentieux purement pécuniaire, et s'interdire toute décision pouvant faire échec au pouvoir de l'administration ». Les cas où la juridiction administrative peut prononcer la résiliation du marché de fournitures sont très rares, sachant qu'il y a des

⁵¹⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 140.

cahiers des charges qui ne prévoient aucun cas de résiliation. La résiliation peut intervenir malgré le silence du cahier des charges, dans les cas qualifiés de force majeure, ou si l'État cocontractant manquait gravement à ses engagements contractuels⁵¹¹. LAFERRIÈRE, concernant la résiliation, précise qu'elle est « toujours facultative pour l'État ; elle ne peut pas être annulée par le juge administratif, parce que l'intérêt public exige que l'État puisse toujours renoncer à des marchés », notamment dans les cas de la disparition d'une menace de conflit, les besoins auraient disparu⁵¹². Dans cette capacité de résiliation de l'Administration réside une des plus importantes dérogations aux règles de droit commun en matière de vente, à tel point que, durant une bonne partie du XIXe siècle, le Conseil d'État accordait uniquement une indemnité pour pertes subies au fournisseur, et non pour manque à gagner⁵¹³. Mais à la fin du XIXe siècle, cette rigueur jurisprudentielle s'est atténuée, le Conseil d'État admettant que « la privation de bénéfices est un des éléments de l'indemnité de résiliation⁵¹⁴ ».

281. De manière plus globale, l'exception au droit commun des marchés de fournitures ne repose pas exclusivement sur la question de leur résiliation. LAFERRIÈRE met en avant que pour appréhender au mieux cette articulation difficile entre application de règles de droit commun et application de règles exorbitantes du droit commun en matière de contrat, « on peut s'inspirer d'une distinction, souvent consacrée par la jurisprudence, entre les principes généraux des contrats, tels qu'ils sont formulés par le Code civil au titre des *obligations*, et les règles spéciales de contrats déterminés, tels qu'ils sont formulés dans des titres spéciaux du Code civil ou du Code de commerce »⁵¹⁵. Ainsi, dans le silence du cahier des charges des marchés de fournitures, ces principes généraux de droit commun s'appliquent, car ils « édictent des règles de justice et de raison qui dominent tous les contrats ». En ce sens, la jurisprudence applique souvent aux marchés de fournitures, les dispositions du Code civil relatives à la clause pénale, à la mise en demeure, aux obligations conditionnelles ou à terme, aux conséquences de l'obligation de donner ou de

⁵¹¹ CE, 15 novembre 1872, *Lamblé*, Rec. Lebon, pp. 618-619 ; CE, 27 février 1874, *Kulin* ; CE, 8 mai 1874, *Faist*, Rec. Lebon, pp. 417-418 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 140.

⁵¹² CE, 8 août 1873, *Robert et Ambrosius*, Rec. Lebon, pp. 763 à 765 ; cet arrêt donne explicitement au ministre le choix de continuer le marché ou de s'acquitter d'une indemnité envers le fournisseur. Cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 141.

⁵¹³ CE, 22 janvier 1840, *Méjan* ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 141.

⁵¹⁴ CE, 20 juin 1873, *Lageste*, Rec. Lebon, pp. 565 à 567 ; CE, 7 août 1874, *Hotchkiss et Coolidge*, Rec. Lebon, pp. 824 à 828 ; CE, 12 février 1875, *Sparre et Grizard-Delaroue*, Rec. Lebon, pp. 144-145 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 141.

⁵¹⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 141.

faire, à la force majeure etc. Par contre, LAFERRIÈRE met bien en évidence que les dispositions du Code civil aux titres de la vente ou du louage, ou les dispositions du Code de commerce aux titres des transports, des affrètements, des avaries etc. ne sont pas applicables aux marchés de fournitures. LAFERRIÈRE souligne que ces dispositions « créent des types de contrats civils ou commerciaux, mais non des types de contrat administratif ; aussi ne sont-elles pas applicables de plein droit dans le silence du marché »⁵¹⁶.

282. Concernant l'aboutissement du raisonnement que nous qualifions de conceptuel, Édouard LAFERRIÈRE pose que « les marchés de fournitures et son cahier des charges forment un contrat *sui generis*, réputé complet par lui-même, qui emprunte au droit civil et commercial les dispositions qu'il croit bonnes, néglige les autres, et n'est pas présumé accepter celles qu'il passe sous silence ». À titre d'illustration, la jurisprudence n'admet pas que, dans un marché de fournitures conclu par l'État, une compagnie de transports maritime puisse échapper à ses obligations contractuelles en réalisant un abandon du navire et du fret prévu par l'article 216 du Code de commerce⁵¹⁷, ni pouvoir invoquer les dispositions dudit Code en matière d'avaries⁵¹⁸ dans le silence des cahiers des charges.

283. Pour conclure sur l'appréhension des marchés de fournitures postrévolutionnaires de l'État dans le traité de contentieux du fils de l'administrativiste Firmin LAFERRIÈRE, il faut soulever le fait que s'il y a un avant et un après Édouard LAFERRIÈRE en matière d'approche doctrinale du droit administratif contentieux et autres, la question plus précise des marchés de fournitures, comme des marchés de travaux publics, n'est pas en reste. Il est un héritier de la doctrine administrativiste du XIXe siècle au sens propre (par Firmin LAFERRIÈRE), comme au figuré. La conceptualisation d'éléments importants du droit administratif est sa manière de faire fructifier cet héritage doctrinal, méritant le qualificatif de « juriste à la charnière de deux siècles »⁵¹⁹. Ainsi, la catégorie de contrat administratif *sui generis* que sont les marchés de fournitures, plus que ceux de travaux publics, accède à un niveau de définition matérielle de l'ordre du concept de droit administratif avec l'œuvre

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁵¹⁷ CE, 20 décembre 1872, *Valéry frères et Cie*, Rec. Lebon, pp. 735 à 738 ; CE, 8 mai 1874, *Valéry frères et fils*, Rec. Lebon, pp. 420 à 423 ; CE, 18 novembre 1887, *Compagnie générale transatlantique*, Rec. Lebon, pp. 733 à 735 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 142.

⁵¹⁸ CE, 19 décembre 1868, *Compagnie générale transatlantique*, Rec. Lebon, pp. 1059 à 1064 ; cité in LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 142.

⁵¹⁹ GONOD Pascale, *Édouard Laferrière un juriste au service de la république*, LGDJ, 1997, p. 33.

d'Édouard LAFERRIÈRE. Le fait que son *traité du contentieux* reste une référence en droit administratif (HAURIOU, TÊTREAU⁵²⁰ etc.) pour les décennies qui suivent, en est une parfaite confirmation.

6) La consolidation conceptuelle des marchés de fournitures : Maurice HAURIOU

284. Toujours dans le prolongement de la doctrine administrativiste du XIXe siècle, le professeur de droit administratif toulousain Maurice HAURIOU a une définition juridique de ce type de contrat administratif conclu à titre onéreux que Gaston JÈZE estime de « très grande précision »⁵²¹. Dans son *Précis de droit administratif*⁵²², HAURIOU développe une appréhension aboutie des marchés de fournitures, au niveau de la définition conceptuelle de LAFERRIÈRE. D'ailleurs sa première référence⁵²³ en la matière est le tome II de son *Traité de la juridiction administrative* – déjà citée dans cette étude – illustration sans équivoque du niveau de définition atteint par LAFERRIÈRE.

285. En prélude de sa définition juridique, il précise les données de base concernant ce type de contrat administratif à titre onéreux. Ce sont des opérations visant à combler les besoins de l'Administration en denrées et matières nécessaires au fonctionnement des services. Il oppose de manière classique en matière de marchés de fournitures, ceux passés par l'État et les colonies, de ceux passés par les collectivités locales (départements et communes) et par les établissements publics. Les premiers sont ceux qu'il appelle « des opérations de gestion » et par conséquent des contrats administratifs. Tandis que les seconds sont ceux qu'il distingue comme étant des « opérations de personne privée »⁵²⁴. Une fois ces bases posées, HAURIOU définit les marchés de fournitures comme les « contrats qui ont pour but de procurer à l'État, en vue d'un service public, des matières, des denrées, des transports ou une main-d'œuvre ; par conséquent des contrats qui s'analysent en une vente, ou bien qui, lorsqu'ils s'analysent en un louage d'ouvrage, n'ont pas pour objet la création d'un immeuble. C'est là ce qui les distingue des marchés de

⁵²⁰ Voir à titre d'exemple : TÊTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit. Librairie administrative et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1921, p. 67.

⁵²¹ JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux (...) », op. cit., p. 67.

⁵²² HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., 1900.

⁵²³ Voir : HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., p. 736, Nbp n° 1.

⁵²⁴ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., p. 736.

travaux publics »⁵²⁵. HAURIOU précise également que pour qu'il y ait marché de fournitures, « il faut qu'il y ait contrat spécial avec cahier des charges ». Ainsi, il souligne à titre d'illustration que les achats au comptant ne peuvent pas être qualifiés juridiquement de marchés de fournitures.

286. HAURIOU, en digne fondateur de ce qu'on appelle en doctrine administrativiste « l'École de la puissance publique »⁵²⁶, rattache ensuite la qualification de marché de fournitures en tant que contrat administratif passé par l'État (et les colonies), à un caractère de puissance publique, c'est-à-dire que « les marchés de fournitures au profit de l'État ont un caractère décidé d'opération de puissance publique, surtout les marchés passés pour la guerre et la marine ; cela se traduit par des droits exorbitants au profit de l'administration et par la compétence d'un tribunal administratif, le Conseil d'État ». HAURIOU met en avant qu'en matière de contentieux des marchés de fournitures de l'État, le Conseil d'État est, en principe, enfermé dans « un contentieux purement pécuniaire », c'est-à-dire qu'il ne doit pas, en principe, prononcer d'annulation de décisions prises par l'Administration (la fameuse *autorité de la chose décidée* d'HAURIOU), ni même de résiliation au profit du fournisseur. Le Conseil d'État ne doit pas gêner l'action de l'Administration active, qui pour des raisons d'ordre public, car certains marchés doivent être exécutés rapidement (Guerre et Marine), ou encore rompus rapidement⁵²⁷. La simple indemnisation « planchée » du fournisseur évincé s'inscrit en ce sens. HAURIOU conclut cette analyse en synthétisant que « le marché de fournitures est un contrat spécial qui a ses règles à lui, qu'il doit s'inspirer des règles générales des contrats, mais qu'il ne faut point lui étendre par analogie les règles des contrats spéciaux du Code civil ou du Code de commerce qui présenteraient avec lui quelques parenté »⁵²⁸.

287. Pour conclure quant à cette appréhension doctrinale des marchés de fournitures par HAURIOU, différentes remarques sont à faire. Tout d'abord, cette définition s'inscrit dans la lignée de celle de LAFERRIÈRE, dans le sens où son niveau de précision est d'un niveau conceptuel. Ensuite, la progression de la doctrine administrativiste sur des questions ciblées de droit administratif est toujours croissante depuis le début du XIXe siècle, et

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 736.

⁵²⁶ TRUCHET Didier, *Droit administratif*, PUF, 2010, p. 39.

⁵²⁷ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 736.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 737.

s'accélère à partir des conceptualisations effectuées par LAFERRIÈRE. Enfin, il souligne qu'HAURIOU, même s'il s'inscrit dans la lignée de LAFERRIÈRE, s'est forgé une analyse propre au travers du rattachement des marchés de fournitures de l'État à ce qu'il qualifie de caractère de puissance publique. Dans son approche du droit administratif, elle représente la clé de voûte, articulation de tous les éléments du droit administratif entre eux. Cette approche des marchés de fournitures reposant sur un caractère de puissance publique, qu'HAURIOU qualifie de contrats administratifs, ou de contrats spéciaux avec des règles propres, d'opération de puissance publique... toutes ces appellations synonymes tendent à relier ce type de marché à un acte de puissance publique. Faire ce lien aussi clair rappelle le vieux débat de la nature contractuelle des marchés. La terminologie du publiciste allemand Otto MAYER, contemporain d'HAURIOU, « acte administratif par soumission » aurait été des plus miscibles dans cette appréhension doctrinale des marchés basée sur le caractère de puissance publique.

B) Les marchés de fournitures dans la doctrine administrativiste plus spécialisée sur les contrats administratifs

288. Après avoir abordé l'appréhension des marchés de fournitures dans les ouvrages de la doctrine administrativiste généraliste, il s'agit d'aborder la doctrine concernant plus particulièrement les contrats publics. Les auteurs sont peut-être moins connus que CORMENIN, BATBIE, AUCOC et SERRIGNY, mais leurs apports en matière de contrats publics n'en sont pas moindres.

1) Les marchés de fournitures dans le traité d'Arsène PÉRIER

289. Louis TÉTREAU écrit, dans la préface de son ouvrage, « *Des marchés de fournitures* », ⁵²⁹ que nous étudierons ultérieurement, toute l'estime qu'il a pour le travail de son « savant prédécesseur » ⁵³⁰. Arsène PÉRIER est un auteur de référence dans le domaine des marchés de fournitures, dans les années 1870, qui a été repris par nombre d'auteurs de la doctrine administrativiste par la suite, à l'image de Louis TÉTREAU.

⁵²⁹ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*

⁵³⁰ *Ibid*, Préface, p. 5.

290. Ainsi, PÉRIER appréhende les marchés de fournitures de manière claire et précise, même si sa définition doctrinale est encore loin de celle de l'époque moderne. Il les définit comme « Les traités passés par l'État, les départements, les communes et les établissements publics, dans le but de se procurer les objets de consommation nécessaire aux services publics dont ils ont la direction, constituent des marchés de fournitures »⁵³¹. Il est intéressant de retrouver, dans sa définition, le rattachement des marchés de fournitures à la notion centrale de droit public, à savoir celle de « service public ». Sur ce point particulier, Périer se trouve dans la lignée d'Aucoc qui plaçait le service public au centre de son appréhension des marchés de fournitures. D'un point de vue matériel, il pose que les marchés de fournitures portent sur l'approvisionnement en « objets de consommation nécessaires aux services publics dont ils ont la direction ».⁵³² Le mot « objet » semble être employé ici dans le sens d'un bien mobilier. Concernant le champ d'application, il pose, dans sa définition, que sont des marchés de fournitures, les marchés aussi bien de l'État, que ceux des collectivités locales, et des établissements publics, ce qui antérieurement a fait l'objet de débats, du fait que les premiers textes du législateur ne portaient que sur les marchés de l'État. Enfin d'un point de vue de la forme juridique, PÉRIER appréhende les marchés de fournitures comme des « traités »⁵³³, et non comme des contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux. Cela peut s'expliquer par le fait qu'en 1876, date à laquelle PÉRIER écrit son traité, la théorisation des contrats administratifs est encore loin. Le terme « traité » est une appréhension de la nature juridique des marchés de fournitures très imprécise et large, ce terme pouvant recouvrir des réalités très diverses.

2) Les marchés de fournitures chez Eugène PERRIQUET

291. Eugène PERRIQUET a consacré ses recherches et ses écrits aux contrats publics, dans son « *traité théorique et pratique des travaux publics* »,⁵³⁴ précédemment cité dans le chapitre I concernant les travaux publics. Mais il a aussi écrit un ouvrage sur « *les contrats de l'État* »⁵³⁵ en général qui nous intéresse, car il y traite des marchés de fournitures. PERRIQUET appréhende les marchés de fournitures en 1884, comme « l'achat des objets mobiliers destinés aux services de l'État constitue la partie la plus importante des marchés

⁵³¹ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, E. Plon et Cie, Paris, 1876, p. 1.

⁵³² *Ibid.*, p. 1.

⁵³³ *Ibid.*, p. 1.

⁵³⁴ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit.

⁵³⁵ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État, traité comprenant notamment les règles en matière de ventes domaniales, ventes des coupes de bois de l'État, fournitures et marchés, concessions de mines*, op. cit.

appelés souvent marchés de fournitures, et plus justement marchés administratifs. Ces marchés comprennent, non seulement l'achat des objets de consommation et autres nécessaires aux services de l'État, mais d'autres contrats, tels que louages d'ouvrage ou de transports, assurances, et jusqu'à des ventes »⁵³⁶. Cette appréhension des marchés de fournitures par PERRIQUET est beaucoup plus construite et claire que celles de ses prédécesseurs, car il donne une véritable définition doctrinale de cet objet juridique. Les raisons sont certainement que l'on est presque à la fin du XIXe siècle, et qu'il y a eu inflation d'ouvrages de doctrine spécialisée sur les contrats de l'État, notamment sur les travaux publics, mais pas seulement. Dans cette définition, on peut constater des éléments témoignant d'une certaine confusion dans les terminologies précises à utiliser. En effet, il pose que les marchés de fournitures ont pour synonyme la notion relativement floue de « marchés administratifs ». Cette notion est employée par la doctrine administrativiste de façon marginale, et n'est que vaguement définie. Il est quand même intéressant de souligner que cette terminologie aurait pu avoir un potentiel fédérateur comme le sera plus tard celle de « marchés publics ». Nous l'avons déjà croisée dans notre développement sur les marchés de travaux publics. L'autre élément intéressant de cette définition de PERRIQUET est le fait qu'il inclut dans les marchés de fournitures, ce qu'il appelle « d'autres contrats, tels que louages d'ouvrage ou de transports, assurances, etc... et jusqu'à des ventes »⁵³⁷. Cela veut dire deux choses. Tout d'abord, la notion de marché de fournitures est prise par PERRIQUET dans un sens très large, voire extensible. Ensuite, les marchés de fournitures ne se limitent pas simplement à un approvisionnement des personnes publiques en biens mobiliers, mais aussi à des prestations de services de nature diverse. Ce deuxième point, qui vient confirmer le premier, témoigne d'une notion de marché de fournitures trop extensible qui en devient difficilement définissable, par rapport à son appellation « fournitures », sous-tendant des biens mobiliers. Ce sera l'objet du chapitre premier du titre II de cette première partie⁵³⁸, où nous détaillerons les raisons d'une notion de marché de fournitures aussi extensible à toutes sortes de contrats publics.

292. Ainsi, PERRIQUET a construit une vraie définition doctrinale, en ne se limitant plus à ce stade, à simplement appréhender les marchés de fournitures sur le critère des

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁵³⁷ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État*, *op. cit.*, p. 128.

⁵³⁸ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

compétences contentieuses comme ses prédécesseurs d'une doctrine administrativiste généraliste plus ancienne.

3) Une définition des marchés de fournitures de spécialiste : Louis TÉTREAU

293. Louis TÉTREAU⁵³⁹ commence son ouvrage, « *Des marchés de fournitures* »⁵⁴⁰, en rendant hommage à Arsène PÉRIER. Il est issu du vivier des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui ont donné beaucoup des grands noms à la doctrine administrativiste du XIXe siècle. On peut jusqu'ici parfaitement bien appréhender la progression de la notion de marché de fournitures, chez les divers auteurs de la doctrine administrativiste, qui, sous la plume de TÉTREAU, presque quarante ans après PERRIQUET, complète et clarifie sa définition.

294. Dans son ouvrage, TÉTREAU définit, dans son avant-propos de manière très détaillée, ce qu'il entend par marché de fournitures. Pour lui, la terminologie de marché de fournitures désigne « des contrats qui ont pour objet de procurer à l'État, aux départements, communes ou établissements publics, les matières ou denrées, les transports ou la main d'œuvre nécessaires aux services dont ils ont la direction. Les premiers constituent des marchés de livraisons, se rapprochant de la vente et régie, sinon par les articles du code civil, du moins par les principes applicables à ce contrat. Les marchés de transports se définissent par leur objet. Quant aux marchés de fournitures de main-d'œuvre, ils ont généralement pour objet la confection, la transformation ou l'entretien de certaines matières ou denrées, soit appartenant à l'administration, soit livrées par le fournisseur. Ils peuvent donc, par certains côtés, constituer aussi des marchés de livraisons »⁵⁴¹. En premier lieu, TÉTREAU définit les marchés de fournitures comme des contrats, ce qui n'était pas forcément le cas chez certains de ses prédécesseurs au siècle précédent. En deuxième lieu, il s'inscrit dans la lignée de la définition d'Eugène PERRIQUET quant à une vision extensible des marchés de fournitures. En effet, cette vision semble assez générale dans la doctrine de la fin du XIXe et début du XXe siècle, mais TÉTREAU est beaucoup plus clair et explicite dans sa vision extensible de ce type de marché. Il fait donc entrer dans le champ de la terminologie juridique marché de fournitures, « les matières ou

⁵³⁹ D'un point de vue biographique, Louis TÉTREAU est docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation au début du XXe siècle à Paris.

⁵⁴⁰ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 7.

denrées », c'est-à-dire des biens mobiliers périssables ou non, ce qui paraît en accord avec le terme fournitures. Mais là où le caractère extensible se révèle, c'est qu'il y inclut les transports et la main d'œuvre. TÉTREAU crée dans sa définition extensive des types de « marchés associés », chacun a un objet précis, qui s'insère dans les marchés de fournitures. Les marchés de fournitures, en tant que contrats administratifs autonomes, englobent les marchés de livraisons, les marchés de transports, et les marchés de fournitures de main d'œuvre, d'après la doctrine administrativiste spécialisée dans les contrats administratifs, de la fin du XIXe et début du XXe siècle. L'expression « marché de fournitures » masquerait une notion générique englobant différents types de marchés, allant bien au-delà du simple approvisionnement en biens mobiliers. Les besoins en prestations de services seraient englobés dans les marchés de fournitures, par l'entremise des marchés de transports, et de livraisons, qui sont des contrats administratifs dépendant de ceux de fournitures. Ce sera l'objet d'un approfondissement dans le chapitre suivant⁵⁴² relatif à la notion de marché procurant des prestations de services.

295. Pour définir l'objet de son étude, TÉTREAU a énuméré les composantes, puis il situe les marchés de fournitures par rapport à ceux de travaux publics. Il écrit que « les marchés de fournitures se distinguent des marchés de travaux publics en ce que ceux-ci ont pour objet, non des prestations s'appliquant à des objets mobiliers, mais des travaux à exécuter pour le compte de l'État, des départements ou des communes »⁵⁴³. Le critère premier de différenciation est logiquement matériel, c'est-à-dire relatif à la nature même du besoin, biens mobiliers, ou biens immobiliers. Mais TÉTREAU ajoute à ce critère que « la distinction de ces deux catégories de marchés présente de l'importance quant aux règles de l'interprétation et quant à la compétence »⁵⁴⁴. C'est le premier critère de définition utilisé par la doctrine administrativiste de la moitié du XIXe siècle, dont CORMENIN, qui est toujours d'actualité dans les années 1920, lorsque TÉTREAU écrit. Les marchés de fournitures et de travaux publics sont encore deux contrats administratifs conclus à titre onéreux, autonomes l'un de l'autre, malgré des points de convergence de plus en plus évidents aux yeux de la doctrine, comme des autres acteurs du droit.

⁵⁴² Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

⁵⁴³ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴⁴ *Ibid*, p. 7.

296. La définition des marchés de fournitures de TÉTREAU n'est pas marginale, elle va dans le sens de la doctrine administrativiste majoritaire du XIXe, comme celle de PERRIQUET, à la fin du XIXe siècle. Avec la définition de TÉTREAU, on peut vraiment appréhender l'envergure qu'a prise la doctrine administrativiste en l'espace d'un demi-siècle, essentiellement pour pallier les carences de clarté et de précision des textes sur certains points, comme les marchés de fournitures, sans jamais perdre de vue, que la doctrine administrativiste s'appuie nécessairement sur la jurisprudence très importante en la matière.

C) La question des marchés mixtes de fournitures et de travaux publics dans la doctrine administrativiste

297. Pour la doctrine administrativiste, les marchés de fournitures ne sont point des marchés de travaux publics. Cela peut passer pour une lapalissade, mais paraît fondamental pour créer des contrats administratifs autonomes bien distincts. Au lendemain de la Révolution de 1789, la pratique des marchés ne fait l'objet d'aucune théorisation, et d'un cadre textuel très sommaire. En l'occurrence, l'affirmation du caractère autonome des marchés de fournitures d'un côté, et des marchés de travaux publics de l'autre, se heurte à des limites, comme la plupart des principes de notre droit. La doctrine s'en fait l'écho au travers du prisme de la jurisprudence qui vient trancher les interrogations soulevées.

298. Le principe veut que les marchés de travaux publics aient pour objet l'exécution d'opérations immobilières et que les marchés de fournitures aient pour objet des prestations mobilières et de services, à savoir qu'ils soient exclusifs de tous travaux⁵⁴⁵. L'exception en question est matérialisée dans ce que la doctrine administrativiste – sous la plume de quelques auteurs de la première moitié du XXe siècle – va appeler les « contrats mixtes de travaux publics et de fournitures ». Jean ROUVIÈRE, dans sa thèse, soutenue en 1930 sur les contrats administratifs, aborde la question des contrats mixtes. Il définit cette notion comme « des contrats dont les clauses, envisagées isolément, entraîneraient normalement des compétences différentes »⁵⁴⁶. ROUVIÈRE donne un exemple pour illustrer sa définition, « une convention comprenant à la fois, un bail, la livraison de

⁵⁴⁵ CE, 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille*, Recueil Lebon, t. 82, 2^e série, 1912, p. 909 à 913.

⁵⁴⁶ ROUVIÈRE Jean, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1930, p. 58.

fournitures, et l'exécution de travaux publics»⁵⁴⁷, et précise toutes les interrogations qui peuvent être soulevées : problèmes de compétences, de régimes juridiques applicables, etc. Pour Pascal ARRIGHI travaillant sur les marchés de fournitures, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ces contrats sont considérés comme mixtes entre les deux contrats administratifs conclus à titre onéreux autonomes, dans le sens où ils comprennent des clauses par lesquelles le contractant de l'Administration s'engage, d'une part, à livrer une fourniture quelconque, et d'autre part, à exécuter un travail public. Dans le cas précis de ces contrats administratifs conclus à titre onéreux mixtes, la problématique qui se pose est de savoir si c'est l'élément « fournitures » ou l'élément « travail public » qui l'emportera au final. La limite entre les marchés autonomes de travaux publics et de fournitures n'est pas dans certains cas d'espèce facile à déterminer. *A contrario*, il est évident que la plupart des cas ne posent pas de problèmes de délimitation, ce cas de marchés mixtes n'étant abordé, qu'au second plan, afin d'explorer toutes les facettes des marchés de fournitures et de ceux de travaux publics. En effet, si le travail public constitue l'essentiel, et que les seules fournitures sont celles nécessaires à l'exécution du travail, il va de soi qu'il s'agira de marchés de travaux publics sans équivoque, et donc que la compétence contentieuse échoit au Conseil de préfecture. Il arrive dans beaucoup de marchés de travaux publics, que les entrepreneurs apportent leurs matériaux. Ces fournitures, dans le cadre de la réalisation des travaux publics, ne changent évidemment pas la nature du marché qui reste un marché de travaux publics⁵⁴⁸.

299. Dans le cas de ces marchés mixtes, (marchés de fournitures, marchés de travaux publics), il ne faut pas se contenter de rechercher quelle est la prestation la plus importante. La jurisprudence, dans ce cas précis, joue un rôle de premier plan, que nous étudierons dans l'intitulé qui suit⁵⁴⁹. Concernant cette question, Pascal ARRIGHI a une approche doctrinale des plus claires. De surcroît, chaque fois que la prestation est immobilière, c'est-à-dire portant sur des opérations diverses à effectuer sur des immeubles, alors, on est en dehors de la notion de marchés de fournitures, sans équivoque aucune⁵⁵⁰. A côté de cette solution, ROUVIÈRE, de son côté, dans sa thèse précédemment évoquée, précise que ces « contrats mixtes » forment un tout indivisible, malgré les différentes clauses sous-tendant

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁴⁸ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁴⁹ Cf. *infra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, § suiv.

⁵⁵⁰ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, pp. 88-89.

des compétences distinctes. Il soutient que, dans la pratique, ces contrats sont généralement des marchés de travaux publics associés à des marchés de fournitures et à des baux. L'élément « travail public » l'emporte, et la compétence contentieuse est celle des Conseils de préfecture. Toutefois, s'il s'agit d'un contrat mixte, où n'existe aucun élément de travail public, il souligne bien qu'il faut conclure « normalement à la compétence du tribunal administratif de droit commun »⁵⁵¹, car « l'élément administratif l'emporte, dans tous les cas, sur les éléments judiciaires »⁵⁵².

300. Pour conclure, les auteurs de la doctrine administrativiste de la première moitié du XXe siècle ne s'appuient que sur la jurisprudence pour appréhender cette notion hybride « marchés de travaux publics - marchés de fournitures », le législateur ne prenant pas en compte ces cas de figure dans les textes relatifs aux marchés, lesdits textes devant rester de portée générale. Cette qualification de marché mixte trouve son fondement dans l'impossibilité de trancher certains cas d'espèce entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures. Une définition claire et précise des marchés de fournitures par le législateur aurait évité certainement nombre d'ambiguïtés et de confusions sur ce point. Certains auteurs de la doctrine administrativiste, dès le XIXe siècle, abondaient déjà en ce sens.

§ 3 : Une construction jurisprudentielle postrévolutionnaire d'une définition matérielle des marchés de fournitures de l'État

301. La doctrine ne peut pallier les défaillances des textes édictés par le législateur. Le droit administratif, dont les contrats administratifs sont une composante essentielle, est bien connu pour être d'origine jurisprudentielle. Michel TROPER donne une définition de la « jurisprudence », comme étant l'ensemble des règles résultant de l'activité des tribunaux⁵⁵³. Son rôle, dans l'élaboration des règles relatives à l'action administrative, est primordial. Les décisions essentiellement du Conseil d'État ont joué un rôle central dans l'élaboration d'une définition matérielle des marchés de fournitures, en tranchant des cas d'espèce très diversifiés.

⁵⁵¹ ROUVIÈRE Jean, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, op. cit., p. 59.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 59.

⁵⁵³ TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003, p. 91.

A) Le rôle majeur de la jurisprudence postrévolutionnaire dans l'appréhension de la pratique juridique des marchés de fournitures

302. La jurisprudence postrévolutionnaire, de par un grand nombre de décisions prises dans les domaines des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, a un rôle bien précis dans l'appréhension d'une pratique juridique de ces contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux.

1) Le rôle de la jurisprudence en matière de marchés de fournitures

303. Les textes du législateur étant très sommaires et de portée généraliste, les juridictions se doivent de trancher les cas d'espèce essentiellement pour décider s'il s'agit de marchés de travaux publics ou de marchés de fournitures. La question est de savoir quelle place chacun des acteurs du droit doit occuper ? Michel TROPER explique que, selon la tradition héritée des Lumières, la jurisprudence ne doit pas être une source de droit, parce que la seule source de droit acceptable serait la loi. En effet, dans un système représentatif, la loi est réputée faite par le peuple lui-même, de telle sorte qu'en se soumettant à la loi, il se soumet à sa propre volonté. De plus, quels que soient l'origine et le contenu de la loi, nul ne peut l'ignorer. Dès lors, tout un chacun se doit de connaître ses droits et ses devoirs. Les tribunaux ne doivent donc jamais produire des règles, mais seulement exprimer des jugements déduits de la loi, par le moyen d'un syllogisme. C'est la raison pour laquelle MONTESQUIEU pouvait écrire que la puissance de juger est « en quelque façon nulle »⁵⁵⁴. Face à cette tradition, on fait valoir que la loi n'est pas, et ne peut pas être complète, qu'elle peut se révéler obscure, que le législateur s'est prononcé dans l'abstrait. C'est seulement au moment de l'appliquer, qu'on peut constater que certains points n'ont pas été envisagés, que les circonstances ont changé ou qu'il faut introduire quelques souplesses pour éviter des injustices. Il est donc nécessaire que les tribunaux produisent des règles pour pallier les insuffisances de la loi⁵⁵⁵. Au-delà de toutes traditions des Lumières, et autres philosophies du droit, les carences d'un acteur du droit créent la nécessité, pour les autres acteurs dudit droit, de les pallier. C'est la nuance entre une approche théorique et une approche réaliste, où la jurisprudence est une source de droit des

⁵⁵⁴ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. XI, Chap. VI.

⁵⁵⁵ TROPER Michel, *La philosophie du droit*, op. cit., pp. 91-92.

marchés de fournitures, comme du droit administratif en général, des plus importantes au XIXe, XXe et XXIe siècle.

304. Le rôle de la jurisprudence est grand pour déterminer des éléments de définition matérielle des marchés de fournitures, dans le sens où, par des décisions sur des cas d'espèce, elle va assimiler telle ou telle opération juridique à la qualification juridique de marché de fournitures. Par exemple, la jurisprudence avait tenté d'assimiler les acquisitions par voie de réquisition à la qualification de marché de fournitures, en l'absence de texte spéciaux explicites. Mais le législateur a coupé court à cette assimilation jurisprudentielle par la loi du 3 juillet 1877 disposant de règles spéciales et fixant la compétence contentieuse judiciaire en matière d'acquisition par voie de réquisition⁵⁵⁶. En vertu de ce texte de loi, l'acquisition par voie de réquisition n'est pas un marché de fournitures par détermination de la loi. Cet exemple démontre bien le rôle de la jurisprudence, et aussi celui du législateur.

305. La jurisprudence, dans le domaine des marchés, apporte un complément indispensable aux textes du législateur pour les rendre applicables. Les compléments de la jurisprudence se substituent aux textes incomplets du législateur. Pour les raisons que l'on a abordées antérieurement dans cette étude, il y a fréquemment des confusions entre les deux types de contrats administratifs autonomes, que sont les marchés de travaux publics et de fournitures, la jurisprudence tranche, à l'image des « contrats mixtes ».

2) La définition des marchés de fournitures par la jurisprudence

306. Dans son étude de jurisprudence sur les marchés de fournitures, Émile DESGRANGES met en lumière très clairement l'apport très important de la jurisprudence dans une définition de ce type de marché autonome. Dans la conclusion de son étude d'envergure en date de 1942, DESGRANGES opère une synthèse de deux définitions du marché de fournitures mises en lumière par la jurisprudence. La première consiste à le définir comme « le contrat écrit par lequel une personne appelée fournisseur s'engage envers l'administration à effectuer une prestation unique ou des prestations multiples d'objets mobiliers ou de services pour un service public, à ses risques et périls, moyennant

⁵⁵⁶ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 8.

une rémunération en argent versée par l'administration, le contrat contenant certaines clauses que l'on ne retrouve pas habituellement dans les contrats de droit privé, lesquelles donnent au contrat un caractère administratif. Cette définition qui tient compte du critère matériel fait du marché administratif⁵⁵⁷ un contrat administratif par nature »⁵⁵⁸. Cette définition jurisprudentielle des marchés de fournitures, synthétisée dans cette étude de jurisprudence, met en avant le caractère administratif des marchés de fournitures, comme le législateur l'a posé dans le décret du 11 juin 1806 (Art. 14). *A contrario*, dans une définition jurisprudentielle « bis », la jurisprudence met en avant les mêmes caractéristiques – contrat écrit, engagement d'un fournisseur auprès de l'Administration à fournir une prestation unique ou multiple d'objets mobiliers ou de services pour un service public, moyennant une rémunération en argent versée par l'Administration – que dans la précédente, à la différence non négligeable que c'est l'Administration qui imprime le caractère administratif aux marchés de fournitures, « en insérant certaines clauses exorbitantes du droit commun »⁵⁵⁹, dans ces contrats. D'après cette définition jurisprudentielle bis, les marchés de fournitures seraient des contrats administratifs par détermination de la volonté de l'Administration.

307. La jurisprudence aboutit dans ces différentes définitions des marchés de fournitures à une opposition dans sa grille d'appréhension concernant le caractère administratif de ce type de contrat. Ainsi, elle voit d'une part, des contrats administratifs par nature dans les marchés de fournitures, et d'autre part, elle affirme souvent qu'ils ont le caractère administratif par la volonté de l'Administration. La contradiction entre ces deux définitions jurisprudentielles réside dans le fait que si le marché de fournitures est administratif par nature, il ne l'est pas par détermination de la volonté de l'Administration.

308. L'appréhension des marchés de fournitures par la jurisprudence connaît donc des contradictions, outre les revirements de position, il s'agit dans ce cas d'un paradoxe dans la position de la jurisprudence sur ce point. Cette contradiction entre deux définitions jurisprudentielles des marchés de fournitures trouve une illustration manifeste dans l'arrêt

⁵⁵⁷ Sur la terminologie de « marché administratif » utilisée ponctuellement par certains auteurs de la doctrine administrativiste comme synonyme proche de la notion de marché de fournitures, à quelques nuances près ; Cf. *supra*, Part. II, Titre II, Chap. 2, Sect. 1.

⁵⁵⁸ DESGRANGES Emile, « Définition du marché de fournitures, Etude de jurisprudence », *op. cit.*, RDP, LGDJ, 1942, p. 45.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 45.

du Conseil d'État du 5 mai 1939, « *Bureau international de l'édition musico-mécanique et sieur Piriou* ». Dans cette décision, le Conseil d'État pose « (...) qu'il résulte de l'instruction que lorsqu'il a conclu ces conventions, le ministre des P. T. T. s'est placé sur le terrain du droit privé ; qu'il a entendu traiter avec ladite société dans les mêmes conditions que les entreprises particulières de radiodiffusion ; que ces contrats ne contiennent aucune clause exorbitante de droit commun ; que dans ces conditions ils ne sauraient être rangés parmi les marchés de fournitures prévus par le décret du 11 juin 1806 et qu'ils n'ont pas plus par eux-mêmes un caractère administratif ; que par suite des difficultés relatives à leur interprétation relèvent de l'autorité judiciaire (...) »⁵⁶⁰.

309. Cette décision du CE met en lumière, en l'espèce, que les contrats de radiodiffusion sont des contrats de droit privé, l'Administration ayant entendu se placer sur le terrain du droit privé. L'existence de deux critères, dans deux jurisprudences distinctes, ou même dans un même arrêt, s'explique par l'existence des deux principes de base. En effet, la coexistence de deux principes du droit administratif apparaît relativement antagoniste. Ainsi, la notion de service public et le principe du libre choix des procédés vont difficilement de pair. De surcroît, si le service public est considéré comme la pierre angulaire du droit administratif, il faudrait en conclure de manière logique, que tout ce qui relève du fonctionnement du service public se trouve dans le giron du droit public. C'est en ce sens que la jurisprudence tranche les questions contentieuses en général. Mais le fait de laisser à l'Administration la prérogative de déterminer par sa volonté la nature des contrats, c'est somme toute lui reconnaître le pouvoir de créer par sa volonté la nature du contrat, c'est-à-dire que le marché de fournitures qui doit, de par la volonté du législateur du décret du 6 juin 1806, être un contrat administratif par détermination de la loi, distinct matériellement des autres contrats administratifs, du fait que l'Administration peut passer des contrats matériellement analogues en se soumettant au droit privé. DESGRANGES met ainsi, en lumière qu'il perd « son caractère de contrats nommés et devient un contrat modèle de nature suivant la volonté de l'administration »⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ CE, 5 mai 1939, *Bureau international de l'édition musico-mécanique et sieur Piriou*, M. Léonard rapp., *Rec. Lebon*, t. 109, 2^e série, 1939, pp. 289-290 ; cité in DESGRANGES Émile, « Définition du marché de fournitures, Étude de jurisprudence », *op. cit.*, p. 45.

⁵⁶¹ DESGRANGES Émile, « Définition du marché de fournitures, Étude de jurisprudence », *op. cit.*, p. 46.

310. Toutefois, les principes de base du droit administratif ne peuvent pas pour autant être remis en cause de quelque manière que ce soit. Nier la notion de service public, c'est nier toute originalité au droit administratif. Dans la même logique, supprimer le libre choix des procédés par l'Administration, ce serait absorber tout acte de l'Administration dans le droit administratif. Cela reviendrait somme toute à obliger l'Administration à user constamment du procédé de service public. Et en définitive, cela conduirait à supprimer la gestion privée, qui est un procédé important de gestion pour l'Administration. Au final, elle se retrouverait, comme la formule de DESGRANGES, « dépouillée de son *impérium* »⁵⁶².

311. Pour conclure la question du rôle de la jurisprudence dans l'élaboration d'une définition des marchés de fournitures, il ne faut pas perdre de vue que la jurisprudence joue un rôle majeur, dès les premières années du Conseil d'État dans sa mouture moderne, dans la mise en place du cadre juridique des contrats administratifs conclus à titre onéreux autonomes, visant un approvisionnement des personnes publiques, en fournitures comme pour ceux de travaux publics. Le régime de passation entre dans la définition des marchés de fournitures.

B) La « qualité » et la « quantité » de la jurisprudence postrévolutionnaire en matière de marché de fournitures

312. La jurisprudence postrévolutionnaire sur les marchés de fournitures autonomes peut être subdivisée en deux catégories : d'un côté, les arrêts de principe qui vont poser un considérant d'importance dans la progression de l'appréhension ou du régime juridique applicable aux contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux de fournitures, d'un autre côté, de nombreuses décisions tranchant des cas d'espèce contentieux, couramment soulevés dans les passations de marchés de fournitures.

1) Les arrêts de principe dans la définition jurisprudentielle du marché de fournitures

⁵⁶² *Ibid.*, p. 46.

313. En l'espèce, la jurisprudence du Conseil d'État apporte son appréhension des marchés de fournitures dans un arrêt de principe à l'échelle de ces marchés. Dans l'arrêt « *Delphy* »⁵⁶³, le Conseil d'État considère qu'est caractérisé « marché de fournitures le marché par lequel un individu vend une horloge et des pompes à une commune » et « s'il a été fait quelques travaux pour le placement ou la réparation de ces objets, cette circonstance ne suffit pas pour changer le caractère de cette fourniture ». Par cet arrêt, le Conseil d'État pose le principe selon lequel pour qu'un marché soit considéré comme un marché de fournitures, il faut que la fourniture soit l'objet dominant du marché. C'est une solution claire, mais qui nécessite de la part de la jurisprudence de jauger de la dominance ou non de l'objet de fourniture dans le marché. Cette appréhension de la jurisprudence du Conseil d'État se trouve confirmée par un autre arrêt, l'année suivante. Ainsi, l'arrêt « *Cavaillé* »⁵⁶⁴ considère, suivant la même ligne jurisprudentielle, « que le traité passé entre la fabrique d'une église et un facteur d'orgue constitue non un marché de travaux publics mais un marché de fournitures ». L'objet « fournitures » dominant des objets « annexes » en l'espèce, décide que le marché sera de fournitures avec le régime de passation qui lui est attaché. Cette position jurisprudentielle sur l'appréhension des marchés de fournitures est confirmée par la suite par toute une jurisprudence concordante⁵⁶⁵.

314. Gaston JÈZE dans une note de jurisprudence relative « à la notion de marchés de fournitures de l'État », souligne qu'ils ont un régime juridique basé essentiellement sur la compétence contentieuse du Conseil d'État posé par le décret du 11 juin 1806. JÈZE avoue qu'il n'est pas « très facile de dire, de manière précise, en quoi consiste un marché de fourniture ». L'arrêt du Conseil d'État *Bocandé*⁵⁶⁶ fournit un cas d'espèce des plus pertinents sur ce point. Dans les conclusions de l'affaire, le commissaire du gouvernement, M. MAZERAT, développe une thèse applicable à la cession de licence d'un brevet d'invention. Cette théorie consiste en ce que la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des difficultés relatives à la validité des brevets d'invention⁵⁶⁷,

⁵⁶³ CE, 28 janvier 1859, *Delphy c/ commune de Cintegabelle*, Rec. Lebon, p. 161. Cité in ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., pp. 87-88.

⁵⁶⁴ CE, 20 décembre 1860, *Cavaillé*, cité in ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., pp. 88-89.

⁵⁶⁵ C. Cass., 12 février 1923, *Allier*, Sirey ; la Cour de Cassation traite d'une affaire de marché de fournitures départemental entre un asile départemental et une compagnie d'éclairage pour la fourniture du gaz.

⁵⁶⁶ CE, 15 novembre 1922, *Sieur Bocandé*, Rec. Lebon, pp. 822-823 ; Note de jurisprudence, RDP, 1923, pp. 41 à 43.

⁵⁶⁷ CE, 7 février 1913, *Bihari*, Rec. Lebon, p. 166.

ou aux cessions de brevets⁵⁶⁸. Au sens technique de cette affaire, l'opération juridique dont il est question ne peut pas être qualifiée de marché de fournitures. À ce stade de la jurisprudence, le commissaire du gouvernement, comme le Conseil d'État n'ont pas dégagé les éléments caractéristiques du marché de fournitures, selon celui qui va théoriser les contrats administratifs pour la première fois. Il conclue d'ailleurs en disant au sujet des marchés de fournitures qu' « il faudra revenir sur cette notion »⁵⁶⁹.

315. Cette nécessité de la jurisprudence de poser sa définition des marchés de fournitures provient de l'absence quasi totale de définition législative des marchés de fournitures comme de travaux publics ou autres marchés. La jurisprudence était donc dans l'obligation de définir matériellement ces marchés en tranchant les cas d'espèce. De surcroît, la jurisprudence éclaire tous les points de droit que les textes du législateur ont laissés dans l'ombre, et ils sont nombreux. Le législateur produit des textes certes plus aboutis qu'au XIXe et début du XXe siècle, mais la jurisprudence ne se voit pas marginalisée pour autant, loin delà.

2) Les arrêts de la jurisprudence administrative : un apport central à l'appréhension des marchés de fournitures

316. La jurisprudence tranche ces cas d'espèce et décide de savoir s'il s'agit de marchés de fournitures ou d'un autre type de contrat administratif, tels les marchés de travaux publics qui sont très proches. L'enjeu de déterminer le type de contrat administratif de telle ou telle convention, à titre onéreux, passée par l'État, est de définir le régime juridique applicable et les compétences. Mais le rôle de la jurisprudence – des juridictions administratives, mais aussi civiles, dans le cas des marchés de fournitures des collectivités locales, durant une longue période – ne se cantonne pas à trancher entre marchés de fournitures et marchés de travaux publics. Même si c'est l'action de la jurisprudence qui participe le plus à la mise en lumière d'une définition matérielle des différents types de marchés autonomes, de fournitures et de travaux publics. La jurisprudence, relative aux marchés de fournitures, juge divers points contentieux : litiges de définition, compétences de passation, compétences contentieuses, litiges quant à l'exécution, problèmes liés à la résiliation etc. Les décisions jurisprudentielles se prononcent sur les questions

⁵⁶⁸ CE, 23 novembre 1894, *La Panclastite*, Rec. Lebon, p. 624 ; TC, 27 juillet 1895, *La Panclastite*, Rec. Lebon, pp. 629-630.

⁵⁶⁹ JÈZE Gaston, « La notion de marché de fourniture de l'État », in Note de jurisprudence, *RDJ*, 1923, pp. 41 à 43.

contentieuses touchant les problèmes de définition ou de régime juridique de passation des marchés de fournitures, points laissés dans l'ombre par le législateur. Pour illustrer l'importance quantitative de la jurisprudence concernant les marchés de fournitures, il est nécessaire de consulter le « *Recueil des arrêts du Conseil d'État* »⁵⁷⁰. Ainsi, dès sa première édition, la question des « fournitures » est présente dans sa « table alphabétique et raisonnée »⁵⁷¹, contenant les matières traitées dans ce premier volume de l'année 1821. Dès cette première édition, les fournitures représentent une rubrique importante en volume, et il faut souligner que les décisions sur les marchés de fournitures restent présentes dans toutes les éditions annuelles de ce Recueil. Lesdites décisions sont un signe important à deux niveaux. D'une part, cela dénote le poids de ces contrats dans l'activité de l'Administration, dès le lendemain de la Révolution de 1789. D'autre part, cela démontre le rôle de la jurisprudence dans l'appréhension des marchés de fournitures et de leur régime de passation, dès le début du XIXe siècle, notamment les décisions de la jurisprudence du Conseil d'État dans sa mouture moderne, qui venait à peine de voir le jour⁵⁷². Avant même les années 1830, date à laquelle le législateur va adopter les textes de référence de cette matière, la jurisprudence devait trancher nombre de cas d'espèce concernant les marchés de fournitures.

317. Les cas d'espèce, relatifs aux marchés de fournitures traités par la jurisprudence, peuvent concerner des questions très diverses. À titre d'illustration, la jurisprudence du Conseil d'État reconnaît l'impossibilité de voir un entrepreneur de travaux publics dans un fournisseur de pain⁵⁷³, ou d'objets quelconques⁵⁷⁴. Les décisions rendues clarifient lesdits cas d'espèce. La question est de savoir comment une fourniture peut s'apparenter à un travail public car fabriquée en prison⁵⁷⁵. Le Tribunal des conflits décide que les contestations nées du marché passé avec une commune pour la fourniture d'une pompe à incendie ne sont pas de la compétence du Conseil de préfecture, mais de celle des tribunaux judiciaires⁵⁷⁶. En effet, cela constitue un simple marché de fournitures, et non un marché de travaux publics communal⁵⁷⁷. De l'ambiguïté née entre marché de travaux et marché de fournitures, la jurisprudence tranche nombre de cas d'espèce. Il faut considérer

⁵⁷⁰ *Rec. Lebon*, 1821.

⁵⁷¹ *Rec. Lebon, op. cit.*, p. 28 de la table alphabétique.

⁵⁷² BOULET-SAUTEL Marguerite, « Le principe d'un contentieux administratif au Conseil du Roi », *op. cit.* 1999, pp. 98-102.

⁵⁷³ CE, 27 mai 1816, *Levacher-Duplessis, op. cit.* ; CE, 17 janvier 1867, *Boulingre*, *Rec. Lebon*, pp. 73 à 76.

⁵⁷⁴ CE, 14 février 1873, *Vilorgeux*, *Rec. Lebon*, pp. 171-172.

⁵⁷⁵ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.*, t. 1, p. 6.

⁵⁷⁶ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif, op. cit.*, p. 521.

⁵⁷⁷ TC, 8 juin 1850, *Recolin*.

comme simple fourniture, soumise aux règles de droit commun et à la compétence des tribunaux, la vente à une commune d'un buste, qui doit être placée par les soins de celle-ci⁵⁷⁸. Le cas d'une cloche que le fondeur ne doit pas poser est considéré comme marché de fourniture par la jurisprudence⁵⁷⁹. De même que le cas d'une horloge sera considéré comme simple fourniture⁵⁸⁰, même avec quelques travaux de peu d'importance⁵⁸¹. Sur le point précis de la vente du fumier d'un corps de troupe, la jurisprudence tranche qu'il s'agit d'un marché de fourniture⁵⁸², parce que la masse de harnachement et ferrage de ce corps de troupe fait recette du produit de la vente desdits fumiers⁵⁸³.

318. La jurisprudence du Conseil d'État met en lumière une notion de « marchés spéciaux », c'est-à-dire que le ministre peut avoir la faculté de passer des marchés, dans le cas où les besoins excèdent l'importance du maximum total des fournitures déterminé par le marché. Ce cas de figure ne peut se présenter que si le maximum de fournitures a été commandé à l'entrepreneur en exercice⁵⁸⁴. Les marchés de fournitures, dans le cadre des armées, revêtent une grande importance, durant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle, pour les raisons historiques que nous connaissons. Les marchés de fournitures passés dans le cadre de la défense nationale viennent directement influencer les marchés de la vie civile.

319. La jurisprudence apporte un complément nécessaire de définition matérielle aux marchés de fournitures. En effet, les textes du législateur s'avèrent peu clairs et imprécis, les rendant difficilement applicables en de nombreux cas d'espèce.

320. Dans cette section première, il s'agissait de mettre en lumière le rôle de chacun des acteurs du droit dans l'élaboration d'une définition matérielle des marchés de fournitures de l'État. Le premier de ces acteurs est le législateur, qui, pendant tout le XIXe et la

⁵⁷⁸ CE, 2 février 1877, *Dame veuve Lefèvre-Deumier c/ commune des Eaux-Bonnes*, Rec. Lebon, pp. 124-125.

⁵⁷⁹ CE, 3 mars 1876, *Dencausse c/ la commune de Bernac-Dessus*, Rec. Lebon, pp. 229-230.

⁵⁸⁰ CE, 7 septembre 1869, *Commune de Maxey-sur-Vaise*, Rec. Lebon, pp. 840-841.

⁵⁸¹ CE, 3 janvier 1873, *Ville de Champagnole c/ Fumey*, Rec. Lebon, pp. 13-14 ; TC, 7 mai 1881, *Pérot c/ Commune de Germaine*, Rec. Lebon, pp. 479-480.

⁵⁸² BRESSOT Joseph, *Des marchés de fournitures passés avec l'État et plus spécialement des marchés de fournitures passés par l'administration de la Guerre*, thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Montpellier, 1896, p. 11.

⁵⁸³ CE, 21 mai 1840, *Gouffier*. CE, 18 août 1847, *Min. de la guerre c/ Chabot*, Rec. Lebon, pp. 552-553 ; CE, 17 mai 1878, *Charpentier c/ le Ministre de la guerre*, Rec. Lebon, pp. 475 à 477.

⁵⁸⁴ CE, 19 juillet 1889, *Collin*, Rec. Lebon, t. 59, 2^e série, 1889, pp. 867-870.

première partie du XXe siècle, se contentera d'édicter des lois et règlements, afin de construire un cadre juridique à la passation des marchés de fournitures, sans jamais apporter une définition claire et précise de l'objet juridique en question. Cette absence de définition de l'objet juridique des marchés de fournitures par les textes du législateur pose des problèmes d'application dans la pratique contractuelle des administrations. Les deux autres acteurs du droit⁵⁸⁵, que sont la jurisprudence et la doctrine, ont dû venir combler les carences importantes laissées par le législateur dans les textes concernant les marchés de fournitures. Ces deux acteurs interviennent à des niveaux différents d'appréhension des marchés de fournitures. La doctrine administrativiste, dans la majeure partie du XIXe siècle, n'apporte pas de vraie définition doctrinale, et se base sur le critère des compétences contentieuses pour les différencier des autres contrats administratifs. Ce n'est, qu'à partir de la fin du XIXe siècle, que la doctrine administrativiste majoritaire commence à élaborer une définition doctrinale construite des marchés de fournitures de l'État, et de ce fait, joue son rôle dans l'élaboration du droit des contrats administratifs. La doctrine s'appuie sur la jurisprudence pour définir matériellement les marchés de fournitures de l'État, comme un trait d'union entre texte et jurisprudence. Le rôle essentiel de la jurisprudence est de trancher ces cas d'espèce divers, pour dire, si tel contrat est un marché de fournitures ou de travaux publics, ou autres. L'action conjuguée des trois acteurs du droit est complémentaire, mais non proportionnelle, afin d'arriver à une appréhension des marchés de fournitures rendant effectif le cadre juridique les concernant.

Section 2 : La passation des marchés de fournitures : élément de définition formelle des marchés autonomes de fournitures postrévolutionnaires

321. La passation se définit juridiquement comme l'action de passer un acte, un contrat, dans les formes juridiques⁵⁸⁶. Le point de départ de la passation d'un marché de fournitures est la volonté de l'Administration de combler un besoin en biens mobiliers ou services à fournir et le point d'arrivée est la livraison par le fournisseur du bien de la prestation à l'Administration qui opère ce que l'on qualifie d'admission des fournitures entraînant le

⁵⁸⁵ Même si cette affirmation s'avère vraie dans l'absolu en général, elle s'applique plus particulièrement au droit administratif.

⁵⁸⁶ Dictionnaire de la langue française, définition de « passation », *Le Robert*, p. 908.

transfert de propriété à son profit⁵⁸⁷. Le mode opératoire ou régime juridique de passation des marchés de fournitures représente l'aspect formel de la qualification juridique de « marché de fournitures ». Cette passation sous-tend de savoir, tout d'abord, à qui reviennent les compétences de passation et les compétences contentieuses (§ 1), puis, quels sont les mécanismes qui permettent de choisir le fournisseur qui contractera avec l'Administration (§ 2). Autour de ces deux points s'organise la passation des marchés de fournitures, comme celle des marchés de travaux publics abordée dans le chapitre précédent. La passation des marchés permet de discerner les points de convergence et de divergence des marchés de fournitures et de travaux publics, au travers d'un formalisme administratif de passation. Ces éléments de forme permettent de déduire une définition formelle des marchés de fournitures de l'État.

§ 1 : Les compétences intervenant dans la passation des marchés de fournitures de l'État

322. Concernant la notion de compétence, il faut bien délimiter suivant quelle acception elle sera utilisée, car ce terme « est un de ce qui, dans le vocabulaire juridique, est pris dans les acceptions les plus nombreuses et les plus diverses »⁵⁸⁸. La compétence est appréhendée comme « une notion fonctionnelle, relative et subordonnée. Subordonnée parce qu'elle n'a d'utilité que si une tâche donnée est globalement dévolue à une organisation (juridictionnelle, administrative...); fonctionnelle parce qu'elle sert à désigner l'organe qui, concrètement, va exercer cette tâche ; relative parce qu'elle règle les rapports entre les divers organes auxquels cette tâche a été dévolue »⁵⁸⁹. Nous entendons ici la compétence dans une acception plus large, que celle de FOU CART⁵⁹⁰ ou de LAFERRIÈRE, par exemple, qui parlent de « compétence » pour qualifier restrictivement les compétences juridictionnelles contentieuses. Afin d'appréhender les marchés de fournitures de l'État, d'une façon générale, et plus particulièrement, en quoi ils sont un fondement conceptuel principal dans l'émergence de nos marchés publics modernes,

⁵⁸⁷ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 288.

⁵⁸⁸ *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), PUF, Lamy, p. 247.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 251.

⁵⁹⁰ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., A. Marescq E. Dujardin, Libraires-éditeurs, 4^e éd., Paris, 1855, t. 2, p. 628. « Les différences qui existent entre les règles applicables à ces deux catégories de marchés (marchés de travaux publics et marchés de fournitures), notamment en ce qui concerne la compétence, nous obligent à en traiter séparément »

l'étude de leur passation joue un rôle prépondérant⁵⁹¹. Les compétences intervenant dans la passation des marchés de fournitures sont de deux ordres. Tout d'abord, seule l'autorité administrative étatique aura la compétence pour les passer (A), puis, l'autorité juridictionnelle interviendra en cas de contentieux s'élevant du fait de leur passation (B). La passation des marchés révèle les points de convergence et de divergence entre marchés de fournitures et travaux publics. L'autonomie de ces deux types de contrats administratifs sera effective jusqu'au premier Code des marchés publics de 1964 et son article 1^{er}. Les différents acteurs du droit administratif repèrent rapidement leurs dénominateurs communs.

A) L'autorité compétente dans la passation des marchés de fournitures : critère organique en tant que point de convergence avec les marchés de travaux publics

323. Les personnes qui échangent un accord de volonté pour passer un marché de fournitures sont au centre de la passation des marchés de fournitures de l'État. D'un côté, on trouve la personne morale de droit public, en l'occurrence l'État. Cette présence constitue le critère organique des critères généraux des contrats administratifs dégagés par la jurisprudence, même si ce critère peut connaître des exceptions (jurisprudence *Peyrot*⁵⁹² de 1963). De manière plus précise, il s'agit d'identifier quelles sont les autorités étatiques ayant compétence pour passer des marchés de fournitures (1). Cette compétence administrative implique un support (2), qui va être applicable à un cocontractant (3).

1) La compétence administrative dans la passation des marchés de fournitures de l'État

324. La question de l'autorité compétente pour passer les marchés de fournitures, comme de travaux publics est variable en fonction du niveau de passation du marché. Il paraît normal qu'un marché de fournitures passé au niveau de l'État, des départements ou des communes n'implique pas les mêmes autorités compétentes pour passer le contrat. La compétence, dans la passation des contrats administratifs ayant pour but un approvisionnement des services de l'État en biens mobiliers divers, obéit aux mêmes

⁵⁹¹ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, op. cit. Recueil Sirey, Thèse droit, Paris, 1945, p. 3.

⁵⁹² Voir *GAJA*, pp. 567 à 577.

principes que ceux des marchés de travaux publics⁵⁹³. C'est le premier point de convergence entre ces deux contrats administratifs autonomes.

325. Dès lors, les marchés de fournitures à destination des services de l'État sont passés par les ministres compétents.⁵⁹⁴ En effet, par principe, chaque ministre passe les marchés qui concernent les services de son département. Mais, il arrive cependant que des marchés conclus pour le compte d'un ministère contiennent des stipulations relatives aux services d'autres départements ministériels. Ce principe de l'intervention ministérielle est affirmé et réaffirmé, dans tous les textes d'importance sur les marchés de l'État du XIXe siècle jusqu'à nos jours. Ainsi, les textes de la loi du 31 janvier 1833, du décret du 6 avril 1942⁵⁹⁵, en passant par celui du 18 novembre 1882⁵⁹⁶, affirment ce principe. Il faut tout de même relativiser, un ministre peut évidemment déléguer à ses agents le droit de passer des marchés de fournitures généraux⁵⁹⁷. Ce n'est qu'une compétence par délégation. Dans le cas d'un contentieux, les fournisseurs peuvent contester l'étendue des pouvoirs conférés par le ministre à son agent, pour ce qui est du droit de prononcer la résiliation, par exemple. À cet effet, il a été jugé que les fournisseurs n'auraient pas le droit de se prévaloir du défaut de qualité de l'un de ses agents⁵⁹⁸, s'ils s'étaient engagés envers lui, en pleine connaissance de ses pouvoirs, parce qu'ils les auraient ainsi virtuellement acceptés⁵⁹⁹.

326. L'approbation ministérielle est un point de convergence entre les deux types de contrats administratifs autonomes, que sont les marchés de fournitures et de travaux publics. Ainsi, par principe, le contrat ne devient irrévocable et définitif pour l'État que du jour, où le ministre lui a donné son approbation⁶⁰⁰.

2) L'expression formelle de la compétence administrative dans la passation des marchés de fournitures : le cahier des charges

⁵⁹³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 1.

⁵⁹⁴ TÉTREAUX Louis, *Des marchés de fournitures, op. cit.*, p. 15.

⁵⁹⁵ *J. O.*, 11 avril 1942, p. 1370, *op. cit.*

⁵⁹⁶ L'article 17 de ce décret pose : « Sauf les exceptions spécialement autorisées ou résultant des dispositions particulières à certains services, les adjudications et réadjudications sont subordonnées à l'approbation du ministre et ne sont valables et définitives qu'après cette approbation ».

⁵⁹⁷ TÉTREAUX Louis, *Des marchés de fournitures, op. cit.*, p. 16.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁹⁹ CE, 13 décembre 1872, *Beck*, Rec. Lebon, pp. 713-714.

⁶⁰⁰ TÉTREAUX Louis, *Des marchés de fournitures, op. cit.*, p. 19.

327. Le cahier des charges est un élément de définition formelle des marchés de fournitures, aussi important que dans la passation des marchés de travaux publics. Les implications des cahiers des charges se recourent entre les deux types de marchés autonomes postrévolutionnaires. Louis TÉTREAU rappelle que le cahier des charges est très important en ce qu'il « forme la loi des parties et fixe leurs droits et obligations réciproques »⁶⁰¹. D'un point de vue formel, les cahiers des charges se composent de trois ou quatre documents, que nous avons détaillés dans le chapitre précédent⁶⁰². À présent, il s'agit d'illustrer d'un point de vue concret, en quoi consistent les stipulations d'un cahier des charges type de marchés de fournitures, dans la même logique que ceux de travaux publics, c'est-à-dire ce qui doit figurer dans ce cahier. TÉTREAU énumère ces éléments dans son traité :

- 1° la désignation des objets à livrer, leur quantité, le lieu et les époques de leur livraison ;
- 2° l'obligation de ne livrer que des matières ou autres objets de qualité reconnue bonne, loyale et marchande, dans l'acception exacte que le commerce a coutume de donner à ces termes ;
- 3° l'obligation de fournir conformément aux échantillons et modèles adoptés, quand il s'agit d'objets, confectionnés ou autres, susceptibles de comparaison ;
- 4° le prix convenu de chaque objet, au nombre, au poids ou à la mesure, suivant le cas ;
- 5° les termes et époques de paiement, soit pour acompte s'il y a lieu, soit pour solde de la fourniture, ainsi que le nom et la qualité de l'autorité chargée d'ordonner les paiements ;
- 6° le mode de justification des fournitures et le délai accordé, sous peine de déchéance, pour la production des titres justificatifs ;
- 7° la nature ou le montant du cautionnement à fournir, et l'époque où il devra être réalisé ;
- 8° la condition qu'il sera pourvu au service aux frais, risques et périls du traitant, dans le cas où il ne remplirait pas ses engagements dans les délais, qualités, dimensions ou poids convenus ;
- 9° la condition que, si les prix des marchés passés par défaut et au compte du traitant étaient moins élevés que ceux de son marché, le département de la Guerre bénéficiera de la différence⁶⁰³ ;

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁰² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

⁶⁰³ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 55.

10° l'obligation explicite de se soumettre à toutes les dispositions réglementaires en vigueur, tant pour l'exécution du service entrepris que pour la justification de cette exécution ;

11° le mode à suivre pour le jugement de toutes les contestations qui pourraient s'élever, tel que celui des expertises contradictoires, des indemnités, le tout suivant les règles de la justice administrative.

328. L'ensemble de ces dispositions est la plupart du temps réuni, à destination des différents services de l'État, dans des cahiers des charges généraux, ou bien dans des instructions⁶⁰⁴ permettant aux entrepreneurs de connaître à l'avance des conditions principales des marchés et les interprétations fournies par la jurisprudence⁶⁰⁵. Les cahiers des charges cristallisent bien l'importance des législations de guerre dans le développement du régime juridique des marchés de fournitures jusque dans les années 1950.

329. À l'encontre des stipulations précises contenues dans les cahiers des charges de marchés, il faut souligner la présence de « clauses relatives aux conditions de travail ». En effet, un décret du 10 août 1899⁶⁰⁶ intervient sur les conditions de travail dans les marchés passés au nom de l'État disposant en son article 1^{er} : « Les cahiers des charges de travaux publics ou de fournitures, passés au nom de l'État, par adjudication ou de gré à gré, devront contenir des clauses (...) qui concernent la main-d'œuvre de ces travaux ou fournitures (...) »⁶⁰⁷. Par ce genre de texte, l'État veut intervenir pour améliorer les conditions de travail des ouvriers employés par les cocontractants de l'Administration dans le cadre de l'exécution de marchés de fournitures. On peut citer comme exemple, le fait de donner un jour de repos par semaine aux ouvriers, ou d'inciter à mieux les payer, ce qui est novateur à cette époque⁶⁰⁸. Pour se faire une idée des conditions de travail effroyables à cette époque en France, il suffit de lire *Germinal* d'Émile ZOLA. Dans notre contexte, l'État se mêlant de tout est monnaie courante en France, mais à cette époque, cela

⁶⁰⁴ On peut citer l'instruction du 22 avril 1905 sur les fournitures de denrées diverses aux ordinaires ; l'instruction du 18 octobre 1909 sur les subsistances militaires et les fourrages à la ration ; ou encore l'instruction du 31 juillet 1913 sur les marchés à passer par les corps de troupes etc. Cité in TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 56.

⁶⁰⁵ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 56.

⁶⁰⁶ Décret du 10 août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passés au nom de l'État, op. cit., *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. x, 1899, pp. 452-453.

⁶⁰⁷ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 57 ; *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. x, 1899, pp. 452.

⁶⁰⁸ Décret du 10 août 1899, art. 1^{er}, al. 1 : « (...) 1° Assurer aux ouvriers et employés un jour de repos par semaine ; (...) 3° Payer aux ouvriers un salaire normal égal, (...) », *Rec. de lois, ordonnances, décrets,...* (ancien recueil Potiquet), 2^e série, t. x, 1899, pp. 452.

entraînait encore des interrogations légitimes sur le rôle de l'État, à l'image de celle du publiciste BERTHELEMY⁶⁰⁹.

330. Concernant l'importance des cahiers des charges dans la qualification juridique des marchés de fournitures de l'État et des contrats administratifs plus généralement, elle est du même ordre que dans le cas des marchés de travaux publics, le cahier des charges pouvant fonder le caractère administratif d'un marché⁶¹⁰. Ainsi, les cahiers des charges et leurs clauses, à l'échelle des marchés de fournitures de l'État, doivent pour emporter la qualification de contrat administratif, conférer un caractère exorbitant du droit commun à celui-ci. C'est ce que la jurisprudence qualifie de « clause exorbitante du droit commun », construite comme un critère matériel clé du contrat administratif. Le cahier des charges matérialise bien la compétence exorbitante du droit commun de l'Administration partie à un marché de fournitures de l'État.

3) Le fournisseur et son statut juridique dans la compétence administrative de passation des marchés de fournitures

331. Le deuxième acteur de ce type de contrat, qualifié de cocontractant de l'Administration, est le « fournisseur », même si certains textes réglementaires, s'appliquant aux marchés de fournitures et aux marchés de travaux publics simultanément, parlent communément « d'entrepreneur », pour qualifier les cocontractants des deux types de marchés autonomes. À titre d'exemple, le décret du 10 août 1899 précédemment cité, en son art. 1^{er} parle « d'entrepreneur », aussi bien dans le cas de travaux publics que de fournitures⁶¹¹. JÈZE explicite bien cet état de l'usage du terme « entrepreneur ». La clé du statut du cocontractant de l'Administration, dans le cadre d'un contrat administratif, réside dans la proximité de l'opérateur économique privé avec l'Administration et le service public. Lorsque l'Administration exécute la fourniture à ses risques, l'opérateur privé aura un statut de régisseur, et l'entrepreneur sera l'Administration. L'opération pourra être qualifiée juridiquement de régie simple. Dans le cadre d'un marché de fournitures, la fourniture est aux risques et périls du fournisseur, c'est-à-dire que la charge du risque économique sur le cocontractant fonde le statut, si on peut parler de statut de fournisseur.

⁶⁰⁹ BERTHELEMY, 9^e éd., p. 345.

⁶¹⁰ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16. Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2. § 1.

⁶¹¹ Décret du 10 août 1899, art. 1^{er} : « Les cahiers des charges de travaux publics ou de fournitures (...) devront contenir des clauses par lesquelles l'entrepreneur (...) », *Rec. de lois, ordonnances, décrets, ... (ancien recueil Potiquet)*, 2^e série, t. x, 1899, pp. 452.

JÈZE définit l'entrepreneur comme « celui qui court les risques ». Il précise bien que dans « le marché de fournitures, le fournisseur est économiquement l'entrepreneur »⁶¹². Le fournisseur prend des risques, entreprendre c'est prendre des risques, donc le fournisseur est logiquement assimilé à l'entrepreneur.

332. Ce statut de cocontractant de l'Administration est un élément fondant la qualification juridique de « marché de fournitures ». Le fournisseur n'a pas un statut juridique vraiment spécifique, mais ce statut se rapproche de celui de l'entrepreneur.

B) Les compétences contentieuses dans les marchés de fournitures de l'État

333. Sur les divergences fondant l'autonomie des marchés de fournitures, le doyen FOUCART souligne que « les différences qui existent entre les règles applicables à ces deux catégories de marchés (marchés de travaux publics et marchés de fournitures), notamment en ce qui concerne la compétence (contentieuse), nous obligent à en traiter séparément »⁶¹³.

334. La passation du marché de fournitures de l'État implique différents acteurs lors de sa conclusion. De la passation des contrats peut naître un contentieux entre cocontractants. Dans un contrat de droit privé, il y a une égalité des justiciables, personnes privées, devant les juges de droit commun, ce qui n'est pas le cas, dans l'hypothèse d'un contentieux s'élevant dans la passation d'un marché de fournitures, et dès lors de tous contrats administratifs. Les litiges issus de la passation du marché de fournitures relèvent d'un contentieux administratif de pleine juridiction qui se distingue de celui intervenant en matière de marchés de travaux publics de par les compétences juridictionnelles en cause. Le contentieux des marchés de fournitures est obligatoirement traité différemment de celui des marchés de travaux publics, vu précédemment, du fait qu'ils font intervenir des compétences juridictionnelles administratives différentes.

1) La théorie du « ministre-juge » : fondement du contentieux administratif de premier degré des marchés de fournitures de l'État au XIXe siècle

⁶¹² JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics*, op. cit., t. 3, 1926, Paris, p. 328.

⁶¹³ FOUCART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., t. 2, p. 628.

335. La théorie, comme la pratique, du « ministre-juge » trouve ses fondements textuels dans deux textes de la période révolutionnaire. La loi des 16-24 août 1790, et celle du 16 fructidor an III posent que les contestations dirigées contre les décisions administratives doivent être adressées aux ministres compétents, fondant ainsi la pratique du « ministre-juge », qui sera une des clés de voûte du fonctionnement du contentieux des marchés de fournitures, pendant la majeure partie du XIXe siècle.

336. Les réclamations, issues de la passation d'un marché de fournitures de l'État, doivent d'abord être portées en première instance devant le « ministre-juge » compétent⁶¹⁴, c'est-à-dire que toutes les contestations ou demandes relatives à l'exécution, à la résiliation, à l'interprétation des marchés de fournitures de l'État conclus, soit avec un ministre, soit en son nom, sont jugées en premier ressort par le ministre (juge) dans le département (ministériel) où le marché a été passé. Cet état du droit administratif a pour base l'interprétation jurisprudentielle constante des lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII, et de l'arrêté du 18 vendémiaire an VIII afin de donner un coup d'arrêt aux gaspillages et réprimer l'avidité des fournisseurs. FOU CART souligne que « ces lois n'ont rien de bien précis ; mais la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point est constante et se justifie par l'importance des marchés de fournitures »⁶¹⁵. La théorie du ministre-juge, en tant que compétence juridictionnelle de premier degré, matérialise la divergence de compétence contentieuse entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. En appel, ce contentieux est porté devant la section du contentieux du Conseil d'État⁶¹⁶. Il connaît ainsi, de toutes les contestations en appel des décisions de première instance rendues par le ministre (juge) relatives aux marchés de fournitures passés par les ministres ou en leur nom⁶¹⁷. Le contentieux de second degré de ces marchés, contrairement à celui de premier degré, est convergent avec le contentieux de second degré des marchés de travaux publics, réuni devant le Conseil d'État.

⁶¹⁴ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, op. cit., p. 362.

⁶¹⁵ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., pp. 644-645.

⁶¹⁶ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, op. cit., t. 1, p. 362.

⁶¹⁷ FOU CART Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 644.

337. Cette architecture contentieuse globale, en matière de marchés de fournitures, est posée par l'article 14 du décret du 11 juin 1806⁶¹⁸. Dès lors, le contentieux émanant des marchés de fournitures de l'État est un contentieux administratif de plein contentieux, tout comme celui des marchés de travaux publics de l'État. La convergence de compétence contentieuse de ces deux types de marchés autonomes est centrée sur la compétence de premier degré où le Conseil de préfecture est compétent dans le cas des marchés de travaux publics, tandis que pour ceux de fournitures, il faut porter l'affaire devant le ministre compétent, en vertu de la pratique du ministre-juge en vigueur pendant la quasi-totalité du XIXe siècle. C'est une différence manifeste de régime contentieux entre ces deux types de contrats publics autonomes, au XIXe siècle, passés à l'échelle de l'État. Cette différence de régime contentieux fonde ce caractère autonome entre marchés de fournitures et de travaux publics, compte tenu du fait que les compétences contentieuses sont un critère essentiel servant à appréhender les marchés, surtout chez les administrativistes du XIXe siècle et leurs héritiers.

338. BATBIE adhère à ce schéma d'analyse, quand il se pose la question : « en quoi les travaux publics diffèrent-ils des marchés de fournitures ? »⁶¹⁹. Sa réponse est sans ambiguïté, quand il dit que « c'est encore au point de vue de la compétence⁶²⁰ qu'il y a principalement intérêt à distinguer ces deux matières administratives⁶²¹ »⁶²². Dans les écrits des administrativistes du XIXe siècle, le critère des compétences contentieuses est central dans l'appréhension des marchés de fournitures de l'État, et leur délimitation à l'égard des marchés de travaux publics. Les compétences contentieuses, dans leur passation, permettent déjà de mettre clairement en lumière une divergence fondamentale avec les marchés de travaux publics de l'État, mais le régime contentieux des marchés de fournitures des collectivités locales est encore plus explicite en matière de divergence de compétence⁶²³.

339. Cette architecture contentieuse organisée autour du ministre-juge et de l'appel au Conseil d'État est effective durant les trois quarts du XIXe siècle. Mais des évolutions de

⁶¹⁸ Cf., *infra*, Tome II, Annexe 2.

⁶¹⁹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 362.

⁶²⁰ Sous-entendus contentieux, dans le contexte de ses écrits.

⁶²¹ C'est-à-dire les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures.

⁶²² BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 362.

⁶²³ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2.

conception très importantes dans le droit administratif français vont amener des transformations majeures.

2) La réunification des deux degrés de juridiction des marchés de fournitures devant le Conseil d'État

340. La loi DUFAURE du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État, réinstaure le Tribunal des conflits. Ce Tribunal spécial, avec son célèbre arrêt *Blanco*,⁶²⁴ touche autant à la compétence de la juridiction administrative, qu'au contenu même du droit administratif. Cet arrêt a un grand impact concernant le contentieux administratif d'une façon générale, et dès lors, le contentieux des marchés de fournitures, plus spécialement. Il consacre à la fois la responsabilité de l'État à raison des dommages causés par des services publics et la compétence de la juridiction administrative. Dans l'histoire du rôle du Conseil d'État, il y a un avant et un après arrêt *Blanco*. Cet arrêt consacre la responsabilité de l'État, mettant fin à une longue tradition d'irresponsabilité, qui ne trouvait d'exception qu'en cas de responsabilité contractuelle ou d'intervention législative, telle la loi du 28 pluviôse an VIII pour les dommages de travaux publics⁶²⁵.

341. L'arrêt *Blanco* généralise la responsabilité de l'État, qui préexistait dans le cas des deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux, prévue par la loi du 28 pluviôse an VIII pour les travaux publics, et le décret du 11 juin 1806 pour les dommages résultant des marchés autonomes de fournitures. La juridiction administrative traitera ce contentieux, dès la promulgation du décret de juin 1806 dans le cas des marchés autonomes de fournitures. Le régime de responsabilité de l'État en matière de contrats administratifs est le commencement d'un régime de responsabilité de l'État généralisé aux dommages causés par les services publics, instauré par la jurisprudence *Blanco*. Cette responsabilité de l'État, en matière de contrats administratifs, est un indicateur de l'importance pour l'État de trouver des partenaires économiques privés désireux de contracter avec l'Administration. Les marchés autonomes de fournitures comme de travaux publics sont liés à la bonne exécution des services publics par l'Administration, ce qui apparaît comme un critère venant conforter leur caractère administratif au XIXe siècle. Depuis l'arrêt *Blanco*, il faut souligner que le droit de la responsabilité administrative

⁶²⁴ TC 8 février 1873, *Blanco*, M. Mercier rapp., Rec. Lebon, 2^e série, t. 43, 1^{er} suppl., 1873, pp. 62 à 70.

⁶²⁵ Voir site Internet du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr>

d'une manière générale s'est construit sur un fondement essentiellement jurisprudentiel, de façon autonome par rapport au droit civil⁶²⁶.

342. Dans la lignée de l'arrêt *Blanco*, un autre grand arrêt de la jurisprudence administrative intéresse, de manière beaucoup plus ciblée, le contentieux des marchés de fournitures. Par l'arrêt *Cadot*⁶²⁷, le Conseil d'État s'est reconnu le juge de droit commun en premier et dernier ressort des recours en annulation des actes administratifs et des recours en indemnité formés contre les collectivités publiques, entérinant, dès lors, la disparition de la théorie du ministre-juge. Avant cet arrêt, le Conseil d'État n'est compétent pour connaître d'un recours en annulation, que dans la mesure où un texte le prévoit expressément. À défaut de texte de ce genre, le ministre-juge dispose de la compétence générale dans le contentieux administratif, incluant logiquement le contentieux plus ciblé des marchés de fournitures qu'il passe. Mais il ne faut pas perdre de vue que la théorie du ministre-juge n'inclut pas les marchés de travaux publics qui voient les Conseils de préfecture compétents en première instance dans leur contentieux propre⁶²⁸. À partir de cet arrêt, le Conseil d'État affirme qu'il est compétent pour traiter de tous recours en annulation dirigés contre une décision administrative, à l'exception des cas où un texte en dispose autrement. Cet abandon de la théorie du ministre-juge par l'arrêt *Cadot*, renvoie l'intégralité du contentieux administratif de premier et second degré devant la juridiction administrative⁶²⁹, le Conseil d'État. L'intervention du ministre-juge était adaptée pour un contentieux des marchés de fournitures de l'État n'excédant pas un certain volume, mais passé une certaine importance, le renvoi de la compétence contentieuse de premier degré au Conseil d'État s'est imposé, car une juridiction administrative est devenue nécessaire au traitement effectif dudit contentieux. L'arrêt *Cadot* conforte la divergence de compétence contentieuse de 1^{er} degré entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics, tandis que la convergence de compétence contentieuse de second degré reste inchangée. La disparition de la pratique du ministre-juge entraîne une réunification du contentieux des marchés de fournitures de l'État devant le Conseil d'État.

⁶²⁶ *Ibid.*, <http://www.conseil-etat.fr>

⁶²⁷ CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, M. Mayniel Rapp., *Rec. Lebon*, 2^e série, t. 59, 1889, pp. 1148 à 1154.

⁶²⁸ Loi du 28 pluviôse an VIII, *op. cit.*

⁶²⁹ Voir site Internet du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr>

343. Concernant la question de l'arbitrage des marchés de fournitures, il faut souligner que l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 introduit le recours à l'arbitrage en matière de liquidation de dépenses de travaux et de fournitures par l'État, les collectivités locales ou les établissements publics locaux⁶³⁰. L'arbitrage des litiges en matière de liquidation des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics est un point de convergence entre ces deux types de marchés autonomes, même s'il ne faut pas perdre de vue, que l'arbitrage au début du XXe siècle, n'est pas vraiment compatible avec la conception du droit administratif pensé par HAURIOU et son École doctrinale de la puissance publique.

3) Le décret du 30 septembre 1953 : les Tribunaux administratifs, juge de premier degré du contentieux des marchés de fournitures

344. Les compétences contentieuses juridictionnelles en matière de marché de fournitures de l'État évoluent avec l'apparition des Tribunaux administratifs (TA) créés par le décret du 30 septembre 1953⁶³¹. Depuis ce texte, la juridiction administrative de premier degré est le TA, recentrant le Conseil d'État sur une activité contentieuse de second degré et de cassation plus proche de son rôle actuel. Les contestations s'élevant en matière de marché de fournitures relèvent, dès 1953, de la compétence contentieuse des TA. La convergence entre marchés de fournitures de l'État et marchés de travaux publics progresse de manière significative à ce stade.

§ 2 : les procédés juridiques intervenant dans le choix des cocontractants de l'Administration

345. Les procédés intervenant dans le choix du fournisseur de l'Administration sont un élément central de définition formelle des marchés de fournitures. Le formalisme en droit administratif français occupe une grande place dans la construction juridique post-révolutionnaire du droit encadrant la pratique administrative. JÈZE appréhende la notion de forme en droit public comme ayant « essentiellement un caractère matériel ». Les exemples de forme, applicable aux marchés de fournitures comme aux contrats administratifs en général, résident dans des éléments importants du contrat comme la

⁶³⁰ GOHIN Olivier, *Contentieux administratifs, op. cit.*, p. 11.

⁶³¹ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953, *op. cit.*

forme écrite, la signature etc. Par contre, JÈZE place l'adjudication dans « les cas douteux, où il est difficile de dire s'il y a forme ou compétence collégiale. » Selon lui, l'adjudication entre dans une catégorie intermédiaire assimilable à « un acte préparatoire d'un acte juridique »⁶³², bien que les textes l'assimilent à une forme⁶³³.

346. La passation des marchés de fournitures se subdivise en deux phases importantes. La décision de contracter prise par l'autorité compétente que l'on vient d'aborder, et la procédure mise en place pour arrêter le choix du cocontractant de l'Administration pour son approvisionnement en fournitures, moyennant une rémunération monétaire. Le procédé juridique, utilisé par l'Administration pour arrêter le choix de ses fournisseurs, relève quasiment des mêmes principes que pour le choix des entrepreneurs de travaux publics⁶³⁴. En guise d'annonce de plan de ce paragraphe second, cette citation de Maurice HAURIOU exprime le schéma de cet intitulé : « les marchés de fournitures sont soumis pour leur formation aux mêmes règles que les marchés de travaux publics, c'est-à-dire au principe de l'adjudication au rabais **(A)**, sauf exception **(B)** »⁶³⁵.

A) Le procédé juridique de l'adjudication : dénominateur commun au choix des fournisseurs et entrepreneurs de l'Administration

347. Ce procédé juridique de l'adjudication est très ancien, comme nous l'avons mis en lumière dans le cas de l'adjudication des marchés de travaux publics. L'adjudication est un mode de désignation des cocontractants de l'Administration commun aux différents types de marchés, en tant que contrats administratifs autonomes. Ils s'appliquent donc de principe pour le choix des fournisseurs de l'Administration, dans le cadre des marchés de fournitures. Il faudra attendre la moitié du XXe siècle pour voir le procédé de l'adjudication remis en cause par des modes de passation des marchés plus adaptés. Le « Lexique des termes juridiques » donne une définition contemporaine de l'adjudication, comme étant un mode de conclusion des marchés attribuant automatiquement la

⁶³² JÈZE Gaston, « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 507.

⁶³³ Voir le décret du 18 novembre 1882, art. 1^{er} : « Les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'État, sont faits avec concurrence et publicité ». Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

⁶³⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

⁶³⁵ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 737.

commande publique à celui des entrepreneurs (ou fournisseurs) qui consent le prix le plus bas, après une mise en concurrence préalable des candidats⁶³⁶.

1) Le principe de l'adjudication appliqué aux marchés de fournitures de l'État

348. Les Révolutionnaire de 1789 n'ont pas remis en cause ce procédé de l'adjudication, très utilisé sous l'Ancien Régime, pour passer les contrats à titre onéreux, visant à l'approvisionnement des services de l'État en « fournitures⁶³⁷ ». Ledit procédé d'adjudication sera repris dans la pratique, et réaffirmé dans des textes de droit écrits. Les textes de l'époque révolutionnaire s'appliquent à des cas précis. Ce sont des textes spécialisés sur certains points qui s'additionnent de manière plutôt désordonnée.

349. Dans le cas des marchés de fournitures de l'époque révolutionnaire, différents textes établissent le procédé de l'adjudication dans le choix des fournisseurs de l'Administration, dans des secteurs donnés bien précis. Ce principe est formulé dans diverses dispositions législatives spéciales :

- Un décret du 5 novembre 1790, relatif à la vente des meubles nationaux ;
- Une loi du 27 mai 1791⁶³⁸ établit le principe de l'adjudication dans le cas des marchés de fournitures pour l'approvisionnement en papier et registres de la régie de l'enregistrement ;
- Un décret du 21 août-7 septembre 1791, relatif aux marchés de fournitures de l'armée ;
- Une loi du 20 septembre 1791, complétant le précédant décret, relative à l'application de l'adjudication dans les marchés de fournitures du département de la Guerre, à l'exception de ceux des vivres et du fourrage⁶³⁹.
- Une loi du 16 mai 1792, concernant les marchés de fournitures des denrées, habillement et entretien des invalides.

⁶³⁶ *Lexique des termes juridiques*, 10ème édition, Dalloz.

⁶³⁷ Comme on l'a abordé ultérieurement dans ce chapitre, la notion de fournitures n'est pas du tout ou mal définie suivant les époques, et elle peut revêtir une acception relativement extensive, pouvant comprendre les prestations de services, ce que nous aborderons précisément dans le Titre II, Chapitre 1, de cette partie I.

⁶³⁸ En son titre V, articles 60 et 61, mentionnant l'utilisation de l'adjudication dans ce cas.

⁶³⁹ Titre II, Art. VI.

350. Ces différents textes, relatifs à l'application du procédé de l'adjudication à des cas précis de fournitures, sont le point de départ d'une généralisation de ce procédé, parallèlement aux textes sur l'adjudication des travaux publics de l'époque révolutionnaire. Même si des administrativistes du début du XXe siècle, comme Louis TÉTREAU , disent que l'adjudication est « souvent plus apparente que réelle »⁶⁴⁰, ladite adjudication est le fondement d'une pratique et d'une théorie moderne des marchés. Le procédé de l'adjudication se définit de la même manière que pour l'adjudication des marchés de travaux publics, abordé dans le chapitre précédent. À partir des années 1830, le législateur pose des textes juridiques qui s'appliquent simultanément aux marchés de fournitures et de travaux publics de par leur nature juridique de contrats administratifs conclus à titre onéreux, malgré leur caractère autonome. Dès lors, l'adjudication repose sur deux principes simples interdépendants : la concurrence et la publicité. La concurrence ne peut être réellement effective que grâce à l'utilisation de méthodes de publicité efficaces, sur des supports adéquats⁶⁴¹. L'adjudication ne peut fonctionner que si la concurrence est réelle, permettant de choisir les fournisseurs aux prix les plus compétitifs pour l'obtention du marché. Cette logique de l'adjudication « au mieux-disant » permet de trouver le cocontractant au tarif le plus bas, qui est le but de l'Administration aussi bien dans la conclusion des marchés de fournitures que celle des marchés de travaux publics.

351. Ce mode d'attribution des marchés est un des points essentiels de convergence entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics. Mais le choix de l'intérêt financier dans la passation des marchés pose des inconvénients majeurs sur la qualité des fournitures qui laisse parfois à désirer. Le principe de la gestion des deniers publics en « bon père de famille » entraîne des réflexions sur une meilleure prise en compte de l'intérêt administratif.

2) Les limites du procédé de l'adjudication des marchés de fournitures de l'État

352. Sa simplicité de principe se base sur la concurrence et la publicité ayant pour but une égalité des candidats aux marchés. Même si ces principes de base sont très théoriques, surtout concernant l'égalité réelle entre les candidats aux marchés, ce sont les fondements du procédé de l'adjudication des marchés de fournitures.

⁶⁴⁰ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 27.

⁶⁴¹ SARLANDIE DE LA ROBERTIE Aloys, *La publicité des marchés publics*, op. cit.

353. L'adjudication a pour effet essentiel de limiter la liberté de l'Administration dans le choix de ses cocontractants, dans son intérêt financier. Ladite adjudication a été créée et instaurée uniquement dans l'intérêt de l'Administration, puisqu'elle permet de désigner le fournisseur qui lui consentira les meilleures conditions financières⁶⁴². Mais ce souci de l'intérêt financier de l'Administration trouve ses limites dans la non prise en compte de l'intérêt administratif, c'est-à-dire la recherche d'un compromis permettant la meilleure utilisation des deniers publics. Le but est de chercher un procédé qui permette de désigner un cocontractant fournissant la meilleure qualité au meilleur prix. L'adjudication, recherchant exclusivement le cocontractant au meilleur tarif, peut nuire gravement à la qualité des fournitures livrées ou des travaux publics réalisés. C'est en cela que réside sa principale limite aussi bien dans le cas des marchés de fournitures que ceux de travaux publics⁶⁴³.

354. Sur ce point, un intendant militaire du nom de CHAYROU⁶⁴⁴, détaille dans un ouvrage⁶⁴⁵, les problèmes que l'achat administratif peut soulever. Il explique que, dans certaines circonstances, il y a obligation pour une administration de ne pas acheter au moins-disant, mais en tenant compte, à côté du tarif, des qualités propres de chacune des prestations proposées, notamment dans le cas où il est très difficile de formuler une définition rigoureuse des objets à acheter. CHAYROU prend en exemple, le cas d'une adjudication d'instruments de musique, et pose la question de la définition des qualités artistiques, du timbre d'un instrument, dans le cadre d'une adjudication. Il faut être lucide, et admettre la possibilité de différences dans les spécimens, tels qu'ils sont présentés. Dans le cas d'achats de produits naturels, charbon, laine, vins, etc. Il est parfois contraire à l'intérêt de l'État et à l'équité, de ne pas prévoir de variations de qualités, dont on devrait tenir compte. Ou encore de réduire à l'excès le nombre des offres par une définition trop serrée des prestations dont l'Administration a besoin, ne laissant passer ainsi, qu'un choix réduit de produits dans l'ensemble des propositions possibles. De surcroît, le choix, sur échantillons, types ou projets, c'est-à-dire compte tenu non seulement du prix, mais encore de la valeur d'utilisation des différents objets, s'impose encore quand l'administrateur se

⁶⁴² *Ibid.*, p. 136.

⁶⁴³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2.

⁶⁴⁴ CHAYROU est un intendant militaire, dans les années 1920, ancien élève de l'École Polytechnique. Sa formation lui permet d'avoir un point de vue, quant à l'achat administratif, intéressant, car plus mathématique et chiffré, que juridique. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un cas de droit.

⁶⁴⁵ CHAYROU, *De l'art d'acheter à l'art d'agir*, Charles Lavauzelle & Cie, Éditeurs militaires, Paris, 1926.

trouve en présence de divers modèles existant déjà, et lui convenant plus ou moins. Ou encore, quand il est conduit à n'indiquer aux soumissionnaires que son but⁶⁴⁶, laissant aux concurrents le choix des détails. Tels sont les cas où une administration doit, selon CHAYROU, renoncer à acheter au moins-disant⁶⁴⁷.

355. Concernant les conséquences du procédé de l'adjudication sur la qualification de marchés de fournitures, PEQUIGNOT met en évidence que la forme de passation d'un contrat selon des formes administratives n'emporte pas nécessairement la qualification juridique de contrat administratif. En ce sens, l'autorité judiciaire peut se déclarer compétente même dans le cas de conventions passées suivant le formalisme administratif⁶⁴⁸. Le procédé de passation des marchés de fournitures de l'État, qu'est l'adjudication, n'emporte pas systématiquement une qualification juridique de contrat administratif⁶⁴⁹. Les ventes ou locations du domaine privé sont passées aussi par le procédé de l'adjudication, et sont des contrats de droit privé de l'Administration. Le procédé de l'adjudication n'est pas un critère verrouillant la qualification juridique de marché de fournitures de l'État, en tant que contrat administratif. C'est un point de convergence important des marchés de fournitures avec ceux de travaux publics, mais ce procédé est utilisé bien au-delà du marché qualifiable de contrat administratif.

356. Le décret du 6 avril 1942 introduit le procédé de l'appel d'offres définissable comme le « mode de conclusion des marchés publics permettant à l'Administration de choisir librement son cocontractant parmi des fournisseurs préalablement mis en concurrence »⁶⁵⁰. Ce décret remplace celui du 18 novembre 1882 qui ne prévoyait que le principe de l'adjudication, et l'exception des marchés passés de gré à gré. Ce décret amorce une modernisation profonde des marchés de l'État.

B) L'exception au principe : le marché de fournitures de l'État passé de gré à gré

357. Tous les principes connaissent des exceptions, le principe de l'adjudication des marchés de fournitures ne déroge pas à cet adage. Lorsque le procédé de l'adjudication ne

⁶⁴⁶ Par exemple, dans le cas d'une installation de machines.

⁶⁴⁷ CHAYROU, *De l'art d'acheter à l'art d'agir*, op. cit., pp. 122-123.

⁶⁴⁸ C. Cass., civ., 30 mars 1936, *Bonsergent* ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

⁶⁴⁹ TC, 18 décembre 1933, *Berry-Croes*, op. cit. ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

⁶⁵⁰ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 10^e éd., p. 44.

s'applique pas pour quelques raisons bien définies, le marché est passé de gré à gré. Là où l'adjudication limite la liberté de l'Administration, le gré à gré lui donne une grande autonomie.

1) Le procédé du marché de gré à gré

358. Le procédé du gré à gré est l'exception au principe de l'utilisation de l'adjudication pour désigner les fournisseurs de l'Administration. Ce procédé de gré à gré donne à l'Administration une plus grande autonomie dans la passation du marché. En effet, la règle générale prévoit de provoquer une mise en concurrence au moyen d'une certaine publicité. Par contre, l'Administration n'est pas tenue d'observer ces règles dans la procédure de l'adjudication, ce qui fonde la différence entre procédé de gré à gré et l'adjudication. Il faut ajouter à cela que l'Administration, dans la procédure des marchés passés de gré à gré, peut choisir le fournisseur, non seulement parmi les concurrents, mais aussi en dehors d'eux. Le procédé du gré à gré, que le décret du 6 avril 1942, rebaptisera « marchés par entente directe » ne satisfait que l'intérêt administratif, en donnant un pouvoir quasi discrétionnaire de désignation des cocontractants par l'Administration. Comme nous l'avons mis en lumière dans le chapitre précédent, il n'y a pas de juste milieu entre la satisfaction de l'intérêt financier par le mode de l'adjudication, et celle de l'intérêt administratif par le gré à gré⁶⁵¹.

2) Les cas de marchés de fournitures de l'État passés de gré à gré

359. Les différents cas où les marchés de fournitures de l'État peuvent se passer de gré à gré sont précisément énumérés dans les différents textes de référence qui viennent fixer le cadre juridique des marchés de fournitures. Dès la mise en vigueur des premiers textes modernes concernant les marchés de fournitures, le principe de l'adjudication et son exception des marchés passés de gré à gré sont posés par le législateur comme les modes de passation incontournables. Tous les textes d'importance sur les marchés des XIXe et première moitié du XXe siècle affirment et réaffirment ces deux modes de désignation des cocontractants de l'Administration. Ainsi, le décret sur les marchés de 1882 prévoit, en son article 19, que : « les marchés de gré à gré passés par les ministres ou par les fonctionnaires qu'ils ont délégués à cet effet. Ils ont lieu : 1° soit sur un engagement souscrit à la suite du

⁶⁵¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, B.

cahier des charges ; 2° soit sur une soumission souscrite par celui qui propose de traiter ; 3° soit sur correspondance, suivant les usages du commerce »⁶⁵². Cet article fixe les compétences et les conditions de passation des marchés de fournitures de gré à gré⁶⁵³.

360. L'article 18 dudit décret de 1882 énumère les cas dans lesquels l'Administration peut traiter de gré à gré certains marchés de fournitures. Le contenu dudit article sera repris ultérieurement par le décret du 23 août 1919⁶⁵⁴. L'Administration a un pouvoir de désignation de ses cocontractants quasi discrétionnaire, ne prenant en compte que son seul intérêt. Dès lors, le législateur limite cette pratique de passation des marchés de fournitures par l'Administration. L'article 18 du décret de 1882 pose la liste des marchés de fournitures, et autres types de marchés, pouvant être traités de gré à gré :

- « 1° Pour les fournitures, transports, (...) dont la dépense totale n'excède pas 40.000 francs, ou, s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années, dont la dépense annuelle n'excède pas 10.000 francs ;
- 2° pour toute espèce de fournitures, de transports (...) lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes : ces marchés doivent préalablement avoir été autorisés par le Président de la République, sur un rapport spécial du ministre compétent⁶⁵⁵ ;
- 3° pour les objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention ;
- 4° pour les objets qui n'auraient qu'un possesseur unique ;
- 5° pour les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes et industriels éprouvés ;
- 6° Pour les (...) exploitations, fabrications, et fournitures qui ne sont faites qu'à titre d'essai ou d'étude ;
- 8° pour les objets, matières ou denrées qui, à raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel ils sont destinés, doivent être achetés et choisis aux lieux de productions ;
- 9° pour les fournitures, transports (...), qui n'ont été l'objet d'aucune offre aux adjudications, ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des prix inacceptables ;

⁶⁵² Décret du 18 novembre 1882, art 19. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

⁶⁵³ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État, traité comprenant notamment les règles en matière de ventes domaniales, ventes des coupes de bois de l'État, fournitures et marchés, concessions de mines...*, op. cit., p. 141.

⁶⁵⁴ *Journal Officiel* du 14 septembre 1919.

⁶⁵⁵ Ce cas touche les questions relatives à la Défense, dans un contexte de tensions politiques et diplomatiques de concurrence dans l'obtention de colonies.

toutefois, lorsque l'administration a cru devoir arrêter et faire connaître un maximum de prix, elle ne doit pas dépasser ce maximum ;

- 10° pour les fournitures, transports (...) qui, dans les cas d'urgence évidente, amenée par des circonstances imprévues, ne peuvent pas subir les délais des adjudications ;
- 11° pour les fournitures, transports (...) que l'administration doit faire exécuter au lieu et place des adjudicataires défailants et à leurs risques et périls ;
- 12° pour les affrètements et pour les assurances sur les changements qui s'ensuivent ;
- 13° pour les transports confiés aux administrations de Chemin de fer ;
- 14° pour les achats de tabac et de salpêtre indigènes dont le mode est réglé par une législation spéciale ;
- 15° pour les transports de fonds du Trésor ».

361. Ce sont là tous les cas où le législateur prévoit que les marchés de fournitures seront passés de gré à gré. Dans cette énumération, nous laissons de côté les prestations de services, objet secondaire des marchés de fournitures dans leur définition extensive, que nous étudierons dans le titre suivant⁶⁵⁶. Ces cas, issus de l'article 18 du décret du 18 novembre 1882, reproduisent une grande partie des dispositions de l'article 69 du décret du 31 mai 1862, avec quelques additions ou modifications⁶⁵⁷. Ainsi, le décret de 1882 rajoute aux cas des marchés passés de gré à gré, les nécessités de sécurité publique empêchant de procéder par adjudication⁶⁵⁸.

362. Les modes de désignation des cocontractants de l'Administration, en matière de marchés, sont un point essentiel de convergence entre les différents types de marchés de fournitures et de travaux publics, qui n'en sont pas moins des contrats administratifs autonomes l'un de l'autre.

363. Au terme de cette section, le régime de passation des marchés de fournitures permet de trouver des éléments de définition formelle qui entrent en combinaison pour fonder la qualification juridique de marché de fournitures étatique. Le régime administratif de passation des marchés de fournitures a des points importants de convergence avec les

⁶⁵⁶ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

⁶⁵⁷ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, pp. 68-70.

⁶⁵⁸ Décret du 18 novembre 1882, art. 18, § 7, *op. cit.*

marchés de travaux publics, mais aussi des points essentiels de divergence qui fondent leur caractère autonome, et ce jusqu'à dans les années 1950.

364. Pour conclure ce chapitre : les marchés de fournitures étatiques postrévolutionnaires sont des contrats administratifs autonomes. Ces contrats sont caractérisés, d'une part, par leur caractère administratif, identifié très tôt dans des textes révolutionnaires, et d'autre part, par un caractère autonome. Pour appréhender un objet juridique, comme celui-ci, il faut aller en chercher les définitions matérielle et formelle, chez les différents acteurs du droit administratif, lui-même en pleine construction théorique⁶⁵⁹, entre le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Les carences d'un acteur du droit peuvent se trouver compensées par les autres, même si ce qui prime, pendant plus de 150 ans, est une absence de définition matérielle du législateur, causant une confusion chez les administrativistes pendant une longue période. La jurisprudence permet de préciser et de trancher divers cas d'espèce sur la passation des marchés de fournitures, rendant possible l'application de textes juridiques sur les marchés, trop imprécis pour être appliqués en l'état. De la même manière, le droit administratif voit la jurisprudence jouer un rôle essentiel, mais non exclusif, dans son élaboration. Les contrats administratifs d'une façon générale, et plus particulièrement les marchés, connaissent les mêmes caractéristiques dans leur construction. Sur le déficit de définition matérielle globale des marchés de fournitures, Émile DESGRANGES⁶⁶⁰ souligne dans la bibliographie d'un article sur ce sujet, datant de 1942, « qu'il n'existe pas d'ouvrage spécialement consacré au problème de définition »⁶⁶¹. Cette constatation confirme la non définition globale des marchés de fournitures jusqu'aux années 1940, malgré l'importance desdits contrats administratifs encore autonomes.

365. Cette recherche de définition entraîne l'adoption d'une appréhension extensive de la notion de fournitures, allant jusqu'à inclure les prestations de services, ce sera l'objet du chapitre suivant sur la notion de marché de services⁶⁶². Le régime relatif à la passation des marchés de fournitures cristallise des points de convergence avec les marchés de travaux

⁶⁵⁹ Cf. *supra*, Chap. introductif.

⁶⁶⁰ Docteur en droit, et chargé de conférences à la faculté de droit de Paris.

⁶⁶¹ DESGRANGES Émile, « Définition du marché de fournitures, étude de jurisprudence », *op. cit.*, p. 1.

⁶⁶² Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

publics, comme les autorités compétentes dans la conclusion du contrat, et les modes de désignation des cocontractants, mais aussi des points essentiels de divergence, concernant les compétences contentieuses qui leur sont dévolues. Les marchés de fournitures étatiques représentent donc avec les marchés de travaux publics, les deux types de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux les plus importants, dans les fondements conceptuels des marchés publics.

366. Au terme de ce titre premier, les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures passés par l'État sont des fondements conceptuels principaux dans l'émergence des marchés publics. La convergence progressive de ces deux types de contrat administratif servira de base principale à la conceptualisation de la notion postrévolutionnaire de marché, dans le développement progressif du droit des contrats administratifs, dont la première composante est ce que l'on nomme aujourd'hui le droit des marchés publics. Les fondements conceptuels complémentaires dans l'émergence du concept de marché public (**Titre II**) sont plus ou moins inféodés à ceux des marchés de fournitures et de travaux publics de l'État.

Titre II : Les fondements conceptuels complémentaires des marchés publics

Les marchés de transports, c'est-à-dire les marchés de fournitures de prestations de services et les marchés des collectivités locales ne sont que complémentaires dans l'émergence des marchés publics, car ils n'ont pas atteint un niveau de définition conceptuelle, au contraire des marchés de travaux publics et de fournitures. Ainsi, les marchés de fournitures de services, communément représentés par les marchés de transports n'ont pas le régime juridique autonome des marchés de fournitures (**Chapitre 1**), tandis que les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures conclus par les collectivités locales (**Chapitre 2**) peuvent relever du droit commun de principe, comme du droit administratif, durant tout le XIXe siècle. Dans ce titre second, il s'agit d'appréhender ces deux types de contrats dans leur « conception origininaire »⁶⁶³. Toutefois, ils sont plus difficilement appréhendés que les deux précédents, car les marché de services et les marché locaux ont un niveau d'abstraction juridique inférieur aux marchés de TP et de fournitures de l'État, pour une combinaison de raisons relativement justifiables.

Le caractère complémentaire de ces deux types de contrat de l'Administration dans l'émergence conceptuelle des marchés publics réside dans ce niveau d'abstraction largement inférieur des marchés de services et des marchés locaux par rapport aux marchés de travaux publics et de fournitures étatiques.

⁶⁶³ Concernant l'utilisation cette expression : LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs, op. cit.*, LGDJ, Paris, 1983, t. 1, p. 270.

Chapitre 1 : La notion juridique de « marché de services »

367. Les marchés de services sont des fondements conceptuels complémentaires dans l'émergence du concept de marché public, dans le sens où la qualification juridique de « marché de services » n'a pas de réalité dans le droit administratif du XIXe, comme de la première moitié du XXe siècle. La notion juridique de marché de services se rattache essentiellement à la qualification juridique de marché de transports dans le droit administratif du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. Leur complémentarité dans l'émergence du concept de marché public relève du fait de la non autonomie de la qualification juridique des marchés de transports qui sont rattachés au régime juridique des marchés de fournitures *lato sensu*. Dès la Révolution de 1789, les prestations de services représentent un besoin réel des pouvoirs publics, au même titre que leurs besoins en biens immobiliers et mobiliers.

368. Dans cette lignée, les contrats administratifs conclus à titre onéreux postrévolutionnaires, ayant pour finalité la réalisation d'une prestation de services livrable à l'État, sont des marchés n'ayant un caractère administratif que par attribution indirecte, du fait de leur caractère non autonome vis-à-vis des marchés de fournitures de l'État. Il faut entendre par contrat administratif conclu à titre onéreux, des contrats ayant un caractère administratif qui fait « l'objet d'un paiement sous forme d'argent ou d'une compensation »⁶⁶⁴. La notion de marché de services s'appréhende difficilement dans le droit administratif postrévolutionnaire. La première étape est de rechercher une définition matérielle de cette notion juridique (**Section 1**). La seconde est de détailler la définition formelle de ces marchés de services (**Section 2**).

⁶⁶⁴ COTELLE Toussaint-Ange, *Des dommages et intérêts en matière de transports*, Marchal & Billard éditeurs, Paris, 1891, p. 13.

Section 1 : La recherche d'une définition matérielle des marchés de services

369. La notion de marché de services est rattachée, principalement, à la qualification de marché de transports, mais pas seulement. La recherche d'une définition formelle de cette notion juridique passe par l'identification des objets qui entre dans le champ des marchés de fournitures *lato sensu* (**Sous section 1**). L'objet immatériel des marchés de fournitures, les prestations de services voient leur nombre se multiplier, consolidant ainsi la notion de marché de services, au sein des marchés de fournitures *lato sensu* (**Sous section 2**).

Sous-section 1 : Les prestations entrant dans le champ des marchés de fournitures *lato sensu*

370. Les prestations de services représentent un besoin incontournable des pouvoirs publics, au même titre que les biens immobiliers et les biens mobiliers. Une des différences notoires entre le besoin en travaux publics et en biens mobiliers réside dans le fait que les marchés de services n'existent pas en tant que contrats administratifs autonomes, comme les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. Si le législateur ne les reconnaît pas dans les textes et règlements, la jurisprudence et la doctrine administrativiste ne peuvent ignorer les questions pratiques concernant les besoins en approvisionnement, en prestations de services. Faute de façonner un régime juridique adéquat aux marchés, ayant pour finalité des prestations de services, comme c'est le cas pour les travaux publics et les fournitures, et compte tenu de l'indigence des textes du législateur en ce domaine, la doctrine et la jurisprudence ont trouvé des solutions juridiques. Cette solution consiste en l'élargissement de la définition des marchés de fournitures, au-delà des bien mobiliers, que le terme « fournitures » sous-tend.

371. L'objet des marchés de fournitures est un élément de fait central dans l'appréhension de ce type de contrat administratif autonome. C'est l'élément qui permet entre autre de différencier matériellement les marchés de travaux publics des marchés de fournitures, avant même de rechercher les différences dans leurs deux régimes juridiques autonomes, durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Les marchés de fournitures ont un objet multiple, ce qui complique leur appréhension d'autant plus. Ce

chapitre traite des marchés ayant pour finalité l'approvisionnement des pouvoirs publics en prestations de services divers, mais il faut commencer par savoir, dans quelle matrice, ils évoluent, à savoir celle des marchés de fournitures⁶⁶⁵. Nous ne voulons pas, dans ce chapitre, reprendre ce qui a été dit dans le chapitre précédent sur les marchés autonomes de fournitures étatiques, mais extraire une analyse des marchés de services qui entrent dans le giron de ceux-ci.

§ 1 : Les objets matériels en finalité des marchés de fournitures : socle d'une définition cohérente

372. La logique et la cohérence du terme « fournitures » sous-tend des biens mobiliers pouvant revêtir diverses formes matérielles. Les différentes définitions des marchés de fournitures posées essentiellement par la doctrine administrativiste et la jurisprudence ne peuvent remplacer le rôle central du législateur, qui, lui seul, peut poser une définition claire et opposable à tous. La jurisprudence tranche les cas d'espèce, la doctrine décrit et explique le droit, en apportant sa vision critique, dans un même but de progrès de la matière juridique. La doctrine ordonne les idées, met sur pied des théories juridiques sur lesquelles le législateur peut prendre appui pour améliorer les différents textes dont il est l'auteur. Ainsi, dans le domaine des marchés, la doctrine administrativiste joue un rôle important dans l'ordonnement des définitions et des analyses, comme nous l'avons souligné dans les chapitres précédents. Les différents auteurs de la doctrine administrativiste, du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, apportent une aide considérable pour la compréhension de ces objets en mal de définition claire et cohérente, que sont les marchés avant la naissance des marchés publics.

373. Dans le caractère multiple que l'on a forgé aux marchés de fournitures, leurs premiers objets sont matériels. Ces objets matériels peuvent recouvrir des formes très diverses.

A) Les prestations mobilières : premier objet matériel des marchés de fournitures

⁶⁶⁵ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2.

374. Les biens mobiliers représentent le premier objet des marchés de fournitures, l'objet le plus cohérent et le plus évident à déduire de la terminologie « fournitures », attachée à ce type de contrats administratifs autonomes. Cet objet concret, que représente l'approvisionnement des pouvoirs publics en biens mobiliers, remplit un but précis pour les services de l'État, peu important leurs formes. Certains corps de l'Administration vont être de plus gros utilisateurs de marchés de fournitures, de par l'importance logistique que leurs services publics impliquent.

1) Des prestations mobilières pour assurer le bon fonctionnement des services de l'État

375. Tous les contrats administratifs sont passés par l'État et ses collectivités dans le but de pourvoir aux besoins de fonctionnement et de développement des différentes missions de services publics. Les marchés de fournitures, comme ceux de travaux publics, viennent pourvoir à des besoins différents de l'Administration, mais chacun est indispensable de manière complémentaire. L'État et ses administrations ont des besoins de différentes sortes pour assurer leur pérennité et leurs missions.

376. Les prestations mobilières sont des objets matériels entrant dans le champ des marchés de fournitures. Ces prestations mobilières sont le premier des objets, que les marchés de fournitures ont pour finalité. Même dans le cas de figure où, on se limiterait aux prestations mobilières comme finalité de ce type de marché autonome, cet objet n'en est pas, pour autant, simple à appréhender. Ainsi, ces prestations peuvent être de différentes sortes. Ces objets mobiliers peuvent être des objets périssables ou non, des objets de différentes tailles, dans la limite de leur qualification d'objets mobiliers, ou n'importe quels objets mobiliers servant le bon fonctionnement des administrations. En résumé, ces marchés portent sur tous les biens mobiliers qui sont nécessaires au bon fonctionnement des administrations, comme par exemple, le cas des différents ministères ayant des besoins plus ou moins importants et ciblés suivant le cas. La multiplicité de leur nature est donc importante. Le législateur ne plaçant pas vraiment de limite à ce caractère, la doctrine administrativiste et la jurisprudence doivent faire avec les moyens dont elles disposent. En effet, la jurisprudence remplit son rôle dans la définition « matérielle » des marchés de fournitures, en tranchant des cas d'espèce, à savoir des cas de marchés ambigus

quant à leur qualification ou non de marchés de fournitures. Pascal ARRIGHI emploie, dans sa thèse, le terme « douteux »⁶⁶⁶ pour qualifier certains cas de marchés, que l'on fait entrer dans la définition des marchés de fournitures. C'est précisément dans ce genre de cas que la jurisprudence joue la plénitude de son rôle. Citons comme illustration, un arrêt du Conseil d'État du 28 janvier 1865, l'arrêt *Pollet*⁶⁶⁷ posant que « les commandes faites aux artistes par la liste civile sont des marchés de fournitures ». C'est de cette confusion dans l'appréhension des marchés de fournitures, que l'extension du giron des marchés de fournitures a pu être possible.

377. En résumé, les marchés de fournitures ont pour premier objet, les prestations mobilières nécessaires au fonctionnement des services d'une administration. Ce premier objet matériel des marchés de fournitures est, en théorie, exempt de toutes opérations immobilières⁶⁶⁸. C'est la divergence fondamentale entre les marchés de travaux publics et de fournitures, fondant leurs caractères autonomes, avant même leurs divergences de régime juridique de passation. Maintenant, il faut aussi prendre la mesure, que l'ampleur des fournitures de prestations mobilières à un service de l'État bien particulier, peut jouer un rôle quant à leur importance et leur développement.

2) Le cas des fournitures en prestations mobilières de la Défense nationale : amplificateur de l'importance des marchés de fournitures

378. Dans la conjoncture politique et diplomatique du XIXe et surtout de la première moitié du XXe siècle, les tensions militaires et les conflits ouverts maintiennent les États d'Europe occidentale dans une situation quasi permanente d'urgence, qui nécessairement influence la création et l'évolution du droit, ce dernier représentant la cristallisation d'une situation sociale donnée. En ce sens, Norbert ELIAS disait que « le droit ne signifie pas grand chose, quand il n'est pas soutenu par une force sociale correspondante »⁶⁶⁹.

379. Les services se rattachant au ministère de la Défense procèdent aux marchés de fournitures les plus importants. En effet, il suffit d'appréhender l'organisation et la

⁶⁶⁶ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 60.

⁶⁶⁷ CE, 28 janvier 1865, *Pollet*, Dalloz, 1865, 3, 81.

⁶⁶⁸ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 60.

⁶⁶⁹ ELIAS Norbert, *La dynamique de l'Occident*, Pocket, Coll. Agora, p. 51.

logistique, tant sur le plan humain que matériel, nécessaire à la tenue d'un conflit d'envergure comme la Première ou Seconde Guerre mondiale, à savoir, toutes les fournitures diverses nécessaires à la vie quotidienne des troupes. C'est par la passation de marchés de fournitures que les différents services de guerre pourvoient à la subsistance et à l'habillement des troupes. Mais aussi, tout ce qui peut être nécessaire pour mener des opérations de guerre d'envergures diverses : armes, matériel logistique, munitions. La Marine passe des marchés de fournitures pour ses approvisionnements de base : munitions, matières brutes, objets ouvrés, fournitures de l'artillerie, ou encore outillages des navires. Les marchés de fournitures passés par le département de la Marine intègrent aussi la fabrication de navires de guerre dans leur globalité. Il peut donc y avoir des marchés de fournitures passés par la Marine nationale française, ayant pour objet la fourniture de sous-marins⁶⁷⁰. L'argument de la taille matérielle des objets de la prestation mobilière est donc particulièrement extensible, quand on prend en compte que des navires de guerre entreraient dans le champ des marchés de fournitures, cela revient à qualifier les sous-marins et autres destroyers de guerre, de meubles ! La notion de bien meuble sous-tend une taille limitée, mais le critère décisif doit être la mobilité de ces navires, comme une automobile doit être classée dans la catégorie des biens meubles.

380. Pour résumer : les besoins en fournitures en tous genres du ministère de la Défense, ou de la Guerre selon les périodes, sont d'une importance considérable en volume, en coût financier dans un but de défense de la nation. Cette importance générale de l'approvisionnement en prestations mobilières du ministère de la Défense se fait par le procédé de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux, à savoir les marchés de fournitures. Cela a pour conséquence l'évolution de ce procédé juridique contractuel de droit public, et son nécessaire développement afin de l'améliorer.

381. Cet objet premier des marchés de fournitures que sont les prestations mobilières est un point de départ, une base qui, en elle-même, porte une grande diversité de cas, difficile à trancher pour certains. Cela ouvre la porte à un élargissement de l'objet matériel de base, permettant de reconnaître une convention à titre onéreux comme un marché de fournitures. La jurisprudence joue un rôle toujours aussi important pour trancher ce genre de questions

⁶⁷⁰ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 60.

d'espèce, alors que la doctrine administrativiste travaille à une synthétisation, pour ensuite pouvoir théoriser ces points complexes du droit administratif. Il s'agit donc de faire des catégories dans les objets matériels, pour mieux appréhender leur multiplicité.

B) Les fournitures isolées et multiples : deuxième objet matériel des marchés de fournitures

382. Le contrat administratif de fournitures peut revêtir des modalités différentes, mais l'objet matériel reste le même et la nature juridique n'en est pas modifiée. La durée d'exécution du marché a pour effet de permettre de distinguer les marchés de fournitures isolées ou uniques et les marchés qui ont pour objet des fournitures continues ou multiples⁶⁷¹. Le critère de la fréquence de l'approvisionnement en fournitures des personnes publiques est donc une base pour subdiviser les objets matériels entrant dans le champ des marchés de fournitures. La durée, dans le temps, d'un marché de fournitures peut impliquer des problématiques différentes d'un approvisionnement ponctuel et unique.

1) Les fournitures isolées : socle d'une sous-catégorie jurisprudentielle de marchés de fournitures

383. Les marchés, ayant pour objet matériel un approvisionnement en fournitures isolées, sont qualifiés en premier par la jurisprudence⁶⁷², et en second, par la doctrine administrativiste⁶⁷³ de « marché de livraisons »⁶⁷⁴. La distinction des fournitures isolées et des fournitures multiples a été parfaitement mise en lumière, par le commissaire du gouvernement CORNEILLE, qui a posé la distinction entre « les marchés de fournitures continues et multiples passés par l'État, opposés aux marchés de livraisons, aux marchés consistant dans une livraison accidentelle et unique »⁶⁷⁵. L'intérêt, de cette distinction forgée par la jurisprudence dans l'arrêt précédemment évoqué, est grand, du fait de son influence sur l'exécution même du marché qui peut se voir bouleversé. Ainsi, dans le cas de figure des marchés de livraisons, c'est-à-dire de fournitures isolées, la passation et l'exécution du marché se font sur une durée limitée dans le temps, qui implique que la conjoncture économique ou juridique n'a, *a priori*, pas le temps d'évoluer radicalement.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁷² CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, RDP, 1918, p. 242.

⁶⁷³ Voir Définition des marchés de fournitures chez : TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷⁴ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁷⁵ CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, *op. cit.*, p. 242.

Les marchés de livraisons sont la sous-catégorie de marchés de fournitures qui soulèvent le moins de problématique et de complexité dans leur passation et dans leur exécution.

384. La question de la « division » des marchés de fournitures en différentes « sous-catégories », si on peut les qualifier ainsi, est complètement étrangère à la responsabilité du législateur. En effet, l'examen des différents textes sur les marchés de fournitures, dans les deux précédents chapitres, a pu le mettre en lumière⁶⁷⁶. Il est pertinent de souligner que la terminologie de « marchés de livraisons » sous-tend une prestation de services, à savoir un service de livraison, alors même qu'ils sont définis, par la jurisprudence, comme « des marchés consistant dans une livraison accidentelle et unique »⁶⁷⁷. La doctrine administrativiste, de son côté, les appréhende comme des marchés qui se « rapprochent de la vente » chez Louis TÉTRAU, ou comme « des marchés de fournitures isolées ou uniques » chez Pascal ARRIGHI. Le législateur, par contre, n'en fait pas mention dans ses textes sur les marchés, ne légiférant qu'autour des marchés de travaux publics et de fournitures, voire plus tard de transports⁶⁷⁸, à côté de ceux de fournitures dont ils dépendent⁶⁷⁹. Donc, cette création de sous-catégories, au sein des marchés de fournitures, répond directement et découle d'une appréhension large de ces marchés eu égard à leurs objets. Une appréhension hypertrophiée des objets des marchés de fournitures rend nécessaire une subdivision théorique et jurisprudentielle de ceux-ci. Cette sous-catégorie des marchés de fournitures qualifiée de marchés de livraisons est une sous-catégorie parmi d'autres qui n'est pas la plus théorisée par la doctrine et la jurisprudence. Nous traiterons de manière approfondie cette question des sous-catégories des marchés de fournitures dans la sous section suivante⁶⁸⁰.

2) Les fournitures multiples : trait d'union entre biens mobiliers et prestations de services

385. Comme nous l'avons abordé dans le précédent intitulé, cette distinction des fournitures isolées ou multiples est une création essentiellement de la jurisprudence, reprise et commentée par la doctrine administrativiste. Un marché de fournitures, ayant pour objet

⁶⁷⁶ Cf. *supra*, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1, § 1.

⁶⁷⁷ CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁷⁸ Décret n° 1082 du 6 avril 1942, *op. cit.*, relatif aux marchés passés au nom de l'État, en son art. 1^{er} pose « Les marchés de travaux, fournitures, transports (...) » ; Cf. *infra*, Sect. suiv.

⁶⁷⁹ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 2, § 1.

⁶⁸⁰ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 2, § 2.

des fournitures multiples, est un marché qui se prolonge sur une certaine durée, beaucoup plus longue que dans le cas d'une fourniture unique. Cette durée dans le temps, de par l'objet même du marché de fournitures, suppose des problématiques augmentées par rapport à un marché ponctuel.

386. Un marché de fournitures se prolongeant dans le temps se trouve à la merci de toutes sortes de bouleversements économiques. Pascal ARRIGHI, dans sa thèse que nous avons déjà abordée, car elle nous paraît incontournable sur les marchés de fournitures et leurs composantes des marchés de prestations de services, parle de ces bouleversements économiques d'autant mieux qu'il a soutenu sa thèse⁶⁸¹ juste un mois après la capitulation de l'Allemagne dans le Second Conflit mondial. De par ces bouleversements économiques pouvant subvenir dans un marché de fournitures multiples, la théorie de l'imprévision peut leur être appliquée. C'est la jurisprudence du Conseil d'État, dans un arrêt précédemment abordé, posant la distinction fournitures uniques ou fournitures multiples⁶⁸², que la théorie de l'imprévision a été appliquée pour la première fois dans ce type de contrat administratif autonome. Mais, il ne faut pas se focaliser exclusivement sur l'aléa économique, l'aléa administratif peut aussi affecter la convention de manière plus ou moins importante. Ce deuxième aléa entre en ligne de compte, si des modifications législatives, réglementaires, d'ordre fiscal ou administratif interviennent pendant la durée du marché de fournitures multiples. La durée est une notion relative, suivant que le marché s'étend sur un ou plusieurs mois, une ou plusieurs années, la conjoncture extérieure au contrat sera plus ou moins susceptible d'influer sur l'exécution du marché. Il faut nécessairement que le cadre juridique des marchés de fournitures prenne en compte cela⁶⁸³. La jurisprudence reconnaît et tranche des cas d'espèce impliquant des marchés de fournitures multiples. Dans un arrêt du 28 juillet 1932, le Conseil d'État pose que « le contrat par lequel un sculpteur s'est engagé à fournir au Ministre de l'Instruction Publique à des prix déterminés et pendant une durée de neuf années, les médailles destinées aux instituteurs publics, constitue un marché de fournitures pour le service de l'État qu'il appartient au Conseil d'État de connaître par application du décret du 11 juin 1806 »⁶⁸⁴. Un autre arrêt du Conseil d'État pose qu'il y

⁶⁸¹ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 62.

⁶⁸² CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, op. cit., p. 242.

⁶⁸³ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 62.

⁶⁸⁴ CE, 28 juin 1932, *Dame veuve Roty*, Rec. Lebon, pp. 813-814.

aura marché de fournitures multiples, même si le contractant est un État étranger, dans le cas où le marché est intervenu conformément aux règles posées par les marchés français⁶⁸⁵.

387. La distinction entre ces deux modalités de fournitures, les fournitures multiples de par leur durée relativement longue présente au autre intérêt digne de notre attention. Ainsi, la considération du temps présente, en cas de difficulté, l'intérêt de mettre en lumière une qualification du marché, c'est-à-dire, que cela correspond à l'idée de participation au service public. On aura tendance à présumer cela, dans le cas où un fournisseur s'est engagé pour une longue période de temps envers une personne publique. Dans cette situation, il devient coopérateur du service public. Cette coopération du fournisseur au service public représente une limite entre la fourniture d'une prestation mobilière réelle et une prestation de services se cristallisant dans un service d'approvisionnement du service public. La limite entre fourniture matérielle et immatérielle par un service est très difficile à cerner, comme l'atteste l'histoire des marchés de fournitures.

388. En conséquence, la coopération au service public du fournisseur est un élément complémentaire, permettant de qualifier une convention conclue à titre onéreux de contrat administratif. Si l'objet du marché a pour objet des prestations mobilières, des fournitures isolées ou multiples⁶⁸⁶, on se trouve alors, sans nul doute possible, en présence d'un marché de fournitures⁶⁸⁷.

389. Les objets matériels, comme finalité des marchés de fournitures, répondent à une conception logique et cohérente de ce type de contrat administratif autonome, conclu à titre onéreux. Mais la grande multiplicité des objets mobiliers pouvant entrer derrière le terme de « fournitures », ouvre les bases d'une conception extensive des marchés de fournitures par l'hypertrophie des objets entrant dans leur giron. Le manque de précision et de définition des textes du législateur sur les marchés est le point de départ de nombreux

⁶⁸⁵ CE, 12 décembre 1930, *Société des moteurs Gnôme et Rhône c/ Ministre de l'air* : « considérant que la société s'étant engagée à livrer cent moteurs destinés au gouvernement polonais qui devait lui en effectuer le paiement, qu'il a été spécifié par des stipulations intervenues entre le Ministre chargé des services de l'Aéronautique et la Société, que cette Société se soumettait aux obligations imposées par le cahier des clauses et conditions générales du Ministère de la Guerre et par le cahier des clauses et conditions générales du Service des fabrications de l'aéronautique, que l'exécution du marché serait contrôlée par les agents du service des fabrications et que, le cas échéant, les pénalités seraient prononcées par le ministre, que de ces dispositions il est résulté entre l'État et la Société un contrat administratif », Rec. Lebon, p. 1068.

⁶⁸⁶ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 1, § 2.

⁶⁸⁷ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 63.

problèmes quant à l'application du droit administratif et donc, des contrats administratifs. En effet, le droit administratif n'en est encore, au début du XXe siècle, qu'au stade d'une construction et d'une théorisation. La jurisprudence et la doctrine ont donc forgé une appréhension extensive des marchés de fournitures, réglant un problème qui été celui de l'appréhension des marchés de prestations de services.

§ 2 : Les objets immatériels en finalité complémentaire des marchés de fournitures : éléments d'une définition matérielle extensive

390. Les objets matériels sont la finalité de marchés de fournitures sur la base d'une définition logique et cohérente, d'après la terminologie de « fournitures ». Mais la multiplicité de la notion matérielle de « fournitures » est le point de départ d'une définition beaucoup plus extensive de la notion de fournitures, jusque dans une appréhension immatérielle. Le caractère extensif de cette définition des marchés de fournitures est né de problématiques bien précises. Tout d'abord, il faut regarder l'origine de cette définition large, puis, les caractères de la notion de services appliquée au contrat administratif conclu à titre onéreux.

A) La construction d'une définition extensive des marchés de fournitures

391. La pratique des marchés de fournitures, pendant une grande partie du XIXe siècle, se résume à une réalité de l'Administration qui fonctionnait sans réelle théorisation et définition de cette notion juridique. L'adoption et la généralisation d'une appréhension extensive des marchés de fournitures a des origines issues d'une certaine pratique de la satisfaction des besoins intrinsèques des pouvoirs publics. Il y a une certaine volonté d'adaptation de la terminologie de marché de fournitures avec sa conception plus extensive, incluant un objet immatériel, les prestations de services.

1) Une construction fondamentalement doctrinale et jurisprudentielle

392. Dans la construction d'une définition extensive des marchés de fournitures, incluant les objets immatériels, les prestations de services, les différents acteurs de la construction du droit administratif et de ses dépendances ont tous joué un rôle. Le point de départ est

l'indigence des textes du législateur, que SERRIGNY qualifiait de « lacune véritable dans notre législation »⁶⁸⁸. L'absence quasi totale de définition des marchés, aussi bien de travaux publics que de fournitures, par le législateur pendant presque un siècle et demi suivant 1789, comme nous l'avons démontré dans le titre précédent⁶⁸⁹, confère une sorte d'obligation aux autres acteurs du droit administratif. Ainsi, c'est essentiellement la doctrine administrativiste, dans ce cas, qui va mettre sur pied une définition extensive des marchés de fournitures, intégrant les prestations de services dans leur objet. La jurisprudence restera dans son rôle habituel qui est celui de trancher des cas d'espèce, en posant que tel ou tel cas est un marché de fournitures ou non.

393. Il faut toutefois s'appuyer sur notre étude des définitions doctrinales des marchés de fournitures réalisée dans le titre précédent⁶⁹⁰, afin de prendre la mesure qu'il faut attendre l'émergence d'une certaine doctrine administrativiste « spécialisée » dans les contrats administratifs dès les années 1870, pour voir les premières définitions construites des marchés de fournitures. Le premier de ces auteurs est Arsène PÉRIER, que nous avons déjà étudié dans le chapitre précédent, pour son apport majeur dans les travaux de recherches sur les marchés de fournitures. Il pose dans son traité⁶⁹¹ une définition claire et bien construite que nous ne reprendrons pas ici⁶⁹². Sur le point précis des services, il vient préciser, juste en marge de cette définition, la question du rattachement de marchés ayant pour objet des prestations de services aux marchés de fournitures. Ainsi, il précise que « les contrats de transports passés dans l'intérêt de ces divers services rentrent aussi dans la catégorie des marchés de fournitures »⁶⁹³. PÉRIER inclut donc les marchés ayant pour objet des prestations de services dans sa définition des marchés de fournitures. Il met en avant les marchés de transports qui sont les marchés de prestations de services les plus importants, dans les écrits des différents acteurs du droit du XIXe et même de la première moitié du XXe siècle. Ceci témoigne aussi que la notion de marchés de services n'existe pas en tant que terminologie employée, donc c'est une notion qui reste à forger. Nous étudierons l'importance des marchés de transports comme le fer de lance de la construction de la notion de marchés publics de services⁶⁹⁴. À la suite de PÉRIER, d'autres auteurs de la

⁶⁸⁸ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif, op. cit.*, p. 531 ; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2, A.

⁶⁸⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I Chap. 1 & 2, Sect. 1.

⁶⁹⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

⁶⁹¹ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures, op. cit.*

⁶⁹² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2, A.

⁶⁹³ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures, op. cit.*, p. 1.

⁶⁹⁴ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 2, § 1.

doctrine administrativiste axée sur les contrats administratifs, comme l'un des plus éminents, Eugène PERRIQUET qui occupe une place importante dans cette étude, définissent les marchés de fournitures, à la fin du XIXe siècle, dans leurs ouvrages. Il les appréhende comme « l'achat des objets mobiliers destinés aux services de l'État constitue la partie la plus importante des marchés appelés souvent marchés de fournitures, (...). Ces marchés comprennent, non seulement l'achat des objets de consommation et autres nécessaires aux services de l'État, mais d'autres contrats, tels que louages d'ouvrage ou de transports, assurances, etc... et jusqu'à des ventes »⁶⁹⁵. PERRIQUET pose une définition très habile de ces marchés de fournitures dans une définition extensive à son époque et majoritaire dans la doctrine. Il pose en objet principal « l'achat des objets mobiliers » comme étant l'objet clé des marchés de fournitures. Ce n'est qu'en second lieu qu'il pose comme objet des marchés de fournitures les prestations de services. Il qualifie « d'autres contrats, tels que louages d'ouvrage ou de transports, assurances, etc... et jusqu'à des ventes »⁶⁹⁶, ce sont donc pour lui des contrats ayant comme finalité des prestations de services à destination des pouvoirs publics qui s'intègrent dans les contrats administratifs autonomes que sont les marchés de fournitures. La définition de PERRIQUET traduit bien l'état de l'appréhension des marchés de fournitures à la fin du XIXe siècle.

394. Par la suite d'autres juristes de la doctrine administrativiste, axée sur les contrats administratifs de la première moitié du XXe siècle, vont conforter cette définition extensive des marchés de fournitures. Ainsi, pour Louis TÉTREAU, les fournitures peuvent être des « matières ou denrées, des transports ou de la main d'œuvre »⁶⁹⁷. Cette appréhension est sans aucune ambiguïté sur le caractère extensif de la définition des marchés de fournitures, incluant les prestations de services dans leurs objets hétérogènes. Dans le même sens, une vingtaine d'années plus tard, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, Pascal ARRIGHI dispose, dans sa thèse, déjà citée dans cette étude, que les marchés de fournitures « peuvent concerner des biens ou des services »⁶⁹⁸. Cette citation témoigne d'une clarté dans l'appréhension de ce type de contrats administratifs autonomes, loin d'être acquise quelques années auparavant.

⁶⁹⁵ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État*, op. cit., p. 128.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁶⁹⁷ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 7.

⁶⁹⁸ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 63.

395. Il y a donc un certain consensus de la doctrine administrativiste sur une définition extensive des marchés de fournitures, afin de répondre aux carences des textes du législateur qui ne prennent pas en compte toute la palette des besoins des pouvoirs publics. Leurs textes se limitent à n'inclure que les travaux et les fournitures, pendant la majorité du XIXe siècle. La réponse de la doctrine, avec l'appui de la jurisprudence, a été d'adopter une définition extensive de la notion de fournitures.

2) La notion de marchés administratifs : une volonté d'adaptation terminologique à une notion de « fourniture difforme »

396. Face à des besoins des pouvoirs publics que le législateur n'intègre pas dans ses textes sur les marchés, la doctrine et la jurisprudence doivent développer et adapter la réalité des besoins à l'effectivité du droit. Les deux types de contrats administratifs, conclus à titre onéreux, compris dans le champ d'application des textes sur les marchés, ne peuvent pas englober l'ensemble des besoins réels des pouvoirs publics. Il a donc fallu adopter une définition extensive des marchés de fournitures, en y intégrant un objet immatériel que sont les prestations de services. Cet élargissement rend la notion de fournitures hypertrophiée et difforme, par rapport à la signification *stricto sensu* du terme « fournitures ». La doctrine a réagi à cet état de chose de manière assez rapide, mais dans des positions doctrinales qui n'arriveront pas à s'imposer à tous.

397. Des administrativistes, la plupart méconnus, avaient conscience de cette problématique de marchés de fournitures devenus trop extensifs dans leur objet. Des auteurs de la doctrine, dont l'un des plus éminents, surtout en matière de contrats administratifs, Eugène PERRIQUET, pose que des marchés « appelés souvent marchés de fournitures », devraient s'appeler « plus justement marchés administratifs »⁶⁹⁹. C'est une position doctrinale tranchée de la part de PERRIQUET, qui ne généralisera pas cette notion, même si d'autres auteurs, avant lui, ont tenté d'imposer des terminologies plus adaptées aux marchés de fournitures, devenus trop extensifs dans leur appréhension. Dans des travaux universitaires de 1851, cités dans le précédent chapitre, un jeune étudiant utilise l'expression « marchés publics »⁷⁰⁰ pour qualifier les marchés de fournitures, trouvant certainement ce terme plus approprié aux objets trop multiples de ces marchés.

⁶⁹⁹ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État*, op. cit., p. 128.

⁷⁰⁰ DECAZIS-LAPEYROUSE Henri-Joseph., *Thèse pour la licence*, Faculté de droit, Toulouse, 1851, p. 26.

Cette terminologie reste limitée à des positions doctrinales marginales. Cette appellation de « marchés administratifs » mise en avant, souvent comme un simple synonyme des marchés de fournitures par certains auteurs, reflète en fait une notion plus large que la notion de fournitures, souffrant d'une inadaptation de par son hypertrophie. Ce terme de « marchés administratifs » aurait permis de pallier à l'inadaptation terminologique de la notion de fournitures, à des marchés qui regroupent des objets aussi divers, allant de biens mobiliers aux prestations de services en tous genres. Même s'il est facile, avec le recul, pour des chercheurs du début du XXI^e siècle, de juger et de critiquer ses prédécesseurs, le fait est que ces auteurs auraient pu voir leur opinion aboutir, s'ils avaient utilisé un argumentaire explicite. Des spécialistes des contrats administratifs, comme PERRIQUET, pressentent le travail de synthèse qu'il reste à faire sur ce point délicat du droit administratif⁷⁰¹.

B) Une appréhension des « marchés de services » postrévolutionnaires : entre éclatement et non autonomie

398. Un des éléments clé qui rend les marchés de fournitures hypertrophiés est le fait que les prestations de services aient un objet d'importance capitale dans les besoins des pouvoirs publics. Cette importance des services dans les besoins de l'Administration est telle qu'il devrait y avoir un régime juridique autonome des marchés de fournitures. La cohérence voudrait que les marchés de fournitures se limitent à un objet matériel que sont les biens mobiliers dans leur grande diversité, et que des contrats administratifs autonomes soient bâtis autour de l'objet des services destinés aux administrations. Mais nous sommes ici dans l'étude de ce qu'est le droit, ou ce qu'il a été, pour comprendre ce qu'il est, logique qui doit mener ces recherches. La période étudiée s'étend du XIX^e siècle jusqu'aux années 1960⁷⁰².

1) Un objet de services morcelé dans diverses conventions entre différents contrats publics et privés

399. À la base de tout contrat administratif, il y a un ou plusieurs besoins intrinsèques de l'Administration. Les marchés de travaux publics répondent à un besoin en constructions

⁷⁰¹ Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 1 : le rôle et l'attitude de la doctrine administrativiste dans l'élaboration du droit administratif, et surtout des contrats administratifs conclus à titre onéreux, seront soigneusement étudiés dans ce chapitre, car nécessaires à une bonne compréhension.

⁷⁰² C'est-à-dire, la première codification des marchés publics de 1964, qui est véritablement l'acte de naissance d'un nouveau type générique de contrats administratifs conclus à titre onéreux, venant englober et clarifier une typologie archaïque et peu cohérente, comme la partie I en fait la constatation.

immobilières. Quant aux marchés de fournitures, le besoin s'avère plus complexe à définir, c'est donc le sujet de ce chapitre. Les prestations de services, dont l'Administration a besoin, revêtent de multiples formes, mais sont indispensables au bon fonctionnement des services de l'Administration. La conclusion de contrats administratifs à titre onéreux, ayant pour finalité des prestations de services à destination des pouvoirs publics, est d'importance dans le fonctionnement des services de l'Administration. La fourniture de services à l'Administration peut se faire selon plusieurs procédés divers et variés. Par exemple, le procédé très utilisé de la concession de services publics, qui ne fait pas partie de notre sujet d'étude, n'est pas un contrat administratif conclu à titre onéreux, dès lors, pas un marché. À ce stade, il faut aussi nommer un autre contrat qui fournit des services également aux pouvoirs publics : le contrat de louage de services, appelé aussi par PERRIQUET « contrat de louage d'ouvrage »⁷⁰³. Ce type de contrat s'avère difficile à qualifier de contrat de droit privé ou de droit public, car utilisé par des acteurs, tant publics que privés. Pendant la majeure partie du XIXe siècle, les services sont inconnus de la branche du droit, comme le droit du travail, mais bien connus du droit des contrats, tout d'abord privés, puis publics, qui sont en pleine construction, mais qui ne peuvent cacher leur lien intrinsèque avec le contrat du Code Napoléon. Cette notion de services était connue surtout sous l'angle du louage d'ouvrage et d'industrie, mais aussi sous l'angle du mandat, du contrat de société, voire de la vente. À la fin du XIXe siècle, avec l'augmentation du nombre des salariés de l'industrie, et la montée en puissance corrélative d'un droit protecteur, notamment avec la loi du 27 décembre 1890 relative au contrat de louage de services, et celle du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail, la distinction entre le travail indépendant et le travail subordonné bénéficiant d'un certain nombre de protections devient inévitable. De là naît l'expression contrat de travail, qui s'impose progressivement à la place de celle de louage de services⁷⁰⁴. Le contrat de travail est un contrat *a priori* de droit privé, même si l'Administration doit utiliser aussi des conventions, elle développera une composante de droit public, à savoir un droit de la Fonction publique. Cette question des contrats de louage d'ouvrage est tranchée par PERRIQUET, qui les intègre dans la typologie des marchés de fournitures extensifs, même s'il sous-entend que ce sont des contrats à part entière. Ce sont ces mêmes contrats de louage de services que certains auteurs de la doctrine administrativiste, comme Louis TÉTREAUX, après la

⁷⁰³ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État*, op. cit., p. 128.

⁷⁰⁴ CHAUCHARD Jean-Pierre, LE CROM Jean-Pierre, « Les services entre droit civil et droit du travail », *Le Mouvement Social*, n° 211, 2005, in <http://www.cairn.info>

Première Guerre mondiale, assimilent à des « marchés de fournitures de main d'œuvre »⁷⁰⁵, comme sous-catégorie des marchés de fournitures. Nous détaillerons ces différentes sous-catégories de marchés de fournitures ayant pour objet des services, dans la sous section 2 de ce chapitre.

400. Dans cette étude sur les contrats administratifs conclus à titre onéreux, les marchés, il ne faut jamais perdre de vue la filiation entre le contrat du Code civil et le procédé contractuel ayant un caractère administratif. Comme nous l'avons déjà vu dans les compétences contentieuses en matière de marchés de fournitures, les contrats administratifs sont en construction continue, pendant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle, état de fait normal en ce qui concerne un droit vivant. Le droit n'est pas une matière figée, puisque s'adaptant par essence toujours à l'évolution du monde réel. Les différents stades d'élaboration du droit administratif et des contrats administratifs entrant dans sa matrice théorique expliquent les confusions terminologiques, les absences de définitions construites, et les contradictions d'une doctrine administrativiste, qui semble dépassée par l'importance du rôle qu'elle a à jouer. Cette élaboration inachevée du droit administratif et des contrats, ayant ce caractère, explique la confusion qu'il existe encore entre des contrats privés parfaitement définis et qualifiés par le Code civil, et des contrats administratifs en mal de reconnaissance. Ce mal de reconnaissance trouve ses fondements dans l'absence de généralisation et de synthèse dans cette matière, qui ne fait pas encore l'objet d'une théorisation d'envergure⁷⁰⁶. Une confusion telle de conventions pour satisfaire les besoins en prestations de services des pouvoirs publics est significative de l'état d'avancement de la matière, et des carences conjuguées des différents acteurs de la construction du droit administratif du XIXe au milieu du XXe siècle, sachant que les prestations de services sont assez importantes pour être un objet à part entière, avec un régime juridique propre.

401. En conclusion, c'est l'intégration des contrats administratifs conclus à titre onéreux, ayant pour finalité des prestations de services diverses, dans l'objet extensif des marchés

⁷⁰⁵ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁰⁶ Il faut attendre les années 1930, et le grand administrativiste Gaston JÈZE pour que les contrats administratifs entrent réellement dans une ère moderne, et puissent parvenir à la reconnaissance souhaitée. Ce thème sera traité dans le Titre I, chap. 1, de la Partie II de cette thèse.

de fournitures, qui leur confère la stabilité juridique la plus efficace, et la visibilité optimale dans le contexte décrit.

2) La question du sens du mot « services » dans l'histoire du droit des contrats administratifs

402. Il faut, dès le départ, clarifier la notion de « services » que nous appréhendons ici, même si les précédents intitulés ont utilisé l'expression « prestation de services » qui est moins sujette à ambiguïté. Il ne s'agit donc pas du terme « services » dans l'optique du Service public. Il s'agit d'une notion centrale de droit administratif, pour ne pas dire « la » notion. Les « services » qui sont visés, dans cette étude, sont issus de la sphère économique, et le droit administratif doit les prendre en compte, parce qu'ils entrent dans la palette des besoins intrinsèques de l'appareil étatique. En ce sens, RICHER souligne parfaitement que dans le cadre des marchés de services « la notion de service n'est pas des plus précises ; elle renvoie à une réalité économique plus qu'à des données juridiques »⁷⁰⁷. La notion de « services » est un objet à part entière, non encore reconnu au XIXe et dans les premières décennies du XXe siècle. Les éléments d'explication sont certainement à aller chercher dans le contexte économique et dans le développement de l'industrialisation. De surcroît, la France du XIXe siècle accède à l'industrialisation progressivement, contrairement à l'Angleterre, pour laquelle on parle de « Révolution industrielle »⁷⁰⁸. L'étape économique du « Capitalisme industriel » tend à la fabrication de biens manufacturés à grande échelle, qui sont destinés à être consommés dans des sociétés axées autour de cette finalité⁷⁰⁹. L'ère de la tertiarisation de l'économie est encore loin, ce qui est le facteur numéro un de l'atrophie de la notion de « services », dans le champ de l'économie en général. Le droit n'étant que la traduction juridique de forces sociales en présence, il ne peut y avoir de contrats administratifs autonomes, ayant pour objet exclusif la fourniture de services, si cela ne correspond pas à une réalité économique.

403. La définition d'un « service », s'appréhende, au sens moderne du terme, comme une production économique. La définition la plus complète et la plus claire est celle de l'INSEE : « Une activité de service se caractérise essentiellement par la mise à disposition

⁷⁰⁷ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 387.

⁷⁰⁸ Cette expression de Révolution industrielle est utilisée par Adolphe BLANQUI pour qualifier le phénomène d'industrialisation qu'a connu l'Angleterre de la deuxième moitié du XVIIIe siècle.

⁷⁰⁹ Notion de « société de consommation ».

d'une capacité technique ou intellectuelle. À la différence d'une activité industrielle, elle ne peut pas être décrite par les seules caractéristiques d'un bien tangible acquis par le client. Compris dans leur sens le plus large, les services recouvrent un vaste champ d'activités qui va du commerce à l'administration, en passant par les transports, les activités financières et immobilières, les services aux entreprises et services aux particuliers, l'éducation, la santé et l'action sociale. C'est le sens généralement donné par les Anglo-saxons au terme "services". En France, dans la pratique statistique, ce vaste ensemble est dénommé "activités tertiaires". On y distingue le tertiaire marchand (transports, commerce, services aux entreprises, services aux particuliers, activités immobilières et financières) du tertiaire non-marchand (éducation, santé, action sociale, administration...); les termes secteurs des services sont alors utilisés de façon plus restrictive puisque limités aux services aux entreprises et aux particuliers»⁷¹⁰. Cette définition est la plus complète, elle est économique, comme la notion de service, qui correspond à la nouvelle finalité d'un capitalisme qui quitte la phase industrielle (secondaire), pour entrer dans une ère de capitalisme tertiaire⁷¹¹. Dans la perspective de l'élaboration du droit administratif et des contrats administratifs durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle, la conjoncture économique est à un stade d'évolution nettement en deçà. En effet, le développement de la pratique contractuelle de l'État et de ses collectivités se fait parallèlement au développement d'un capitalisme industriel, transformant radicalement la société, par une corrélation de processus lié à celui du développement d'une économie secondaire.

404. Dans ce contexte, il n'existe pas de définition de la notion de service, autre que celle de « service public » qui n'interagit pas sur le même plan économique. Les services ne représentent pas encore un besoin économique, placé sur le même plan que les biens immobiliers et les biens mobiliers. Il ne faut pas perdre de vue le caractère économique particulièrement marqué des contrats administratifs conclus à titre onéreux, de par leurs objets qui viennent combler des besoins économiques en contrepartie d'un paiement monétaire.

⁷¹⁰ Définition de la notion de « service » par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, in <http://www.insee.fr>

⁷¹¹ La phase capitaliste tertiaire est la phase économique à laquelle arrivent les pays les plus développés, parallèlement à la réduction de leurs tissus industriels. Le tertiaire est une phase économique dans laquelle la production et la consommation de services vont prendre le pas sur les biens manufacturés, qui seront produits dans d'autres pays, ayant un coût de production industriel moindre. Voir : BEAUD Michel, *Histoire du capitalisme*, op. cit.

405. De surcroît, l'appréhension de la notion de service, qui a pour un juriste d'aujourd'hui une définition et un usage courant, ne l'est pas à l'époque des administrativistes du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. Cette période est fondamentale quant à l'élaboration et la gestation qui donneront naissance aux concepts de "marché public" dans leur acception moderne au début des années 60. Les causes économiques sont les plus probables, bien qu'elles interagissent en corrélation avec d'autres éléments, comme la position des différents acteurs du droit et leur priorité. Cette combinaison de raisons explique que les besoins des pouvoirs publics en services divers se trouvent éclatés en plusieurs types de contrats, ayant ou non le caractère administratif. Les services en tant qu'objet ne donnent pas lieu à la mise sur pied d'un type de contrat administratif autonome, comme pour les marchés de travaux publics, mais sont intégrés dans la définition des marchés de fournitures, appréhendée largement.

406. Pour conclure cette Sous-section première, il faut, concernant les services, noter l'inexistence d'un type de contrat administratif autonome conclu à titre onéreux, ayant comme objet exclusif, ou du moins principal, des prestations de services. Mais ce n'est pas pour autant que les besoins en services divers des administrations ne sont pas réels. Même si ce n'est pas la même réalité que celle de la seconde moitié du XXe siècle, leurs besoins en services n'en sont pas pour autant inexistantes. La fourniture de services divers aux administrations de l'État dans le cadre de leurs missions est donc un objet complémentaire, entrant dans le champ des marchés de fournitures, et ce jusqu'à la naissance des « marchés publics de services », qui sont une des trois composantes des marchés publics, depuis leur création. Il faut retenir que la fourniture aux pouvoirs publics de services à titre onéreux passe, dans la plupart des cas, par la passation de marchés de fournitures. Pour les appréhender, il faut se pencher sur l'objet secondaire des marchés de fournitures, à côté de leur premier objet qui reste logiquement les biens mobiliers. Ce caractère non autonome de ces marchés, vis-à-vis de la définition des marchés de fournitures, sous-tend des implications quant à leur régime juridique.

Sous-section 2 : La multiplication de sous-catégories de marchés de services non autonomes, vecteur de consolidation notionnelle

407. Les marchés publics de services, qui sont, depuis le premier Code des marchés publics de 1964, un des trois piliers des marchés publics, ont des origines beaucoup moins claires et linéaires, par rapport aux marchés de travaux publics, ou de fournitures. Les deux précédentes sections vont dans le sens de cette démonstration. Durant tout le XIXe siècle, la notion de services, qui est fondamentalement économique, comme nous l'avons déjà abordée dans la section première, ne commence à se développer, qu'à la fin du XIXe et durant le XXe siècle. La notion globale de marché de services s'appréhende difficilement, jusqu'à la deuxième moitié du XXe siècle. Les prestations de services, fournies à l'Administration, par le procédé des contrats administratifs conclus à titre onéreux, se font via des types de prestations bien précis. Le type de service, matérialisant un des besoins les plus importants dans le cadre du bon fonctionnement des services administratifs, est le service des transports. C'est véritablement les marchés de transports qui sont le levier de la naissance des marchés publics de services. Les marchés de transports se détachent des autres prestations de services, éclipsent même la notion générique de services. De manière adjacente, le manque de clarté, dans l'appréhension trop extensive des marchés de fournitures, entraîne une certaine inflation de sous-catégories de marchés de fournitures, ayant pour objet des prestations de services spécifiques.

§ 1 : Des marchés de transports : levier de la naissance des marchés publics de services

408. Les marchés de transports sont des contrats administratifs non autonomes conclus à titre onéreux, qui visent la fourniture d'un service bien précis aux pouvoirs publics. L'appréhension de cette sous-catégorie de marché, qui s'insère dans les marchés de fournitures, se fait par les différents acteurs du droit administratif des contrats. En premier lieu, le législateur reconnaît les marchés de transports, dans ses écrits sur les marchés, de par leur importance dans l'échelle des besoins de l'État et de ses services. En second lieu, la doctrine administrativiste et la jurisprudence les traitent obligatoirement, dans une certaine mesure.

A) Les marchés de transports dans les textes du législateur

409. Les marchés de transports ont pour objet des prestations de services précises, entrant dans les objets multiples des marchés de fournitures. Pourtant, le législateur va inclure assez rapidement les services de transports, dans ses textes sur les marchés, en marge des travaux et des fournitures, qui sont les deux besoins, que le législateur estime être les plus importants pour le bon fonctionnement des services administratifs. En prélude, il faut, toutefois, répondre à la question de la source du caractère administratif des marchés de transports. Ainsi, le législateur reconnaît leur réalité dans les besoins onéreux des pouvoirs publics, mais il donnera autant de définitions des marchés de transports qu'il le fait pour les marchés de travaux publics et de fournitures.

1) La reconnaissance du caractère administratif des marchés de transports de l'État : un caractère administratif en héritage des marchés de fournitures de l'État

410. Il est obligatoire, dans cette étude, de toujours souligner le caractère administratif et la source de ce caractère, parce que notre sujet de recherche se limite aux contrats administratifs conclus à titre onéreux, autonomes, et non autonomes. De la même manière qu'a été mis en lumière le caractère administratif des marchés de travaux publics et de fournitures⁷¹², les marchés de transports ont le caractère administratif, mais pas de façon directe, comme les deux types de marchés autonomes précédemment abordés.

411. Ainsi, l'assimilation des marchés, procurant des prestations de services aux pouvoirs publics dans le giron des marchés de fournitures, implique des conséquences sur la définition, le régime de passation, mais pas seulement. En effet, le caractère des marchés de transports est aussi concerné. Donc, le caractère administratif des marchés de transports apparaît clairement comme une conséquence de leur caractère non autonome vis-à-vis des marchés de fournitures, auxquels le législateur a conféré directement le caractère administratif. En tant que petit rappel, ce sont différents textes du législateur de l'époque révolutionnaire qui viennent fixer sans ambiguïté le caractère administratif des marchés de fournitures. La fixation de ce caractère administratif est très importante, car elle permet de pouvoir définir les compétences contentieuses, qui interviendront en cas de litiges générés lors d'une passation de marchés de fournitures. De ces différents textes de l'époque révolutionnaire, on retient en premier, le décret additionnel à la loi du 28 pluviôse an VIII,

⁷¹² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Section préliminaire.

c'est-à-dire un décret du 11 juin 1806⁷¹³, intervenant pour fixer les compétences contentieuses des marchés de fournitures de l'État. Ce décret, dans son intitulé, intervient sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État. La fixation des compétences contentieuses est un des principaux critères d'appréhension des contrats administratifs conclus à titre onéreux. Ce décret sert de référence dans le régime contentieux des marchés de fournitures, comme nous l'avons constaté, dans le cadre des compétences contentieuses des marchés de fournitures et de fournitures de services⁷¹⁴.

412. Au final, le caractère administratif de ce que l'on qualifie de marchés de transports, en tant que contrats administratifs conclus à titre onéreux, dépendant de la définition et du régime juridique des marchés de fournitures, ne fait pas de doute, peu importe qu'il ne soit pas directement attribué par un texte du législateur, comme pour les deux contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux, sujet de cette étude.

2) Une reconnaissance textuelle limitée des marchés de transports, en tant qu'objet de marché

413. Pour qu'une réalité sociale soit reconnue juridiquement par le législateur, il faut que le législateur pose une terminologie qui corresponde à cette réalité. La réalité sociale effective et la qualification de cette réalité sociale sont les deux éléments indispensables, dans un processus de reconnaissance d'un concept juridique, pour qu'il devienne un objet juridique. Cette phrase synthétise relativement bien le cas des marchés de transports, comme plus globalement, le cas des marchés publics, problématique générale de cette thèse.

414. Les marchés de transports sont cités dans différents textes réglementaires et législatifs, à partir d'un certain stade d'élaboration de la législation applicable aux marchés de l'État. Mais dans un premier temps, les termes sont très génériques dans le premier texte d'importance sur les marchés, en l'occurrence ceux de l'État. Ainsi, la première loi d'importance sur les marchés ne cite pas explicitement les marchés de transports, et utilise des termes génériques pour préciser leur champ d'application. Cette loi, à savoir celle du

⁷¹³ Art. 14, de ce même texte. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 2.

⁷¹⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2.

31 janvier 1833⁷¹⁵, véritable socle législatif du cadre juridique des marchés de l'État moderne, en son article 12, précise son champ d'application, posant qu' « une ordonnance royale réglera les formalités à suivre, à l'avenir, dans tous les marchés passés au nom du gouvernement »⁷¹⁶. L'article 12 de cette loi utilise, comme vu précédemment⁷¹⁷, un vocable très général mentionnant « les marchés passés au nom du gouvernement »⁷¹⁸. Cette qualification peut recouvrir n'importe quel objet de contrats administratifs conclus à titre onéreux, comme les marchés de travaux publics, de fournitures, de transports etc., sans en citer aucun de manière explicite.

415. La loi de 1833 ne fait qu'annoncer un texte qui réglera les formalités concernant les marchés de l'État, son importance réside en cela. L'ordonnance royale du 4 décembre 1836⁷¹⁹ sur les marchés de l'État est véritablement le premier texte fondateur du cadre juridique moderne des marchés de l'État, portant la paternité de notre régime actuel des marchés publics. Cette ordonnance est beaucoup plus précise, dans son champ d'application et dans ses termes, que la loi de 1833. Elle dispose, en son article 1 : « Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées en l'article suivant »⁷²⁰. L'expression « tous les marchés au nom de l'État »⁷²¹ est très générique, laissant comme dans la loi précédente, un champ d'application pouvant s'étendre à n'importe quel objet de contrats administratifs conclus à titre onéreux, y compris des marchés de transports. Mais en l'article 2 de cette ordonnance, qui fera office de référence, durant des décennies, dans le cadre juridique des marchés à destination des pouvoirs publics, les objets des marchés sont précisés de manière explicite. Cet article énumère les cas où l'Administration pourra choisir ses cocontractants par le procédé exceptionnel du gré à gré. Ce qui explique le regain de précision inhabituel du législateur, dans ses textes, car dans le cas du gré à gré, l'Administration dispose de pouvoirs étendus dans le choix de ses cocontractants, justifiant un soigneux encadrement textuel par le législateur. L'article 2 de l'ordonnance de décembre 1836 pose que « il pourra être traité de

⁷¹⁵ Loi du 31 janvier 1833, portant règlement définitif du budget de l'exercice 1829, *Bulletin des lois de la République française*, 1833, n° 83, p. 3. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 3.

⁷¹⁶ *Ibid.*, Art. 12, *Bulletin des lois de la République française*, 1833, n° 83, p. 7.

⁷¹⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1.

⁷¹⁸ Loi du 31 janvier 1833, *op. cit.*, Art. 12, *Bulletin des lois de la République française*, 1833, n° 83, p. 7.

⁷¹⁹ Ordonnance royale du 4 décembre 1836, portant règlement des marchés passés au nom de l'État, *Bulletins des lois de la République française*, 1836, n° 470, p. 674. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 4.

⁷²⁰ *Ibid.*, Art. 1^{er}, n° 470, p. 674.

⁷²¹ Ordonnance royale du 4 décembre 1836, *op. cit.*, Art. 1^{er}, *Bulletins des lois de la République française*, 1836, n° 470, p. 674.

gré à gré, 1° Pour les fournitures, transports et travaux (...) »⁷²². Dans ce cas précis, l'objet des transports est cité de manière explicite par le législateur, entre l'objet des fournitures et des travaux. Fournitures et travaux, qui sont les objets de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux. Cela confère une reconnaissance de la réalité des besoins de l'Administration en prestations de services, et en l'occurrence de transports. Mais, cela pointe du doigt les incohérences du droit administratif des contrats de cette période, ou du moins son élaboration très incomplète à ce stade. La formulation de l'alinéa 2, du même article, est assez explicite en ce sens en parlant « d'espèce de fournitures, de transports ou de travaux, (...) ». Cette formulation traduit bien l'appréhension assez floue qu'a le législateur de ces différents contrats, pourvoyant aux besoins onéreux des administrations étatiques, dans un premier temps, puis des collectivités locales, dans un deuxième temps. Si l'ordonnance royale à destination des marchés de l'État prend en compte l'objet des transports à titre onéreux, la transposition de cette ordonnance aux marchés des collectivités locales, par l'ordonnance royale du 14 novembre 1837⁷²³, ne prend en compte dans son texte, et donc dans son champ d'application explicite, que les fournitures et les travaux. L'article 1^{er} de ce texte pose son applicabilité à « toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance (...) »⁷²⁴, et ne fait aucunement mention des transports onéreux dans son champ d'application. Même dans le cas des marchés passés de gré à gré, qui font preuve d'une précision supérieure, les transports ne sont pas mentionnés explicitement, seuls les « fournitures ou travaux »⁷²⁵ sont mentionnés dans certains alinéas de l'article 2 de cette ordonnance relative aux marchés communaux.

416. Les textes d'importance sur les marchés, qui suivirent l'ordonnance de décembre 1836, ne font, dans leur grande majorité, que reprendre les articles de ce texte « quasi fondamental » pour les contrats administratifs conclus à titre onéreux postrévolutionnaires. Juste à la suite de l'ordonnance de décembre 1836, l'ordonnance du 31 mai 1838⁷²⁶ stipule, en son article 46, « il peut être traité de gré à gré, 1° Pour les fournitures, transports et

⁷²² Ordonnance royale du 4 décembre 1836, Art. 2, *op. cit.*, p. 674.

⁷²³ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance ; *Bull. des lois de la République française*, n°546, p. 721.

⁷²⁴ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, Art. 1^{er} ; *Bull. des lois de la République française*, 1837, n°546, p. 721. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

⁷²⁵ *Ibid.*, Art. 2, al. 6 & 7, *Bull. des lois de la République française*, n°546, p. 722.

⁷²⁶ Ordonnance du 31 mai 1838, portant règlement général sur la comptabilité publique, *Bulletin des lois de la République française*, 1838, n° 579, p. 829.

travaux (...) »⁷²⁷. Les terminologies du texte de 1836 sont reprises quasiment mot pour mot dans l'ordonnance de mai 1838. Elles incluent donc aussi l'objet des transports, dans le champ d'application du texte, et toujours dans l'article sur l'énumération des cas où l'Administration peut utiliser l'exception au principe de l'adjudication, le procédé du gré à gré. Le décret du 31 mai 1862, portant sur la comptabilité publique, qui pose des définitions surtout dans le domaine budgétaire, entre en corrélation aussi avec les marchés, de par leur caractère économique, entrant aussi dans le champ du droit budgétaire dans une certaine mesure. Ainsi, l'article 69⁷²⁸ de ce même décret énumère les cas où l'Administration peut passer des marchés de gré à gré, en reprenant les cas d'espèce déjà posés dans les deux textes précédents (*op. cit.*).

417. Le texte d'importance sur les marchés de l'État, qui intervient dans le prolongement chronologique, est le décret du 18 novembre 1882⁷²⁹, qui comme nous l'avons déjà souligné⁷³⁰, revêt une grande importance, car il restera, jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le texte de référence en matière de marchés. Dès son premier article, ce décret précise son champ d'application, « les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'État seront faits avec concurrence et publicité ». Ensuite, toujours dans l'article précisant les cas d'espèce, où l'Administration peut traiter ses marchés de gré à gré, le législateur est obligé d'être plus précis dans ses termes, car le gré à gré donne une marge économique relativement importante aux administrations, par un choix quasi discrétionnaire de ses cocontractants sans obligation de choisir le mieux-disant, comme dans le cas du procédé de principe, l'adjudication. L'article 18 du décret du 18 novembre 1882⁷³¹, fait référence explicitement aux marchés de transports, à côté de ceux de travaux publics ou de fournitures, dans ses textes d'importance sur les marchés. À titre d'illustration complémentaire, l'article 18 répète le terme « transports », en tant qu'objet spécifique de marchés, dans sept des quinze alinéas que comporte cet article qui se base sur les textes précédents, mais en apportant des compléments par rapport aux versions antérieures. Les différents textes qui suivent ce décret d'importance, qui touchent les marchés de manière principale ou accessoire, vont dans sa continuité citer les transports comme un des objets des marchés, au même titre que les travaux publics et les fournitures.

⁷²⁷ *Ibid.*, Art. 46, al. 1, *Bulletin des lois de la République française*, 1838, n° 579, p. 838.

⁷²⁸ À noter qu'il a déjà été fait référence à cet article du décret sur la comptabilité publique de 1862, dans le cadre d'une énumération des cas où l'Administration de l'État peut passer des marchés sans recourir à l'adjudication ; Cf. *Supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2.

⁷²⁹ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

⁷³⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1, § 1.

⁷³¹ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État.

La conjoncture économique et politique, de la première partie du XXe siècle, aura une influence sur l'évolution du droit administratif des contrats.

418. C'est dans le dernier texte d'importance sur les marchés de l'État, avant les grandes évolutions des années 1950-1960, qui vont voir la naissance du concept de droit administratif de « marchés publics », et de sa composante de marchés publics de services, que les marchés de transports confortent davantage leur reconnaissance. En effet, le décret du 6 avril 1942⁷³², relatif aux marchés passés au nom de l'État, stipule, dès son premier article, que son champ d'application touche trois objets de marchés de l'État : « les marchés de travaux, fournitures, transports au compte de l'État (...) »⁷³³. La différence, avec les textes précédents, réside dans le fait que l'objet des transports entre maintenant d'office dans les objets importants de marchés conclus à titre onéreux, juste à la suite des marchés de travaux publics et de ceux de fournitures. C'est un ordonnancement qui peut paraître anodin, mais ce n'est pas le cas. Ceci tend à accréditer que les marchés de transports sont reconnus comme étant d'importance parmi les différents besoins de l'État. Les transports sont des prestations de services, que le législateur reconnaît en les prenant en compte dans tous ses textes. Ils représentent bien la figure de proue des marchés procurant des prestations de services à titre onéreux, malgré le fait qu'ils ne soient qu'une catégorie de contrats administratifs conclus à titre onéreux non autonomes vis-à-vis des marchés de fournitures et de leur régime juridique.

419. Au final, le législateur dans ses différents textes reconnaît, de manière incontestable, une place aux marchés de transports, à côté des « institutionnalisés » marchés de travaux publics et marchés de fournitures. Au travers des marchés non autonomes de transports, le législateur reconnaît les besoins des pouvoirs publics en prestations de services, même si la notion générique de services n'est encore citée dans aucun des textes du XIXe, ni des première décennies du XXe siècle.

3) Une non définition des marchés de transports : une attitude constante du législateur à l'égard de ses marchés

⁷³² Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État.

⁷³³ *Ibid.*, Titre I, Chap. I, Art I.

420. Dans les deux précédents chapitres sur les marchés de travaux publics et de fournitures, il a été traité de l’appréhension de ces deux types de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux par le législateur, au travers de ses textes⁷³⁴. Il a été mis en lumière dans les deux cas des marchés de travaux publics et de fournitures, que le législateur, dans une logique textuelle minimaliste, ne pose aucun élément de définition des objets juridiques qu’il utilise. Dans un contexte d’élaboration perpétuelle du droit administratif d’une façon générale, et plus particulièrement du droit administratif des contrats, durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle, le législateur semble pallier au plus urgent, dans la construction du cadre juridique des contrats administratifs, à savoir le régime de passation, incluant les questions contentieuses. Dans cette logique, il ne donne aucune définition explicite des différents types de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux.

421. La construction juridique des marchés de travaux publics et de fournitures, en ce qui concerne leur non définition par le législateur dans ses textes, se transpose et s’applique logiquement à l’appréhension des marchés de transports. Bien que, dans le cas des marchés de transports, les problématiques soient encore plus floues que pour les deux autres contrats qui jouissent d’un statut et d’une reconnaissance, dans une typologie de contrats administratifs postrévolutionnaires⁷³⁵. Les marchés de transports, au sens strict du terme, sont des marchés de fournitures, comme nous l’avons soulignés dans les sections une et deux de ce chapitre. Ce sont des marchés de fournitures, parce qu’ils s’insèrent dans une définition extensive, et donc, ils partagent avec eux le même régime de passation, incluant les questions de compétences contentieuses⁷³⁶. C’est en cela que résident les problématiques faisant que les marchés, ayant pour objet des prestations de transports, sont beaucoup plus difficiles à appréhender par rapport aux deux marchés autonomes, de travaux publics et de fournitures.

422. Dans le droit, le législateur, dans les textes que nous avons déjà examinés dans l’intitulé précédent, cite les transports, comme un des trois objets de marchés, et ce dès

⁷³⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1, § 1.

⁷³⁵ Cf. La reconnaissance rapide du caractère administratif des approvisionnements de l’État, et de ses entités administratives, en travaux publics et en fournitures diverses, *a contrario* des besoins en prestations de services, comme les transports, conditionne une typologie des contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux postrévolutionnaires axée quasi exclusivement sur les seuls marchés de travaux publics et les marchés de fournitures.

⁷³⁶ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 2.

l'ordonnance royale de 1836. Il faudra attendre l'ordonnance du 18 novembre 1882, pour que les transports soient cités, dès l'article 1, arrêtant le champ d'application. Mais le verbe « citer » traduit bien l'attitude du législateur, qui ne définit en rien les objets juridiques qu'il a la prétention de réglementer, exactement comme dans le cas des marchés de travaux publics et de fournitures. L'indigence des textes du législateur, pour ce qui est de la définition des objets qu'il tend à réglementer, laisse un champ d'interprétation aux autres acteurs de l'élaboration du droit administratif, que sont la jurisprudence et la doctrine. Les textes du législateur sont donc difficilement applicables, sans les interventions de la jurisprudence pour trancher les cas d'espèce, et de la doctrine administrativiste pour apporter ses réflexions sur le droit administratif des contrats en gestation.

B) Les marchés de transports dans la doctrine administrativiste et la jurisprudence

423. Il est nécessaire d'appréhender l'approche des marchés de transports, tout d'abord, chez les différents auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, puis, celle de la jurisprudence.

1) L'appréhension des marchés de transports, chez les auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe et de la première moitié du XXe siècle

424. Les auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe siècle voient leur champ d'action s'élargir considérablement, du début à la fin de ce siècle. Le droit administratif, tel qu'on l'appréhende aujourd'hui, va naître de la propension des Révolutionnaires à imposer, par des textes de droit écrit, les fondements coutumiers d'un dualisme juridique entre un droit privé et un droit public, issus de l'Ancien Régime. Le droit administratif des contrats ne commencera à entrer réellement dans les préoccupations des auteurs de la doctrine qu'après 1850. Les appréhensions des marchés de travaux publics et de fournitures détaillées, dans les deux précédents chapitres, le démontrent.

425. Il s'agit de comparer et de commenter les appréhensions des marchés de transports, chez différents auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, dans la mesure où ils représentent une doctrine administrativiste qui ne soit pas marginale. Certains de ces auteurs sont plus spécialisés sur les contrats administratifs que

d'autres. Il faut dresser un bilan d'ensemble, qui soit représentatif de l'époque, et des différents courants doctrinaux.

a) Les marchés de transports chez Eugène PERRIQUET

426. Il n'est plus nécessaire de présenter Eugène PERRIQUET, tant il est un résident quasi permanent de notre bibliographie, chapitre après chapitre. Son apport dans la doctrine administrativiste de la fin du XIXe siècle, dans le domaine plus précis des contrats administratifs, est tellement important, qu'il est incontournable. Tellement incontournable, qu'il faut aller chercher son approche des marchés de transports, pour débiter l'approche doctrinale de ce contrat administratif à titre onéreux non autonome. Concernant les contrats administratifs dans leur généralité, PERRIQUET apporte une clarification préalable, qui peut se justifier tout à fait dans le contexte doctrinal, de la fin du XIXe siècle, compte tenu de l'immaturité théorique quasi totale des contrats administratifs. De surcroît, il rappelle qu'« un contrat est un contrat administratif et donne lieu à la compétence administrative, lorsque l'État y intervient pour exercer directement les pouvoirs constituant la puissance publique »⁷³⁷.

427. Dans son ouvrage sur « *Les contrats de l'État* »⁷³⁸, PERRIQUET porte son attention sur les transports à destination des pouvoirs publics, dans la partie de son ouvrage dévolu au « louage d'ouvrage », ce qui est une classification normale, à ce stade d'évolution des positions de la doctrine administrativiste de la fin XIXe siècle. Il appréhende les transports dans leur réalité économique au sens large, dans laquelle il situe ensuite les transports en tant que contrats administratifs. Pour lui, les transports sont d'un point de vue matériel, en grande partie réalisés par le biais des chemins de fer. Il précise que « les conditions de ces transports ne donnent pas lieu à un contrat distinct »⁷³⁹. Ceci étant une des caractéristiques essentielles des services de transports fournis aux pouvoirs publics, dans le sens où divers types de contrats administratifs peuvent pourvoir à ces besoins, aussi bien à titre onéreux, objet de cette étude, qu'à titre de concession. PERRIQUET poursuit son analyse sur les transports, en précisant que les conditions de ces transports sont réglées d'avance, avec chaque compagnie, par le cahier des charges de sa concession. Il souligne que les compétences contentieuses de cette matière sont dévolues au Conseil de

⁷³⁷ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État, traité comprenant notamment les règles en matière de ventes domaniales, ventes des coupes de bois de l'État, fournitures et marchés, concessions de mines...*, op. cit., Marchal, Billard et Cie, Paris, 1884, n° 231, p. 222.

⁷³⁸ PERRIQUET Eugène, *Les Contrats de l'État (...)*, op. cit., Marchal, Billard et Cie, Paris, 1884.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 223.

préfecture⁷⁴⁰. Il aborde aussi le cas important des transports maritimes, dont il cite ceux des services des postes qui occupent une place importante dans le service public de distribution du courrier, à une période d'explosion des communications, notamment longue distance. Ce service public est assuré par des compagnies, dont il ne précise pas le caractère public ou non, mais leurs activités sont encadrées par des lois⁷⁴¹. PERRIQUET précise, quant à la question des compétences contentieuses, que les contestations entre l'État et les compagnies seront tranchées par le ministre, sauf recours au Conseil d'État. Mais dans ce cas de figure précis, ce ne sont pas des transports à destination de l'État qui sont conclus à titre onéreux, cela relève d'une autre forme de contrat administratif ne faisant pas partie du champ de réflexion de cette étude, à savoir, les concessions de service public.

428. En conclusion, concernant l'approche des marchés procurant des services de transports à l'État, PERRIQUET traduit bien, dans ses traités, les problèmes afférant plus particulièrement à cet objet précis de marché. Ainsi, il met en lumière que la fourniture aux pouvoirs publics de services de transports divers ne donne pas lieu à un contrat administratif conclu à titre onéreux, ayant un caractère autonome, au même titre que les marchés de travaux publics ou de fournitures.

b) Les marchés de transports dans les écrits de Louis TÉTREAU

429. Louis TÉTREAU, qui a déjà été présenté antérieurement dans cette étude, donne en sa qualité d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, au début du XXe siècle, son appréhension pragmatique et concise des marchés de transports, de manière adjacente aux marchés de fournitures auxquels il a consacré un traité⁷⁴². Ainsi, il aborde dans son avant-propos tout ce qui est de l'ordre de la définition des termes importants de son traité. Il propose une définition des marchés de fournitures⁷⁴³, et de manière adjacente, il y intègre de manière logique une appréhension des marchés de transports, qui s'insère dans la définition extensive de ceux de fournitures. TÉTREAU appréhende les marchés de transports, comme des marchés qui « se définissent par leur objet même »⁷⁴⁴. C'est une définition des plus pragmatiques et sommaires, qui révèle bien la problématique attachée à

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 223.

⁷⁴¹ On peut citer, les lois du 4 juillet 1868 et celle du 2 août 1875 portant sur les messageries maritimes, ou encore les lois du 26 juillet 1868 et celle du 22 janvier 1874 portant sur les compagnies transatlantiques.

⁷⁴² TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*

⁷⁴³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1, § 2.

⁷⁴⁴ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 7.

ce type de marché, c'est-à-dire leur caractère non autonome vis-à-vis des marchés de fournitures, malgré un objet relevant des prestations de services revêtant une importance croissante. Il faut noter que le contrat de transports à titre onéreux à destination de l'État semble n'être qu'une sous-catégorie de marchés de fournitures, parmi d'autres. La sous-catégorie a pour objet une prestation de services, la plus reconnue par les différents acteurs du droit administratif du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. Cette approche des marchés de transports de Louis TÉTREAU est intéressante pour cette mise en lumière, et parce qu'il écrit au lendemain de la Première Guerre mondiale, soit moins d'une décennie avant la théorisation doctrinale des contrats administratifs par Gaston JÈZE.

c) Les marchés de transports dans les écrits de Pascal ARRIGHI

430. Les marchés de transports, dans les écrits de Pascal ARRIGHI, intéresse cette étude, parce qu'il écrit au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avec quelques années de recul, sur le décret du 6 avril 1942, qui remplace le décret de référence de novembre 1882 en matière de marchés de l'État. La première différence notoire entre l'appréhension des marchés de transports par TÉTREAU dans les années 1920, et celle d'ARRIGHI, quelques 25 ans plus tard, est le différentiel de développement et de théorisation de cet objet de marchés, s'insérant toujours dans les marchés de fournitures au lendemain de 1945.

431. Dans son ouvrage⁷⁴⁵ sur les marchés de fournitures, Pascal ARRIGHI traite d'un pan de plus en plus important des marchés de fournitures, que sont les prestations de services s'insérant dans la définition extensive de ces marchés. Il place son appréhension de ces marchés dans un intitulé « L'objet du marché, élément de fait », dans lequel il détaille les différents objets qui entrent dans le giron des marchés de fournitures, à savoir les prestations mobilières, les fournitures isolées et multiples⁷⁴⁶, et les marchés fournissant des prestations de services de transports. ARRIGHI souligne que, parmi les services qui entrent dans le champ des marchés de fournitures, il faut « signaler en tout premier lieu les marchés de transports »⁷⁴⁷. Il continue en expliquant son appréhension de ces marchés de transports. Cet objet des transports est à l'image de la notion de « fournitures », multiple et

⁷⁴⁵ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit.

⁷⁴⁶ Ce sont les objets matériels des marchés de fournitures que nous avons développés dans la section une de ce chapitre, à côté des objets immatériels, c'est-à-dire les prestations de services, dont la figure de proue est le service de transports, qui fait l'objet de ce développement.

⁷⁴⁷ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit., p. 63.

générique, regroupant des opérations relativement diverses. Il peut s'agir de transports de personnel, de transports de matériel, ou les deux à la fois, de transports de dépêches, de colis postaux entre la Métropole et ses possessions d'Outre Mer, ou bien seulement entre possessions coloniales. Le moyen de transports peut être de nature terrestre ou aérien. Les marchés de fournitures, dans leur extension à l'objet immatériel des prestations de services, servent de cadre juridique à la réalisation de ces opérations de transports à titre onéreux, pour les besoins de l'État, ou même de ses collectivités locales⁷⁴⁸.

432. De la même manière que le caractère multiple des fournitures amène à faire des classifications en leur sein, les marchés de transports nécessitent aussi une classification, pour des raisons de clarté d'analyse, mais dans une moindre mesure que les fournitures. ARRIGHI expose que cette classification des marchés de transports relève des mêmes critères que ceux qu'il applique aux marchés de fournitures. De surcroît, les marchés, ayant pour objet des services de transports, peuvent se classer, d'un côté, les marchés qui ont pour objet un transport unique, et de l'autre, des marchés qui ont pour objet des transports multiples. Il précise que l'on peut trouver dans le cas des marchés de transports, les mêmes possibilités d'aléas, la même portée économique que dans le cas de fournitures de biens mobiliers. De même, du point de vue de la nature juridique, il arrive fréquemment que le marché simple, c'est-à-dire un marché de transport unique, ne fasse pas intervenir le titulaire dans le fonctionnement interne du service public. Dans ce cas de figure, il s'agira d'un contrat de droit privé, comme par exemple un contrat d'affrètement, qui serait soumis aux règles du droit maritime⁷⁴⁹.

433. Pour conclure son appréhension des marchés de transports, ARRIGHI précise que la réalisation de l'objet peut, suivant les hypothèses, être une obligation de faire – c'est-à-dire un transport proprement dit – ou *a contrario*, une location, un louage de navires. En l'occurrence, les procédés juridiques employés sont généralement les procédés administratifs. Les marchés de transports sont des marchés de fournitures, s'ils sont passés par l'Administration en vue d'un service public et avec l'intention d'appliquer le régime juridique en vigueur dans la gestion publique, avec l'idée sous-jacente de service public, et l'intention d'avoir recours aux procédés de droit public. L'intention de droit public est

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁷⁴⁹ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 63.

révélée par la forme ou les clauses du contrat⁷⁵⁰. ARRIGHI appréhende ainsi les marchés de transports, qui s'insèrent dans la définition et le régime juridique des marchés de fournitures, comme un objet important de marchés, mais qui flirtent facilement avec le droit privé dans certains cas, du fait de leur appréhension par les différents acteurs du droit de manière relativement floue, malgré l'établissement de la théorie des contrats administratifs, une quinzaine d'années auparavant.

434. La doctrine administrativiste prend en compte les marchés, ayant pour finalité la fourniture d'une prestation de services de transports à destination de l'État, de manière très inconstante d'un auteur de doctrine à l'autre. Aucun acteur du droit n'ignore les marchés de transports. Le législateur les implique dans le champ d'application de ses textes d'importance sur les marchés, et ce dès l'ordonnance royale de 1836⁷⁵¹. La jurisprudence tranche des cas d'espèce, impliquant des marchés de fournitures de transports, et la doctrine les appréhende de manière croissante, surtout après la théorisation des contrats administratifs par Gaston JÈZE.

2) L'appréhension des marchés de transports par la jurisprudence

435. La jurisprudence joue un rôle important dans la délimitation et l'interprétation du cadre textuel concernant les marchés de l'État et de ses démembrements. Il n'est plus besoin à ce stade de le démontrer. Dans le cas précis des marchés de fournitures de transports, la jurisprudence du Conseil d'État joue un rôle précoce dans leur reconnaissance, par rapport aux autres acteurs de l'élaboration d'un droit administratif des contrats précédemment abordé. Une vision d'ensemble des différentes décisions du Conseil d'État, en la matière, permet d'explicitier ce rôle.

a) Le rôle de la jurisprudence administrative dans la reconnaissance des marchés de transports

436. Le rôle de la jurisprudence, en ce qui concerne les marchés de transports, est celui relatif à des cas d'espèce bien particuliers à trancher. Les contrats administratifs conclus à titre onéreux, c'est-à-dire les marchés, ont le caractère administratif par détermination de la

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁷⁵¹ Ordonnance royale du 4 décembre 1836, Art. 2, *Bulletins des lois de la République française*, 1836, n° 470, p. 674. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 4.

loi, et non par application de critères jurisprudentiels. Ceci est un facteur qui réduit déjà le rôle de la jurisprudence de manière significative.

437. Les compétences contentieuses, pour ce qui est des marchés de transports, sont dévolues au Conseil de préfecture⁷⁵². L'arrêt du Conseil de préfecture est la confirmation par la jurisprudence administrative du caractère administratif de ces contrats de transports. À ce sujet, PERRIQUET précise que les difficultés relatives aux transports opérés par l'État sur les chemins de fer, se rapportent à des marchés de transports passés par les ministres, et sembleraient devoir rentrer, à ce point de vue, dans la compétence du ministre et du Conseil d'État. Alors même que la contestation, se rattachant à un marché de travaux publics, est plus clairement régie par la loi du 28 pluviôse an VIII, et en vertu de celle-ci, la compétence appartient au Conseil de préfecture⁷⁵³.

b) Une part conséquente des décisions jurisprudentielles en rapport avec les marchés de transports

438. Dans le *Recueil Lebon*, les marchés, ayant pour objet des transports de diverses natures, représentent une part non négligeable des arrêts relatifs aux marchés. Dans la « Table alphabétique et raisonnée »⁷⁵⁴ de ce même *Recueil*, à côté des rubriques sur les travaux publics⁷⁵⁵ et les fournitures⁷⁵⁶ qui sont très importantes en taille, les marchés de transports font leur apparition, dès la première année d'édition du *Recueil Lebon*, en 1821. En effet, une rubrique spéciale concernant les « transports »⁷⁵⁷ figure dans la première édition du *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, même si elle est plutôt confidentielle à côté de celle concernant les fournitures et les travaux publics. Les marchés de transports acquièrent une reconnaissance vis-à-vis des marchés de fournitures, dont ils restent malgré tout non autonomes, au travers des décisions de jurisprudence, avant même que le législateur ou la doctrine administrativiste ne les incluent dans leur champ de compétence.

439. Même si la notion de transports reste étroitement liée à celle des marchés de fournitures, ce qui sera la réalité de la pratique et du droit, jusqu'à la moitié du XXe siècle,

⁷⁵² CPréf., 7 mars et 6 juin 1873, *Chemin de fer de l'est*, Rec. Lebon, pp. 216-217 & pp. 518-519.

⁷⁵³ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., t. 2, p. 56.

⁷⁵⁴ MACAREL Louis-Antoine, *Recueil des Arrêts du Conseil, ou Ordonnances royales, rendues en Conseil d'État, sur toutes les matières du contentieux de l'administration*, Antoine BAVOUX éditeur, Paris, 1821.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 28 de la table.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 18 de la table.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 28 de la table.

la jurisprudence du Conseil d'État lui reconnaît une réalité. Pour être plus précis, le nom intégral de la rubrique de la table alphabétique est « TRANSPORTS » en majuscule, et « de fournitures » en minuscule, illustrant parfaitement le régime s'appliquant aux transports passés en vertu d'un marché. Cette rubrique « TRANSPORTS » est d'un contenu plus que sommaire et ciblé sur les fournitures⁷⁵⁸, mais ce n'en est pas moins la reconnaissance d'un objet de marché, visant à procurer à l'État et à ses démembrements des prestations de services, en l'occurrence des services de transports. Toujours dans la même table alphabétique de la première édition du Recueil Lebon, une rubrique « MARCHÉS » est tout aussi digne d'intérêt, dans le cadre de cette étude. De surcroît, cette rubrique, encore plus sommaire que celle des « TRANSPORTS », pose qu'en matière de marchés, il faut se reporter au « bail emphytéotique (compétence). – Fournisseur. – Fournitures. – Transports ».⁷⁵⁹ Il faut mettre en avant, sur ce point, qu'en matière de marchés de fournitures de transports, les tables alphabétiques du Recueil renvoient souvent à des services de transports militaires⁷⁶⁰. Ainsi dès 1821, le *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, dans sa table alphabétique, fait mention des travaux publics – passés en vertu de marché entre autres – des fournitures procurées à l'Administration en vertu de marchés, et aussi de transports, même si c'est dans le cadre de fournitures, c'est tout de même en substance un marché, ayant pour objet la fourniture à titre onéreux d'un service.

440. Dans le but d'illustrer les analyses sur la reconnaissance jurisprudentielle des marchés de transports, il est intéressant de citer des décisions du Conseil d'État en la matière, du XIXe à la moitié du XXe siècle. Dans une affaire, datant de la première édition du Recueil Lebon, qui s'insère dans la partie dévolue aux marchés de fournitures, le Conseil d'État tranche un simple cas d'espèce, ne donnant pas lieu à un considérant de principe. Dans cet arrêt, il va à l'encontre d'une décision contentieuse prise par le ministre de l'Intérieur, concernant un marché de transports de céréales⁷⁶¹. Dans une affaire de transport de chevaux, le *sieur Caget*, négociant à Perpignan, a passé le 1^{er} février 1837, avec un sous-intendant militaire de la division, un marché de transports de chevaux et

⁷⁵⁸ À titre d'illustration : « TRANSPORTS de fournitures. Exécutés en vertu de marchés dans lesquels le prix des transports n'a pas été réglé en bloc, mais par lieu de poste et à raison de tant par lieu, cette clause doit être exécutée en prenant pour base le livre de poste de l'année », *Recueil Lebon*, t. 1^{er}, 1^{re} édition, 1821, p. 28 de la table alphabétique.

⁷⁵⁹ *Recueil Lebon*, t. 1^{er}, 1^{re} édition, 1821, p. 21 de la table alphabétique.

⁷⁶⁰ À titre d'exemple : *Recueil Lebon*, t. 8, 1826, p. 39 de la table alphabétique, renvoyant en matière de TRANSPORTS à la comptabilité militaire ; ou encore *Recueil Lebon*, t. 11, 1829, p. 546, renvoyant aux transports militaires et aux fournitures.

⁷⁶¹ CE, 2 février 1821, *Niel et Consorts c/ le Ministre de l'intérieur*, Rec. Lebon, t. 1^{er}, 1821, p. 118.

mulets de Port-vendres à Bône, en Algérie. Le Conseil d'État, dans cette affaire tranche un cas d'espèce, en considérant que la nourriture des chevaux et mulets était mise à la charge du fournisseur, durant la durée de la traversée⁷⁶². Dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, pour l'année 1851, on trouve trois décisions tranchant des cas d'espèce concernant des marchés de transports de dépêches. Le premier arrêt décide qu'un entrepreneur a été justement déclaré responsable, par application de son cahier des charges, des conséquences onéreuses de l'abandon qu'il a fait du service, du fait qu'aucun cas de force majeure ne l'a mis dans l'impossibilité de remplir les conditions du marché de transport⁷⁶³. Le deuxième arrêt, toujours sur une affaire de marché de transports de dépêches, considère recevable l'intervention du créancier ayant un privilège de second ordre sur le cautionnement confisqué par la décision attaquée. Mais sont déclarés non recevables d'autres créanciers intervenants qui ne se présentaient que comme simples créanciers, sans même justifier de cette qualité⁷⁶⁴. Et dans la troisième affaire sur les marchés de transports de dépêches de cette même année, le Conseil d'État statue sur des questions de retenues dans le cadre d'une résiliation d'un marché de fournitures de transports⁷⁶⁵.

441. Durant l'année 1857, le *Recueil Lebon* prend quelques décisions d'espèce relatives aux marchés de transports par mer. Dans une première affaire concernant des transports par mer à titre onéreux, destinés à l'État ou à ses démembrements, le Conseil d'État doit statuer sur la responsabilité de l'État dans des faits de guerre qui ont entravé la bonne exécution d'un marché de fournitures de transports par mer⁷⁶⁶. Dans une seconde affaire concernant les transports par mer à titre onéreux pour l'administration de la Guerre, le Conseil d'État tranche une question de résiliation du marché de transport, du fait que le navire chargé du transport n'était pas en état de fournir la prestation sans avarie. L'administration de la Guerre n'a pas été tenue, dans ce cas, d'indemniser le transporteur, en vertu de la décision du Conseil d'État⁷⁶⁷. Dans une autre affaire, toujours sur un cas de marché de transport par mer, le Conseil d'État doit trancher une question relative à une prorogation d'affrètement⁷⁶⁸. Sur le même point, une décision du Conseil d'État, prise dans l'année 1861, précise que dans le cas d'un affrètement de navire à vapeur par

⁷⁶² CE, 19 mai 1843, *Caget*, Rec. Lebon, t. 13, 2^e série, Paris, 1843, p. 211 ; pour anecdote le rapporteur était M. Portal et l'avocat au Conseil, dans cette affaire, était Me Cotelle.

⁷⁶³ CE, 25 janvier 1851, *Morhéry*, Rec. Lebon, t. 21, 2^e série, Paris, 1851, p. 64.

⁷⁶⁴ CE, 5 avril 1851, *Compagnie Héroult et de Handel*, Rec. Lebon, t. 21, 2^e série, Paris, 1851, pp. 244-248.

⁷⁶⁵ CE, 2 août 1851, *Jackson*, Rec. Lebon, t. 21, 2^e série, Paris, 1851, pp. 569-572.

⁷⁶⁶ CE, 17 mars 1857, *Mallebay*, Rec. Lebon, t. 27, 2^e série, 1857, pp. 202-203.

⁷⁶⁷ CE, 17 mars 1857, *Luard*, Rec. Lebon, t. 27, 2^e série, 1857, pp. 203-204.

⁷⁶⁸ CE, 25 juin 1857, *Folsch et comp.*, Rec. Lebon, t. 27, 2^e série, 1857, pp. 520-521.

l'administration de la Marine, l'Administration doit payer le fret convenu sur la totalité du chargement, y compris le charbon consommé pendant la traversée⁷⁶⁹. Dans la lignée, sur une question de marché de transport à destination de l'administration de la Marine, le Conseil d'État décide, concernant une question contentieuse dans le cadre d'un engagement, de confier aux chemins de fer tous les approvisionnements de l'administration de la Marine⁷⁷⁰.

442. Dans un contexte politique de guerre, la jurisprudence du Conseil d'État tranche des cas d'espèce entre les différents départements de la Guerre, ses fournisseurs de biens mobiliers, de prestations de services, au nombre desquelles les transports tiennent une place volumineuse. Ainsi, dans le Recueil des arrêts du Conseil d'État de 1870, on peut constater un nombre important de décisions en rapport avec l'intervention militaire de Napoléon III au Mexique. Dans ce contexte, on peut citer des exemples d'affaires intéressantes de contentieux en matière de marchés de transports. Le Conseil d'État se prononce dans un contentieux sur la responsabilité dans la perte de mules, dans différents cas de figures : accident dans un service commandé, force majeure, attaque par l'ennemi⁷⁷¹. Dans une affaire impliquant le même fournisseur, le Conseil d'État se prononce sur une question contentieuse relative aux intérêts courant sur le montant d'un marché que le fournisseur n'a pu toucher faute de crédits disponibles. En conséquence, les intérêts sur ce montant courent au profit du fournisseur, mais au taux en vigueur au Mexique⁷⁷². La guerre de 1870 terminée, le Conseil d'État traite toujours nombre d'affaires de marchés de transports dans le cadre du département de la Guerre. Dans une décision, le Conseil d'État décide que le fournisseur ne peut être indemnisé pour inexécution de certaines clauses du marché, qu'au poids réel de la marchandise transportée, non d'après son volume⁷⁷³. Dans une affaire de marché de transport maritime, le Conseil d'État prononce la responsabilité de la compagnie de transport dans une avarie touchant le navire de transport. La compagnie devra s'acquitter du paiement de l'indemnité, fixée d'après les constatations des avaries par le sous-intendant militaire en présence de l'agent de la compagnie, conformément au cahier des charges⁷⁷⁴. Dans une affaire de 1889, le Conseil

⁷⁶⁹ CE, 10 janvier 1861, *Wood*, Rec. Lebon, t. 31, 2^e série, 1861, p. 16 ; sur ce point, à la même date, deux arrêts semblables : *Barwer et Palmer*.

⁷⁷⁰ CE, 4 août 1866, *Dufils*, Rec. Lebon, t. 36, 2^e série, 1866, pp. 939-940.

⁷⁷¹ CE, 1^{er} juin 1870, *Souberbielle*, Rec. Lebon, t. 40, 2^e série, 1870, pp. 686-689.

⁷⁷² CE, 7 décembre 1870, *Souberbielle*, Rec. Lebon, t. 40, 2^e série, 1870, pp. 1094-1095.

⁷⁷³ CE, 17 novembre 1876, *Garcin c/ le ministre de la guerre*, Rec. Lebon, t. 46, 2^e série, 1876, pp. 822-824.

⁷⁷⁴ CE, 21 novembre 1884, *Compagnie générale transatlantique c/ le ministre de la guerre*, Rec. Lebon, t. 54, 2^e série, 1884, pp. 825-826.

d'État précise l'appréhension de la notion de monopole attribuée à une compagnie privée par l'administration des Postes et Télégraphes pour le service postal entre la Corse et le continent, qui avait été passé sous la forme d'un marché de transport⁷⁷⁵.

443. Les marchés de fournitures de transports sont des contrats administratifs utilisés, aussi, par l'État et ses démembrements, pour transporter des fournitures entre la métropole et les colonies. À titre d'illustration, le Conseil d'État, rend, en 1895, une décision dans le cadre d'un contentieux de marché de transport de tuiles à la Martinique, pour le compte des colonies. Dans cet arrêt, le CE règle des problèmes de compétence et de procédure, impliquant une décision du sous-secrétaire d'État aux colonies⁷⁷⁶. Dans un autre cas d'espèce de contentieux dans un marché de transport de charbon pour le compte de l'État, plus précisément de la Marine nationale, le Conseil d'État décide que la compagnie de navigation, chargée de transporter du charbon de terre aggloméré, n'est pas responsable de la dessiccation de briquettes fraîches, en cours de traversée sous les Tropiques⁷⁷⁷. Toujours dans le cas d'un marché de transport pour les colonies, le Conseil d'État tranche que l'affréteur est responsable du retard vis-à-vis de la compagnie, à l'exclusion du retard causé par l'état de la mer⁷⁷⁸.

444. Toutes ces décisions du Conseil d'État, concernant les marchés, tranchent des cas d'espèce en matière de marchés de transport. Toutefois, il faut souligner que les décisions, qui viennent d'être citées, ne constituent pas des arrêts de principe, les arrêts de principe se rapportant plus aux marchés de fournitures globalement. Mais, il est important pour appréhender le rôle de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de marchés de transports, de visualiser les apports du législateur, et de la doctrine administrativiste. Il faut en tirer différentes conclusions. La jurisprudence joue un rôle important, qui vient compléter les appréhensions des deux autres acteurs du droit, en ce qui concerne les marchés de fournitures de transports, en tranchant les cas d'espèce contentieux. Le nombre des décisions du Conseil d'État, en rapport avec les marchés de fournitures de transports, est assez significatif de leur importance dans les besoins de l'État et de ses démembrements, même s'ils sont beaucoup moins nombreux que ceux relatifs aux marchés

⁷⁷⁵ CE, 25 janvier 1889, *Société Morelli et Compagnie*, Rec. Lebon, t. 59, 2^e série, 1889, pp. 95-96.

⁷⁷⁶ CE, 6 décembre 1895, *Compagnie générale transatlantique*, Rec. Lebon, t. 65, 2^e série, 1895, pp. 799-801.

⁷⁷⁷ CE, 24 décembre 1909, *Société bayonnaise de navigation*, Rec. Lebon, t. 79, 2^e série, 1909, pp. 1033-1034.

⁷⁷⁸ CE, 19 février 1913, *Compagnie de navigation mixte*, Rec. Lebon, t. 83, 2^e série, 1913, pp. 235-238.

autonomes de travaux publics, ou de ceux de fournitures de biens mobiliers. Ce nombre est considérablement augmenté du fait des marchés de fournitures passés pour le compte de la guerre, dans un contexte politique de conflit pour l'extension coloniale et les deux Guerres mondiales. Il est justifié de parler de véritable inflation de décisions du Conseil d'État en rapport avec des contentieux, portant sur des marchés de fournitures, notamment de fournitures de transports.

445. La jurisprudence reconnaît les marchés de fournitures de services, ayant pour objet précis, une prestation de services de transports, dans le cadre des marchés de fournitures, en adéquation avec la position de la doctrine administrativiste. Même si les arrêts du Conseil d'État ont placé, dès les premiers temps, les services de transports, et les services en général conclus à titre onéreux, à destination de l'État, dans le cadre juridique des marchés de fournitures. La doctrine administrativiste ne commente cet état de chose, que bien plus tard. Le législateur du XIXe siècle ne se soucie que de fixer un cadre textuel très large aux marchés de l'État, qui conserveront en fonction de leur objet, des régimes juridiques autonomes.

§ 2 : Une inflation de sous-catégories de marchés de fournitures, conséquence d'un manque de théorisation

446. La définition extensive des marchés de fournitures, que nous ne cessons de souligner dans ce chapitre – parce qu'elle est la clé pour comprendre le caractère administratif non autonome des marchés de transports – provoque, ce qu'on peut qualifier d'inflation de sous-catégories de marchés de fournitures, au premier rang desquels se placent les marchés de transports, que nous venons d'aborder dans le précédent paragraphe. Mais les marchés de transports ne constituent que le premier rang des sous-catégories de marchés de fournitures de prestations de services.

A) Des prestations de services s'intégrant dans les marchés de fournitures : les sous-catégories de marchés de fournitures de services

447. La doctrine administrativiste, dans le cadre des marchés de fournitures, dont l'objet a très rapidement été appréhendé de manière extensive, c'est-à-dire bien au-delà des simples biens mobiliers que le terme « fournitures » sous-tend, a dans un but de clarification d'une typologie des contrats administratifs – qui reste en mal de théorisation d'envergure, avant l'apport de Gaston JÈZE – et opère des recoupements de sous-catégories parmi l'objet immatériel des marchés de fournitures, à savoir dans les prestations de services, autres que les transports.

1) La multiplicité des prestations de services

448. L'expression de « prestations de services » ne peut s'appréhender que de manière générique. Ce que l'on appelle, aujourd'hui dans le Code des MP, les MP de services, peuvent dans les faits revêtir un nombre de prestations très diverses. Durant le XIXe et les premières décennies du XXe siècle, il n'existe pas de notion générique de marchés de services, mais les besoins en prestations de services, de diverses natures, n'en sont pas moins réels pour le fonctionnement des services de l'État et de ses collectivités locales. Les marchés de fournitures de services, les plus représentés et mis en avant par les différents acteurs du droit administratif, restent les marchés de transports, mais ce ne sont pas pour autant les seuls marchés de fournitures de services d'importance.

2) Les marchés de services de livraisons, de fournitures de main d'œuvre, de fabrication etc.

449. Les marchés de fournitures de services peuvent se matérialiser, dans les services de transports, mais pas simplement. Ainsi la fourniture de biens mobiliers à l'Administration implique, dans la plupart des cas, un service de livraisons, afin que le service administratif ayant passé le marché de fournitures, puisse réceptionner le bien dont elle a besoin pour son fonctionnement. Si le marché porte, sur le bien mobilier, dans ce cas, il s'agit, sans ambiguïté *a priori*, d'un marché de fournitures d'un bien mobilier. Tandis que, si le marché vise le besoin d'acheminer un bien, d'un point A à un point B, il s'agit, toujours d'un marché de fournitures certes, mais ce sera un marché de fournitures de services, en l'occurrence, un marché de livraisons. Dans la même logique, si le marché de fournitures vise la fourniture à l'Administration d'un bien mobilier très particulier, qu'elle ne peut pas faire fabriquer par n'importe qui, elle va donc devoir se procurer de la main d'œuvre ayant

les qualifications nécessaires. Ce ne sera plus un simple marché de fournitures de biens mobiliers, mais un marché de fournitures de main d'œuvre. Dans cette logique, on peut appréhender que les marchés de fournitures de services puissent se subdiviser en autant de sous-catégories de marchés, qu'il y a de types de prestations de services. La clarification factuelle étant censée être le but de la création de ces sous-catégories de marchés de fournitures de services, n'a pas l'apparence de la simplicité, et ce ne sont pas des sous-catégories qui vont être reprises de manière courante, ou même reconnues et utilisées par l'ensemble des acteurs du droit administratif des contrats, durant la première moitié du XXe siècle.

B) Une appréhension des sous-catégories de marchés de fournitures de services par les différents acteurs du droit administratif

450. Dans le cas des marchés de fournitures de services, les marchés de transports font l'objet d'une reconnaissance par tous les acteurs du droit administratif. Il faut donc étudier la reconnaissance de ces divers types de marchés de prestations de services par les différents acteurs du droit administratif des contrats.

1) Les différents objets de marchés de fournitures de services dans les textes du législateur

451. Dans les principaux textes sur les marchés, les différents objets de marchés, visés de manière explicite, sont les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, et de manière complémentaire, les marchés de transports.

452. Concernant les marchés de fournitures, les principaux textes du législateur ne visent explicitement, dans leur champ d'application, que les marchés de transports, sauf peut-être, dans le cas de l'énumération par le législateur, des cas de marchés pouvant être passés de gré à gré par l'Administration. L'utilisation du procédé de gré à gré, dans la passation des marchés, permet une liberté de choix de son cocontractant – ou du moins un degré de liberté à l'Administration dans son choix, beaucoup plus important que dans le cas de l'adjudication – qui justifie la précision du législateur dans les articles de lois⁷⁷⁹ qui

⁷⁷⁹ Cf. sur ce point *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

énumèrent ces cas d'exception. L'article 18 du décret sur les marchés de 1882⁷⁸⁰, déjà détaillé dans la précédente section, précise son but d'encadrer strictement l'Administration dans le cas du marché de gré à gré, où elle peut laisser libre court à l'intérêt administratif dans le choix de ses cocontractants. On peut trouver, dans ce texte, des références à d'autres objets de marchés que ceux des travaux publics, fournitures et transports, mais de manière assez limitée. Ainsi, l'article 18 de ce décret pose « - 6° Pour les travaux, exploitations, fabrications, et fournitures qui ne sont faits qu'à titre d'essai ou d'étude »⁷⁸¹. Le législateur mentionne des objets de marchés, qui n'entrent pas dans la typologie des contrats administratifs conclus à titre onéreux - mais de la même manière que pour les marchés de fournitures de prestations de services de transports - c'est-à-dire par l'intermédiaire des marchés de fournitures et de leur régime juridique de passation. La notion de marché d'exploitation trouve un écho, dans les textes du législateur, mais de manière très restreinte, comme l'illustre la citation unique du mot « exploitation », en tant qu'objet de marché, procurant aux pouvoirs publics des prestations de services. Dans la même logique, l'article 18 cite l'objet de fabrication, en tant qu'objet de marché de services. Au même titre que les marchés « d'exploitation », les marchés, ayant pour objet une prestation de services de « fabrication », sont des marchés de prestations de services, qui s'intègrent donc dans le giron des marchés de fournitures.

453. De surcroît, le législateur, dans ses textes, fait logiquement une place prioritaire aux objets de marchés les plus importants en termes économique et politique, à savoir les travaux publics et les biens mobiliers. Les prestations de services, en dehors des transports, qui sont les mieux reconnues, ne font l'objet que d'une reconnaissance fort restreinte de la part du législateur, mais surtout une reconnaissance très dispersée entre divers objets de prestations de services. En effet, durant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle, le législateur cite des « sous-catégories » de marchés procurant des prestations de services, transports, exploitations, livraisons, etc. De ce fait, le législateur avalise une forme de reconnaissance de ces marchés, procurant des prestations de services. Mais on ne trouve aucune trace de généralisation, ou même d'une volonté en ce sens, pour théoriser un type de marché autonome générique, ayant pour objet des prestations de services, à l'image, par exemple, des marchés de travaux publics.

⁷⁸⁰ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat, Art. 18, al. 12, *op. cit.* Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

⁷⁸¹ Décret du 18 novembre 1882, Art. 18, al. 6, *op. cit.*

2) Les sous-catégories de marchés de fournitures de services dans la doctrine et la jurisprudence

454. À la suite du législateur, la doctrine administrativiste et la jurisprudence reconnaissent différents objets de marchés de fournitures de prestations de services, mis à part les marchés de transports. Les deux acteurs du droit administratif des contrats qui pèsent dans l'élaboration du droit administratif, à savoir la doctrine administrativiste et la jurisprudence, sur ce point, comme sur d'autres d'ailleurs, complètent la frugalité des textes du législateur en matière de marchés.

a) Une approche doctrinale mal délimitée

455. Le législateur ne reconnaît que de manière très restreinte et diffuse – voire de manière quasi inexistante – les sous-catégories de marchés de fournitures de services, autres que ceux de transports, comme l'intitulé précédent l'indique. De plus, dans le cas précis de la doctrine administrativiste, des traces de sous-catégories de marchés de fournitures de services, en dehors de ceux de transports, sont identifiables chez certains auteurs, de manière croissante par rapport à la chronologie de l'élaboration de la théorie doctrinale des contrats administratifs, plus l'on se rapproche de la moitié du XXe siècle.

456. Ainsi, Louis TÉTREAU, dans son appréhension des marchés de fournitures, au lendemain de la Première Guerre mondiale, vise, dans sa définition des marchés de fournitures, ces sous-catégories de marchés de fournitures de prestations de services. En marge des marchés de transports, qui restent l'objet de marchés de services le plus reconnu et important – à côté des marchés autonomes de travaux publics et de fournitures – différents types d'objets de marchés de services sont appréhendés par TÉTREAU. Il conçoit les marchés de livraisons comme étant des contrats « se rapprochant de la vente et régis, sinon par les articles du code civil, du moins par les principes applicables à ce contrat »⁷⁸². C'est donc une qualification juridique qui se rapproche du contrat de droit civil de l'article 1101 du Code civil. Toujours dans le cadre d'une « inflation » de sous-catégories de marchés de fournitures de prestations de services divers, TÉTREAU appréhende aussi des marchés qu'il qualifie de « marchés de fournitures de main d'œuvre »⁷⁸³, comme des contrats ayant « pour objet la confection, la transformation ou

⁷⁸² TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 7.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 7.

l'entretien de certaines matières ou denrées soit appartenant à l'administration, soit livrées par le fournisseur »⁷⁸⁴. Ces deux objets de marchés de fournitures de services sont des notions définies par TÉTREAU, logiquement dans le cadre des marchés autonomes de fournitures, mais qui restent des notions à la reconnaissance relativement floue et marginale. Pour illustration, il faut souligner la dernière phrase de l'appréhension des marchés de fournitures de main d'œuvre : « ils peuvent donc, par certains côtés, constituer aussi des marchés de livraisons »⁷⁸⁵. Pour qualifier les sous-catégories de marchés de fournitures, ayant pour objet des prestations de services, il précise que l'interpénétration des sous-catégories est très importante. Ce qu'il qualifie de marchés de livraisons peut rejoindre ce qu'il appelle les marchés de fournitures de main d'œuvre, notions créées par la doctrine administrativiste du début du XXe siècle, qui utilise et établit ces sous-catégories de marchés de fournitures de services divers. *A contrario*, les marchés de transports jouissent d'une reconnaissance du législateur bien établie, même si elle est un peu en deçà de celle des marchés autonomes de travaux publics et de ceux de fournitures, elle n'en est pas moins réelle.

b) Une approche jurisprudentielle au cas par cas

457. La jurisprudence, dans les arrêts du Conseil d'État, traite de cas d'espèce dans le domaine des marchés de fournitures de services. Elle reconnaît différents types d'objets de marchés, au premier rang desquels les travaux publics, dans une certaine logique des choses, au deuxième rang desquels, les marchés de fournitures, parmi lesquels on trouve différents objets matériels ou immatériels, à savoir, des prestations de services.

458. Dans les tables analytiques du *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, les matières relatives aux travaux publics et « marchés et fournitures »⁷⁸⁶ comportent un grand nombre d'arrêts d'importance. Dans son « *Traité de droit administratif* », le professeur GAUDEMET⁷⁸⁷, pour illustrer le poids des marchés dans les contrats administratifs, donne, en exemple, l'importance de la rubrique « marchés et contrats » du Recueil Lebon⁷⁸⁸. Cette illustration est valable dans le temps, les rubriques relatives aux marchés sont importantes déjà dans la jurisprudence du Conseil d'État du XIXe siècle. Pour ce qui

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁸⁶ Intitulé générique regroupant les marchés de fournitures, marchés de transports, et de services divers apparentés dans le « *Recueil des arrêts du Conseil d'État, statuant au contentieux des décisions du Tribunal des Conflits et de la Cour des Comptes* ».

⁷⁸⁷ GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^e édition, t. 1.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 665.

est des marchés de fournitures de services divers, autres que ceux de transports, la jurisprudence du Conseil d'État reconnaît un grand nombre d'objet de marchés de services. Mais cette diversité de type de marchés a un caractère administratif ou civil suivant les cas, déterminé essentiellement sur la base des critères jurisprudentiels fondant la qualification des contrats administratifs ou par détermination textuelle.

459. Ainsi ce que Louis TÉTREAU qualifie de marchés de livraisons⁷⁸⁹ est traité par la jurisprudence dans de nombreux cas d'espèce. À titre d'illustration, il est aisé de citer nombre d'arrêts du Conseil d'État en ce sens. Dans le cas d'un retard, dans un marché de livraisons, assimilable à un marché de fournitures procurant une prestation de services à l'Administration, il est décidé que le fournisseur ne peut plus faire de livraisons, après le délai fixé, même en se soumettant à la peine stipulée pour retard⁷⁹⁰. Dans le cadre d'un marché de livraisons de foins, le Conseil d'État décide que le prix des fournitures sera celui du tarif arrêté par la Commission départementale d'évaluation des réquisitions, par application du cahier des charges⁷⁹¹. Concernant une affaire de marchés de livraisons de couvertures à destination du ministère de la Guerre, l'arrêt *Bory* tranche sur différents points essentiels du marché de livraisons, comme sur le refus provisoire d'un lot de couvertures, sur la prolongation de délai accordé par l'Administration, sur l'interruption de la fabrication à cause d'un accident de machine, sur la promesse d'un fonctionnaire de l'intendance qu'aucune pénalité ne serait infligée au livreur, sur les mandats de paiement et le retard dans la remise, ou encore sur la réfection par le ministère de la Guerre pour non conformité à l'échantillon type des couvertures livrées⁷⁹². Dans une autre affaire, concernant un retard dans un marché de livraisons, des pénalités avaient été prononcées à tort par l'Administration, elle a par la suite renoncé au délai de livraison primitivement imposé au fournisseur⁷⁹³. Sur cette qualification juridique « incertaine » de marchés de livraisons, PEQUIGNOT souligne qu'ils sont considérés ordinairement de droit privé en vertu l'arrêt de 1929 « *Lefèvre* »⁷⁹⁴.

⁷⁸⁹ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 7.

⁷⁹⁰ CE, 9 décembre 1842, *Mirabel-Chambaud*, Rec. Lebon, t. 12^{ème}, 2^e série, 1842, pp. 502-503.

⁷⁹¹ CE, 15 décembre 1920, *Grandjouan c/ Ministre de la guerre*, Rec. Lebon, t. 90, 2^e série, 1920, p. 1066.

⁷⁹² CE, 4 février 1920, *Bory*, Rec. Lebon, t. 90, 2^e série, 1920, p. 119.

⁷⁹³ CE, 30 juin 1920, *Lucas c/ Ministre de la guerre*, Recueil Lebon, t. 90, 2^e série, 1920, p. 641.

⁷⁹⁴ CE, 22 mars 1929, Sect., *Sieurs Lefèvre et Lemann*, Rec. Lebon, pp. 376 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit, fasc. 500, p. 10.

460. Dans le domaine des marchés de fournitures de services, la jurisprudence du Conseil d'État mentionne différents cas d'espèce conflictuels de prestations de services relativement diverses, à l'image du terme générique que recouvre le mot « services », qu'elle doit trancher. À titre d'illustration, dans un arrêt traitant d'un marché de confection d'habillement, une résiliation du marché avait été prononcée à tort, alors que le prestataire de services avait, dans son établissement, les moyens nécessaires à l'exécution du marché. Il lui a été alloué une indemnité de 50.000 francs pour ce préjudice causé⁷⁹⁵. Dans une affaire de marché de construction de torpilleur à destination de la Marine, le Conseil d'État décide qu'au nombre des charges financières dont la société doit être indemnisée figure celle de découvert en banque, résultant de ce que le fournisseur a été contraint de prolonger, au-delà de toute prévision, les avances de fonds faites, par lui, au cours de la construction du bâtiment naval⁷⁹⁶. Dans une affaire, juste à la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Conseil d'État décide, dans une affaire de marché d'enlèvement d'ordures ménagères d'une commune, que la responsabilité de la ville est engagée uniquement dans la mesure où elle a confié à des tiers le service d'enlèvement des immondices⁷⁹⁷. De manière anecdotique, pour le Conseil d'État dans une affaire de marché de fabrication de tripes et pâtés, le requérant n'est pas fondé à soutenir que la fabrication était exécutée en régie, sans que sa responsabilité ne soit engagée⁷⁹⁸.

461. Lorsqu'on opère une synthèse des arrêts du Conseil d'État sur les cas d'espèce contentieux relatifs à des marchés de fournitures de services divers, autres que ceux de transports, les caractères généraux sont facilement identifiables. Le premier trait de caractère de l'activité jurisprudentielle, quant ces marchés, est qu'une part conséquente des cas traités par le Conseil d'État, en matière de marchés de fournitures de livraisons, fabrication etc. se fait à destination du ministère de la Guerre, au XIXe, comme durant la première partie du XXe siècle. Ceci s'explique très logiquement par un état conflictuel quasi permanent et même généralisé mondialement, pendant les deux Guerres mondiales et leurs prémices, conditionnant des besoins en approvisionnement en biens et prestations de services très importants. Le deuxième trait de caractère intéressant est que les divers objets de marchés de prestations de services s'insèrent tous dans la catégorie « marchés de

⁷⁹⁵ CE, 21 mai 1930, *Sieur Santoni*, Rec. Lebon, t. 100, 2e série, 1930, p. 532-533 ; Rapporteur M. Selligman.

⁷⁹⁶ CE, 19 décembre 1934, *Société des chantiers et ateliers Augustin Normand*, Rec. Lebon, t. 104, 2^e série, 1934, pp. 1212-1213 ; Rapporteur M. Fatou.

⁷⁹⁷ CE, 13 juin 1945, *Sieur Gasnot*, Rec. Lebon, t. 115, 2^e série, 1945, p. 119 ; Rapporteur M. AGID.

⁷⁹⁸ CE, 27 juin 1945, *Sieur Simon*, Rec. Lebon, t. 115, 2^e série, 1945, p. 141 ; Rapporteur M. CÉLIER.

fournitures » ou « fournitures et marchés », des tables analytiques de chaque recueil, suivant leur ancienneté. Les marchés de fournitures de livraisons, de fabrication etc. ne font pas l'objet d'une rubrique spécifique, dans les tables analytiques du *Recueil Lebon, a contrario* des marchés de fournitures et de ceux de travaux publics. Et le troisième trait caractéristique est que, dans la totalité des marchés de fournitures, les marchés de fournitures de services divers occupent une place conséquente, juste après les marchés de fournitures de biens mobiliers divers.

462. La jurisprudence du Conseil d'État tient son rôle de juridiction, en tranchant des cas d'espèce contentieux en matière de marchés de fournitures de services, autres que ceux de transports. Les marchés de fournitures de livraisons, de fabrication etc. font l'objet d'une reconnaissance de la jurisprudence, dans bon nombre de décisions du Conseil d'État ou des Conseils de préfecture. Les marchés de livraisons, de fabrication et autres occupent une part non négligeable des arrêts rendus en matière de marchés de fournitures.

463. Au terme de cette première section, il faut bien insister sur les différents objets de marchés de fournitures de services, qui sont la matrice qui permettra la naissance de la notion juridique de marchés publics de services. Les marchés publics de services représentent un des trois piliers des marchés publics. C'est en cela que les marchés de fournitures de services intéressent cette étude, au même titre que les marchés de travaux publics et que ceux de fournitures, qui représentent les deux autres piliers des marchés publics actuels. Comme cette section le met en lumière, les marchés de fournitures de services n'existent pas en tant que tels, et la terminologie, qui sert à les nommer dans cette étude, à savoir « marchés de fournitures de services », n'est en aucun cas mise en avant par les trois acteurs de l'élaboration d'un droit administratif des contrats. Bien au contraire, les marchés, ayant pour finalité de procurer des prestations de services à titre onéreux à l'Administration, sont morcelés en divers objets immatériels, sans qu'aucun acteur du droit administratif ne pose le terme générique de « services » pour englober ces divers objets de services, du moins jusqu'à la moitié du XXe siècle, ce qui est un ressort de leur intégration, dans une définition extensive des marchés de fournitures, du fait même du morcellement des marchés de fournitures de services en divers objets de marchés de services. Le plus important de ces services onéreux, que l'Administration a besoin de se procurer par le biais d'une passation de marché, est le marché de transports. Les marchés de transports font

l'objet d'une reconnaissance aussi bien de la part du législateur, que de la doctrine administrativiste et de la jurisprudence, dans la limite de leur rôle dans la construction d'un droit administratif des contrats. Mais la reconnaissance ne signifie pas définition. Le caractère, non autonome des marchés de transports vis-à-vis des marchés de fournitures, conditionne une reconnaissance, qui est moindre par rapport à celle des deux types de marchés autonomes de travaux publics et de fournitures, reconnue par les trois acteurs de la construction d'un droit administratif des contrats, du XIXe à la moitié du XXe siècle. À côté des marchés de fournitures de transports et d'autres marchés de services divers, cohabite une certaine inflation de sous-catégories de marchés de services, marchés de livraisons etc. à la reconnaissance très irrégulière au niveau doctrinal, jurisprudentiel, voire quasi inexistante dans le cas du législateur. Dans la lignée des marchés de transports, reconnaissance ne signifie pas définition. Ceci est peut-être un des points communs à tous les marchés autonomes ou non, durant la majeure partie du XIXe siècle et même au-delà.

Section 2 : La définition formelle de la notion de marché de services

464. L'intégration de l'objet des services dans la définition des marchés de fournitures n'a pas de conséquences uniquement sur leur caractère, et leur approche théorique. Le point essentiel, dans le droit administratif des contrats du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, est son aspect plus axé sur la pratique que sur l'approche théorique, surtout lorsqu'il s'agit du législateur. Comme nous l'avons déjà analysé, ceci s'explique par le sens des priorités exercées par le législateur, lorsque qu'il érige des cadres juridiques sur des points précis, notamment lorsqu'il s'agit de contrats administratifs, où il part de plus loin que le droit civil en l'occurrence⁷⁹⁹. De surcroît, l'intégration de l'objet « services », dans l'objet des marchés de fournitures, fait des marchés procurant des services à titre onéreux, des contrats ayant un caractère administratif par l'intermédiaire de ceux de fournitures, et par conséquent non autonomes. Donc, cela implique que le régime juridique de ces marchés est par conséquent non autonome de celui des marchés de fournitures. La passation de ce type de contrat inféodé aux marchés de fournitures est donc dépendante de leur mode de passation. Les modes de désignation des cocontractants de l'Administration

⁷⁹⁹ Tout est relatif, comme nous l'avons abordé dans le chapitre introductif de cette étude : l'apport de l'Ancien Régime est énorme de par ses coutumes et quelques textes ciblés concernant l'approvisionnement des administrations royales. Mais la dimension administrative du contrat n'entame sa construction moderne qu'à partir de 1789.

vont donc suivre ceux des marchés de fournitures, mais pas seulement, ils vont également converger avec ceux des marchés de travaux publics.

§ 1 : Des compétences de passation similaires à celle des marchés de fournitures

465. Comme nous l'avons déjà souligné dans les deux précédents chapitres de cette partie I, pour bien appréhender tout type de marchés autonomes ou non, et même en général de ce que seront nos marchés publics modernes, l'étude de leur passation joue un rôle prépondérant⁸⁰⁰. Les différentes compétences intervenant dans la passation des marchés procurant des services à titre onéreux sont de deux natures. Tout d'abord, c'est l'autorité politique qui aura la compétence de passer ces marchés, puis, la compétence en cas de contentieux s'élevant du fait de la passation. C'est dans la passation des marchés que résident les points de convergence et de divergence entre les différents types de marchés autonomes ou non. Le caractère autonome des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures génère des points de convergence relativement importants, à côté des points de divergence fondant leur autonomie. Le caractère non autonome des marchés procurant des services onéreux aux pouvoirs publics génère des points de convergence avec les marchés de fournitures, dont ils dépendent, tandis qu'ils possèdent un ratio convergence/divergence identique à celui des marchés de fournitures, vis-à-vis des marchés de travaux publics.

A) Les compétences dans la passation des marchés procurant des services à titre onéreux à l'État : un point de convergence à tous les types de marchés

466. Les compétences, dans la passation des marchés ayant pour finalité la fourniture aux pouvoirs publics de prestations de services de toutes natures, obéissent à la même réglementation que dans le cas des marchés de travaux publics, et à plus forte raison, dans celui des marchés de fournitures : différenciation entre des marchés passés au niveau de l'État pour satisfaire ses besoins propres, et des marchés passés dans l'optique de procurer des services aux collectivités locales.

⁸⁰⁰ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, op. cit., p. 3.

467. L'autorité compétente pour passer le marché permettant la fourniture de services de toutes natures est une donnée essentielle pour appréhender les différents types de marchés. Concernant la fourniture de services onéreux à l'État, il est facile de mettre en lumière que c'est l'État qui maîtrise la passation du contrat administratif, donc qui a la charge d'encadrer la passation des marchés ayant pour objet des services onéreux. Les marchés, procurant des services onéreux à destination des services de l'État, sont passés par le ministre selon les attributions duquel leurs services sont placés⁸⁰¹. En effet, par principe, chaque ministre passe les marchés qui concernent les services de son département. Mais, il arrive cependant que des marchés conclus pour le compte d'un ministère contiennent des stipulations relatives aux services d'autres départements ministériels. Ce principe de l'intervention ministérielle est affirmé et réaffirmé dans tous les textes d'importance relatifs aux marchés de l'État du XIXe siècle jusqu'à nos jours. Ainsi, les textes de la loi du 31 janvier 1833, du décret du 6 avril 1942⁸⁰², en passant par celui du 18 novembre 1882⁸⁰³, affirment ce principe⁸⁰⁴. Nous n'explicitons pas plus ce point déjà abordé dans les deux précédents chapitres. Il s'agit juste, à ce stade, de mettre en lumière une convergence large entre les marchés de l'État, sur ce point précis. Les marchés de services onéreux, à destination de l'État, sont passés par les mêmes autorités compétentes que dans le cas des marchés de fournitures de l'État, du fait même de l'insertion dans une définition extensive de ceux-ci. La convergence entre les marchés de fournitures et leur « sous-catégorie » des marchés de services onéreux ont logiquement le même régime de compétence de passation. Il faut ajouter à cela, que les marchés de travaux de l'État, en tant que contrats administratifs autonomes, ont eux aussi le même régime de compétence de passation que les deux précédents. De surcroît, il y a une convergence du régime de compétence de passation de ces trois types de contrats administratifs conclus à titre onéreux.

468. Cette répartition des compétences de passation, entre les autorités légales précédemment nommées, est un point de convergence important entre les différents types de marchés, sujet de notre étude.

⁸⁰¹ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁰² *J. O.*, 11 avril 1942, p. 1370, *op. cit.*

⁸⁰³ L'article 17 de ce décret pose « Sauf les exceptions spécialement autorisées ou résultant des dispositions particulières à certains services, les adjudications et réadjudications sont subordonnées à l'approbation du ministre et ne sont valables et définitives qu'après cette approbation ».

⁸⁰⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2.

B) Les compétences en matière de contentieux des marchés procurant des services à titre onéreux à l'État

469. La passation des marchés destinés à fournir des prestations de services aux pouvoirs publics implique différents acteurs dans leur conclusion. Dans la passation des contrats, il peut naître un contentieux entre les différents acteurs au contrat. Les problématiques contentieuses, pouvant s'élever lors de la passation d'un marché procurant des prestations de services aux pouvoirs publics, relève du même régime contentieux que les marchés de fournitures, du fait de l'intégration de l'objet « services », dans les objets des marchés de fournitures. De plus, le caractère administratif du contentieux des « marchés de fournitures de prestations de services »⁸⁰⁵ est évident, lorsqu'il s'agit de ceux de l'État, alors que dans le cas de ceux des collectivités locales, il y a un conflit entre juridictions administratives et tribunaux ordinaires, en la matière⁸⁰⁶.

470. Dans le cas des contestations s'élevant de la passation des « marchés de fournitures de services » de l'État, les réclamations doivent d'abord être portées devant le ministre compétent, et en appel, devant la section du contentieux du Conseil d'État⁸⁰⁷. Cette architecture contentieuse, en matière de marchés de fournitures de services, est fondée par le décret du 11 juin 1806, que nous avons détaillé antérieurement⁸⁰⁸. Avant ce décret, le contentieux de ce type de marché revenait intégralement aux ministres⁸⁰⁹, en vertu de diverses dispositions législatives antérieures au décret⁸¹⁰, mais dans ce cas, l'effectivité d'un contentieux entièrement à la charge des ministres peut poser des problèmes à deux niveaux. En premier lieu, le risque de confier l'ensemble d'un contentieux au même acteur a l'inconvénient de ne pas offrir la possibilité de faire appel de sa décision au justiciable. Et en deuxième lieu, la compétence contentieuse échoit à des organes spécifiques, pour garantir le rendu d'une justice la plus « équitable » possible.

⁸⁰⁵ Cette terminologie de marchés de fournitures de services ou de prestations de services n'est pas une terminologie croisée dans certains écrits concernant les marchés, dans la période que nous approfondissons, à savoir le XIXe et la première moitié du XXe siècle.

⁸⁰⁶ Cf. *Supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 1, B.

⁸⁰⁷ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 362.

⁸⁰⁸ Cf. *Supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1, § 1.

⁸⁰⁹ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 63.

⁸¹⁰ La loi du 12 vendémiaire en VIII pose, en son art. 4, que « les ministres sont tenus d'arrêter les comptes des agents comptables (...) » ; et l'arrêté du 18 ventôse an VIII autorise le ministre des finances « à prendre des arrêts exécutoires provisoirement contre les entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et agents quelconque, chargés des services depuis la mise en activité de la Constitution de l'an III, (...) ».

471. C'est ce même décret qui confère le caractère administratif des marchés de fournitures, et donc par conséquent les marchés de fournitures de services possèdent le caractère administratif via leur intégration dans la définition de ces marchés de fournitures extensifs. Le contentieux émanant des marchés de fournitures, comme de fournitures de services de l'État présente donc un caractère administratif sans équivoque, tout comme le contentieux des marchés de travaux publics de l'État. À la seule exception, que le premier degré de juridiction administrative voit le Conseil de préfecture compétent dans le cas des marchés de travaux publics, et pour ceux de fournitures dans leur globalité, il faut porter l'affaire devant le ministre compétent⁸¹¹, jusqu'à la fin du XIXe siècle. L'arrêt *Cadot*⁸¹² décide l'abandon de la théorie, et dans la continuité de la pratique du « ministre-juge », en ce qui concerne le 1^e degré de juridiction, dans le contentieux des marchés autonomes de fournitures de biens comme de prestations de services. Cet abandon se traduit par le renvoi de l'intégralité de ce contentieux des marchés de fournitures devant la juridiction administrative⁸¹³.

472. Les compétences contentieuses intervenant dans la passation des marchés de l'État diffèrent quelque peu entre les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures et les marchés de fournitures de services. Les marchés de travaux publics et ceux de fournitures forment deux catégories de contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux. Ces différences dans les compétences, en matière de contentieux, fondent leur caractère autonome, bien que l'apport de l'arrêt *Cadot* relativise quelque peu ceci. Les grands auteurs de la doctrine administrativiste mettent beaucoup en avant les compétences contentieuses comme critère central de définition des différents types de marchés. Concernant ce critère, on appréhende facilement le caractère autonome, qui n'est pas explicite sous tous les angles d'appréhension des différents types de marchés. Le régime contentieux des marchés de fournitures de services locaux est encore plus explicite du point de vue de la fondation du caractère autonome entre travaux public et fournitures en général⁸¹⁴.

⁸¹¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 1, B.

⁸¹² CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, *op. cit.*, M. Mayniel Rapp., Rec. Lebon, 2^e série, t. 59, 1889, pp. 1148-1154.

⁸¹³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 1.

⁸¹⁴ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 2.

§ 2 : Des modes de désignation des cocontractants de l'Administration communs aux différents objets de marchés

473. La passation des marchés de fournitures de services se subdivise en deux phases importantes : la décision de contracter prise par l'autorité compétente et la procédure mise en place pour arrêter le choix du cocontractant de l'Administration, pour lui procurer des prestations de services, moyennant une rémunération monétaire. Ce n'est qu'un complément de ce qui a été dit sur les procédés de l'adjudication et du gré à gré, dans les deux chapitres précédents, mais chaque fois adaptés à un type de marchés. Les marchés, ayant pour objet des prestations de services, sont soumis au même procédé de désignation que les marchés de fournitures, et même de ceux des marchés de travaux publics.

A) L'adjudication des marchés procurant des services à titre onéreux

474. L'adjudication est un mode de désignation des cocontractants de l'Administration commun aux différents types de marchés, en tant que contrats administratifs autonomes⁸¹⁵. Ils s'appliquent donc de principe pour le choix des fournisseurs de l'Administration dans le cadre des marchés de fournitures et de travaux publics. Mais, ce procédé s'applique également aux sous-catégories de marchés, ayant pour objet des prestations de services. Le caractère de principe, dans les procédés d'attribution des marchés de fournitures de services, n'empêche pas l'adjudication de trouver ses limites. Il faudra attendre, la moitié du XXe siècle, pour voir le procédé de l'adjudication, en tant que principe, remis en cause par des modes de passation de marchés plus « modernes », que l'on connaît aujourd'hui dans l'attribution des marchés publics. Cette remise en cause trouvera ses fondements dans les limites en question.

1) L'appréhension doctrinale de l'adjudication des marchés de fournitures de services

475. Il s'agit à présent d'appréhender l'adjudication qui s'applique dans l'attribution des marchés de fournitures de services, en tant que « sous-catégorie » des marchés de fournitures dans leur appréhension extensive. Dans tous les cas, ce procédé repose sur deux piliers essentiels : la publicité⁸¹⁶ et la concurrence. Ainsi, Arsène PÉRIER, dans son traité

⁸¹⁵ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 2.

⁸¹⁶ SARLANDIE de LA ROBERTIE Aloys, *La publicité des marchés publics*, *op. cit.*

bien connu, « *des marchés de fournitures* »⁸¹⁷, explique que cette règle de la concurrence et de la publicité trouve ses origines dans des dispositions législatives de l'époque révolutionnaire de 1789, bien que ce ne soit prévu qu'au cas par cas au début. On peut citer la loi du 27 mai 1791 qui établit cette règle de la concurrence et de la publicité pour les fournitures de papier⁸¹⁸. D'autres dispositions que nous avons déjà citées⁸¹⁹, vont dans le même sens. La première loi d'importance concernant les marchés de l'État, à savoir la loi du 31 janvier 1833, en son article 12, pose de manière durable la concurrence et la publicité, dans le régime de passation des marchés. Tous les textes d'importance, sur les marchés qui suivront durant près d'un siècle, réaffirmeront l'usage de la concurrence et de la publicité, fondement du procédé de l'adjudication. L'objectif final est toujours de trouver le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux-disant⁸²⁰.

476. Pour Jacques MONTMERLE⁸²¹, « en matière de contrats de travaux, fournitures et transports, la règle posée par les lois et règlements en vigueur⁸²² est que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour le choix du contractant. En principe, ces contrats doivent, en effet, être passés par adjudication publique »⁸²³. Là où Arsène PÉRIER, plus de soixante ans avant MONTMERLE, développe l'importance des principes de la concurrence et de la publicité dans le principe de l'adjudication. MONTMERLE ne remet nullement en cause ces principes à la base de l'adjudication, mais au contraire, il va en développer un troisième, associé aux deux premiers, incontournables. Il expose que toute adjudication est dominée par les trois principes essentiels, de publicité, de concurrence, et le principe de l'égalité⁸²⁴, précisant que si ces principes n'ont pas reçu leur application, dans une opération déterminée, cette opération ne saurait être considérée comme une adjudication véritable⁸²⁵. Ainsi, la violation du principe d'égalité constitue en général une irrégularité grave⁸²⁶, c'est donc une condition importante de légalité de la

⁸¹⁷ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, op. cit., 1876.

⁸¹⁸ Loi du 27 mai 1791, Titr. V, art. 60 et 61, op. cit.

⁸¹⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2.

⁸²⁰ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, op. cit., pp. 9-10.

⁸²¹ Jacques MONTMERLE est docteur en droit, conseil spécialisé dans les questions des travaux publics et du bâtiment, auteur d'un commentaire sur les cahiers des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées, Guerre, Marine, Chemins vicinaux et d'un autre ouvrage, sur la révision et la résiliation des marchés de travaux publics qui faisait autorité dans les années 1930.

⁸²² Cela fait référence à tous les textes d'importance qui ont déjà été détaillés dans cette étude, dont le socle majeur est l'ordonnance royale de 1836.

⁸²³ MONTMERLE Jacques, *Adjudications et marchés de gré à gré de travaux, fournitures et transports*, Recueil Sirey, Paris V, 1938, p. 13.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁸²⁵ CE, 13 janvier 1911, *Roginsky*, Rec. Lebon, p. 29 ; CE, 23 mars 1917, *La Rochelle*, Rec. Lebon, p. 292 ; CE, 23 novembre 1934, *Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence*, Rec. Lebon, p. 1099.

⁸²⁶ MONTMERLE Jacques, *Adjudications et marchés de gré à gré de travaux, fournitures et transports*, op. cit., pp. 65-66.

procédure d'adjudication. Dans deux cas type, on peut constater une violation manifeste de ce principe d'égalité :

1° Lorsqu'on a proclamé adjudicataire un concurrent qui n'était pas le premier, et qui n'avait pas le plus fort rabais ; on a écarté à tort celui qui était le premier⁸²⁷.

2° Lorsque les règles de l'adjudication ont été violées : on a bien proclamé adjudicataire le candidat qui était le premier, mais les règles de l'adjudication ont été violées à son profit.

On tombe ici, sur le point de fusion avec la base théorique des contrats administratifs, marchés publics etc. que l'on connaît aujourd'hui.

477. Sur le fond, MONTMERLE s'appuie, comme certains auteurs dans le domaine du droit administratif des contrats, à partir de la décennie 1930, sur l'appréhension de l'adjudication par le théoricien des contrats administratifs, Gaston JÈZE. Pour lui, le principe de l'adjudication « signifie que les agents administratifs, compétents pour conclure les contrats, ne choisissent pas librement la personne (individu ou société) avec laquelle ils vont contracter. Leur compétence, à cet égard, est liée. Ils doivent conclure le contrat avec celui qui, toutes choses égales d'ailleurs, offrent les meilleures conditions de prix »⁸²⁸. L'apport de Gaston JÈZE ne se résume pas à cela, cet auteur de la doctrine administrativiste occupera une place très importante dans la deuxième partie de cette étude, de par son rôle majeur de théoricien des contrats administratifs⁸²⁹. Il est très intéressant d'avoir superposé une appréhension doctrinale de l'adjudication par un auteur d'avant la théorisation des contrats administratifs par JÈZE et un auteur d'après. C'est un premier aperçu de l'apport de l'œuvre de JÈZE dans la matière qui nous intéresse ici.

478. Dans les marchés de fournitures de services, l'attribution à un cocontractant de l'Administration se fait par le procédé du principe de l'adjudication, au même titre que les marchés de fournitures, dont ils dépendent en terme de typologie contractuelle, et donc de régime de passation⁸³⁰. Cela concerne aussi bien les marchés de services de l'État, que ceux passés à l'échelle des collectivités locales, départements et communes. Les marchés locaux, dans le cas particulier de ce type de marchés, sont une transposition, de manière générale, du régime juridique des marchés de fournitures de l'État à quelques divergences

⁸²⁷ CE, 30 mars 1906, *Ballande*, Rec. Lebon, p. 675, Concl. M. ROMIEU.

⁸²⁸ JÈZE Gaston, « contrats administratifs », *Répertoire de droit administratif*, 1929, n° 495, p. 65.

⁸²⁹ Cf. *infra*, Part II, Titre I, Chap. I.

⁸³⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre I Chap. 2, Sect. 2, § 2, A.

près. La passation des marchés de travaux publics inclut le procédé de principe de l'adjudication dans le choix d'un cocontractant compétitif pour l'Administration⁸³¹.

479. Les grands administrativistes du XIXe et du début du XXe siècle appréhendent le procédé de l'adjudication plus ou moins sous le même angle. Il y a des auteurs plus critiques que d'autres, mais de manière générale, il y a un consensus autour de ce procédé, car il permet, sous condition d'une concurrence réelle et effective, d'une publicité efficace, de trouver un cocontractant à l'Administration, ayant les tarifs les plus compétitifs. Dans l'histoire des marchés, qui commence aussi loin que des institutions politiques ont eu des besoins de s'approvisionner en biens immobiliers, en biens mobiliers, ou en prestations de services, le procédé de l'adjudication, ou des pratiques relativement similaires étaient appliqués pour trouver le fournisseur le plus compétitif. Comme nous l'avons vu, c'était le cas, sous l'Antiquité gréco-latine, et sous l'Ancien Régime français. Cette pratique perdurera comme procédé de principe jusqu'à la moitié du XXe siècle.

2) L'adjudication : un procédé de principe dans l'attribution des différents types de marchés sans différenciation d'objet

480. Dans les différents types de marchés, marchés de travaux publics⁸³², marchés de fournitures⁸³³ et ses sous-catégories, comme les marchés de fournitures de services, le procédé de l'adjudication est le principe pour attribuer le marché à un cocontractant de l'Administration. Ce procédé, qui se fonde sur une concurrence effective et une publicité efficace, est réaffirmé dans tous les textes d'importance sur les marchés. Et ce, de la Révolution de 1789 à nos jours, où l'adjudication n'est plus le procédé de principe, mais la concurrence et la publicité restent plus que jamais des principes fondamentaux de nos marchés publics actuels.

481. Le procédé de l'adjudication sera le principe pour choisir un cocontractant compétitif, pour s'engager avec les pouvoirs publics, toujours dans la poursuite de l'intérêt de l'Administration. Ce procédé de principe, qu'est l'adjudication dans l'attribution des

⁸³¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2, A.

⁸³² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, A.

⁸³³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, A.

marchés à un prestataire, un fournisseur, ou encore un entrepreneur, est un des points de convergence le plus important, entre les différents types de marchés autonomes ou non, quelque soit leur objet, biens immobiliers, mobiliers, ou prestations de services. Par conséquent, le procédé de principe de l'adjudication est le point de convergence majeur entre les différents contrats administratifs autonomes et non autonomes, conclus à titre onéreux, que nous étudions dans cette étude, pour leur rôle de premier ordre, dans la naissance du concept juridique de marchés publics, au début des années 1960.

3) Des limites au principe de l'adjudication communes à tous les objets de marchés

482. Le procédé de principe de l'adjudication, permettant à l'Administration de choisir les cocontractants lui conférant les meilleurs tarifs, comporte des limites. Dans la continuité de celle mise en lumière dans les chapitres premier⁸³⁴ et second⁸³⁵, il faut souligner, dans le cas de tous les objets de marchés dont il a été question, y compris ceux des prestations de services divers, transports etc. les limites du principe de l'adjudication. En effet, la mise en avant de l'intérêt financier de l'Administration par la désignation obligatoire du prestataire fournisseur ou de l'entrepreneur, le moins-disant au niveau tarifaire, peut dans certains cas nuire grandement à l'intérêt de l'Administration. De surcroît, les cocontractants peuvent se livrer à une guerre des prix, pour remporter un marché, mais souvent au détriment de la qualité de la prestation, qu'ils vont procurer, à titre onéreux, à l'Administration.

B) Les marchés procurant des services à titre onéreux passés de gré à gré

483. Le principe de l'adjudication connaît son exception dans le procédé du gré à gré. Lorsque le procédé de l'adjudication ne s'applique pas pour des raisons bien définies, le marché est passé de gré à gré. Ce procédé est parfaitement appréhendé par la doctrine administrativiste, que nous avons déjà eu l'occasion de citer dans les deux chapitres précédents. Le recul, après avoir développé les marchés de travaux publics, de fournitures, et de fournitures de services, en tant qu'objet des marchés de fournitures, nous permet d'appréhender le ratio divergence/convergence, entre les différents types de marchés autonomes ou non.

⁸³⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, C.

⁸³⁵ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, A.

1) Une appréhension doctrinale des marchés de fournitures de services passés de gré à gré

484. Les marchés de fournitures, comme leur objet secondaire de fournitures de prestations de services divers, connaissent le principe de l'adjudication, comme mode principal de choix du cocontractant de l'Administration, et lorsque la situation appréciée par le législateur l'exige, le marché est passé de gré à gré. Ce procédé donne un degré de liberté à l'Administration, dans le choix de son fournisseur de services, bien supérieur au procédé de l'adjudication. C'est pour cette raison, que les cas de recours aux marchés de gré à gré, sont strictement arrêtés par le législateur. Ainsi, la règle générale, posant les conditions du gré à gré, prévoit de provoquer une mise en concurrence, au moyen d'une certaine publicité. Mais par contre, elle n'est pas tenue d'observer les règles prévues à cet effet dans la procédure de l'adjudication, ce qui fonde la différence entre gré à gré et adjudication. Il faut ajouter à cela, que l'Administration, dans la procédure des marchés passés de gré à gré, peut choisir le fournisseur, non seulement, parmi les concurrents, mais aussi en dehors d'eux⁸³⁶.

485. Arsène PÉRIER, dans son traité « *des marchés de fournitures* »⁸³⁷ cite les cas énumérés par le législateur, dans lesquels l'Administration peut traiter de gré à gré, pour certaines fournitures de services. Il s'appuie, sur l'article 69,⁸³⁸ du décret du 31 mai 1862⁸³⁹ relatif à la comptabilité publique, et son énumération claire des cas de marchés fournissant une prestation de services. L'article 18 du décret du 18 novembre 1882⁸⁴⁰ a reproduit une grande partie des dispositions de l'article 69 du décret du 31 mai 1862, avec quelques additions ou modifications⁸⁴¹. C'est de ce décret de 1882, que nous allons extraire les cas de marchés de fournitures de services, qui peuvent être passés de gré à gré. Cet article 18⁸⁴² énumère tous les cas de marchés passés de gré à gré quelque soit leur objet, incluant les marchés de travaux publics, de fournitures et les marchés ayant pour finalité des prestations de services diverses, qui intéressent notre étude :

⁸³⁶ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2, B.

⁸³⁷ PÉRIER Arsène., *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁸³⁸ Cet article 69 du décret de 1862, sur la comptabilité publique, a déjà été cité dans le chapitre, concernant les marchés de travaux publics postrévolutionnaires ; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, B.

⁸³⁹ Décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique, *op. cit.* ; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, chap. 1, Sect. 1, § 1, A.

⁸⁴⁰ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 6.

⁸⁴¹ TÊTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, pp. 68-70.

⁸⁴² L'article 18 du décret de 1882 sur les marchés a déjà été cité partiellement dans le Chap. sur les marchés de fournitures postrévolutionnaires, catégorie autonome des contrats administratifs ; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2, B.

- « 1° Pour les fournitures, transports, et travaux dont la dépense totale n'excède pas 40.000 francs, ou, s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années, dont la dépense annuelle n'excède pas 10.000 francs ;
- 2° pour toutes espèces de fournitures, de transports ou de travaux lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes : ces marchés doivent préalablement avoir été autorisés par le Président de la République, sur un rapport spécial du ministre compétent⁸⁴³ ;
 - 3° pour les objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention ; (...)
 - 5° pour les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes et industriels éprouvés ;
 - 6° Pour les travaux, exploitations, fabrications, et fournitures qui ne sont faits qu'à titre d'essai ou d'étude ; (...)
 - 9° pour les fournitures, transports ou travaux, qui n'ont été l'objet d'aucune offre aux adjudications, ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des prix inacceptables ; toutefois, lorsque l'administration a cru devoir arrêter et faire connaître un maximum de prix, elle ne doit pas dépasser ce maximum ;
 - 10° pour les fournitures, transports ou travaux qui, dans les cas d'urgence évidente, amenée par des circonstances imprévues, ne peuvent pas subir les délais des adjudications ;
 - 11° pour les fournitures, transports ou travaux que l'administration doit faire exécuter au lieu et place des adjudicataires défailants et à leurs risques et périls ;
 - 12° pour les affrètements et pour les assurances sur les changements qui s'ensuivent ;
 - 13° pour les transports confiés aux administrations de chemin de fer⁸⁴⁴ ; (...)
 - 15° pour les transports de fonds du Trésor »⁸⁴⁵.

486. Dans l'énumération des différents cas de marchés, dans lesquels le législateur prévoit que l'Administration pourra traiter de gré à gré, on constate que la présence des marchés ayant pour objet des prestations de services, est assez importante. Parmi ces marchés procurant des prestations de services à titre onéreux aux pouvoirs publics, on trouve toutes sortes de services : des affrètements, assurances⁸⁴⁶, exploitations,

⁸⁴³ Ce cas touche les questions relatives à la Défense, dans un contexte de tensions politiques et diplomatiques de concurrence dans l'obtention de colonies.

⁸⁴⁴ La question des chemins de fer joua un rôle d'importance dans le développement du cadre juridique des marchés de travaux publics, durant le XIXe et une partie du XXe siècle ; Cf. supra, Part. I, Titre I, Chap. 1.

⁸⁴⁵ Cf. *infra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

⁸⁴⁶ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat, Art. 18, al. 12.

fabrications⁸⁴⁷, l'exécution d'ouvrages et d'objets d'art⁸⁴⁸, la fabrication d'objets exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention⁸⁴⁹ etc. La limite entre la destination finale d'un bien mobilier et la prestation de services tendant à la fabrication de ce bien mobilier, est parfois difficile à appréhender. C'est peut-être une cause importante qui fait que l'objet immatériel des prestations de services a été intégré dans la définition des marchés de fournitures.

487. De plus, il faut souligner que la prestation de services la plus présente dans l'énumération des cas où les marchés peuvent être traités de gré à gré, est celle des transports. Cette notion de service de transports est d'une grande importance dans la naissance des marchés publics de services, en tant que partie intégrante des marchés publics.

2) Le procédé du gré à gré : trait d'union entre tous les objets de marchés

488. Recourir au procédé du gré à gré permet à l'Administration d'avoir la liberté de choisir son cocontractant. Ce procédé obéit à des cas particuliers posés par le législateur dans les textes sur les marchés. Le procédé du gré à gré permet de traiter les marchés avec plus de rapidité et de discrétion. Nous avons déjà vu que l'adjudication était un point très important de convergence entre les régimes juridiques des différents types de marchés. De la même manière, le procédé du gré à gré représente un point de convergence entre les marchés ayant des objets différents. En se fondant sur les développements concernant les modes de choix des cocontractants dans les marchés de travaux publics⁸⁵⁰, et dans ceux de fournitures⁸⁵¹, précédemment étudiés, et sur ce chapitre dédié aux marchés de fournitures de services, il est possible de mettre en lumière des points essentiels dans l'appréhension des contrats administratifs conclus à titre onéreux autonomes ou non.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, al. 6.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, al. 5.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, al. 3.

⁸⁵⁰ Il a déjà été mis en lumière, dans le chapitre 1er de cette partie I que le choix des cocontractants de l'Administration, dans la passation des marchés de travaux publics, se fait par le procédé de principe de l'adjudication, et par l'exception du gré à gré, dans les cas prévus par le législateur. Voir *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 2, A & B.

⁸⁵¹ Tandis qu'il a été mis en lumière que, dans la passation des marchés de fournitures, les procédés, permettant d'arrêter le choix des cocontractants de l'Administration, sont les mêmes que dans le cas des marchés de travaux publics. Voir *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 2, A & B.

489. De surcroît, dans la citation intégrale de l'article 18 du décret du 18 novembre 1882⁸⁵², écrite dans l'intitulé précédent⁸⁵³, le législateur énumère tous les cas d'espèce, où l'Administration peut recourir au procédé du gré à gré dans le choix de ses cocontractants, sans considération aucune de l'objet de leur prestation. Ainsi, le législateur, auteur des décrets de novembre 1882, et de mai 1862⁸⁵⁴, et suivants, énumère dans les mêmes articles, les cas d'espèce où les marchés de « fournitures, transports, et travaux »⁸⁵⁵ seront passés de gré à gré. Le législateur, de par la formulation de ces textes, et de ceux des lois et ordonnances « fondatrices »⁸⁵⁶ des années 1830⁸⁵⁷, sans explicitement faire des marchés un type de contrat administratif conclu à titre onéreux générique, les rapproche dans les mêmes textes très rapidement⁸⁵⁸. Ce rapprochement effectif est significatif d'une certaine reconnaissance, même implicite, d'une convergence importante des différents marchés de l'Administration, même restant autonomes d'un objet à l'autre. Ainsi, le procédé de principe de l'adjudication et le procédé relevant de l'exception, le gré à gré, sont des procédés que le législateur rend applicables, à tous les types de marchés, sans considération aucune de leur objet. Donc, le mode de choix des cocontractants utilisé par l'Administration est un des points de convergence le plus important entre les contrats administratifs autonomes conclus à titre onéreux, comme les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, concernant aussi le contrat administratif non autonome à titre onéreux procurant des prestations de services.

490. Pour conclure cette section, on peut dire que la passation des marchés de fournitures de services, de par leur assimilation dans la définition extensive des marchés de fournitures, suit le régime de passation de ces mêmes marchés de fournitures. Dès lors, le ratio de convergence entre le régime de passation des marchés de fournitures et les

⁸⁵² Décret du 18 novembre 1882, *op. cit.*, relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État.

⁸⁵³ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

⁸⁵⁴ Décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique, *op. cit.*. Cf. *Supra*, Part. I, Titre I, chap. 1, Sect. 1, § 1, A.

⁸⁵⁵ Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État, al. 1.

⁸⁵⁶ Le terme « fondatrice » fait référence au fait que la loi de 1833 sur les marchés et les ordonnances royales qui la suivent sur le même thème, font office de fondement du socle législatif et réglementaire des marchés.

⁸⁵⁷ Il est fait référence à la loi du 31 janvier 1833, premier texte de portée générale sur les marchés de l'État, en ce qui concerne les marchés de travaux publics et ceux de fournitures. Les ordonnances royales en question sont celle du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État (Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1, § 1, A), et celle du 14 novembre 1837 portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance (Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 2).

⁸⁵⁸ Le législateur, à l'époque révolutionnaire, adoptait des textes différenciés d'un objet de marché à l'autre. À titre d'illustration, la loi du 28 pluviôse an VIII, concernant le contentieux des marchés de travaux publics (Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 1, A), et le décret du 11 juin 1806, intervenant dans l'optique de régler le contentieux des marchés de fournitures (Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, § 1, B). Cet état de chose changera, dès la Restauration, avec l'adoption du socle législatif et réglementaire moderne des marchés.

marchés procurant des prestations de services est maximum, pour les raisons déjà évoquées précédemment. Tandis que vis-à-vis des marchés de travaux publics, ce ratio convergence/divergence est du même ordre que celui entre marchés de fournitures et de travaux publics. Tout ceci pour arriver à la conclusion d'une convergence globale entre les différents types de marchés, peu important leurs objets et leurs statuts de contrats administratifs autonomes ou non autonomes. Ce caractère de l'autonomie de ces deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux ne sera pas remis en cause, avant les prémices du premier Code des Marchés publics de 1964, mais leurs points de convergence conséquents sont très rapidement apparus aux différents acteurs du droit administratif, à savoir le législateur, la doctrine administrativiste et la jurisprudence.

491. Pour conclure ce chapitre 1^{er}, l'appellation de marchés publics de services, que l'on connaît aujourd'hui, trouve des origines moins évidentes que les marchés publics de travaux publics et ceux de fournitures, au travers des deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux autonomes, à savoir, les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. Mais les origines des marchés publics de services n'en sont pas moins importantes, au travers des marchés passés par l'État et ses collectivités locales, au lendemain de la Révolution de 1789. Les contrats, ayant le caractère administratif, et permettant l'approvisionnement des pouvoirs publics en diverses prestations de services, moyennant un paiement monétaire, représentent le socle, qui a permis la naissance des marchés publics de services. Ce chapitre a mis en lumière les différentes problématiques liées aux marchés procurant des prestations de services onéreuses, avant la naissance du concept juridique de marché public. Dans ce chapitre, il s'agissait de souligner trois aspects de ces marchés, ayant pour objet la fourniture à l'Administration de prestations de services diverses :

- En premier lieu, les marchés de services non autonomes s'intègrent dans une appréhension extensive des marchés de fournitures, qui ont pour objet premier de combler les besoins en biens mobiliers de l'Administration et en deuxième lieu, les besoins en prestations de services. Les marchés procurant des prestations de services ne peuvent être appréhendés, en dehors des marchés de fournitures, durant près de 150 ans suivant la Révolution de 1789, jusqu'au prélude de la codification des marchés publics en 1964.

- En second lieu, les marchés de services non autonomes s'insèrent, dans le régime de passation des marchés de fournitures, de manière logique. Les autorités compétentes, pour passer le marché de fournitures de services, sont logiquement les mêmes, que dans le cas des marchés de fournitures. Les compétences en matière de contentieux sont également identiques. Quant au procédé d'attribution du marché, utilisé par l'Administration pour choisir son cocontractant, les marchés de fournitures de services sont passés en adjudication de principe et de gré à gré dans des cas précisément prévus par le législateur, comme tous les types de marchés, sans distinction d'objet, biens immobiliers, mobiliers, et prestations de services. Les procédés d'attribution des marchés aux cocontractants de l'Administration sont un des points de convergence les plus importants entre tous les types de marchés autonomes ou non autonomes.

- En dernier lieu, les marchés de fournitures de services font l'objet de « sous-catégorisation de marchés », au travers des objets de services les plus importants, dans l'échelle des besoins de l'Administration. Dans cette logique, ce sont les marchés de transports qui arrivent en tête des marchés de fournitures de services, les plus importants et les plus reconnus par les trois acteurs de l'élaboration d'un droit administratif des contrats. Ensuite, d'autres objets de marchés de fournitures de services, comme les marchés de livraisons par exemple, font l'objet d'une reconnaissance très irrégulière d'un acteur du droit à un autre, voire quasi inexistante dans le cas du législateur.

La pratique juridique des marchés de fournitures de services sert de fondement complémentaire dans la conceptualisation ultérieure des marchés publics, en servant de base originaire au marché public de services, qui est un des trois piliers des marchés publics. Comme Laurent RICHER le souligne, « les marchés de services apparaissent comme une catégorie résiduelle, puisque ce sont les MP autres que les MP de TP ou fournitures portant sur la prestation de services »⁸⁵⁹. Cet état de chose des marchés publics de services est le fruit de cette élaboration postrévolutionnaire des marchés de fournitures de prestations de services, transports, livraisons et autres. Ce caractère résiduel, complémentaire des marchés de services réside dans cette non autonomie du régime juridique des marchés de fournitures durant tout le XIXe siècle, jusqu'à leur intégration globale dans la définition de l'article 1^{er} du CMP de 1964. Les marchés de services ne seront jamais vraiment autonomes, les deux catégories de marchés que sont ceux de TP et de fournitures de l'État restent le fondement conceptuel principal des marchés publics. Les

⁸⁵⁹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., pp. 363-364.

marchés de transports et autres marchés de services sont d'un intérêt complémentaire rattachés aux marchés de fournitures. Cet état de fait historique se retrouve, encore aujourd'hui, dans l'appréhension de ce que sont les marchés publics de services par rapport à ceux de TP et de fournitures. C'est ce que RICHER met en évidence par ce qu'il qualifie de « caractère résiduel », en citant l'article 1^{er} du CMP de 2001, évolution de celui de 1964.

492. Pour conclure la première partie de cette étude, sur la construction de la notion juridique de marché public, en tant que concept de droit administratif français (1789-1964), il faut adopter une approche rigoureusement axée sur les mécanismes et les acteurs qui font le droit administratif dans son acception moderne, à savoir, à partir de la Révolution de 1789. Sans perdre de vue que l'histoire du droit administratif, et par conséquent des contrats administratifs, ne commence pas en 1789. Les marchés publics, dont nous analysons dans cette étude les ressorts de leur naissance, sont composés des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Il s'agissait donc d'aller chercher les bases de ces trois piliers contractuels, formant aujourd'hui les marchés publics, pour appréhender au travers d'eux, un des ressorts essentiels de la naissance du concept juridique de droit administratif, que sont les marchés publics. La notion juridique de marché public est une notion générique qui s'est superposée à un contenu juridique déjà existant et non l'inverse. L'étude de l'histoire de ses composantes – que sont les marchés autonomes de travaux publics et les marchés autonomes de fournitures dans leur globalité – est une nécessité pour appréhender un des ressorts essentiels de l'émergence du concept de marché public, dans le droit administratif français, du XIXe et de la première moitié du XXe siècle.

493. Les trois piliers des marchés publics trouvent leur origine moderne, dès les textes du législateur de la Révolution de 1789, mais il faut faire attention de ne pas en déduire que les marchés sont nés *ex nihilo* des textes de cette Révolution. En effet, comme les premières sections des deux premiers chapitres s'attachent à le démontrer, les marchés et les procédés de passation, utilisés dès le XIXe siècle, avaient fait dans une certaine mesure

leur preuve, dans la satisfaction des besoins de l'Administration du Roi⁸⁶⁰. Parmi ces trois piliers, qui composent les marchés publics, les deux premiers sont appréhendés plus explicitement, car ils forment les deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux autonomes. Tout d'abord, les marchés de travaux publics, il faut les placer pour commencer, dans la notion générale de travaux publics, à savoir, ce sont les travaux publics à destination de l'État ou de ses démembrements, faisant l'objet d'un paiement monétaire, passé sous la forme d'un marché. Seuls les marchés de travaux publics postrévolutionnaires, qui ne recouvrent qu'une réalité partielle de la notion de travaux publics, s'insèrent dans le processus qui fut à l'origine des marchés publics. Les marchés de travaux publics ont une importance, car ils viennent combler les besoins d'approvisionnement à titre onéreux de l'Administration en biens et travaux immobiliers. En deuxième lieu, les marchés de fournitures visent à combler les besoins de l'État en biens mobiliers et en prestations de services. Le caractère autonome des marchés de travaux publics et de ceux de fournitures est un élément essentiel pour les appréhender dans deux cadres juridiques distincts, mais avec un ratio convergence/divergence penchant plus vers une convergence annonciatrice. En troisième lieu, il s'agit d'appréhender les marchés de fournitures de services, qui sont des contrats administratifs conclus à titre onéreux non autonomes, car ils s'insèrent dans l'appréhension extensive des marchés de fournitures. Les caractères principaux de cette sous-catégorie de marchés de fournitures découlent des caractères de ceux de fournitures. Il n'existe aucune notion de marché de services – ni même de notion de service générique englobant les différentes prestations de services onéreuses entrant dans les besoins de l'Administration – avant la naissance du concept de marché public de services. Les marchés de fournitures, de transports représentent les marchés de services les plus reconnus par les différents acteurs de l'élaboration du droit administratif des contrats, du fait de leur importance dans l'échelle des besoins onéreux de l'Administration du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. À côté des marchés de transports, divers objets de services onéreux font l'objet de passation de marchés de fournitures par l'Administration, mais à un niveau de reconnaissance moindre par rapport à ceux de transports, à l'image des marchés de livraisons, etc.

⁸⁶⁰ Cf. *supra*, Chap. introductif.

494. Tous les types de marchés, ayant le caractère administratif, tous objets confondus, biens immobiliers, biens mobiliers, et prestations de services, marchés ayant le caractère autonome ou pas, représentent la base pratique qui servira de contenu à la mise sur pied du concept générique de marchés publics au travers du premier Code des marchés publics. La pratique des contrats administratifs conclus à titre onéreux autonomes ou pas, de travaux publics, de fournitures, de transports, de livraisons, etc. durant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle, est le premier ressort, à la base de l'émergence du concept de marché public. Cette pratique des marchés, nécessitée par la satisfaction des besoins de l'État et de ses démembrements, est indispensable au bon fonctionnement des services publics, le deuxième ressort essentiel se laisse appréhender aisément. La pratique des marchés pose des problèmes de clarté, quant à leurs définitions et leurs régimes juridiques de passation, et appelle, de ce fait, un effort de théorisation des contrats administratifs essentiellement doctrinal, indispensable ressort final à la création par le législateur du concept de marché public au sein du droit administratif français (**Partie II**).

Chapitre 2 : La notion juridique de « marché local »

495. Dans le cadre des fondements conceptuels complémentaires dans l'émergence des marchés publics en droit administratif postrévolutionnaire, la notion de marchés locaux repose sur les caractères importants communs à tous les marchés⁸⁶¹. En premier lieu, le caractère contractuel des marchés locaux en droit administratif recoupe les mêmes considérations de débat juridique sur leur nature contractuelle que ceux de l'État, mais ce débat reste cantonné à ces derniers de par leurs prééminences⁸⁶². En deuxième lieu, le caractère administratif des marchés locaux représente l'enjeu central de ce chapitre, car si sa présence prééminente en matière de marchés de l'État est rapidement actée au XIXe siècle, ce n'est pas le cas pour ceux des collectivités locales⁸⁶³. En dernier lieu, le caractère autonome des différents types de marchés locaux, de travaux publics et de fournitures repose sur un ratio divergence/convergence de régime juridique, penchant plus largement que pour ceux de l'État, du côté de la divergence de régime⁸⁶⁴. En effet, les divergences de régime entre marchés de travaux publics et de fournitures de l'État résident essentiellement dans les modalités d'un contentieux administratif, tandis que ceux des collectivités locales voient leurs divergences de régime juridique se matérialiser dans la concurrence entre le contentieux administratif des marchés en voie de consolidation, et le contentieux de droit commun des marchés plus fréquents dans le contexte postrévolutionnaire.

496. Les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures passés par les collectivités locales représentent une part significative de l'activité contractuelle à titre onéreux de l'Administration, que ces contrats aient la qualification de contrat administratif ou pas. La qualification juridique postrévolutionnaire de marché est essentiellement applicable aux contrats administratifs à titre onéreux passés par l'État, mais les mêmes qualifications se transposent aux contrats passés par les collectivités locales. C'est en ce sens qu'ils représentent un fondement conceptuel complémentaire de l'émergence des

⁸⁶¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Sect. Préliminaire.

⁸⁶² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Sect. Préliminaire, § 1.

⁸⁶³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Sect. Préliminaire, § 2.

⁸⁶⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Sect. Préliminaire, § 3.

marchés publics, après les marchés de fournitures de prestations de services comme ceux de transports. Le marché local de transports, et plus généralement le marché local de services, sont assimilés dans les marchés de fournitures locaux, *lato sensu*, de la même manière qu'à l'échelle des marchés de fournitures de l'État.

497. Les marchés des collectivités locales aujourd'hui sont issus de la codification additionnelle au CMP de 1966. Cette codification additionnelle rapproche le régime juridique des marchés locaux de ceux de l'État, car dans la pratique postrévolutionnaire les régimes juridiques des marchés des collectivités locales peuvent diverger en fonction de différents critères. Le premier de ces critères est celui du type de marché, à savoir s'il s'agit d'un marché de travaux publics (**Section 1**) ou d'un marché de fournitures (**Section 2**), c'est-à-dire les deux types de contrat ayant un caractère administratif par détermination lorsqu'ils sont passés par l'État, mais variable à l'échelle de ceux des collectivités locales durant tout le XIXe et la moitié du XXe siècle. Le deuxième de ces critères est la nature de la collectivité locale qui passe le marché, communes ou départements qui, durant le XIXe et le début de XXe siècle, a conditionné les régimes juridiques divergents.

498. Depuis la période de la Révolution jusqu'à la codification additionnelle de 1966 relative aux marchés des collectivités locales, le régime juridique de ces marchés peut être soit de droit commun, soit de droit administratif, exactement de la même manière que le fameux chat d'Erwin Schrödinger est mort et vivant dans sa boîte. La détermination progressive d'un caractère administratif de principe des marchés locaux en général, complétée par une convergence historique progressive avec le régime de passation des marchés de l'État, représente un fondement complémentaire de l'émergence des marchés publics en tant que concept de droit administratif.

Section 1 : Les marchés de travaux publics des collectivités locales

499. Les marchés de travaux publics des collectivités locales s'inscrivent dans la lignée des marchés réglementés pour l'État. Les collectivités locales, communes et départements (à cette époque), ont des besoins en travaux publics, c'est-à-dire en biens immobiliers

divers, au même titre que l'Administration étatique. Seules les échelles d'importance à divers niveaux, prix, taille, quantité, seront différentes. Pour ce qui est de la convention, il faut mettre en évidence sa qualification juridique (§ 1), et le déterminant décisif de cette qualification résidant dans les compétences contentieuses effectives en matière de marchés de travaux publics des collectivités locales (§ 2).

§ 1 : La qualification de marché de travaux publics des collectivités locales

500. La qualification juridique de marché de travaux publics des collectivités locales soulève des questions quant à sa nature juridique par rapport à celle de marché de travaux publics de l'État et la dimension homogène de cette qualification autour du caractère administratif.

A) Une qualification de contrat administratif par détermination de la loi

501. Comme en matière de marchés de travaux publics de l'État, la loi du 28 pluviôse an VIII tient le rôle de déterminant du caractère administratif des marchés de travaux publics des communes et départements. Les régions n'existent pas encore dans l'emprise temporelle de cette étude.

502. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse (*op. cit.*) dispose que « Le Conseil de préfecture prononcera : (...) sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ; sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de tort et dommage procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration ; sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics (...) ». La jurisprudence, dès le XIXe siècle, se base sur cet article de loi de 1800 pour qualifier les marchés de travaux publics des départements et communes de contrat administratif. La non précision dans le texte de l'article 4, concernant si les travaux publics ciblés sont passés par l'État, par les départements ou les communes, permet à la jurisprudence d'adopter une interprétation extensive et d'y inclure les marchés de travaux

publics locaux. La qualification juridique de marchés de travaux publics locaux entre intégralement dans le champ des contrats administratifs sur la base de l'interprétation qui est faite de ce texte par la jurisprudence. Sur ce caractère administratif, un socle juridique de textes pose les bases de leur régime juridique, et les diverses caractéristiques spécifiques de leur passation entrent dans leur définition formelle, en parallèle avec les marchés de travaux publics de l'État.

1) Les textes spécifiques applicables aux marchés de travaux publics des collectivités locales : un déficit de définition matérielle

503. Les collectivités locales, dans le droit administratif postrévolutionnaire, accèdent progressivement aux statuts et aux rôles qui seront les leurs dans la deuxième moitié du XXe siècle, sans aborder ici, la question de la décentralisation qui est trop loin de notre problématique centrale. La notion de collectivités locales n'est pas esquissée, ni généralisée dans le droit administratif du XIXe siècle, c'est-à-dire que la commune et le département sont deux entités bien distinctes qui ont des besoins et les satisfont selon des procédés réglementés de manière spécifique.

a) Les textes applicables aux marchés de travaux publics communaux

504. Les législateurs, d'après 1789, se sont attelés à construire un cadre juridique le plus satisfaisant possible pour les marchés de travaux publics de l'État, c'est-à-dire les plus importants politiquement et financièrement. Ceci étant fait, il faut transposer et adapter un régime juridique aux marchés de travaux publics des communes. L'ordonnance royale du 14 novembre 1837⁸⁶⁵ est considérée comme la première pierre de cet édifice, les textes suivants ne vinrent que compléter cette ordonnance de moins de deux pages⁸⁶⁶, en ne perdant pas de vue que les marchés de travaux publics des communes ne sont qu'une transposition et une adaptation du cadre juridique des marchés de travaux de l'État, aux problématiques et contraintes communales. Le législateur, par le biais de cette ordonnance, n'apporte aucun élément de définition de l'objet juridique qu'il réglemente, à savoir les marchés de travaux publics des communes. En effet, le législateur n'utilise pas le terme « marchés », mais en son article 1^{er} vise « Toutes les entreprises pour travaux (...) ». Cet article témoigne bien, qu'au-delà de l'absence de définition des marchés de

⁸⁶⁵ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance, *Bull. des lois de la République française*, n°546, p. 721. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

⁸⁶⁶ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.* p. 211.

travaux publics, le législateur a visé plus l'impact financier que tout autre objectif. Sur ce point, Hélène LEMESLE répond que les textes sur les marchés des années 1830, dont celui de 1837 est le dernier opus, a pour objectif d'imposer les principes de concurrence et de publicité dans les marchés⁸⁶⁷. À noter que l'expression « entreprise pour travaux », mentionnée à l'article 1 de cette même ordonnance⁸⁶⁸, est employée comme un synonyme de marchés de travaux publics⁸⁶⁹.

505. Dans la même logique que la loi de 1871 relative aux départements, la loi du 5 avril 1884⁸⁷⁰ concerne les compétences des communes⁸⁷¹. Comme les départements avec la loi de 1871, cette loi est considérée comme la grande loi municipale définissant les principes généraux d'organisation, de tutelle et de compétence des communes. Cette loi refuse de traiter différemment les grandes et les petites communes et prévoit un régime uniforme pour toutes. Ainsi, les marchés de travaux publics d'une petite commune seront soumis aux mêmes règles de passation que les marchés d'une grande. Cette loi a une portée générale concernant l'organisation municipale dans son ensemble, et pour ce qui est des marchés de travaux publics, elle reprend sommairement des dispositions de l'ordonnance de 1837. Dès lors, comme dans cette ordonnance, on ne trouve aucun élément de définition de l'objet juridique des marchés de travaux publics. Cette loi pose les compétences des communes de manière générale, mais ne précise rien concernant les marchés de travaux publics qui relèvent de compétences hautes au niveau de la politique locale, du fait de l'impact de ces marchés sur les finances communales. Le cas du décret-loi de 1838 applicable, entre autres, aux marchés de travaux publics des communes n'est pas traité ici, car il sera abordé plus en détail dans un titre suivant.

506. L'ordonnance du 2 novembre 1945⁸⁷² réglemente les marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance et d'assistance.

⁸⁶⁷ LEMESLE Hélène, « Réglementer l'achat public en France (xviiiè-xixè siècle) », *Genèses* 3/2010 (n° 80), p. 24.

⁸⁶⁸ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, art. 1 ; *Bull. des lois de la République française*, n°546, p. 721. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

⁸⁶⁹ Définition du terme « entreprise » *Encyclopédie Dalloz*, 1957, p. 337 - « L'entreprise ou marché de travaux publics est le contrat par lequel une personne, en général un particulier ou une société de droit privé, qui s'appelle l'entrepreneur, s'engage vis-à-vis d'une personne morale de droit public, à construire, démolir ou à entretenir un ouvrage public dans des conditions qui lui sont précisées, et moyennant un prix que le maître d'ouvrage doit lui payer ».

⁸⁷⁰ Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, *Bull. des lois de la République française*, n°1835, p. 369.

⁸⁷¹ Cf. *infra*, Chap. 2, Sect. suiv., § 2.

⁸⁷² 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 et d'assistance ; modifiée par la loi n° 47-1626 du 15 septembre 1947, codifiée par le décret n° 57-657 du 22 mai 1957 relatif au Code de l'administration communale.

Cette ordonnance s'inscrit dans la lignée du décret de 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, mais uniquement à l'échelle des marchés des communes, et organismes publics apparentés. Les avancées du texte de 1942 applicable aux marchés de travaux publics sont ainsi transposées à ceux des communes. Ce texte est le dernier texte important applicable uniquement aux communes avant le grand mouvement textuel de codification des marchés publics, mouvement assimilable à la gestation conceptuelle des marchés publics⁸⁷³.

507. Après ladite ordonnance de 1837, les différents textes du législateur sur le régime juridique des marchés de travaux publics des communes s'inscrivent en complément de ce texte et suivent la même logique de non définition des objets juridiques réglementés, dans la lignée des textes applicables aux marchés de travaux publics de l'État.

b) Les textes applicables aux travaux publics départementaux

508. Pour les marchés de travaux publics passés à l'échelle des départements, différents textes interviennent selon une importance graduée. Tout d'abord, il s'agit de citer la loi du 10 août 1871⁸⁷⁴, qui a donné aux départements le statut de « collectivités territoriales⁸⁷⁵ » plus de 90 ans après la création des départements⁸⁷⁶, et plus de 70 ans après l'instauration des Conseils généraux et des Préfets par le Consulat⁸⁷⁷. Cette loi fixe les compétences des départements pour traiter des affaires d'intérêts départementaux, mais lesdits départements ne disposent pas du pouvoir de décision dans tous les domaines, et en l'occurrence, la passation des marchés de travaux publics ne relève pas de son domaine de compétence. Ainsi, la compétence de passation des marchés de travaux publics revient aux compétences du préfet dans une pure logique centralisatrice⁸⁷⁸. Cette loi n'apporte aucun élément de définition des marchés de travaux publics des départements. De manière beaucoup plus spécialisée, intervient le décret du 12 juillet 1893⁸⁷⁹ sur la comptabilité départementale. Ce décret étend les dispositions du décret de 1882 relatif aux marchés de l'État, aux marchés

⁸⁷³ Cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 1.

⁸⁷⁴ Loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux ; *Bull. des lois de la République française*, n°61, p. 93.

⁸⁷⁵ L'expression collectivité locale désigne dans le langage courant ce que la Constitution nomme "collectivité territoriale". En effet, jusqu'à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les deux termes apparaissaient dans la Constitution : collectivité locale à l'article 34 et collectivité territoriale au titre XII. Mais depuis seule cette dernière expression figure dans la Constitution. Les collectivités sont donc désormais des " collectivités territoriales ", l'expression " collectivité locale ", n'étant plus juridiquement pertinente.

⁸⁷⁶ Les départements furent créés par décret du 22 décembre 1789 pris par l'Assemblée constituante afin de remplacer les provinces de France jugées contraires à l'homogénéité de la nation.

⁸⁷⁷ C'est la loi du 28 pluviôse an VIII, relative à « la division du territoire de la République et l'administration » (17 février 1800) qui acte la création des Conseils généraux dans leur acception moderne. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 1.

⁸⁷⁸ Cf. *infra*, Chap. 2, Sect. suiv., § 2.

⁸⁷⁹ Décret du 12 juillet 1893 portant règlement sur la comptabilité départementale ; *Bull. des lois de la République française*, n°1570, p. 213.

des départements et dès lors, à leurs marchés de travaux publics. Il comporte une avancée de définition concernant les marchés des départements. En son article 18, il emploie l'expression « marchés ou conventions pour travaux (...) »⁸⁸⁰. Il pose un synonyme du mot marché, à savoir, le mot « convention » qui représente une avancée vers une définition du législateur qui interviendra plus tard.

509. Le cas du décret-loi de 1838 applicable, entre autres, aux marchés de travaux publics des départements n'est pas traité ici ; il sera abordé plus en détail dans le titre suivant, car il n'est pas applicable uniquement aux travaux publics onéreux départementaux. A la suite, le décret du 28 février 1957⁸⁸¹ relatifs aux départements intervient dans le cadre de ce que nous détaillerons dans la gestation conceptuelle des marchés publics⁸⁸².

c) Vers une notion de « marchés de travaux publics des collectivités locales »

510. Dans les dernières années de la III^e République, le contexte économique est compliqué et donc la situation des finances publiques s'en ressent fortement. Pour pallier à cette situation assez critique, intervient l'adoption de la loi du 5 octobre 1938, dont l'intitulé affiche clairement le ton « Loi tendant à accorder au gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays ». Par cette loi, le gouvernement est habilité pendant une durée déterminée à prendre des décrets ayant valeur de loi, que l'on qualifiera de « décret-loi »⁸⁸³. C'est un procédé particulier, justifié par une situation complexe, exigeant des mesures rapides.

511. Dans ce contexte est adopté le décret-loi du 12 novembre 1938 « portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales ». L'intitulé de ce décret-loi est suffisamment explicite, la volonté est de développer la cohérence de régime juridique entre les marchés de l'État et ceux des collectivités locales. Les marchés de travaux publics sont en première ligne dans le champ d'application de ce décret. Le but de ce texte ne se résume pas à améliorer la cohérence de

⁸⁸⁰ *Ibid.*, Bull. des lois de la République française, n°1570, Titre I : Dispositions générales, Art. 18, p. 215.

⁸⁸¹ Décret n° 57-250 du 28 février 1957 relatif à la passation des marchés départementaux.

⁸⁸² Cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 2.

⁸⁸³ Loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays, stipule en son article 1^{er} et unique : « Le gouvernement est autorisé, jusqu'au 15 novembre 1938, à prendre, par décrets délibérés et approuvés en conseil des ministres, les mesures destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Ces décrets, qui auront force de loi, seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1^{er} janvier 1939 ».

régime juridique entre l'État et ses collectivités locales, mais aussi entre les différentes collectivités. Ainsi, ce texte est le premier à être applicable simultanément aux marchés de travaux publics des communes et à ceux des départements. Sur la base de ce texte, on peut à présent parler de « marchés de travaux publics des collectivités locales » sans anachronisme terminologique, car antérieurement les textes étaient applicables soit aux marchés des communes, soit aux marchés des départements. Les titres précédents l'illustrent parfaitement, même si des textes postérieurs referont la distinction brièvement durant le préluce de la codification. Pour ce qui est de leur appréhension, les marchés de travaux publics trouvent le même niveau de définition, ou plutôt d'absence de définition que dans les textes applicables à ceux de l'État. Le législateur reste dans son rôle de poseur de cadre juridique, laissant à la jurisprudence dans une large mesure la précision des régimes juridiques spécifiques des marchés⁸⁸⁴. Cette affirmation est valable aussi bien à l'échelle de l'État que des collectivités locales, si ce n'est plus pour les secondes.

512. Ce décret est important, car il illustre explicitement ce que nous constatons comme un phénomène de convergence de régime juridique des différents types de marchés et de niveaux de passation de ceux-ci, en posant textuellement la notion de marché des collectivités locales en tant que transposition locale des marchés de travaux publics de l'État. Il ouvre, ainsi, la voie aux adoptions des décrets du 25 juillet 1960⁸⁸⁵ et du 28 novembre 1966⁸⁸⁶, qui sont déterminants dans la gestation et la naissance conceptuelle des marchés publics. La notion de marché de travaux publics des collectivités locales est un des fondements conceptuels des marchés publics, car elle entre dans leur définition conceptuelle globale posée par le CMP modifié et complété de 1966.

2) Les éléments de définition formelle des marchés de travaux publics des collectivités locales

513. Les éléments de définition formelle des marchés de travaux publics des collectivités locales entrent de manière centrale dans les fondements de cette qualification juridique de droit administratif postrévolutionnaire. Le rôle de la forme dans le contrat est couramment

⁸⁸⁴ JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux (...) », *op. cit.*, p. 68.

⁸⁸⁵ 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 ; cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 1 & 2.

⁸⁸⁶ Décret n° 66-887 et 66-888 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 (modifié) portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics. Notons qu'il vise l'article 37 de la Constitution et a été pris après consultation du Conseil d'État ; *J. O.* du 2 décembre 1966 ; cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 1 & 2.

consacré, la validité formelle de celui-ci résultant de l'observation des exigences de formes requises pour sa conclusion⁸⁸⁷. De l'échelon de l'État à celui des collectivités locales, le rôle du formalisme est du même ordre.

a) Les autorités compétentes dans la passation des marchés de travaux publics des collectivités locales : élément de définition formelle

514. Les communes sont des collectivités territoriales comme le sont les départements. Mais le rapprochement des marchés des départements et des communes, dans la notion de marché des collectivités locales est progressif durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Il faut que s'opère une convergence préalable des régimes de passation de marchés départementaux et communaux. Toutefois, dès la période révolutionnaire, le principe de la compétence des communes et des départements, dans la passation des marchés de travaux publics locaux, présente de forte similitude.

Alpha/ Pour ce qui est des marchés de travaux publics des communes : la compétence de passation est visée en général par une loi du 18 juillet 1837, art. 17 qui dispose que « les conseils municipaux règlent, par leurs délibérations ; (...) les projets, plans et devis de grosses réparations et d'entretien, lorsque la dépense totale afférente à ces projets et aux autres projets de même nature, adoptés dans le même exercice, ne dépasse pas le cinquième des revenus ordinaires de la commune, ni, en aucun cas, une somme de cinquante mille francs (...), en cas de désaccord entre le maire et le conseil municipal, la délibération ne sera exécutoire qu'après approbation du préfet ; et s'il s'agit d'une ville ayant plus de trois millions de revenus et qu'il y ait désaccord entre le préfet et le conseil municipal, après une approbation donnée par le Chef de l'État ».

515. L'article 18 de cette même loi dispose que « l'expédition de toute délibération sur un des chefs énoncés à l'article précédent⁸⁸⁸ est immédiatement adressée par le maire au sous-préfet, qui en délivre ou fait délivrer un récépissé. La délibération est exécutoire si, dans les trente jours qui suivent la date du récépissé, le préfet ne l'a pas annulée (...). Toutefois, le préfet peut suspendre l'exécution de la délibération pendant un autre délai de trente jours. ». Les articles 19 et 20 viennent compléter ces dispositions relatives aux compétences de passation en terme de travaux communaux, qui incluent dans leurs

⁸⁸⁷ Définition usuelle du terme « formel », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., version numérique, 1992.

⁸⁸⁸ Loi du 18 juillet 1837, *op. cit.*, art. 17.

énoncés génériques les marchés de travaux publics. L'article 19 pose que le conseil municipal délibère sur « les projets de construction, de grosses réparations et démolitions, et en général tous les travaux à entreprendre ». L'article 20 précise dans la lignée que « les délibérations des conseils municipaux sur les objets énoncés à l'article précédent sont adressées au sous-préfet. Elles sont exécutoires sur l'approbation du préfet, sauf les cas où l'approbation par le ministre compétent, ou par ordonnance royale, est prescrite par les lois ou par les règlements d'administration publique ». L'ordonnance royale du 14 novembre 1837, texte de référence sur les marchés des communes, le confirme en son art. 10 disposant que « les adjudications seront toujours subordonnées à l'approbation du préfet, et ne seront valables et définitives, à l'égard des communes et des établissements, qu'après cette approbation »⁸⁸⁹. La compétence du maire et du conseil municipal dans la passation des travaux communaux, est réelle, mais sous réserve de l'approbation du préfet, dès que les marchés de travaux publics dépassent une certaine importance. Le représentant de l'État joue donc un rôle primordial dans la compétence de passation des marchés de travaux publics. Les seuls cas où la compétence du maire est totale sont les cas de travaux de réparation ordinaire ou de simple entretien, dont la dépense n'excède pas 300 francs. Le maire peut donc ordonner l'exécution des derniers cas précités sans autorisation préalable du préfet⁸⁹⁰. Cette disposition vise obligatoirement les marchés publics de travaux de par la notion de seuil, impliquant le paiement d'une somme d'argent à l'entrepreneur. Cette disposition est logique et se retrouve dans nos marchés publics actuels, ne dépassant pas le seuil des 4000 € HT. Notre droit des marchés publics actuel s'inscrit de manière largement explicite dans l'héritage de ces textes réglementant la notion de marché en droit administratif du XIXe siècle.

Bêta/ Pour ce qui est de la compétence dans la passation des marchés de travaux publics des départements, il y a un avant et un après loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux⁸⁹¹. Avant cette loi, les travaux des départements étaient votés par le Conseil général sur la proposition du préfet, et soumis d'après leur importance, à l'approbation du Chef de l'État, à celle du ministre ou à celle du préfet⁸⁹². Ensuite, c'est la loi du 10 août 1871 qui va régir la matière. En son article 46, elle pose « Le Conseil général statue

⁸⁸⁹ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, art. 2, *bull. des Lois du Royaume de France*, IXe série, 2^e semestre de 1837, t. XVe, p. 723. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

⁸⁹⁰ En vertu des décrets du 10 brumaire an XIV, art. 5 et du 17 juillet 1808.

⁸⁹¹ Loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux ; *Bull. des lois de la République française*, n°61, p. 93.

⁸⁹² En vertu des textes : loi du 10 mai 1838, l'ordonnance du 29 mai 1830, décret du 24 avril 1864.

définitivement sur les objets ci-après désignés : classement et direction des routes départementales, projets, plans et devis des travaux à exécuter pour la construction, la rectification ou l'entretien desdites routes (...) ». L'article 81 pose lui que « la commission départementale ; (...) détermine l'ordre de priorité des travaux à la charge du département, lorsque cet ordre n'a pas été fixé par le Conseil général. ». Mais au final, c'est l'article 54 qui pose à qui revient la compétence de passation des contrats de travaux publics. Il dispose que « le préfet, sur l'avis de la commission départementale, passe les contrats au nom du département ». Cette loi du 10 août 1871, relative aux Conseils généraux,⁸⁹³ pose la compétence des préfets en matière de passation des marchés de travaux départementaux. La compétence réelle de passation pour les marchés de travaux publics des départements ne s'est pas vraiment déplacée avant et après la loi de 1871. L'État assure toujours le contrôle directement, ou par l'entremise de ses représentants, les préfets. Ceci est dans la parfaite logique du centralisme politique et juridique, amorcé sous l'Ancien Régime, et consolidé sans cesse depuis 1789. Le décret du 12 juillet 1893⁸⁹⁴ sur la comptabilité départementale s'inscrit dans la continuité en réaffirmant la compétence des préfets en son article 9, stipulant : « Le préfet est seul ordonnateur des dépenses départementales. »⁸⁹⁵. Cette compétence des préfets perdurera pendant longtemps jusqu'à la remise en cause de la centralisation.

516. En règle générale, l'État a une mainmise sur tous les marchés de travaux publics, ceux de l'État comme ceux de ses collectivités locales. Il est pertinent de noter que pour les grands travaux des communes, mais des départements également, l'autorisation et la déclaration d'utilité publique émanent toujours du Chef de l'État⁸⁹⁶. Quand il ne passe pas lui-même ses marchés de travaux, il soumet la passation des marchés de travaux des collectivités à l'approbation de ses préfets. Le dénominateur commun entre les marchés passés par l'État et ceux des départements et des communes, se matérialise dans une mainmise certaine des services de l'État qui persistera pendant longtemps, via l'institution des préfets. La question de l'importance politique et économique des marchés de travaux publics, au XIXe comme au XXe siècle, est incontournable entretenant une logique de surenchère centralisatrice.

⁸⁹³ Loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux ; *Bull. des lois de la République française*, n°61, p. 93

⁸⁹⁴ Décret du 12 juillet 1893 portant règlement sur la comptabilité départementale, *Bull. des lois de la République française*, n°1570, p. 213.

⁸⁹⁵ *Ibid*, *Bull. des lois de la République française*, n°1570, Titre I : Dispositions générales, Art. 9, p. 214.

⁸⁹⁶ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, *op. cit.*, t. 1, p. 37-38.

b) Les modes de désignation de l'entrepreneur par les collectivités locales : élément de définition formelle

517. Comme développé précédemment, le mode de désignation de l'entrepreneur local par les collectivités locales cristallise globalement les mêmes enjeux que dans la passation des marchés de travaux publics de l'État, des départements ou des communes. Le passage du marché par adjudication ou de gré à gré est un élément de définition formelle important de ce type de marché à l'échelon de l'État comme des départements et communes. Seule l'échelle d'importance politico-économique va changer.

Alpha/ L'adjudication des marchés de travaux publics locaux poursuit les mêmes buts qu'à l'échelle des marchés de l'État, c'est-à-dire « placer plusieurs concurrents dans une position telle, qu'ils arrivent à offrir les meilleures conditions pour le public »⁸⁹⁷. La base textuelle de l'adjudication est posée de manière stable, dès l'ordonnance du 14 novembre 1837⁸⁹⁸. Cette ordonnance est assimilable à une transposition de l'ordonnance du 4 décembre 1836, ces deux textes étant proches. Elle pose les principes de la concurrence et de la publicité dans les marchés des communes (les départements n'ayant pas encore la personnalité juridique). Ces deux principes trouvent leur matérialisation dans le procédé de l'adjudication qui par ses implications formelles – publication un mois à l'avance des affiches, fixation d'un lieu pour consulter le cahier des charges etc. – permettent de rendre effective la concurrence et la publicité dans la passation des marchés. De ce fait, l'adjudication est le procédé de principe le plus usité dans le choix de l'entrepreneur de travaux publics tant à l'échelon local que national.

518. Les marchés de travaux publics, passés selon les formes de l'adjudication, constituent un élément de définition important de ce type de marché aussi bien au niveau de l'État que des collectivités locales. Le procédé de principe de l'adjudication est un dénominateur commun entre les marchés de travaux publics et de fournitures de l'État, comme vu précédemment, incluant aussi les marchés de travaux publics des collectivités locales.

⁸⁹⁷ FOURMEL Henri, *Examen de quelques questions de travaux publics*, op. cit., 1838, p. 59.

⁸⁹⁸ Pour l'anecdote ce texte fait à peine deux pages.

Bêta/ Les marchés de travaux publics locaux passés de gré à gré constituent l'exception en matière de procédé de choix de l'entrepreneur local. Les modes de passation locaux suivent sensiblement les règles appliquées à ceux de l'État. Dans les départements, les marchés de travaux publics suivent exactement les mêmes règles que les marchés de l'État⁸⁹⁹. Les cas de figure où les marchés de travaux publics sont passés de gré à gré sont donc quasi similaires, à ceux de l'État⁹⁰⁰.

519. Dans le cas des communes, l'ordonnance du 14 novembre 1837 reproduit les principales dispositions de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés de l'État, en les transposant aux marchés de travaux publics des communes et aussi des établissements de bienfaisance. L'article 1^{er} de l'ordonnance de 1837⁹⁰¹ pose le principe de l'adjudication et ouvre des exceptions, c'est-à-dire les cas où les marchés seront conclus de gré à gré. L'article 2 énumère les cas où les marchés de travaux publics communaux seront conclus de gré à gré. Les travaux et fournitures n'excédant pas trois mille francs sont traités de gré à gré de principe. Tandis que les travaux et fournitures, quelque soit le montant du marché, peuvent être passés de gré à gré, à la condition d'avoir l'approbation du ministre de l'Intérieur dans différents cas précis :

- « (...) Pour les ouvrages et les objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes éprouvés ;
- Pour les exploitations, fabrications et fournitures qui ne seraient faites qu'à titre d'essai ;
- (...) Pour les fournitures ou travaux qui n'auraient été l'objet d'aucune offre aux adjudications, et à l'égard desquels il n'aurait été proposé que des prix inacceptables : toutefois, l'administration ne devra pas dépasser le maximum arrêté conformément à l'article 7 ;

⁸⁹⁹ Cela s'explique, par le fait que la personnalité juridique des départements est restée longtemps absorbée dans celle de l'État. Les travaux départementaux ont donc été considérés comme des travaux publics assez tôt, avant que les travaux des communes et des établissements publics ne soient assimilés comme tels.

⁹⁰⁰ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, op. cit., t. 1, p. 106.

⁹⁰¹ Ordonnance du 14 novembre 1837, op. cit., art. 1^{er} : « Toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance seront données avec concurrence et publicité, sauf les exceptions ci-après. ». Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

- Pour les fournitures et travaux qui, dans les cas d'urgence absolue et dûment constatée, amenés par des circonstances imprévues, ne pourraient pas subir les délais des adjudications »⁹⁰².

520. Ces différents cas où les marchés de travaux publics des collectivités locales sont passés de gré à gré sont quasiment similaires au cas défini pour les marchés de travaux publics de l'État. Le cadre juridique local étant la transposition d'un cadre juridique de l'État, seuls les seuils et les chiffres s'adaptent à la taille des marchés qui se réduit à l'échelon local.

521. L'intérêt financier de l'Administration primera sur tous intérêts administratifs, ou de service public, pendant le XIXe et durant une bonne moitié du XXe siècle, avec le principe de l'adjudication généralisé aux marchés de travaux publics de l'État comme ceux des collectivités locales, avant une modernisation et l'introduction d'un nouveau procédé de passation des marchés plus respectueux de l'intérêt administratif et du service public, sans perdre pour autant l'aspect financier de vue.

c) Le cahier des charges des collectivités locales : élément de définition formelle

522. Les cahiers des charges constituent un document formel de première importance dans l'appréhension des marchés de travaux publics de l'État, et logiquement des collectivités locales également. Son importance est centrale aussi bien dans le marché de travaux publics passé par adjudication que de gré à gré, la différence notable résidant dans la simple publicité⁹⁰³ qui doit être faite autour du cahier des charges dans la procédure de l'adjudication et pas dans celle du gré à gré.

523. Les différents types de cahiers des charges applicables aux marchés de travaux publics de l'État (Ponts et Chaussées etc.) ne s'appliquent pas de plein droit aux marchés des autres personnes administratives : départements, communes et établissements publics. Mais dans la pratique administrative locale ordinaire, les cahiers des charges locaux se réfèrent à ceux de l'État. Les cahiers des charges des marchés de l'État s'appliquent donc

⁹⁰² Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, art. 2, *bull. des Lois du Royaume de France*, IXe série, 2^e semestre de 1837, t. XV, pp. 721-722.

⁹⁰³ On parle de simple publicité car il ne revient pas à l'Administration de l'État comme des collectivités locales de fournir des explications aux entrepreneurs. Voir : HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, 4^e éd., 1900, p. 715.

de facto à ceux des collectivités locales⁹⁰⁴. HAURIUO cite l'exemple du cahier des charges des marchés de travaux publics des Ponts et Chaussées du 16 février 1892 qui s'applique dans la pratique administrative locale à leurs travaux publics. Les chemins de fer et les travaux publics très importants, qu'ils impliquent, jouent un grand rôle dans l'évolution de la législation à l'échelle de l'État, mais aussi à l'échelon local. En effet, ce que l'on qualifiait à la fin du XIXe siècle de chemin de fer d'intérêt local, englobant à titre d'exemple les tramways ou les chemins de fer sur routes, est visé par une loi du 11 juin 1880. Elle oblige les Conseil généraux à adopter un cahier des clauses et conditions type, approuvé par un décret rendu en Conseil d'État le 6 août 1881⁹⁰⁵.

524. La tutelle de l'État sur ses collectivités locales, départements et communes durant le XIXe et les deux tiers du XXe siècle conditionne en grande partie les mécanismes de passation des marchés de travaux publics locaux. En ce sens, les cahiers des charges type, usités dans ces marchés locaux, sont dans une large mesure des reprises des cahiers des marchés de l'État. Comme dans les marchés de l'État, le cahier des charges des marchés locaux est assimilable à la colonne vertébrale formelle du contrat, cristallisant la compétence administrative exorbitante du droit commun.

525. Cette qualification de contrat administratif, par détermination de la loi, est une détermination *a priori*, c'est-à-dire que l'Administration décide de qualifier de marché de travaux publics la convention qu'elle a passé avec l'entrepreneur de travaux. Le marché de travaux publics locaux est un contrat administratif, *a priori*, par cette seule qualification juridique spécifique. Les caractéristiques attachées à cette qualification doivent cependant être respectées dans la passation du contrat par les parties. Les critères jurisprudentiels du contrat administratif doivent être respectés pour emporter le maintien de cette qualification. Une convention, qui a toutes les caractéristiques d'un marché de travaux publics, et que l'Administration n'a pas qualifié de telle, peut se voir requalifier *a posteriori* en marché de travaux publics par le juge. Ceci est valable pour les marchés de travaux publics des collectivités locales comme ceux de l'État.

B) L'homogénéité administrativiste de la qualification de marché de travaux publics

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 715.

⁹⁰⁵ BENARD André, *Du contrat de marché, ou Entreprise de travaux publics tant publics que privés*, op. cit., 1897, pp. 17-18.

526. La qualification de marché de travaux publics est homogène autour du caractère administratif que ces conventions impliquent. Le caractère administratif sous-tend un socle de règles exorbitantes du droit commun définissant un régime juridique particulier. La passation des marchés de travaux publics de l'État comme des collectivités locales est conclue dans le cadre d'une procédure de passation réglementée afin de concilier l'intérêt particulier de l'entrepreneur et l'intérêt général défendu par l'Administration. Il faut ajouter les marchés de travaux publics des colonies – à une époque où la France est la deuxième puissance coloniale mondiale – qui sont aussi qualifiés de contrats administratifs⁹⁰⁶. Une différenciation de l'échelon de l'État ou celui des collectivités locales, comme des colonies, ne change pas la dichotomie intérêt particulier/intérêt général matérialisée par la passation des marchés de travaux publics en général. Le déterminant de l'homogénéité de ce type de marchés, qu'ils soient passés par l'État ou les collectivités locales, reste la convergence quasi totale de leurs régimes juridiques contentieux.

527. Ainsi, les marchés de travaux publics, passés par l'État comme ceux passés par les départements, communes et colonies, présentent une proximité importante de régime juridique général du fait de leur caractère administratif. La qualification juridique de marché de travaux publics jouit d'une cohérence entre régime juridique applicable à l'État et régime juridique applicable aux collectivités locales dans le droit administratif postrévolutionnaire du XIXe siècle. Cette approche est cohérente surtout dans le contexte de tutelle très étroite de l'État sur ses collectivités locales durant tout le XIXe et les deux tiers du XXe siècle. Les régimes juridiques applicables aux marchés de travaux publics des départements et communes sont, dans une certaine logique, de simples transpositions et adaptations de la législation nationale à l'échelon local.

§ 2 : Un contentieux administratif des marchés de travaux publics des collectivités locales

⁹⁰⁶ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...), op. cit.*, t. 2, p.154.

528. Les marchés de travaux publics des collectivités locales font l'objet d'un contentieux administratif spécifique par rapport à certains contrats administratifs proches, et jouissent d'une convergence importante de régimes contentieux avec ceux de l'État.

A) Un contentieux administratif spécifique

529. La spécificité du contentieux des marchés de travaux publics en général trouve ses origines dans la compétence des Intendants du Roi dans les litiges relatifs aux travaux publics⁹⁰⁷. Même durant la transition révolutionnaire, avant la loi du 28 pluviôse an VIII, le contentieux des marchés de travaux publics reste dans le giron de la compétence contentieuse administrative, étant partagé entre les Directoires des départements et les ministres⁹⁰⁸.

530. Denis SERRIGNY souligne dans son traité que « le contentieux qui naît des marchés de travaux publics communaux appartient au conseil de préfecture, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, admise par le Conseil d'État depuis 1830, l'a été également par le Tribunal des Conflits durant son existence⁹⁰⁹ »⁹¹⁰. HAURIOU, au sujet de la tournure de cet art. 4, parle de « termes un peu obscurs »⁹¹¹, qui n'empêchent pas une interprétation traditionnelle à attribuer l'intégralité de la compétence contentieuse aux Conseils de préfecture. De principe, le contentieux des marchés de travaux publics des départements/communes, comme celui de l'État, est un contentieux de pleine juridiction, consistant dans « l'appréciation de toutes les décisions par lesquelles l'administration exerce les droits qu'elle croit tenir de son marché »⁹¹². Cette compétence spécifique ciblée sur le Conseil de préfecture s'explique par le fait que les décisions des départements et des communes, comme de l'État, ne sont pas des décisions assimilables à des actes de puissance publique. Le Conseil d'État connaît en première instance des actes de puissance publique, alors que les décisions entourant la passation de marchés de travaux publics sont assimilables à des actes de gestion étroitement liés aux marchés. De ce fait, ils relèvent de la compétence contentieuse spécifique des Conseils de préfecture⁹¹³. Les arrêts

⁹⁰⁷ Cf. *supra*, Chap. introductif.

⁹⁰⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 697.

⁹⁰⁹ SERRIGNY publie ce traité en 1854, sachant que le Tribunal des conflits a connu une première phase d'existence durant la IIe République de 1848 à 1852. Il faut attendre la IIIe République et la loi du 24 mai 1872 pour le voir réinstauré durablement.

⁹¹⁰ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, *op. cit.*, p. 520.

⁹¹¹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 697.

⁹¹² LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, t. 2, pp. 129-130.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 130.

confirmatifs du Conseil d'État sur ce point sont légion, comme ceux du Tribunal des conflits dans sa première phase d'existence⁹¹⁴. La spécificité du contentieux des marchés de travaux publics des collectivités locales est mise en évidence par des administrativistes comme SERRIGNY qui souligne « qu'il ne faut pas confondre les marchés de travaux publics communaux et les marchés de fournitures à faire aux communes »⁹¹⁵.

531. Sur la question des marchés mixtes des collectivités locales, comprenant à la fois un élément de travaux publics et un de fournitures, la jurisprudence, dans la lignée de celle applicable aux marchés mixtes de l'État, tranche que « le conseil de préfecture est compétent pour connaître des contestations nées à l'occasion d'un marché dans lequel les travaux à exécuter ont une certaine importance⁹¹⁶ »⁹¹⁷. La différenciation stricte entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures est fondamentale dans le droit administratif du XIXe et du début du XXe siècle, dans l'appréhension de ces deux types de contrat administratif autonome. Ils représentent les deux plus importants types de contrat administratif révolutionnaire, rendant la résolution de la question des marchés mixtes essentielle, à l'échelle des marchés de l'État, comme de ses collectivités locales.

532. Pour ce qui est de l'architecture contentieuse des marchés de travaux publics des collectivités locales, la juridiction de première instance est le Conseil de préfecture comme le prévoit l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. La matière des travaux publics et son contentieux resteront dans le champ de compétence des Conseils de préfecture et suivront ses différentes évolutions qui marqueront ce régime contentieux spécifique. Ils sont supprimés ou plutôt remplacés par les Conseils de préfecture inter-départementaux en vertu des décrets-lois des 6 et 26 septembre 1926. Le contentieux des marchés de travaux publics locaux reste de la compétence de 1^{ère} instance de ces « nouveaux Conseils de préfecture inter-départementaux ». La plus importante modification de ce régime contentieux interviendra avec la suppression des Conseils de préfecture issue des textes de

⁹¹⁴ TC, 24 avril 1850, *Roger* ; TC, 19 juin 1850, *Baudrey* ; TC, 18 novembre 1850, *Mazet* ; TC, 10 janvier 1851, *Bergadieu* ; cité in SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif, op. cit.*, p. 520.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 520.

⁹¹⁶ CE, 13 juillet 1860 ; CE, 9 janvier 1867, *Dencausse*, Rec. Lebon, pp. 26 à 28 ; CE, 26 décembre 1867, *Goussel*, Rec. Lebon, pp. 965-966 « Sur la compétence : - Considérant que l'adjudication consentie par le sieur Goussel avait pour objet les travaux de fourniture et d'installation d'une cloche dans l'église de la commune de Fomgs ; que, dès lors, au terme de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an 8, le CPréf. était compétent pour connaître des difficultés qui se sont élevées sur l'exécution de ce marché (...) » ; CE, 11 août 1859, *Duvoir-Leblanc*, Rec. Lebon, pp. 575-576 « le doute sur la compétence naît de ce que la nature du contrat est complexe, de ce que le contrat porte tout à la fois sur des travaux et sur une fourniture (...) », p. 575 ; CE, 9 février 1865, *Fouque*, Rec. Lebon, pp. 180 à 182.

⁹¹⁷ *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, t. VIII, 1920, p. 47.

1926, et la création des Tribunaux administratifs en tant que juge administratif de droit commun, par le décret du 30 septembre 1953⁹¹⁸. Le contentieux de 1^{er} degré des travaux publics locaux entre dans le champ de compétence des TA dès leur création, prenant la succession des historiques Conseils de préfecture tant décriés (CORMENIN, JÈZE etc.). Cette réforme pose la juridiction administrative de 1^{ère} instance que l'on connaît aujourd'hui dans le contentieux des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services des collectivités locales. Dans ce contentieux spécifique, l'appel est de manière constante, de la loi du 28 pluviôse an VIII à la création des Cours administratives d'appel (CAA) en 1987⁹¹⁹, porté devant le Conseil d'État. L'appel et la cassation en matière de travaux publics locaux sont introduits devant le Conseil d'État.

533. La spécificité du contentieux des travaux publics locaux est révélée par rapport aux contentieux des marchés de fournitures des collectivités locales, incluant aussi les marchés de transports et autres prestations de services faites par les départements et les communes à titre onéreux.

B) L'unité contentieuse des marchés de travaux publics

534. L'architecture de ce contentieux des travaux publics locaux est similaire à celui intervenant à l'échelle des marchés de travaux publics de l'État⁹²⁰. Cela amène à souligner l'unité de compétence contentieuse intervenant en matière de marchés de travaux publics passés tant par les départements et les communes que par l'État lui-même.

535. Au-delà de ce constat d'unité contentieuse, il s'agit de mettre en évidence les raisons de cette unité qui ne se retrouve pas dans le contentieux des marchés de fournitures par exemple. Il faut rappeler les raisons historiques du caractère administratif des travaux publics qui résident dans le fait que « les travaux publics sont l'opération administrative la plus dangereuse pour les finances publiques et que le contrôle doit en être assuré d'une façon particulièrement sévère »⁹²¹. C'est la raison principale qui explique que le contentieux des travaux publics est exorbitant du droit commun. Le fait que les marchés de

⁹¹⁸ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953, *op. cit.*

⁹¹⁹ Loi du 31 décembre 1987.

⁹²⁰ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

⁹²¹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 697.

travaux publics soient passés par l'Administration étatique ou celle des départements ou communes n'efface pas le danger de ces opérations pour les finances publiques. Il est donc impératif de le contrôler devant des juridictions administratives. La seule différence réside dans des sommes moyennes un peu moins importantes dans le cas des marchés passés par un département ou une commune par rapport à ceux de l'État.

536. Dans la continuité de ce raisonnement, LAFERRIÈRE, dans son traité de la juridiction administrative de la fin du XIXe siècle, référence en la matière, précise que « les ministres, les préfets, les maires sont justiciables du Conseil de préfecture lorsqu'ils représentent l'État, le département ou la commune, dans ses rapports avec un entrepreneur ou un concessionnaire »⁹²². Les travaux publics de l'État cristallisent les mêmes enjeux que ceux des départements et communes et leur contentieux est placé, logiquement, à la même hauteur dans le champ de compétence des Conseils de préfecture.

537. L'unité du contentieux des marchés de travaux publics de l'État et de ses collectivités locales autour du caractère administratif de son contentieux et de la similitude de compétence juridictionnelle administrative fait de la qualification juridique de marché de travaux publics un régime juridique global beaucoup plus cohérent que ne peut l'être celui des marchés de fournitures. Le marché de travaux publics entre dans le champ du contrat administratif, dès le début du XIXe siècle, contrairement aux marchés de fournitures. La conceptualisation des marchés publics confirmera le caractère administratif de ce qui est qualifié aujourd'hui de marchés publics de travaux de l'État comme des collectivités locales. L'unicité de régime contentieux des marchés de travaux publics de l'État et des départements/communes est novatrice par rapport à l'importance des collectivités locales au XIXe siècle. Les travaux publics représentent un modèle précurseur, pour le droit administratif, de généralisation du caractère administratif, pour une même pratique administrative à l'échelle de l'État, et à l'échelon des départements/communes.

⁹²² LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 2, p. 130.

Section 2 : Les marchés de fournitures des collectivités locales

538. La question des marchés de fournitures passés avec des collectivités locales est complexe, surtout par rapport à ceux de travaux publics que nous venons de voir. En effet, les marchés de fournitures postrévolutionnaires *lato sensu* ne renvoient pas à une qualification de contrat administratif homogène, car les marchés de l'État et ceux des collectivités ne revêtent pas le même caractère (§ 1). Cette différence de caractère entre l'État et ses collectivités locales est en corrélation avec la nature de son contentieux (§ 2).

§ 1 : Les marchés de fournitures des collectivités locales postrévolutionnaires : une qualification juridique postrévolutionnaire entre droit commun et droit administratif

539. Les marchés de fournitures des départements et des communes sont depuis la période révolutionnaire assimilables à des contrats de droit commun durant la totalité du XIXe siècle. Dès le début du XXe siècle, la jurisprudence les qualifie ponctuellement de contrat administratif.

A) Le marché de fournitures des collectivités locales postrévolutionnaire : contrat de droit commun et contrat administratif sur le critère de la simplicité de la fourniture

540. La qualification de marché de fournitures est de droit commun et de droit administratif aussi sûrement que le fameux chat de Schrödinger est mort et vivant. Dans certaines circonstances, les contrats qualifiés de marchés de fournitures sont des contrats administratifs, et dans d'autres, ce sont des contrats de droit commun. Le marché de fournitures locales est matériellement un contrat de droit commun, mais par sa forme, il se rapproche des autres catégories de marchés qui sont des contrats administratifs.

1) Le marché de fournitures local : contrat de droit commun

541. La question du caractère des marchés de fournitures des départements et communes est claire, durant les premiers temps du XIXe siècle, car ces marchés locaux sont des contrats de droit commun. La base textuelle sur laquelle la jurisprudence se fonde pour interpréter les marchés de fournitures de l'État comme des contrats administratifs par

détermination de la loi, n'est pas opérante vis-à-vis de ceux des collectivités locales. Le décret du 11 juin 1806 sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État dispose, en son article 14, qu'il « connaîtra en outre : (...) 2° 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 notre maison (...) »⁹²³. La formulation de cet article est explicite sur le fait que seuls les marchés de fournitures de l'État sont visés par la compétence contentieuse du Conseil d'État. La doctrine administrativiste comme la jurisprudence sont unanimes quant à cette interprétation de l'article 14 dudit décret. Les marchés de fournitures des départements et des communes sont des contrats de droit commun de principe, mais ledit principe va progressivement admettre des exceptions.

542. Une deuxième raison complémentaire apparaît comme importante dans la qualification de contrats de droit commun des marchés de fournitures des collectivités locales au XIXe siècle. En effet, durant une grande partie du XIXe siècle, les collectivités locales sont considérées comme de simples associations d'intérêts privés, et non pas comme des collectivités locales à part entière. Dès lors, les contrats qu'elles passent, sont des contrats de droit commun⁹²⁴. Ils n'ont pas le caractère administratif que les législateurs révolutionnaires donnèrent, dès le lendemain de 1789, aux marchés de fournitures de l'État⁹²⁵.

543. Malgré ces raisons, cela n'empêche pas que le caractère des marchés de fournitures locaux, et notamment ceux des départements soulèvent des *questions de droit administratif* importantes. SERRIGNY s'interroge ouvertement, dans son traité des années 1850, « dans quelle catégorie faut-il ranger les marchés de fournitures à faire aux départements (...) ? Doit-on les assimiler aux marchés de fournitures pour le compte de l'État, ou bien aux marchés de fournitures pour le compte des communes ? »⁹²⁶. Il précise que cette question revêt une grande importance, du fait du nombre important de départements et de marchés de fournitures passés par ceux-ci. Dans le sens d'une assimilation des marchés de

⁹²³ Décret du 11 juin 1806, *op. cit.*, portant sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État, Titre II, art. 14 ; *Recueil de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics*, 1^{re} série, t. II, année 1805 à 1816, pp. 38-39. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 2.

⁹²⁴ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 129.

⁹²⁵ En vertu de l'arrêté directorial du 2 Germinal an V, qui qualifie d'actes d'administration « toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement par ses agents immédiats et avec les fonds du Trésor public » et de manière plus notoire, le décret du 11 juin 1806; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1, § 1, A.

⁹²⁶ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, *op. cit.*, p. 523.

fournitures départementaux à ceux des communes, il faut mettre en avant la proximité de statut qu'ils entretiennent avec les communes, car ils ont, tous deux, la double qualité de « conscriptions administratives et de corporations ». De ce fait, SERRIGNY souligne qu'il serait logique « dans le silence de la législation, de les assimiler aux communes plutôt qu'à l'État, puisqu'ils sont une partie de l'État, et non l'État tout entier »⁹²⁷. Il pointe du doigt la résistance du législateur à généraliser aux départements le régime juridique exorbitant du droit commun applicable aux marchés de fournitures de l'État. SERRIGNY, malgré ces raisons, plaident pour l'assimilation des marchés de fournitures départementaux à ceux de l'État dans le sens d'une convergence de régime juridique, soulignant que « le texte du décret de 1806 est assez large pour se prêter à cette interprétation »⁹²⁸. Ainsi, dès les années 1850, SERRIGNY a conscience de l'importance de la convergence des régimes juridiques multiples que la notion de marchés de droit administratif postrévolutionnaire peut englober. C'est, grâce à des analyses doctrinales comme celle de SERRIGNY, que les marchés de fournitures locaux accéderont à la qualification de principe de contrat administratif.

2) Le marché de fournitures local : vers la qualification de contrat administratif

544. Sur la base de l'article 14 du décret du 11 juin 1806, sera extrait par interprétation jurisprudentielle, un principe selon lequel les marchés de fournitures des départements et communes ont une qualification juridique de contrat de droit commun, à la différence notable de ceux de l'État qui sont des contrats administratifs.

545. Beaucoup de principes, en droit administratif, voient le développement d'exception. Dès la fin du XIXe siècle, LAFERRIÈRE, dans son *Traite de la juridiction administrative*, expose que la compétence contentieuse du Conseil de préfecture, conférée aux marchés de travaux publics en général, se voit « étendue aux marchés les plus importants de fournitures et de louage d'ouvrages qui peuvent intéresser les communes ». On peut citer, pour illustration, les marchés de fournitures d'importance touchant aux services des eaux, du gaz, du balayage, ou encore des pompes funèbres etc⁹²⁹. Ainsi, les marchés de fournitures des communes, d'un certain niveau d'importance, accèdent à la qualification de

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 523.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 525.

⁹²⁹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...), op. cit.*, t. 2, p.154.

contrat administratif durant le dernier tiers du XIXe siècle. Le caractère exorbitant du droit commun de ces marchés de fournitures communaux se justifie au même titre que celui des marchés de travaux publics communaux, par la présence d'une personne publique au contrat (critère organique du contrat administratif). En effet, la nécessité d'insérer des clauses exorbitantes du droit commun est la même pour défendre l'intérêt général communal, que ce soit lors de travaux publics ou de fournitures d'envergure. La jurisprudence a tranché en ce sens concernant les marchés de fournitures communaux, en créant une distinction suivant l'importance de la fourniture, conditionnant le caractère administratif ou de droit commun du marché de fournitures communal.

546. Par contre, à la fin du XIXe siècle, les marchés de fournitures des départements – qui représentent une part importante de l'activité contractuelle des services départementaux – conservent encore une qualification juridique de contrat de droit commun. La jurisprudence a – dans ce cas précis des marchés de fournitures départementaux – décidé de leur conserver une qualification de droit commun⁹³⁰.

547. Concernant la question de la qualification des marchés de fournitures des colonies, le caractère administratif de ces derniers est avéré par différents textes, comme le décret du 7 septembre 1881 rendant applicable à toutes les colonies la compétence générale des Conseils contentieux en matière de contentieux administratif général⁹³¹.

B) Les fondements matériels et formels du marché de fournitures local

548. Certains marchés de fournitures locaux sont qualifiés de contrats de droit commun, d'autres de contrats administratifs. Seuls les marchés de fournitures qualifiés de contrat administratif intéressent notre étude. L'émergence du concept de marché public, qui intéresse cette étude, se situe dans le champ du droit administratif postrévolutionnaire, et plus spécifiquement, dans celui du contrat administratif. L'appréhension de ce type de contrat administratif, transposé à l'échelon des collectivités locales, se décline d'un point de vue textuel et d'un point de vue praticien afin d'arriver à une vision globale.

⁹³⁰ CE, 13 juillet 1877, *Hospices de Gray c/ le département de la Haute-Saône*, *op. cit.*, Rec. Lebon, pp. 734-706 ; CE, 7 août 1883, *Ville d'Angers c/ le département de Maine-et-Loire*, Rec. Lebon, pp. 737-738.

⁹³¹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, *op. cit.*, t. 2, p. 154.

1) La non définition matérielle du marché de fournitures local en tant que contrat de droit commun

549. Comme dans le cas des marchés de travaux publics des collectivités locales, les textes du législateur constitue la base de leur régime juridique, même si leur importance absolue par rapport à la jurisprudence, est à relativiser dès le XIXe siècle. Il y a une pluralité de textes, avec des champs d'application relativement variable, en fonction de la construction progressive du droit administratif des contrats. Concernant les textes des marchés de fournitures locaux, mais c'est aussi valable pour ceux de travaux publics, il faut appréhender que le législateur ne fait que transposer sommairement les textes applicables aux marchés de l'État à ceux des collectivités locales. Le législateur adapte les textes nationaux à l'échelon des collectivités locales.

a) Les textes applicables au marché de fournitures communal

550. Le régime juridique applicable aux marchés de fournitures communaux fait l'objet de l'attention du législateur plus tôt que ceux des départements. Ainsi, le premier texte, applicable aux marchés de fournitures locaux, qui fonde la notion de marchés locaux, est la transposition de l'ordonnance royale de 1836 sur les marchés de l'État. L'ordonnance royale du 14 novembre 1837⁹³² est considérée comme la première pierre de ce cadre juridique, les textes suivants ne vinrent que compléter cette ordonnance de moins de deux pages⁹³³. Cet écrit est applicable aux marchés de fournitures et de travaux publics des communes et des établissements de bienfaisance, les départements n'ayant pas encore la personnalité juridique. Ce texte est à l'origine d'un régime juridique moderne applicable aux marchés locaux.

551. La loi du 5 avril 1884⁹³⁴ est relative aux compétences des communes. Elle est considérée comme la grande loi municipale, touchant aux questions de compétences intéressant les marchés des communes, incluant les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures communaux.

⁹³² Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance ; *Bull. des lois de la République française*, n° 546, p. 721. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

⁹³³ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 211.

⁹³⁴ Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale ; *Bull. des lois de la République française*, n°1835, p. 369.

552. L'ordonnance du 2 novembre 1945⁹³⁵ est relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance et d'assistance.

b) Les textes applicables au marché de fournitures départemental

553. De manière encore plus explicite que dans le cas des marchés de fournitures passés par les communes, ceux des départements, de manière globale, « sont soumis aux mêmes règles que ceux passés au nom de l'État »⁹³⁶.

554. La loi du 10 août 1871⁹³⁷ a donné aux départements le statut de « *collectivités territoriales*⁹³⁸ ». Cette loi fixe les compétences des départements pour traiter des affaires d'intérêts départementaux, dans la limite des pouvoirs des préfets. Cette loi pose ainsi la compétence des préfets en matière de passation des marchés de travaux publics et de fournitures départementaux.

555. Le décret du 12 juillet 1893⁹³⁹ sur la comptabilité départementale étend aux départements les dispositions du décret de 1882, relatif aux marchés de l'État, aux marchés des départements. Ce décret est applicable aux marchés de fournitures et de travaux publics départementaux.

556. Le décret-loi du 12 novembre 1938 porte extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales. Ce texte s'applique aux communes et aux départements, ce qui constitue un progrès dans l'appréhension des marchés des collectivités locales en tant que notion de droit administratif. Comme développé précédemment, ce décret-loi est un tournant dans la convergence du régime juridique des marchés de travaux publics comme de fournitures, communaux et départementaux, consolidant une notion de marché local en droit administratif.

⁹³⁵ 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 et d'assistance, modifiée par la loi n° 47-1626 du 15 septembre 1947, codifiée par le décret n° 57-657 du 22 mai 1957 relatif au Code de l'administration communale.

⁹³⁶ *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, op. cit., Dalloz, t. VIII, 1920, p. 47.

⁹³⁷ Loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux ; *Bull. des lois de la République française*, n° 61, p. 93.

⁹³⁸ L'expression « collectivité locale » désigne dans le langage courant ce que la Constitution nomme "collectivité territoriale". En effet, jusqu'à la Révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les deux termes apparaissaient dans la Constitution : collectivité locale à l'article 34 et collectivité territoriale au titre XII. Mais depuis, seule cette dernière expression figure dans la Constitution. Les collectivités sont donc désormais des " collectivités territoriales ", l'expression " collectivité locale ", n'étant plus juridiquement fondée.

⁹³⁹ Décret du 12 juillet 1893 portant règlement sur la comptabilité départementale ; *Bull. des lois de la République française*, n° 1570, p. 213.

557. Les autres textes, intervenant par la suite, entrent dans ce que l'on qualifie de gestation conceptuelle du marché public, dans les décennies précédant l'adoption du CMP de 1964. Les textes applicables aux marchés de fournitures locaux sont les mêmes que ceux applicables aux marchés de travaux publics locaux, de la même façon que dans le cas des marchés de l'État, dont les textes applicables au niveau local sont des transpositions dans une large mesure. Le ratio de divergence/convergence entre marchés de travaux publics locaux et marchés de fournitures locaux sont du même ordre qu'à l'échelle de ceux de l'État. Le niveau de définition juridique matérielle des marchés de fournitures comme de travaux publics est quasi nul, dans ces textes comme dans ceux de l'État.

558. Pour conclure cet intitulé, il faut souligner cette incohérence du législateur de rendre applicable le même texte à deux types de contrat – le marché de travaux publics local et le marché de fournitures local – alors que le premier est matériellement un contrat administratif et le second un contrat de droit commun. Le texte clé, durant le XIXe siècle, en la matière, est matérialisé par l'ordonnance du 14 novembre 1837.

2) Une définition formelle administrative du marché de fournitures local

559. Face au défaut de définition matérielle textuelle du marché de fournitures local dans le contexte du droit administratif du XIXe et du début du XXe siècle, il s'agit d'identifier une définition formelle issue de la pratique administrative de passation de ce type de contrat. D'un point de vue matériel, le marché de fournitures local est assimilable à un contrat de droit commun, mais paradoxalement, sa définition formelle recoupe pour l'essentiel celles du marché de fournitures de l'État et du marché de travaux publics (État, Collectivités locales) qui sont matériellement des contrats administratifs.

a) La compétence dans la passation du marché de fournitures local

560. Dans la passation d'un marché de fournitures local, la compétence qui intervient dans la passation de ces contrats est un élément de définition formelle de premier plan. Cette compétence ne s'appréhende pas de la même façon, malgré leur proximité, si le marché de fournitures local est passé par une commune ou un département, comme c'est aussi le cas dans la passation des marchés de travaux publics locaux. Dans le cas de la compétence de passation des marchés de fournitures des collectivités locales, il n'est donc

pas nécessaire de redévelopper les informations écrites précédemment, car il existe une superposition avec ceux de l'État d'une part, et avec les marchés de travaux publics des collectivités locales d'autre part. Aucun texte n'édicte de dispositions spécifiques sur ce point, il faut donc en déduire que les mêmes principes sont applicables à ces différents types de marchés⁹⁴⁰.

Alpha/ Dans le cas du marché de fournitures des communes : La commune est un degré administratif qui joue un rôle très important. Cette affirmation est valable dans le temps. C'est vrai dans l'histoire, car ce sont les bourgs qui permettent de sortir de la féodalité. C'est vrai au XIXe siècle malgré la volonté de centralisme toujours présente de la part du pouvoir central. C'est encore vrai aujourd'hui dans un contexte de décentralisation où les communes et l'intercommunalité deviennent de véritables centres de décision locale.

561. Dans ce contexte, les marchés des communes doivent attendre l'ordonnance du 14 novembre 1837 pour voir leur cadre juridique moderne se préciser. Cette ordonnance est applicable aux marchés passés par les communes et les établissements de bienfaisance. Elle édicte des règles à peu près analogues à celles établies par l'ordonnance du 4 décembre 1836 pour les marchés passés au nom de l'État. L'article 1^{er} pose que toutes les entreprises, motivées par l'obtention d'un marché de fournitures, au nom des communes et des établissements de bienfaisance, sont soumises au principe de la concurrence et de la publicité. En vertu de l'article 2, les entreprises ne peuvent échapper à la règle de l'adjudication, que si le marché n'excède pas 3.000 francs de l'époque. Lorsque la règle de l'adjudication ne s'applique pas, les marchés de fournitures sont traités de gré à gré, mais dans ce cas, l'approbation du préfet est obligatoire. Le même article permet également de traiter les marchés de fournitures, sans limitation de montant, mais avec l'approbation du ministre de l'Intérieur, dans sept cas limitativement déterminés par ladite ordonnance⁹⁴¹. Ce texte s'applique aux marchés de fournitures des communes, mais également à ceux de travaux publics.

⁹⁴⁰ MONSARRAT Gaston, *Marchés de travaux et de fournitures des communes et établissements communaux de bienfaisance*, Bibliothèque municipale et rurale, 2e éd., 1926, n° 504.

⁹⁴¹ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 352.

Bêta/ Dans le cas du marché de fournitures des départements : Comme dans le cas des marchés de travaux publics des départements, ceux de fournitures sont visés par les mêmes textes et les mêmes principes⁹⁴². Ainsi, les marchés de fournitures, comme ceux de travaux publics des départements sont passés par le préfet, après avis conforme de la Commission départementale. Ce sont des marchés fortement inféodés à ceux de l'État. Cet état de fait, issu de la pratique, est matérialisé par un décret du 12 juillet 1893 qui assimile les marchés des départements à ceux de l'État⁹⁴³.

562. Pendant la majeure partie du XIXe et la première moitié du XXe siècle, les marchés de fournitures des départements sont quasiment assimilés à ceux de l'État, du fait de la centralisation des pouvoirs très importante, existant en France, à cette époque. Le cadre juridique des marchés de l'État est plus structuré que celui des départements qui ne sont, pendant longtemps, qu'une entité administrative dépendant de l'État. Le cadre juridique des marchés de fournitures des communes paraît plus abouti que ce dernier.

563. La répartition des compétences, pour passer les marchés de fournitures locaux, se fait selon les mêmes principes, déjà mentionnés pour les marchés de travaux publics, et que nous venons à peine d'exposer pour ceux de fournitures de l'État. Cette symétrie, dans le principe des compétences de passation des deux types de marchés, est un point de convergence significatif sur l'effectivité réelle de l'autonomie de leurs deux régimes juridiques distincts. Même, si leurs caractères de contrats administratifs autonomes ne sont pas remis en cause avant les prémices du premier Code des marchés publics de 1964, leur convergence, sur certains points de leurs régimes juridiques, est visible. La longue absence de définition juridique matérielle textuelle précise de ces deux types de contrats publics a entretenu un flou sur l'appréhension de ces deux objets juridiques. Malgré les convergences manifestes, le caractère autonome de ces deux contrats publics se fonde sur des divergences non moins importantes.

b) Les modes de désignation des fournisseurs locaux de l'Administration

564. Dans la lignée des marchés de l'État en général, des marchés de travaux publics des collectivités locales plus particulièrement, le choix des fournisseurs locaux par

⁹⁴² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 1, A.

⁹⁴³ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 346.

l'Administration, dans la passation des marchés de fournitures communaux et départementaux, intervient via le procédé juridique de l'adjudication ou du gré à gré.

Alpha/ L'adjudication du marché de fournitures local : ce procédé est celui de principe dans la passation des marchés *lato sensu* en droit administratif postrévolutionnaire, les marchés de fournitures locaux le connaissent donc aussi comme mode de choix du cocontractant de l'Administration de principe. *Le répertoire pratique* Dalloz souligne bien que ces marchés locaux « ont lieu, en général, par voie d'adjudications publiques »⁹⁴⁴.

565. Comme dans le cas des marchés de travaux publics locaux, l'utilisation de l'adjudication de principe dans la passation des marchés de fournitures locaux repose sur les mêmes textes classiques. La base textuelle de l'adjudication est posée de manière stable, dès l'ordonnance du 14 novembre 1837. Cette ordonnance est assimilable à une transposition de l'ordonnance du 4 décembre 1836, tant ces deux textes sont proches. Elle pose les principes de la concurrence et de la publicité dans les marchés des communes (les départements n'ayant pas encore la personnalité juridique). Ces deux principes trouvent leur matérialisation dans le procédé de l'adjudication qui, par ses implications formelles – publication un mois à l'avance des affiches, fixation d'un lieu pour consulter le cahier des charges etc. – permet de rendre effective la concurrence et la publicité dans la passation des marchés. De ce fait, l'adjudication est le procédé de principe le plus usité dans le choix de l'entrepreneur de travaux publics, tant à l'échelle locale que nationale. Ce n'est pas le procédé idéal de choix du cocontractant, mais jusqu'au décret du 6 avril 1942 qui introduira de nouveaux procédés comme l'appel d'offres, ce procédé apparaît comme le plus satisfaisant.

566. Les marchés de fournitures locaux, passés selon les formes de l'adjudication, constituent un élément de définition important de ce type de marché aussi bien à l'échelle de l'État que des collectivités locales. Le procédé de principe de l'adjudication est un dénominateur commun entre les marchés de travaux publics et de fournitures de l'État, comme vu précédemment, incluant aussi les marchés de travaux publics et de fournitures des communes et départements.

⁹⁴⁴ *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, t. VIII, 1920, p. 47.

Bêta/ L'exception au principe : le procédé du gré à gré : Comme dans le cas des marchés de travaux publics et de fournitures de l'État, des marchés de travaux publics locaux, les marchés de fournitures locaux, passés par adjudication, connaissent des exceptions, à savoir les marchés passés de gré à gré. Pour éviter l'arbitraire, les cas où les marchés de fournitures locaux peuvent être passés par l'Administration par le procédé du gré à gré, sont très précisément prévus dans les textes. L'ordonnance royale du 14 novembre 1837 est le texte de référence en matière de marché de fournitures communal. Son article 1^{er} dispose que « toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance seront données avec concurrence et publicité, sauf les exceptions ci-après »⁹⁴⁵. L'article 2 énumère les exceptions, à savoir, les cas où les fournitures communales seront conclues de gré à gré.

567. Les travaux et fournitures n'excédant pas trois mille francs sont traités de gré à gré de principe. Tandis que les travaux et fournitures quel que soit le montant du marché, peuvent être passés de gré à gré, à la condition d'avoir l'approbation du ministre de l'Intérieur dans différents cas précis :

- « Pour les objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention ou d'importation ;
- Pour les objets qui n'auraient qu'un possesseur unique;
- Pour les ouvrages et les objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes éprouvés ;
- Pour les exploitations, fabrications et fournitures qui ne seraient faites qu'à titre d'essai ;
- Pour les matières et denrées qui, à raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel elles sont destinées, doivent être achetées et choisies aux lieux de production ou livrées sans intermédiaires par les producteurs eux-mêmes ;

⁹⁴⁵ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, n° 7183, *op. cit.*, portant Règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance, *bull. des Lois du Royaume de France*, IXe série, 2^e semestre de 1837, t. XVe, pp. 721-722.

- Pour les fournitures ou travaux qui n'auraient été l'objet d'aucune offre aux adjudications, et à l'égard desquels il n'aurait été proposé que des prix inacceptables : toutefois, l'administration ne devra pas dépasser le maximum arrêté conformément à l'article 7 ;
- Pour les fournitures et travaux qui, dans les cas d'urgence absolue et dûment constatée, amenés par des circonstances imprévues, ne pourraient pas subir les délais des adjudications »⁹⁴⁶.

568. Les exceptions des marchés passés par le procédé du gré à gré concernent dans tous les cas des marchés de fournitures, ce qui n'est pas le cas des marchés de travaux publics, comme vu précédemment.

c) Le cahier des charges locales : expression d'une compétence spécifique

569. Le cahier des charges intervenant dans les marchés de fournitures des collectivités locales revêt la même importance que dans les marchés passés à l'échelle de l'État. Ils sont l'expression de la compétence exorbitante du droit commun de l'Administration étatique comme de celle des collectivités locales, communes et départements. L'importance du cahier des charges des marchés de fournitures, comme de travaux publics locaux est posée par les principaux textes en la matière, dès la première moitié du XIXe siècle. L'ordonnance royale de 1837, précédemment citée, dispose en son article 4, que « Les cahiers des charges détermineront la nature et l'importance des garanties que les fournisseurs ou entrepreneurs auront à produire, soit pour être admis aux adjudications, soit pour répondre de l'exécution de leurs engagements ; ils détermineront aussi l'action que l'administration exercera sur ces garanties, en cas d'inexécution de ses engagements. Il sera toujours et nécessairement stipulé que tous les ouvrages exécutés par les entrepreneurs en dehors des autorisations régulières demeureront à la charge personnelle de ces derniers, sans répétition contre les communes ou les établissements »⁹⁴⁷.

570. Les cahiers des charges concentrent, dans les marchés de l'État comme des collectivités locales, les clauses exorbitantes du droit commun. Ce document est donc central dans la qualification éventuelle des marchés de fournitures locaux en contrat

⁹⁴⁶ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, art. 2, *bull. des Lois du Royaume de France*, IXe série, 2^e semestre de 1837, t. XVe, pp. 721-722.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, t. XVe, pp. 721-722.

administratif. La jurisprudence administrative reconnaît l'importance de ce formalisme dans deux arrêts du Conseil d'État des années 1840. Les arrêts *Département de Seine-et-Oise*⁹⁴⁸, et *Giraud*⁹⁴⁹ « ont jugé que les marchés passés au nom des départements doivent être assimilés aux marchés faits au nom de l'État, sous le rapport des formes, et qu'en conséquence l'administration doit suivre, pour la conclusion de ces marchés, les règles établies par l'ordonnance du 4 décembre 1836, et non celles prescrites par l'ordonnance du 14 novembre 1837 »⁹⁵⁰.

571. La qualification de marchés de fournitures en général est aussi bien une qualification de contrat de droit commun que de contrat administratif. La définition matérielle de ces marchés, inexistante dans les textes du législateur, renforce l'importance de leur définition formelle. La proximité de cette définition formelle avec celle des marchés de fournitures de l'État et des marchés de travaux publics, est un facteur central en vue d'un rapprochement progressif des marchés de fournitures locaux, quant à leur qualification de contrat administratif.

§ 2 : De la compétence contentieuse de droit commun à la compétence contentieuse administrative en matière de marché de fournitures des collectivités locales

572. La différence majeure entre les marchés de travaux publics des collectivités locales et ceux de fournitures réside, dans la qualification de contrat administratif de principe, dont jouissent les marchés de travaux publics locaux – sur la base d'une interprétation sans ambiguïté de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII – *a contrario* des marchés de fournitures locaux qui restent qualifiés de contrat de droit commun de principe dans le droit administratif du XIXe siècle. Le processus de maturation juridique, du début du XIXe siècle jusqu'à la première codification des marchés publics, voit les marchés de fournitures des communes et des départements passer d'une qualification de principe de contrat de droit commun **(A)** à celle de contrat administratif **(B)** qui nous intéresse plus particulièrement. La compétence contentieuse relative aux marchés de fournitures des

⁹⁴⁸ CE, 1^{er} septembre 1841, *Département de Seine-et-Oise*.

⁹⁴⁹ CE, 21 février 1845, *Giraud*, Rec. Lebon, pp. 80-81.

⁹⁵⁰ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, op. cit., p. 526.

collectivités locales est très importante, car elle est le déterminant du régime juridique applicable, de droit commun ou de droit administratif.

A) Le contentieux de droit commun de principe des marchés de fournitures des collectivités locales postrévolutionnaires

573. Durant la totalité du XIXe siècle, la majorité des marchés de fournitures des communes et des départements reste des contrats de droit commun. Cette qualification de contrat de droit commun est déterminée par la compétence contentieuse des tribunaux judiciaires en la matière. Cette compétence trouve ses fondements textuels dans l'art. 14 du décret du 11 juin 1806, disposant que « 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 notre maison (...) »⁹⁵¹. Ce texte, qui détermine par interprétation la qualification de contrat administratif des marchés de fournitures de l'État uniquement – comme nous l'avons clairement souligné précédemment – ne fait aucune mention de ceux des communes ou des départements. Sur cette base textuelle, s'est forgé ce que le *Répertoire pratique* Dalloz qualifie « d'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence »⁹⁵², selon laquelle le contentieux des marchés de fournitures départementaux appartient à l'autorité judiciaire. Cette opinion, concernant la nature du contentieux des marchés de fournitures départementaux postrévolutionnaires, est confirmée par la jurisprudence⁹⁵³. Pour ce qui est des marchés de fournitures passés avec les communes (et les établissements publics), le principe d'un contentieux devant les tribunaux ordinaires est plus solidement reconnu par l'opinion courante de la doctrine et de la jurisprudence du XIXe siècle. L'échelon administratif de la commune est plus clairement identifiable au local, donc plus dissocié du niveau étatique que le niveau

⁹⁵¹ Décret du 11 juin 1806 portant sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État, Titre II, art. 14, *op. cit.* ; *Recueil de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics*, 1^{re} série, t. II, année 1805 à 1816, pp. 38-39. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 2.

⁹⁵² *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, t. VIII, 1920, p. 47.

⁹⁵³ Par exemple : CE, 21 octobre 1871, *Conflit du Rhône*, Rec. Lebon, pp. 209-210. Cet arrêt, au sujet de la compétence contentieuse en matière de marchés de fournitures passés par les départements, lorsqu'il touche à la défense nationale, parle de « question très controversée par les auteurs », p. 210 ; CE, 11 mars 1898, *Sieur Blanqui* (1^{ère} espèce), Rec. Lebon, pp. 214-215 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché dont le requérant se prévaut est un marché de fournitures qui aurait été passé par le département ; considérant qu'il n'appartient pas au CPréf. de connaître des contestations soulevées à l'occasion d'un marché de cette nature (...) » ; CE, 11 mars 1898, *Sieur Lagauche* (2^e espèce), Rec. Lebon, pp. 215-216 : « Considérant que le marché dont le Sieur Lagauche a été déclaré titulaire avait uniquement pour objet d'assurer un service départemental à la maison de Nanterre, que les contestations auxquelles peuvent donner lieu les marchés de fournitures passés par les départements ne sont pas de la compétence de l'autorité administrative ; (...) ».

départemental. La jurisprudence, à ce stade, confirme la nature de droit commun du contentieux des marchés de fournitures communaux⁹⁵⁴.

574. Le cas particulier des marchés mixtes locaux, comportant un élément « fournitures » et un élément « travaux publics », pose la même problématique qu'au niveau des marchés de l'État, à savoir s'ils sont rattachables à la qualification juridique précise de marché de travaux publics ou à celle de marché de fournitures. La solution adoptée par la jurisprudence, en l'espèce, est cohérente. Ainsi, le marché local comprenant « à la fois une fourniture à faire et des travaux à effectuer » entre dans le champ de compétence contentieuse des tribunaux ordinaires, si « l'exécution du marché comporte quelques travaux accessoires peu importants⁹⁵⁵ »⁹⁵⁶.

575. Outre l'interprétation qui en est faite, ce texte pose, par son silence relatif aux marchés locaux, la compétence contentieuse des tribunaux judiciaires en cette matière précise. Cette attitude du législateur, vis-à-vis des marchés de fournitures locaux, appelle de nombreux commentaires justifiés, surtout au vu du régime administratif homogène applicable aux marchés de travaux publics de l'État, comme à ceux des communes et des départements, dès la période révolutionnaire. Il est pertinent de rechercher les raisons de cet état du droit, et de relater la solution proposée par la doctrine administrativiste du XIXe siècle.

1) Les raisons d'une incohérence posée par les textes

576. Les lacunes du législateur, en matière de droit administratif dès le XIXe siècle, n'est plus à mettre en lumière à ce stade. Outre les carences de rédaction, le caractère très lacunaire et peu précis des textes, sujet à des interprétations jurisprudentielles nécessaires, la cohérence même de certaines dispositions suscite des interrogations légitimes, notamment doctrinales. La part belle sera faite aux analyses de Denis SERRIGNY, pour leur pertinence, intervenant dès les années 1850. Le cœur, de ce que nous qualifions

⁹⁵⁴ CE, 8 juin 1850, D.P. 60. 3. 67. ; CE, 28 février 1859, D.P. 61. 3. 14 ; CE, 10 janvier 1861, D.P. 61. 3. 14 ; CE, 7 septembre 1869, D.P. 70. 3. 112 ; 3 janvier 1873, D.P. 73. 3. 55 ; CE, 2 février 1877, D.P. 77. 3. 48 ; TC, 7 mai 1881, *op. cit.* ; cité in *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, t. VIII, 1920, p. 47.

⁹⁵⁵ CE, 7 mai 1881, *op. cit.*, pour la pose d'une horloge ; CE, 28 février 1859, *op. cit.* ; CE, 7 septembre 1869, *op. cit.* ; CE, 3 janvier 1873, *op. cit.* ; CE, 8 juin 1850, pour la fourniture d'une pompe à incendie ; CE, 2 février 1877, pour la fourniture de bustes.

⁹⁵⁶ *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, t. VIII, 1920, p. 47.

« d'incohérence posée par les textes », réside dans le fait que les marchés de travaux publics des communes et départements entrent dans le champ de compétence contentieuse administrative, tandis que ceux de fournitures restent dans le champ de compétence contentieuse judiciaire. Les deux textes qui posent cet état du droit sont l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, et l'art. 14 du décret du 11 juin 1806, précédemment cités, et les interprétations faites sur leurs bases.

577. L'administrativiste Denis SERRIGNY, par ses analyses, nous permet de mettre en évidence les raisons de cette incohérence de régime posées par les textes du législateur, dès la période révolutionnaire.

- La première de ces raisons réside dans un argument matériel. L'extension du champ d'application du décret du 11 juin 1806 aux marchés de fournitures communaux et départementaux impliquerait de faire venir jusqu'à Paris les litiges relatifs à ces marchés, alors même que leur valeur économique est en moyenne moindre par rapport à celle de travaux publics et de fournitures de l'État, par contre plus importante en terme du nombre de contrats passés.
- Une deuxième raison adjacente à la première la complète. En effet, l'hypothèse du traitement de ces litiges par l'autorité juridictionnelle administrative, qui est le ministre, renforcerait la pratique du ministre-juge instaurée durant la période révolutionnaire. Or cette pratique suscite, en plus des réserves sur son bien-fondé légitime⁹⁵⁷, de sérieuses limites matérielles, durant le XIXe siècle jusqu'à sa disparition à la fin de ce dernier.
- En guise de troisième raison, pourquoi faire traiter aux ministres des litiges sur des marchés que les préfets ont supervisés au niveau local ? Les ministres sont logiquement aptes pour les marchés de fournitures de l'État, car ils sont passés par leurs services, ce qui n'est pas le cas des marchés de fournitures des départements et des communes. Toujours sur la base de l'exclusion des marchés de fournitures locaux du champ d'application (tel qu'il a été interprété) de l'art. 14 du décret du 11 juin 1806, la compétence contentieuse revient à l'autorité judiciaire qui est présente géographiquement dans les communes et départements.

⁹⁵⁷ SERRIGNY écrit sur ce point que « c'est déjà une disposition assez exorbitante du droit commun, que les ministres puissent être ainsi parties et juges dans leur propre cause, sans qu'il y ait lieu d'étendre une juridiction aussi singulière, par des inductions et des analogies plus ou moins inexactes, à des marchés de fournitures purement départementales ». SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, op. cit., p. 524.

578. Ces questions de compétence contentieuse sont centrales à analyser, dans l'optique de l'émergence conceptuelle des marchés publics, car la détermination de la compétence contentieuse en matière de marché est le déterminant majeur de la qualification juridique de droit commun ou de droit administratif de ces contrats. Comme l'écrit SERRIGNY, cette différence « est de la plus haute importance dans la pratique ; car elle sert de *critérium* pour distinguer la ligne qui sépare la compétence de l'autorité administrative et celle de l'autorité judiciaire au sujet des marchés passés avec les communes »⁹⁵⁸. Au niveau des marchés de l'État, les divergences de régimes juridiques entre travaux publics et fournitures sont internes au droit administratif, alors que, au niveau des communes et départements, cette divergence est externe au droit administratif du fait du caractère de droit commun des marchés de fournitures des collectivités locales. L'enjeu de trouver une solution à cette incohérence est donc central, dans le cadre d'une émergence conceptuelle des marchés publics en tant que contrats administratifs génériques.

2) Les solutions esquissées par la doctrine administrativiste du XIXe siècle

579. La solution réside dans l'interprétation, on en revient souvent à elle en droit. SERRIGNY pose ce qui pour lui devrait être l'état de droit applicable aux marchés de fournitures départementaux, car ceux des communes sont plus clairement déterminés comme de droit commun à l'époque où il rédige ses Questions (1854). Il dit de manière tranchée qu' « il faut décider que l'autorité administrative est seule compétente, à l'exclusion de l'autorité judiciaire, pour prononcer sur les contestations nées des marchés de fournitures à faire aux départements »⁹⁵⁹. Cet état de droit hypothétique à l'époque de SERRIGNY serait le résultat à atteindre pour résoudre l'incohérence que nous décrivons.

580. En ce sens, SERRIGNY développe une réflexion doctrinale intéressante afin de trouver des solutions juridiques concrètes pour atteindre cet état de droit. Sur les difficultés d'envoyer les fournisseurs plaider à Paris devant les ministres, il invoque un arrêté du Gouvernement du 19 thermidor an IX disposant « les contestations relatives aux paiements des fournitures faites pour le compte du Gouvernement, entre les particuliers et les agents du Gouvernement, seront de la compétence des préfets ». Une interprétation de ce texte est

⁹⁵⁸ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, op. cit., p. 520.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 524-525.

possible dans le sens de l'instauration d'une théorie du « préfet-juge », pour assurer une compétence contentieuse de 1^{er} degré en matière de marchés de fournitures départementaux. L'inconvénient d'envoyer le contentieux de ces marchés locaux à Paris serait supprimé, tout en instaurant un contentieux administratif pour les marchés de fournitures départementaux, en cohérence avec ceux de l'État⁹⁶⁰.

581. D'autres solutions sont possibles. Sur la base d'un hypothétique rapprochement des marchés de fournitures avec le champ d'application de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui pourrait s'opérer grâce à un artifice d'interprétation juridique par la jurisprudence, ou plus simplement par une réforme de ce texte par le législateur. Ce rapprochement permettrait d'homogénéiser les régimes juridiques des marchés de fournitures étatique et locaux, avec le régime déjà homogène des marchés de travaux publics étatique et local. Le contentieux des marchés serait unifié autour de la compétence contentieuse administrative de 1^{er} degré des Conseil de préfecture. Le localisation de traitement contentieux de ces marchés serait respectée. Cette solution ne peut satisfaire que dans le cadre de l'hypothèse où, au XIXe siècle, le niveau d'abstraction de la notion de marché en droit administratif n'est pas suffisant. Mais il est pertinent de démontrer que des solutions juridiques relativement simples à mettre en œuvre auraient permis de clarifier un régime des marchés locaux très complexe et incohérent au XIXe siècle. SERRIGNY est visionnaire, vu la maturité de ses analyses, même s'il ne va pas aussi loin dans ses propositions de solutions. Il ne faut pas perdre de vue, qu'aujourd'hui, nous avons un recul d'un siècle et demi, qui nous interdit de les juger, mais pas de chercher à les comprendre.

582. Sur une autre base, celle de l'extension du champ d'application de l'art. 14 du décret du 11 juin 1806, les marchés de fournitures des collectivités locales entreraient dans le champ de compétence contentieuse de 1^{er} degré du ministre-juge. Le contentieux des marchés de fournitures serait ainsi homogénéisé en un seul contentieux administratif. La légitimité du ministre-juge étant supprimée par l'arrêt du Conseil d'État *Cadot* de 1889, les réticences du législateur sur ce point auraient rapidement disparu. Il ne resterait que l'éloignement géographique des marchés de fournitures locaux.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 525-526.

583. Toutes ces solutions sont hypothétiques, mais tendent à démontrer que le régime des marchés concrètement clarifié dans le droit administratif du XIXe siècle, témoignant peut être d'un manque de coordination des acteurs de l'élaboration du droit administratif pour aller dans ce sens. Notre regard contemporain ne voit pas le droit sous le même angle de vue, mais certains auteurs, comme SERRIGNY, se posent en visionnaire. Cela illustre parfaitement les rôles divers, mais d'importance que la doctrine administrativiste a rempli, dès le XIXe siècle.

B) Le basculement progressif vers un contentieux administratif du marché de fournitures des collectivités locales

584. Le législateur et ses textes ne donnent que la base sur laquelle la jurisprudence va réaliser un travail d'interprétation et de précision. En ce sens, le processus, amenant les marchés de fournitures locaux à la qualification de contrat administratif – en cohérence avec ceux de l'État et des marchés de travaux publics en général – ne peut être que jurisprudentiel. Le résultat de ce processus est une normalisation matérialisée par l'obtention du caractère administratif de ces marchés locaux, par rapport aux autres marchés, préparant l'émergence conceptuelle des marchés publics.

1) Un long processus jurisprudentiel

585. Cette différence contentieuse, entre marchés de travaux publics locaux et marchés de fournitures locaux, trouvant ses fondements dans des textes du législateur de l'époque révolutionnaire, provoque beaucoup de « discordance sur cette matière dans le Recueil des arrêts du Conseil d'État »⁹⁶¹.

586. Dans la doctrine administrativiste du XIXe siècle que l'on peut qualifier de classique, on peut reprendre la position de BATBIE sur ce point comme référence historique pour appréhender le processus d'évolution touchant les marchés de fournitures des collectivités locales. Anselme BATBIE aborde simplement le contentieux de droit commun de ces marchés, comme critère essentiel de différenciation entre marchés de fournitures et marchés de travaux publics. Il précise que les tribunaux ordinaires sont

⁹⁶¹ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif, op. cit.*, p. 521.

compétents pour traiter de ce contentieux, car le décret du 11 juin 1806 ne déroge au droit commun que relativement aux marchés de fournitures passés avec le ministre ou les agents pouvant recevoir une délégation ministérielle. Tous les marchés de travaux publics relèvent de la juridiction administrative, qu'il s'agisse de marchés de travaux publics nationaux, départementaux ou communaux⁹⁶². BATBIE utilise, dans la ligne doctrinale du XIXe siècle, le critère de la compétence contentieuse comme le fondement de la différence de régime juridique entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures. Ce critère fonde leur caractère de contrats administratifs autonomes à l'échelle des marchés locaux. Par conséquent, le contentieux des marchés de travaux publics locaux a logiquement un caractère administratif, de par la compétence contentieuse de la juridiction administrative. Par contre, le caractère du contentieux des marchés de fournitures des collectivités locales n'est pas évident à déterminer, entre un conditionnel caractère administratif du marché de fournitures local et un contentieux de principe qui serait de droit commun. Faut-il à ce stade parler de « marchés de fournitures locaux » ? BATBIE en parle, mais d'autres sont plus réservés à juste raison⁹⁶³. De notre côté, peut-être pourrait-on simplement les qualifier de marchés de fournitures locaux avec un caractère « hybride », qui dénote simplement une carence d'élaboration de la matière administrative ?

587. LAFERRIÈRE, dans son traité de contentieux administratif s'inscrivant dans le contexte de la fin du XIXe siècle, fait une différenciation entre marchés de fournitures d'importance et marchés de simples fournitures. Le champ d'application de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII est étendu à ces premiers, les plaçant sous la compétence contentieuse des Conseil de préfecture comme les marchés de travaux publics locaux, tandis que les seconds restent sous la compétence contentieuse judiciaire⁹⁶⁴. Cette extension de compétence jurisprudentielle s'applique à des cas d'espèce bien précis à la fin du XIXe siècle, à savoir le service des eaux, du gaz, et aussi les pompes funèbres. Ces exemples sont précis et regroupent des secteurs où la nuance entre travaux publics et fournitures peut être subtile à mettre en évidence, notamment dans le cas des pompes funèbres. Ce dernier secteur – dont l'importance est constante dans l'histoire – est l'objet de nombreuses décisions de justice afin de déterminer une qualification juridique précise

⁹⁶² *Ibid.*, p. 362.

⁹⁶³ La doctrine administrativiste du XIXe et de la première moitié du XXe siècle diverge, se contredit... sur cette question assez récurrente et compliquée, qui n'est au final, qu'une carence d'élaboration de cette matière administrative, dont la construction législative, doctrinale et jurisprudentielle est un perpétuel chantier surtout à cette époque.

⁹⁶⁴ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, *op. cit.*, p. 154.

entre marchés de travaux publics, marchés de fournitures, ou encore de concession. Pour clarifier cet état de droit, le législateur par une loi spéciale du 28 décembre 1904 (art. 2) dispose que les marchés de fournitures de pompes funèbres sont assimilables à des marchés de travaux publics⁹⁶⁵. Ainsi, dès la fin du XIXe siècle, les marchés de fournitures locaux, qui font l'objet d'un traitement contentieux administratif, sont préalablement requalifiés par la jurisprudence, sur la base de textes spéciaux, en marchés de travaux publics. Les marchés de pompes funèbres sont un bon exemple de requalification. À ce stade, la qualification juridique précise de marchés de fournitures locaux reste de principe de droit commun, déterminée par la compétence contentieuse de l'autorité judiciaire.

588. Pour que les marchés de fournitures des communes et des départements entrent dans le champ de compétence contentieuse de l'autorité administrative, il faudra attendre l'abandon progressif, par la jurisprudence, de la détermination du caractère administratif des marchés de fournitures de l'État, sur la base exclusive du décret du 11 juin 1806, excluant strictement ceux des collectivités locales, celles-ci constituant la conception post-révolutionnaire originaire en matière de marchés de fournitures. Ce processus d'évolution jurisprudentielle d'importance trouve son germe à la fin du XIXe siècle, dans le grand arrêt du Conseil d'État *Cadot (op. cit.)*, dont le déroulement⁹⁶⁶ illustre parfaitement la reconnaissance de la compétence du juge administratif pour juger les litiges opposant les collectivités locales à leurs agents recrutés par contrat. Globalement, les répercussions de cette évolution jurisprudentielle se traduisent par la perte du « caractère nécessairement judiciaire » du contentieux des collectivités locales, qui englobe le contentieux contractuel de desdites collectivités locales⁹⁶⁷. HAURIOU mentionne l'importance de deux arrêts du Tribunal des conflits, dans cette évolution de compétence contentieuse relative aux marchés de fournitures des collectivités locales : l'arrêt *Lagauche* de 1899⁹⁶⁸, et *Sieur Casadavant* de 1901⁹⁶⁹. HAURIOU explicite l'aspect révolutionnaire

⁹⁶⁵ *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, t. VIII, 1920, p. 38. « De même, la jurisprudence admet que tous les marchés comportant la fourniture de pierres destinées à l'entretien des routes constituent des marchés de travaux publics ».

⁹⁶⁶ CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/Ville de Marseille, op. cit.*, Rec. Lebon, 1148 à 1154. Le juge administratif, dans ce grand arrêt, considère « que le maire de la ville de Marseille, ayant, par arrêté du 2 mars 1877, supprimé l'emploi d'ingénieur directeur de la voirie et des eaux de la ville, occupé par sieur Cadot, celui-ci a saisi l'autorité judiciaire d'une demande en dommages-intérêts ; que la Cour d'appel d'Aix a reconnu, par arrêt du 8 août 1878, que l'autorité judiciaire était incompétente pour connaître de l'action en indemnité introduite par le sieur Cadot contre la ville de Marseille et que le cons. de préf. du département des Bouches-du-Rhône s'étant également déclaré incompétent par arrêté du 17 juil. 1880, cet arrêté a été confirmé par décision du Conseil d'État en date du 12 janv. 1883 ; », p. 1151-1152.

⁹⁶⁷ LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs, op. cit.*, t. 1, p. 148.

⁹⁶⁸ TC, 28 janvier 1899, *Lagauche*, Rec. Lebon, pp. 68-69. Le juge administratif considère « que l'adjudication du 8 sept. 1894, approuvée par le préfet de police au nom du départ. de la Seine, avait pour objet une fourniture de pain payée sur les fonds du département et destinée à la maison de Nanterre qui est un établissement départemental, affecté à un dépôt de mendicité et servant en même de temps de maison de détention ; que si certaines dépenses relatives à l'entretien des détenus sont remboursées par l'Etat, comme

de ces changements d'un point de vue jurisprudentiel : « là où l'on avait vu jusqu'ici des engagements civils, il fallait montrer qu'il y a en réalité des engagements administratifs »⁹⁷⁰. HAURIOU cite à l'appui le commissaire du gouvernement ROMIEU, soulignant que l'on trouve partout « la même administration publique, où l'on est en présence de besoins et d'intérêts collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, et dont la gestion ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés ». Sur cette base argumentaire, ROMIEU plaide pour que « tout ce qui concerne l'exécution et le fonctionnement des services publics proprement dits généraux ou locaux, – soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, – constitue une opération administrative, qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toutes sortes auxquels elle peut donner lieu »⁹⁷¹. Les marchés de fournitures des communes et des départements sont au centre de cette évolution jurisprudentielle.

589. Cet abandon progressif du « point de vue primitif »⁹⁷² en matière de marché de fournitures des collectivités locales, nous paraît lié à une requalification par le juge administratif des marchés de fournitures de l'État, en tant que contrat administratif par détermination de la loi en contrat administratif sur critère jurisprudentiel⁹⁷³, c'est-à-dire que les critères jurisprudentiels du contrat administratif se sont vus appliqués aux marchés locaux. De par ce fait, le principal obstacle à une généralisation de la qualification des marchés de fournitures locaux en contrat administratif est neutralisé, laissant le champ ouvert à une uniformisation progressive du contentieux des marchés autour de l'autorité administrative. La proximité de définition formelle des marchés de fournitures étatiques et locaux conditionne ce rapprochement par l'application des critères jurisprudentiels des contrats administratifs. Cette requalification jurisprudentielle est parfaitement actée par la doctrine administrativiste précédant la codification des marchés publics. Ainsi, la classification des contrats administratifs de Georges PEQUIGNOT – dans la lignée de

se rapportant à un service public dont la charge lui incombe, cette circonstance ne saurait modifier le caractère de l'établissement ni la nature du contrat dont il s'agit, lequel constitue un marché de fourniture conclu par le département en vue d'un service et dans un intérêt départemental ; », p. 69.

⁹⁶⁹ TC, 11 mai 1901, *Sieur Casadavant c/ commune de Lisle*, Rec. Lebon, pp. 459-460.

⁹⁷⁰ HAURIOU Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, t. 2, p. 455.

⁹⁷¹ Cité in HAURIOU Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, op. cit., t. 2, p. 455-456.

⁹⁷² Concernant l'utilisation de cette expression précise : LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 270.

⁹⁷³ PETIT Jacques, « A propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », communication in Colloque sur l'office du juge du 29 et 30 septembre 2006.

celle de JÈZE – datant des années 1940, positionne les marchés de fournitures comme des contrats administratifs par détermination de la loi (*stricto sensu* du règlement sur la base du décret du 11 juin 1806), tandis qu’André de LAUBADÈRE, dans son traité sur les contrats administratifs, les positionne comme des contrats administratifs sur critère jurisprudentiel⁹⁷⁴.

2) Une normalisation du marché de fournitures local en tant que contrat administratif

590. Ce que nous qualifions de normalisation sera progressif, l’appréhension du contentieux des marchés de fournitures locaux par différents auteurs de la doctrine permet de mieux appréhender ce processus progressif.

591. Sur les marchés de fournitures des collectivités locales, LAUBADÈRE met en avant l’abandon de ce qu’il qualifie de « point de vue primitif ». Ainsi, comme le souligne JÈZE⁹⁷⁵, la jurisprudence cesse de considérer dans sa globalité le contentieux des marchés de fournitures des collectivités locales comme spécifiquement judiciaires. Les principes généraux de distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun s’appliquent à eux sur les fondements jurisprudentiels des grands arrêts *Terrier*, *Thérond*, etc⁹⁷⁶. L’arrêt *Terrier* du 6 février 1903 consacre cette évolution applicable aux engagements contractuels des départements, tandis que l’arrêt *Thérond* du 4 mars 1910 l’applique aux engagements contractuels des communes. En définitive, cette combinaison jurisprudentielle confirme un alignement du contentieux contractuel local sur le contentieux contractuel de l’État⁹⁷⁷, incluant donc, un alignement du contentieux des marchés de fournitures étatiques et locaux.

592. JÈZE place logiquement l’année 1903, c’est-à-dire celle de la jurisprudence administrative *Terrier*, comme le tournant où les marchés de fournitures locaux, pour

⁹⁷⁴ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 2. Cette question importante de la requalification trouve une place plus pertinente dans la Part. II de cette étude relative à la construction conceptuelle.

⁹⁷⁵ Cf. *supra*, Part. II, Titre II, Chap. 2, Sect. 2.

⁹⁷⁶ Ch. réun., 26 février 1930, *Société méridionale et algérienne des vins*, note WALINE ; CE, 13 mars 1935, *Syndicat des contribuables d’Aix*, note MONSARRAT ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 110.

⁹⁷⁷ LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, t. 1, p. 148.

l'essentiel, ne sont plus de principe des contrats de l'Administration de droit commun⁹⁷⁸, à savoir des contrats de droit privé. Il apporte comme explication la non compréhension des services publics communaux, du fait que la notion juridique générale de service public n'est pas encore nettement dégagée. Il précise, sur ce point, que la jurisprudence des années 1930 est clairement orientée « vers l'unité de régime juridique »⁹⁷⁹. Cela évoque un certain aboutissement d'un lent processus de construction juridique sur les fondements postrévolutionnaires. En ce sens, LAUBADÈRE salue ce mouvement d'unification de la qualification des contrats de fournitures applicables aux marchés de fournitures de l'État et des collectivités locales. Les interprétations jurisprudentielles ont intégré le décret du 11 juin 1806 dans la théorie des contrats de l'Administration. Cette même unification que HAURIOU soutient, dès le début du XXe siècle, sur la base d'arguments recevables, à notre sens : « 1° le salut du contentieux administratif exige qu'on l'unifie ; 2° l'unification dans le sens de l'extension de la compétence du Conseil d'État est déjà trop avancée pour qu'on puisse reculer ; 3° cette unification sera pour le plus grand bien des justiciables »⁹⁸⁰.

593. Dans la continuité des analyses doctrinales de ce mouvement, Louis TÉTREAU, dans les années 1920, apporte un éclairage intéressant sur cette question compliquée de l'histoire de nos contrats administratifs⁹⁸¹. Dans le cas des départements, il avoue que cette question a été très discutée. Il explique que certains auteurs voulaient soumettre le contentieux des marchés de fournitures des départements à la compétence de l'autorité administrative, comme SERRIGNY⁹⁸², TROLLEY⁹⁸³... en appuyant leur opinion sur d'anciens arrêts du Conseil d'État⁹⁸⁴. *A contrario*, d'autres auteurs voulaient le soumettre à la compétence de l'autorité judiciaire, comme DUFOUR⁹⁸⁵, CABANTOUS⁹⁸⁶ ou Arsène

⁹⁷⁸ CE, 28 mars 1888, *Commune de Saissac*, Rec. Lebon, p. 339 « Aucune disposition de loi n'attribue à l'autorité administrative la connaissance des contestations relatives à l'exécution des contrats de louage d'ouvrage ou de marchés de fournitures passés par les communes ». Cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, *op. cit.*, p. 323.

⁹⁷⁹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, *op. cit.*, p. 323. JÈZE renvoie aux conclusions de M. ROMIEU, dans le grand arrêt *Terrier*, *op. cit.* « Aucune disposition de loi n'attribue à l'autorité administrative la connaissance des contestations relatives à l'exécution des contrats de louage d'ouvrage ou de marchés de fournitures passés par les communes ». Cette absence de texte laisse donc une marge d'interprétation très large à la jurisprudence.

⁹⁸⁰ HAURIOU Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, *op. cit.*, t. 2, p. 458.

⁹⁸¹ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 348.

⁹⁸² SERRIGNY Denis, *Compétence administrative*, t. 2, n° 805.

⁹⁸³ TROLLEY, *Droit administratif*, t. 5, n° 2623.

⁹⁸⁴ CE, 24 octobre 1821, *Chambaud*, Rec. Lebon, pp. 389-395. Dans cet arrêt le juge administratif considère que « (...) Vu la loi du 28 pluviôse an 8, et nos ordonnances, notamment celle du 14 mai 1817 ; Considérant, sur la compétence, qu'au terme des lois et ordonnances ci-dessus visées, c'est aux Conseils de préfecture qu'il appartient de statuer sur les questions contentieuses qui peuvent s'élever, entre l'administration et les fournisseurs, sur la validité et l'interprétation des clauses des marchés, pour les fournitures faites pour le compte des départements ; », p. 391 ; CE, 7 avril 1835, *Schoemngrunn et cons.*, Rec. Lebon, pp. 272 à 277.

⁹⁸⁵ DUFOUR Gabriel, t. VI, p. 332.

⁹⁸⁶ CABANTOUS Louis-Pierre-François, *Répétitions écrites sur le droit administratif, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Marescq, 3^e édition, 1863.

PÉRIER⁹⁸⁷. Ils rappellent le fondement textuel, l'article 14 du décret du 11 juin 1806, stipulant que le contentieux des marchés de fournitures de l'État est de la compétence de l'autorité administrative, et ne faisant aucune mention sur ceux des collectivités locales⁹⁸⁸. TÉTREAU conclut qu'on doit porter devant les tribunaux ordinaires toutes les contestations entre les départements et les particuliers, du fait de l'absence de toutes dispositions attribuant la compétence à la juridiction administrative, comme le décret du 11 juin 1806 pour les marchés de fournitures de l'État⁹⁸⁹. Dans le cas des communes, les questions soulevées sont les mêmes que pour le contentieux des marchés de fournitures des départements. Ainsi, aucune disposition législative ne régleme la compétence contentieuse en matière de marchés de fournitures passés par les communes et les établissements de bienfaisance. Il en résulte que c'est la compétence contentieuse de droit commun qui doit s'appliquer. Et donc, ce sont les tribunaux civils qui sont appelés à résoudre les difficultés pouvant s'élever à la suite des marchés de fournitures passés entre les communes et les particuliers⁹⁹⁰. La jurisprudence est fixée sur cette question, au lendemain de la Première Guerre mondiale. Elle reconnaît sans hésiter la compétence judiciaire en matière de contentieux des marchés de fournitures des communes, à partir du moment où la commune a traité par un acte de gestion privée, dans les mêmes conditions qu'un particulier⁹⁹¹. À moins que le marché de fourniture local ne comporte un élément de travaux publics suffisant pour emporter une requalification en marchés de travaux publics locaux, et donc une compétence contentieuse administrative⁹⁹². Malgré cette clarté, on aurait pu se demander si la notion extensive de la compétence administrative, définie par la jurisprudence du Conseil d'État *Terrier*⁹⁹³, ne doit pas conduire à faire admettre cette compétence pour toutes les actions nées de l'organisation ou du fonctionnement du service public, que ces services dépendent du pouvoir central ou se rattachent aux organes départementaux ou communaux. Cette théorie, soutenue devant le Conseil d'État par une

⁹⁸⁷ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, op. cit.

⁹⁸⁸ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 348.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 349.

⁹⁹⁰ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, op. cit., p. 362.

⁹⁹¹ CE, 12 décembre 1868, *Clément*, Rec. Lebon, p. 1007 à 1010 ; CE, 7 septembre 1869, *Commune de Maxey-sur-Vaise*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 840-841 ; CE, 7 mai 1881, *Perot c/ commune de Germaine (Marne)*, Rec. Lebon, pp. 479-480.

⁹⁹² CE, 7 mai 1881, *Perot c/ commune de Germaine (Marne)*, op. cit. Le juge administratif dans cet arrêt considère « que les contestations auxquelles peuvent donner lieu les marchés de fournitures intéressant les communes échappent à la juridiction administrative, et qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'en connaître, alors même que l'exécution comporte quelques travaux accessoires, si, à raison de leur peu d'importance, ces travaux ne sont pas susceptibles de transformer le contrat en marché de travaux publics ; », Rec. Lebon, p. 480. Dans d'autres arrêts, le juge administratif se prononce en faveur de la compétence des Conseils de préfecture. À titre d'exemple : CE, 13 juin 1860, *Commune de Rigny-la-Salle*, Rec. Lebon, pp. 464-465. Le juge administratif considère que « ce traité constitue un marché de travaux publics ; que, dès lors, le cons. de préf. était compétent, au termes de la loi du 28 pluviôse an 8 (...) », p. 465 ; CE, 9 février 1865, *Fouque*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 180 ; à 182 ; CE, 27 décembre 1867, *Goussel*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 964 à 966. Dans d'autres affaires, la commune concluant à l'incompétence de l'autorité judiciaire peut finalement être reconnue compétente. Voir : TC, 26 mars 1881, *Commune de Pézilla-la-Rivière c/ Lambert*, Rec. Lebon, pp. 352-353.

⁹⁹³ CE, 6 février 1903, *Terrier*, op. cit., concl. de M. ROMIEU, GAJA, pp. 72 à 75.

société qui a fourni des pavés à la ville de Lille, a été repoussée par l'arrêt *Société des Granits des Vosges*⁹⁹⁴. En l'espèce, le commissaire du gouvernement a maintenu en matière contractuelle, la distinction de la gestion publique et de la gestion privée⁹⁹⁵.

594. Il faut attendre le lendemain de la Seconde Guerre mondiale, pour que Pascal ARRIGHI apporte un éclairage doctrinal salutaire dans sa thèse,⁹⁹⁶ comme si les conflits mondiaux, sont des accélérateurs de la technique juridique, de par l'inflation et l'adaptation à des situations d'urgence qu'ils génèrent. Ce n'est guère que la seule note positive, si on peut dire. Pour ARRIGHI, les marchés de fournitures de l'État sont présumés être des contrats administratifs, la question étant de savoir quel est le caractère des marchés de fournitures des collectivités locales ? Il rappelle le décret du 11 juin 1806, presque 150 ans après, pour fonder le régime des compétences contentieuses en matière de marchés de fournitures de l'État. Leur contentieux étant de la compétence des juridictions administratives, leur caractère de contrat administratif est présumé, sauf intention exprimée par les parties et révélée par l'examen du marché⁹⁹⁷. Pour les marchés de fournitures des collectivités locales, il n'y a pas de présomption de leur caractère administratif – comme dans le cas de ceux de l'État – mais, ils peuvent devenir des contrats administratifs, si telle a été l'intention des parties. ARRIGHI explique, en conclusion, que c'est l'idée d'intention, ou du libre choix des procédés qui permet d'affirmer ou non, le caractère administratif d'un contrat dans lequel l'Administration a voulu employer les procédés du droit administratif ou pas⁹⁹⁸. Ce principe du libre choix de l'Administration règle ainsi, par un procédé consensuel, ce problème postrévolutionnaire de cohérence de compétence contentieuse. C'est donc l'action conjuguée de la jurisprudence et de la doctrine administrativiste, étalée dans le temps, qui a permis d'arriver à une solution relativement harmonieuse de convergence sur ce point délicat.

595. Ce libre choix du caractère administratif ou de droit commun par l'Administration des collectivités locales, dans la passation de leurs marchés de fournitures, trouve son fondement dans une requalification jurisprudentielle des marchés de fournitures de l'État, en contrat administratif sur critère jurisprudentiel. Cette requalification par le juge est la

⁹⁹⁴ CE, 31 juillet 1912, *Société des Granits des Vosges c/ Ville de Lille*, *op. cit.*, concl. de M. BLUM, Recueil Lebon, p. 909 à 913, GAJA, p. 156 à 161.

⁹⁹⁵ TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 363.

⁹⁹⁶ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 130.

base de ce que nous qualifierons de normalisation du contentieux des marchés. Cette normalisation consiste dans la suppression progressive des incohérences affectant le régime des marchés dans le droit administratif postrévolutionnaire. La première des incohérences, déterminante dans la qualification des marchés, est cristallisée par la compétence de principe de l'autorité judiciaire dans le contentieux des marchés de fournitures locaux. Le basculement de compétence contentieuse de l'autorité judiciaire à l'autorité administrative permet d'homogénéiser le contentieux des marchés en général, dans un contentieux administratif de principe.

596. Le décret du 30 septembre 1953, portant création des TA, est une étape décisive dans ce mouvement de normalisation, dont le contentieux de droit commun des marchés de fournitures des communes et des départements était le dernier point de friction par rapport au contentieux administratif de tous les autres types de marchés. C'est en cela que réside l'importance des marchés de fournitures des communes et des départements dans l'émergence du concept de marchés publics. Même s'ils ne sont qu'un fondement conceptuel complémentaire dans cette émergence, du fait de la prééminence logique des marchés de l'État, ces marchés locaux de fournitures concentrent un enjeu important dans celle-ci.

597. Pour conclure ce paragraphe : le contentieux des marchés autonomes de fournitures locaux postrévolutionnaires sont de la première importance, car la compétence contentieuse de droit commun ou administrative détermine la qualification de contrat de droit commun ou de contrat administratif. La compétence contentieuse de droit commun de principe posée sur la base de textes révolutionnaires cristallise un point de divergence très important entre les marchés de fournitures locaux, en tant que contrat de droit commun, et les marchés de travaux publics locaux, en tant que contrat administratif. Cette compétence matérialise et détermine que les marchés en tant que notion de droit administratif postrévolutionnaire ne sont pas complètement définis autour d'un régime de droit administratif, jusqu'à la moitié du XXe siècle, à cause de cette compétence contentieuse de droit commun spécifique aux marchés de fournitures des communes, des départements et accessoirement des établissements publics.

598. Pour conclure cette section : Les marchés de fournitures des communes et des départements sont une des deux composantes entrant dans le champ notionnel des marchés locaux en droit administratif postrévolutionnaire. L'appréhension des marchés de fournitures à l'échelon local passe, comme celle des marchés de travaux publics, par l'analyse des fondements sur lesquels repose la qualification juridique précise de marchés de fournitures locales en droit administratif, et sur le déterminant de cette qualification, à savoir le caractère du contentieux de ces marchés. La qualification de marchés de fournitures locaux, comme ceux de l'État, s'appréhende autour d'un déficit de définition matérielle et d'une définition formelle. La définition formelle est, comme dans le cas des marchés de l'État, clé dans le fondement de cette qualification contractuelle précise, du fait même du déficit endémique de définition matérielle de ces marchés par les différents acteurs du droit administratif postrévolutionnaire. La qualification de principe des marchés de fournitures locaux en contrat de droit commun a des répercussions à divers niveaux : dans le régime juridique de ces marchés qui ne doit pas être exorbitant du droit commun, notamment dans les clauses du cahier des charges ; dans la cohérence globale de la notion de marché en droit administratif, premier pilier du concept naissant de contrat administratif dans le deuxième tiers du XIXe siècle⁹⁹⁹ ; dans le traitement contentieux des litiges s'élevant dans le cadre de ces marchés. Cette qualification de droit commun va évoluer progressivement vers une qualification de contrat administratif, ce qui est un élément important entrant dans l'émergence conceptuelle des marchés publics. La qualification de ces marchés en contrat de droit commun ou en contrat administratif se trouve déterminée par la compétence contentieuse intervenant en la matière. Cette question contentieuse est centrale en droit administratif, vu le grand nombre de traités de contentieux administratifs écrits au XIXe siècle. Les litiges intervenant dans le cadre de marchés de fournitures passés par les communes ou départements sont de la compétence des tribunaux ordinaires. Ceci détermine leur caractère de contrat de droit commun. Le fait de ramener ces marchés dans le champ de compétence contentieuse administrative est une étape décisive dans la consolidation notionnelle du marché, vers sa conceptualisation sous la terminologie de marché public en droit administratif. Cette étape est assimilable à un processus de maturation juridique progressif et complexe à appréhender de par un jeu subtil de requalification jurisprudentielle des marchés de fournitures de l'État qui influenceront sur

⁹⁹⁹ Voir TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen FOUCAULT (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, op. cit., Thèse droit administratif, Université Paris II : Panthéon-Assas, 2007.

ceux des collectivités locales, vers une homogénéisation du régime juridique de ces marchés.

599. Pour conclure ce chapitre : Les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, passés par les communes et les établissements publics, représentent un fondement conceptuel complémentaire, dans l'émergence du concept de marché public. Ils sont complémentaires, dans le sens où leur appréhension découle de celle de l'État, et que la plupart des problématiques soulevées par leur pratique sont identiques à celles des marchés de l'État. Ils voient la transposition au niveau local des solutions (exemple des marchés mixtes). La complémentarité des marchés locaux, dans l'émergence du concept de marchés publics, est aussi conditionnée dans le stade d'abstraction des marchés locaux par rapport aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures de l'État. En effet, les marchés locaux, du début du XIXe siècle à nos jours, ne dépasseront pas – à notre sens – le stade de l'abstraction notionnelle, *a contrario* des marchés de travaux publics et de fournitures de l'État, qui vont atteindre chacun un stade conceptuel dans le droit administratif postrévolutionnaire¹⁰⁰⁰. Malgré ce caractère de fondement complémentaire dans l'émergence du concept de marché public, leur appréhension est nécessaire et pertinente pour appréhender ce phénomène d'émergence conceptuelle en droit administratif moderne.

600. Pour conclure ce titre : Les marchés de services et les marchés des collectivités locales ont le point commun d'être des notions de droit administratif, c'est-à-dire que leur niveau d'abstraction – dans le droit administratif du XIXe et de la première moitié du XXe siècle qui intéresse cette étude – est resté au stade du notionnel, *stricto sensu*. Or, ces deux notions juridiques sont des fondements complémentaires essentiels dans la conceptualisation des marchés publics, car cette conceptualisation doit être globale pour être véritablement effective.

¹⁰⁰⁰ Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 1.

601. Pour clore cette première partie : Les fondements conceptuels postrévolutionnaires des marchés publics sont multiples et hiérarchisés, comme cette première partie le démontre. Leur multiplicité et leur hiérarchisation n'enlèvent rien au caractère complémentaire de ces différents fondements dans l'émergence du concept de marché public. La conceptualisation des MP, en combinaison avec les fondements décrits dans cette première partie, implique une importante dynamique de construction conceptuelle où les acteurs du droit administratif occupent chacun une place bien spécifique.

Partie II : La construction conceptuelle des marchés publics en droit administratif

La combinaison des différents fondements conceptuels postrévolutionnaires des marchés publics (**Partie I**) est une condition essentielle dans l'émergence du concept de marché public, mais non suffisante. Le fondement appelle de lui-même une suite. Le processus de conceptualisation des marchés publics – de la Révolution de 1789 à la première codification de 1964 – s'opère sur la complémentarité entre fondement conceptuel et construction conceptuelle (**Partie II**). La construction peut être ici comprise, dans son acception usuelle, comme une « action de créer, de composer, d'organiser »¹⁰⁰¹. Mais au-delà, la notion de construction en sciences humaines s'ouvre plus largement sur ce qu'on qualifie de constructivisme¹⁰⁰².

Ce mouvement de construction conceptuelle des marchés publics – prenant appui sur les fondements conceptuels détaillés dans la partie précédente – se subdivise en deux mouvements essentiels qui permettent de déboucher sur la conceptualisation des marchés publics en droit administratif. Le premier est ce que l'on va qualifier « de matrice conceptuelle des marchés publics », assimilée à l'abstraction juridique des contrats administratifs dans le contexte du XIXe et de la première moitié du XXe siècle (**Titre I**). Cette dynamique matricielle bien plus générale, dans laquelle s'inscrit la conceptualisation des marchés publics, est essentielle dans l'émergence de ceux-ci, car elle implique une progression de définition du contrat administratif, et donc des types de contrat administratif les plus importants que sont les marchés en général. Le deuxième mouvement de construction conceptuelle des marchés publics est ce que l'on qualifie « d'émergence conceptuelle des marchés publics » (**Titre II**). C'est la dernière étape de la construction conceptuelle des marchés publics qui voit leur naissance. Les ressorts conceptuels contextuels et conjoncturels à court et moyen terme y sont analysés comme décisifs et complémentaires avec les ressorts à long terme détaillés dans l'ensemble de cette étude.

¹⁰⁰¹ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, 9^e éd., version numérique, 1992.

¹⁰⁰² Voir : *Le dictionnaire des sciences humaines*, MESURE Sylvie & SAVIDAN Patrick (dir.), PUF, 2006, pp. 196 à 198.

Titre I : La matrice conceptuelle des marchés publics ou l'abstraction progressive du contrat administratif

La construction conceptuelle des marchés publics s'opère au travers de ce que nous qualifions de « matrice conceptuelle ». Cette dynamique se fonde sur le processus d'abstraction juridique du contrat administratif du XIX^e siècle jusqu'à la théorisation doctrinale de ces contrats spécifiques. Un processus d'abstraction juridique autour d'un objet, d'une notion précise, a pour aboutissement la théorisation de cet objet. Dans le cas spécifique du contrat administratif, l'aboutissement de ce processus d'abstraction juridique est ce que l'on appelle couramment en droit administratif : la théorie des contrats administratifs (**Chapitre 2**). Mais cet aboutissement théorique autour de l'objet du contrat administratif trouve ses sources dans le droit administratif des contrats du XIX^e siècle, qui pose les matériaux théoriques indispensables (**Chapitre 1**).

Dans la maturation de cette matrice conceptuelle des marchés publics, la doctrine administrativiste joue un rôle clé de la conceptualisation à la théorisation des contrats administratifs. En effet, les matériaux théoriques principaux sont essentiellement doctrinaux, et la théorie des contrats administratifs est une synthèse opérée par la doctrine administrativiste. La question préliminaire soulevée par ce titre premier est qu'est-ce que la doctrine administrativiste postrévolutionnaire sous le prisme du contrat administratif (**Section préliminaire**) ?

Section préliminaire : Les objets de recherche d'une doctrine administrativiste postrévolutionnaire

602. Après la rupture révolutionnaire et la matrice napoléonienne qui « ensemença » la matière du droit administratif¹⁰⁰³, en posant l'appellation nouvelle de droit administratif, le droit de l'Administration sort de l'anonymat, à la suite des écrits de précurseurs, comme PORTIEZ et GÉRANDO. Les « *Institutes* » – après le plus mythique que rigoureux « cours de législation administrative » de PORTIEZ que BIGOT pourrait classer dans ce qu'il

¹⁰⁰³ BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 1^e éd., 2002, Paris, p. 126.

nomme « les mythes fondateurs du droit administratif »¹⁰⁰⁴ – font sortir le droit administratif de la confidentialité des spécialistes, de sa « période d’élaboration secrète »¹⁰⁰⁵. Dans le même temps, les arrêts du Conseil d’État commencent à être divulgués, via le Recueil Lebon, dont la première édition date de 1821, deux ans après l’ouvrage d’analyse jurisprudentielle du Conseil d’État de MACAREL¹⁰⁰⁶. Les bases sont posées, le développement du droit administratif peut réellement commencer, en tant que résultat de recherche d’une doctrine – à la spécialisation croissante – lui étant attachée.

603. La doctrine administrativiste postrévolutionnaire a pour centre d’intérêt l’étude de la pratique administrative (§ 1) qui servira de base au développement du formalisme administratif attaché à cette pratique (§ 2). Le travail de cette doctrine est une composante essentielle du droit administratif postrévolutionnaire.

§ 1 : La pratique juridique de l’Administration

604. La transition, entre l’Ancien Régime, à savoir la période monarchique, et le nouveau régime, trouve son point de fusion dans la Révolution de 1789. L’État a perduré, mais a vu ses principes, sa forme, ses modes de légitimation, et son Administration évoluer. Les auteurs de la doctrine doivent obligatoirement focaliser leurs recherches sur un objet juridique en pleine évolution, à savoir l’Administration et son activité postrévolutionnaire.

605. Dire que la période révolutionnaire, issue de 1789, a connu une activité administrative est une lapalissade. Pour bien appréhender ce qu’est la doctrine administrativiste du XIXe siècle, il est important de préciser son sujet de recherche. Le vrai débat ne concerne pas tant l’existence de l’Administration, mais son évolution, à savoir son passage d’une Administration monarchique à une Administration révolutionnaire, fondement de l’Administration qui sera le sujet d’étude de cette doctrine administrativiste du XIXe siècle.

¹⁰⁰⁴ BIGOT Grégoire, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *op. cit.*

¹⁰⁰⁵ HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l’an VIII », *op. cit.*, 1893.

¹⁰⁰⁶ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative*, 1818, 2 vol.

606. Quant aux origines révolutionnaires de l'Administration, Grégoire BIGOT semble le plus à même pour les décrypter. Il les subdivise en trois phases :

- En premier lieu, une phase « d'unité et d'uniformité »¹⁰⁰⁷ qu'il positionne au début de la Révolution (1789-1792). Cette première phase fait suite au point de départ des événements révolutionnaires et de leur volonté réformatrice. Cette volonté de réforme trouve ses fondements dans la complexité de l'architecture administrative de la France de l'Ancien Régime. Durant ces deux premières années, s'opère une restructuration importante de l'Administration française sous l'impulsion de principes, fer de lance de cette Révolution. De nombreuses idées germent, mais elles ne trouveront pas toutes d'application réaliste.
- En deuxième lieu, une phase de ce qu'il qualifie de « repli sur le centre d'une unité exaspérée »¹⁰⁰⁸, courant de 1792 à 1799, qu'il replace dans le contexte du durcissement de la Révolution avec l'avènement de la Convention. Bigot explique que les Conventionnels ont la volonté de renforcer l'autorité du pouvoir central à l'égard des administrations locales. Tout d'abord, cela reste à l'état de souhait, dans les débats d'idées entre les projets girondin et montagnard de la Constitution de l'an I. Mais par la suite, une fois l'État d'exception assumé par la suspension de l'application de la Constitution de l'an I, « le temps des débats cède au temps des réalisations en faveur d'une centralisation assumée : les comités de la Convention inféodent des administrations locales épurées, réformées et surveillées »¹⁰⁰⁹. Ces deux premières phases sont placées par l'auteur sous le signe de la régénération de l'Administration, dans son interaction avec les apports révolutionnaires et les transformations de la société française.
- En troisième lieu, succède la période napoléonienne, à laquelle il donne une emprise temporelle extensive de 1799 à 1870. Il explique que l'Administration du XIXe siècle – objet premier de la recherche de la doctrine administrativiste du XIXe – peut être ainsi qualifiée, dans le contexte du triomphe du modèle autoritaire du Consulat et de l'Empire, pour près d'un siècle. Bon nombre de régimes politiques vont se succéder de 1814 à 1870, ratifiant le principe de centralisation de 1799, inspiré des précédents Révolutionnaires de la Convention et du Directoire.

¹⁰⁰⁷ BIGOT Grégoire, *L'administration française*, LITEC, t. 1 (1789-1870), 2010, p. 13.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 62.

La justice administrative, issue du régime napoléonien dans son acception moderne, ne cesse de se renforcer, afin de garantir une domination légale au pouvoir étatique. Bigot constate que tout ceci aura comme premier objectif de tendre à l'effectivité d'une société administrée, en adéquation avec le modèle du « libéral-étatisme »¹⁰¹⁰ triomphant au XIXe siècle.

607. Cette description de la pratique administrative est parfaitement illustrée par les écrits des premiers auteurs de celle-ci. Les premiers auteurs les plus connus de cette doctrine sont PORTIEZ de L'OISE¹⁰¹¹ et le baron de GÉRANDO. Le premier, PORTIEZ de L'OISE¹⁰¹² a une œuvre qui reste un des fondements de cette doctrine administrativiste du XIXe siècle. L'œuvre en question est un « *cours de législation administrative* », publié en 1808, faisant suite au cours de « *droit civil dans ses rapports avec l'administration publique* ». Jean-Louis MESTRE place dans ce cours les « origines de l'enseignement du droit administratif »¹⁰¹³. L'appellation terminologique de ce premier cours « *droit civil dans ses rapports avec l'administration publique* », dénote que le droit administratif, au lendemain de la Révolution, est encore appréhendé comme une variété de droit civil¹⁰¹⁴. Le professeur TOUZEIL-DIVINA souligne que PORTIEZ avec ce cours à un « but purement pédagogique de connaître l'Administration publique »¹⁰¹⁵. L'observation de la pratique administrative postrévolutionnaire est le premier rôle que la doctrine administrativiste du XIXe siècle s'assigne de manière incontournable, avant de passer à une phase analytique, puis critique. Le contrat utilisé par l'Administration – qui penche encore à ce stade plus du côté du droit civil – s'insère partiellement au droit administratif moderne naissant car il est

¹⁰¹⁰ BIGOT Grégoire, *L'administration française*, op. cit., p. 133.

¹⁰¹¹ Voir sur le personnage : GILBERT Simon, « Portiez de l'Oise (1765-1810) », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 2 avril-juin 2007, pp. 247 à 272.

¹⁰¹² Il est intéressant pour l'anecdote que d'après l'acte de baptême, Louis-François Portiez voit son nom se terminer par un « r » et non par le « z » employé de manière courante pour écrire son nom, par la plupart des juristes. L'écriture de son nom couramment utilisé sera « Portiez ». Mis en lumière par : THIOT Louis, *PORTIEZ de l'OISE, sa vie, ses travaux (1765-1810)*, Imprimerie départementale de l'Oise, 1907, p. 1.

¹⁰¹³ MESTRE Jean-Louis, « Aux origines de l'enseignement du droit administratif : le « cours de législation administrative » de Portiez de l'Oise (1808) », *RFDA*, 1993, pp. 239 à 246.

¹⁰¹⁴ Sur l'interaction droit civil/droit administratif postrévolutionnaire cf. *infra*, Part. I, Titre I, Sect. Prél. ; voir : DUBOIS de CARRATIER Laurent, « L'influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative du XIXe siècle », in *Droit écrits*, n° 1, 2001 ; Voir aussi : PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit.

¹⁰¹⁵ TOUZEIL-DIVINA Mathieu., *La doctrine publiciste 1800-1880, éléments de patristique administrative*, éd. La Mémoire du droit, 2009, pp. 48-49. Le professeur TOUZEIL-DIVINA souligne dans ce sens que, le cours de PORTIEZ est « une présentation pratique » de ce qu'il appelle, au début du XIXe, la législation administrative, op. cit., p. 49. Quant à HAURIOU, il parle de ce cours comme d'un *opus « particulièrement fantaisiste »*, où ce qu'il appelle la législation administrative est envisagée sous l'angle de « l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort, en le faisant passer par tous les rapports qu'il peut avoir avec l'administration tant qu'il existe ». Le jugement de Maurice HAURIOU, concernant le cours de législation de PORTIEZ, est péjoratif pour un juriste, le qualifiant « d'ouvrage bizarre » ou encore de « fantaisiste », in « De la formation du droit administratif français depuis l'an VII », *Revue générale d'administration*, 1892. Il faut relativiser le jugement sur PORTIEZ, quand on le compare avec ses contemporains administrativistes, comme Charles-Jean BONNIN et « ses principes d'administration publique » (RENAUDIÈRE, 3^e éd., 3 vol., 1812), que HAURIOU affuble des mêmes sobriquets que PORTIEZ. Lucien SFEZ dans son travail sur HAURIOU confirme ses jugements, en disant que dans les œuvres des premiers administrativistes postrévolutionnaires, « on ne trouve donc rien de fécond », voir : SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse droit - Paris, LGDJ, 1966, p. 52.

fondamentalement pour les juristes un objet juridique de droit privé. L'œuvre doctrinale du baron de GÉRANDO s'insère dans une progression logique de ces œuvres de doctrine administrativiste postrévolutionnaire. L'observation de la pratique administrative est toujours au centre de l'œuvre du baron, mais le point de vue est différent et les méthodes de description évoluent. Sur le point qui nous intéresse spécifiquement, le tome quatrième des « *Institutes* » traite des contrats utilisés par l'Administration – sans parler de « contrats administratifs » à ce stade – à savoir des marchés de travaux publics¹⁰¹⁶, marchés de fournitures et aussi marchés de transports. Il les insèrent, dans le plan de son traité, au niveau d'un titre III intitulé : « Des dépenses publiques »¹⁰¹⁷. Ce n'est qu'une activité de l'Administration, qui entre dans l'analyse descriptive des « *Institutes* » du baron de GÉRANDO, parmi d'autres activités abordées dans les tomes précédents, comme s'il y avait un ordre d'importance, et que les marchés arrivaient à la fin. En aucun cas, à ce stade, les marchés ne sont appréhendés en tant qu'élément composant une définition – ne serait-ce que notionnelle – du contrat administratif au sens entendu à partir de la conceptualisation du doyen FOUCART¹⁰¹⁸, et de la théorisation de Gaston JÈZE¹⁰¹⁹. Pour l'anecdote, la terminologie « marchés publics » se trouve dans l'ouvrage de GÉRANDO, mais dans le sens de halles, à savoir de lieux de commerce ouverts au public¹⁰²⁰. Cela illustre parfaitement la polysémie du terme « marché » dans le droit administratif du début du XIXe siècle. On est encore très loin du concept de « marché public » en droit administratif des contrats, même si la terminologie existe déjà. La polysémie du terme marché en général est établie par n'importe quel dictionnaire usuel, mais cette polysémie du marché est aussi présente à l'échelle du droit administratif du XIXe siècle. Pour conclure l'étude quant à ces auteurs précurseurs, le professeur ROLIN souligne à juste titre que « la doctrine du droit administratif de cette première période était profondément imprégnée de pratique : pratique administrative, judiciaire, légistique »¹⁰²¹.

608. En conclusion de ce point, la doctrine administrativiste ne manque pas de sujets de recherche entre l'Administration, qui se trouve à cette période dans un tournant de son

¹⁰¹⁶ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1.

¹⁰¹⁷ GÉRANDO Joseph-Marie baron de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, NÈVE, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1830, t. 4, p. 245 et suiv.

¹⁰¹⁸ Voir TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Quand le juge administratif ré-embrasse l'histoire de son contentieux contractuel », *op. cit.*, p. 578 (nbp 15).

¹⁰¹⁹ Cf. *infra*, Part. II, Titre I, chap. 2, Sect. 1.

¹⁰²⁰ GÉRANDO Joseph-Marie baron de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, *op. cit.*, t. 2, p. 374 ; « Les bâtiments et halles servant aux marchés publics (...) ».

¹⁰²¹ ROLIN Frédéric, « *Doctrine et pratique* », in *La doctrine en droit administratif*, Actes du colloque organisé les 11 et 12 juin 2009 par l'AFDA, LEXISNEXIS-LITEC, p. 72 et suiv.

histoire, et l'activité de cette Administration qui touche directement à la conception de l'État. Le point de cristallisation des mutations de l'Administration française se trouve dans la période révolutionnaire. Ensuite, celle-ci est comparable à une construction, dont les fondations sont déjà posées. Les premiers auteurs de ce qu'on considère comme la doctrine administrativiste du XIXe siècle, avant toute analyse de fond, sans parler encore de conceptualisation et de théorisation à ce stade, se doivent de faire un travail d'observation et de description d'une administration en pleine mutation. Sur cette pratique va se développer un formalisme administratif moderne, comme un écho au formalisme de l'Administration monarchique¹⁰²².

§ 2 : Du formalisme juridique de l'activité administrative à celui plus spécifique des contrats administratifs

609. Les pouvoirs politiques quels qu'ils soient, à n'importe quelle époque, lorsqu'ils structurent une administration, afin d'institutionnaliser et de stabiliser leur pouvoir politique sur une société donnée, le font dans le but d'attribuer certaines prérogatives à cette administration. Le rôle de cette administration se traduit dans une pratique de l'Administration. La pratique de l'Administration, dans un processus normal de complexification et de perfectionnement, accède à un degré de formalisme s'imposant à son activité, avec comme but omniprésent d'améliorer le bon fonctionnement du service public. Les contrats à titre onéreux passés par l'Administration, dès le lendemain de la Révolution de 1789, sont une parfaite illustration du développement de ce formalisme.

A) Le développement d'un formalisme administratif au-delà d'une simple pratique administrative : ressort de l'élaboration du droit administratif au XIXe siècle

610. Le doyen Jean CARBONNIER, dans un article à la Revue Droits¹⁰²³, parle des différentes définitions dans la maison du droit. Parmi ces différentes définitions, le droit peut être appréhendé comme « un mode opératoire ». Cette appréhension du droit amène une réflexion sur le rôle du formalisme dans le droit en général, et plus précisément dans le droit administratif. Cette appréhension quelque peu réductrice, mais pas inexacte pour

¹⁰²² Cf. *supra*, Chap. introductif.

¹⁰²³ CARBONNIER Jean, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n° 11/2, "définir le droit", PUF, 1990, pp. 5 à 9.

autant, met en lumière un aspect du droit des plus importants. La notion de formalisme, en droit civil, a fait l'objet de beaucoup plus de recherches doctrinales, la matière étant reconnue comme telle depuis longtemps et considérée comme le droit avec un grand « D », encore par certains, de nos jours. Mais ce n'est là qu'une petite estocade à l'encontre des juristes privatistes, cet état de chose pouvant se justifier.

611. La notion de formalisme en droit administratif, dans son acception moderne, donc postrévolutionnaire, est significative dans l'étude de l'Administration, et dans l'élaboration du droit administratif moderne, dès le début du XIXe siècle. La doctrine administrativiste du XIXe matérialise bien son importance et ce, dès le premiers tiers du XIXe siècle. À titre d'illustration, on peut revenir sur les « *Institutes* » du baron de GÉRANDO, qui, dans le plan du tome 1 de son traité, intitule le livre III : « De la procédure administrative »¹⁰²⁴, après avoir décrit « l'organisation administration »¹⁰²⁵ en livre II. Il est pertinent de noter l'approche de GÉRANDO qui commence par la description de l'Administration, et enchaîne avec ses modes opératoires, à savoir le formalisme qu'elle emploie dans la pratique de ses activités. Pour faire un peu de linguistique, le terme « procédure » découle du terme « procédé », qui peut être un synonyme de « mode opératoire », allant dans le sens d'une appréhension du droit faisant la part belle au formalisme. Pour la métaphore théâtrale, ce serait résumer la pièce aux décors, en occultant la pièce elle-même, c'est incomplet. Mais en entrant dans le contexte plus ciblé des contrats administratifs conclus à titre onéreux, la question du formalisme prend une toute autre dimension, par rapport au droit administratif dans son ensemble.

612. Concernant le formalisme en droit administratif, Sébastien SAUNIER, dans sa thèse¹⁰²⁶, livre une recherche des plus approfondies sur la question. Dès son introduction, il appréhende le formalisme dans une approche étymologique, qui reste un des moyens les plus efficaces de cerner une notion. Ainsi, il met en lumière que le mot actuel « formalisme » dérive du terme ancien, « formel », qui serait lui-même issu du mot latin « *formalis* », signifiant « ce qui est relatif à la forme »¹⁰²⁷. Le formalisme est entendu, dans

¹⁰²⁴ GÉRANDO Joseph-Marie baron de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif, op. cit.*, t. 1, p. 360 et suiv.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, pp. 117 à 359.

¹⁰²⁶ SAUNIER Sébastien, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2 vol., 2007.

¹⁰²⁷ SAUNIER Sébastien, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français, op. cit.*, t. 1, p. 24.

cette étude, en tant que pratique administrative au début de sa maturation, et n'ayant pas encore atteint le mode opératoire de l'ordre du formalisme.

613. Sur la question du processus d'évolution du formalisme entre 1789 et nos jours, SAUNIER explique que, contrairement à une opinion courante, les sources formelles du droit administratif relèvent d'un formalisme beaucoup plus réduit que l'on pourrait le croire. Pour l'appréhender, l'évolution historique jusqu'à 1789 est une nécessité¹⁰²⁸. En effet, il place les origines du formalisme du droit administratif français contemporain, dans l'instauration de ce qu'il qualifie de « formalisme limité »¹⁰²⁹, dès 1789, dans le droit qui émerge de l'activité administrative. Un formalisme limité n'est qu'une pratique usant de quelques formes. Mais ces formes, s'appliquant à l'activité de l'Administration, ne semblent pas assez élaborées, pour dépasser la simple forme entourant la pratique administrative, du début du XIXe siècle, et accéder au formalisme.

614. L'origine de la doctrine administrativiste du XIXe siècle est conditionnée par les évolutions que connaît son objet de recherche central, l'Administration. La période révolutionnaire est le point de départ, où les formes encadrant la pratique administrative se complexifient de manière croissante, jusqu'au moment où apparaît le formalisme. Dans le cadre du droit administratif en général, une date précise est difficile à établir. SAUNIER délimite deux phases majeures dans le développement du formalisme attaché au droit administratif dans sa globalité : de 1789 jusqu'au début du XXe pour une phase de « construction », puis, à partir du XXe siècle, une phase « d'approfondissement »¹⁰³⁰. Cette analyse n'est valable qu'à l'échelle du droit administratif dans sa globalité. Ainsi, certaines composantes de celui-ci ont un rapport à ce même formalisme assez différent. Les contrats administratifs conclus à titre onéreux, c'est-à-dire les marchés, en sont une illustration parfaite.

B) Le formalisme juridique spécifique d'une pratique de l'activité administrative : les contrats administratifs conclus à titre onéreux

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 433.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, cf. le premier chapitre de la deuxième partie, intitulé de la section 1, p. 434.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 433.

615. Certains peuvent se demander, si cette étude ne s'éloigne pas de sa problématique première, dans ces développements sur la doctrine administrativiste du XIXe siècle, au sujet de la pratique de l'Administration qui se complexifie pour aboutir à un certain formalisme. La réponse est négative, car le formalisme et son développement revêtent une importance primordiale dans les marchés. Le formalisme du droit administratif, que SAUNIER fait débiter en 1789¹⁰³¹, concernant les marchés passés par l'Administration, ne peut pas rentrer dans cette grille d'analyse. En effet, le formalisme encadrant « les marchés de travaux », les « marchés de fournitures », et ce bien avant 1789¹⁰³², voit sa pratique, par les différentes générations d'administration, revêtir une forme élaborée, qualifiable de « formalisme ». De manière déductible, la définition du formalisme, à laquelle nous adhérons dans cette étude, est la deuxième approche proposée par Gérard CORNU, dans son « *vocabulaire juridique* », à savoir, qu'il est « une exigence de forme poussée au plus haut degré »¹⁰³³. CORNU souligne que l'on parle de « formalisme substantiel », dans le cas de cette approche.

616. Le concept de formalisme à l'échelle des contrats s'appréhende en fonction des formes que revêt la passation des contrats, à partir d'une certaine élaboration de ces formes, comme le laisse logiquement déduire une recherche étymologique basique. Notre réflexion sur le formalisme, dans le droit administratif et ses contrats, part de ce postulat. Mais il est intéressant de ne pas occulter la pensée des juristes qui n'abondent pas dans notre sens, dans un souci d'enrichissement. Ainsi, DELAPORTE assimile ce que nous qualifions de forme, au contenu du contrat. C'est-à-dire qu'il explique « que la loi elle-même parle de la forme d'un contrat pour en désigner le contenu ; (...) elle impose aux parties non pas un mode d'expression de leur volonté, mais le contenu même de leur volonté »¹⁰³⁴. SAUNIER sur ce point tranche, que pour lui, comme pour nous par ailleurs, quand l'ordre juridique réglemente l'usage d'un type de contrat, ce n'est pas simplement le contenu qui est ainsi imposé, mais la forme juridique à employer. Le procédé de l'adjudication des marchés passés par l'État ou ses collectivités locales est une illustration

¹⁰³¹ Notre étude débute aussi à cette date, mais avec quelques retours en arrière nécessaires, pour bien appréhender, que les marchés passés par les pouvoirs publics et le formalisme qui leur incombe, n'est pas apparu *ex nihilo*, en 1789. La date 1789 est prise, comme la fin d'une histoire, celle de l'Ancien Régime, mais cette date est très loin d'être une césure nette et imperméable entre deux époques, ce qu'une certaine histoire pourrait sous-entendre de manière fautive.

¹⁰³² Sur ce point d'une importance clé pour appréhender les ressorts de l'émergence du concept de « marchés publics », cf. *supra*, Chap. introductif.

¹⁰³³ CORNU Gérard, *Le vocabulaire juridique*, PUF, 1987, p. 360.

¹⁰³⁴ DELAPORTE Vincent., *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse droit privé, Paris I, p. 23 ; cité in SAUNIER Sébastien, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, *op. cit.*, tome II, p. 619.

des plus explicites quant à ce point précis. Après avoir appréhendé ce qu'est le concept de formalisme, il s'agit de mettre en lumière le développement d'une forme élaborée tendant au concept de formalisme. MOENECLAHEY, dans une thèse soutenue en 1914, souligne que l'argument principal de ce formalisme, dans le procédé contractuel¹⁰³⁵, est simplement la sécurité. L'auteur fait référence au professeur DEMOGUE, en soulignant que la sécurité est un « levier d'activité »¹⁰³⁶, pour justifier la recherche de cette sécurité dans le formalisme du contrat de droit civil ou de droit administratif. Il prend ensuite les exemples de la guerre, de l'agitation politique en tous genres qui sont néfastes aux affaires économiques, ou simplement un doute sur une situation juridique quelconque, toutes circonstances qui peuvent dissuader un entrepreneur de travaux de contracter avec l'Administration, s'il a une crainte quant à la préservation de ses intérêts économiques privés¹⁰³⁷. De même, ce que Guy ARDANT appelait « le formalisme naturel » du droit administratif français, peut s'appréhender comme le meilleur rempart contre l'arbitraire¹⁰³⁸.

617. Une opinion courante soutient que le formalisme recouvre une importance secondaire, ce qui est aisément défendable, en reprenant la traditionnelle antithèse fond/forme, ou plus précisément, contenu/formalisme. La crainte de voir un excès de formalisme éclipser le fond juridique est une crainte légitime. Ainsi, en droit administratif, le rapport contenu/formalisme doit s'équilibrer. Sur la question plus particulière des contrats administratifs, notamment ceux conclus à titre onéreux, les marchés, le formalisme régit leur passation. Le professeur LACHAUME précise que dans le cas des marchés, le formalisme ne peut être « excessif, mais s'analyse en une nécessité et une garantie pour les parties en cause et les tiers »¹⁰³⁹. Il écrit ceci en parlant des marchés publics d'aujourd'hui, mais cette analyse du formalisme des marchés semble quasi intemporelle. Ce formalisme matérialise et rend effectif les principes fondamentaux des marchés passés par l'Administration, via la publicité¹⁰⁴⁰. LACHAUME précise que le

¹⁰³⁵ Il faut préciser que cette thèse traite du formalisme dans les contrats de droit civil et commercial en France. Nous traitons, dans cette étude, exclusivement des contrats administratifs, et en leur sein des « marchés ». Mais le procédé contractuel est un point commun entre les contrats du Code civil et les contrats administratifs. Le nier rallumerait le flambeau de la discorde entre privatistes et publicistes. Ce procédé contractuel est le point d'interpénétration entre droit civil et droit administratif le plus manifeste, nous semble-t-il.

¹⁰³⁶ DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, A. Rousseau, 1911, p. 71.

¹⁰³⁷ MOENECLAHEY Pierre, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Thèse droit, Lille, 1914, p. 31.

¹⁰³⁸ Notion de « formalisme naturel » posé par Guy ARDANT cité in : LACHAUME Jean-François, « Le formalisme », *AJDA*, 20 juin 1995, n° spécial, p. 135.

¹⁰³⁹ LACHAUME Jean-François, « Le formalisme », *op. cit.*, p. 138.

¹⁰⁴⁰ SARLANDIE DE LA ROBERTIE Aloys, *La publicité des marchés publics*, *op. cit.*

formalisme des marchés, telle la publicité, permet de « garantir une mise en concurrence effective des candidats »¹⁰⁴¹, dès lors, le bon choix du candidat par l'Administration.

618. Le formalisme dans les marchés occupe donc une place de premier ordre, par rapport à d'autres domaines du droit administratif. Dans le cas des marchés, l'utilisation du formalisme de l'adjudication donne une garantie aux différents candidats pour son obtention : respect du principe d'égalité. L'absence du formalisme de l'adjudication, à savoir le procédé de gré à gré, neutralise le principe d'égalité théorique entre les candidats, en permettant à l'Administration d'opérer un choix quasi discrétionnaire de son cocontractant, moins-disant ou pas.

619. Pour conclure ce paragraphe premier, cette superposition entre une pratique de l'activité administrative revêtant peu de formes, et le développement d'un formalisme encadrant cette activité, est centrale pour comprendre les écrits des administrativistes du premier tiers du XIXe siècle, dont PORTIEZ et GÉRANDO sont représentatifs, du fait que l'Administration est leur objet de recherche. Cette pratique contractuelle formaliste de l'Administration est réinventée durant la période révolutionnaire, ce qui implique le passage d'une simple pratique administrative à un niveau de formalisme que SAUNIER qualifie de « limité »¹⁰⁴² pour une bonne partie du XIXe siècle. La doctrine administrativiste du XIXe a pu se développer en analysant une administration et sa pratique formaliste. En effet, les contrats administratifs conclus à titre onéreux ou autres « absorbent une notable partie de l'action administrative »¹⁰⁴³, et dès lors, une proportion notable des écrits de la doctrine administrativiste.

¹⁰⁴¹ LACHAUME Jean-François, « Le formalisme », *op. cit.*, p. 138.

¹⁰⁴² SAUNIER Sébastien, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, *op. cit.*, tome 1, p. 433.

¹⁰⁴³ PERRIQUET Eugène, *Contrat de l'Etat et travaux publics*, 2^e édition, 1890, t. 1, Avant propos.

Chapitre 1 : Les écrits de la doctrine administrativiste au XIXe siècle en tant que matériaux théoriques des « contrats administratifs »

620. Des trois acteurs de l'élaboration du droit administratif des contrats, la doctrine joue un rôle important – complémentaire de celui du législateur et de la jurisprudence – dans la théorisation et la conceptualisation des notions clé de ce droit. Et ce, malgré le fait que l'opinion des juristes ne constitue pas, à proprement parler, une source de droit ayant une valeur obligatoire¹⁰⁴⁴. Mais l'opinion doctrinale sur le droit a un caractère savant, à l'instar de celle d'une majorité de « profanes du droit ». Il est rassurant de se dire que le savoir devrait toujours conférer une légitimité¹⁰⁴⁵, la doctrine juridique française, dans sa globalité, repose sur ce postulat. Pour avoir un point de vue de privatiste, le professeur SERIAUX qualifie celle-ci de « savoir socialement reconnu »¹⁰⁴⁶. Tandis que pour Léon DUGUIT, le rôle de la doctrine est de montrer la voie. Sur la spécificité des doctrines juridiques, Nicolas MOLFESSIS souligne que « la doctrine en droit du travail n'est pas celle du droit administratif, qui n'est pas celle du droit commercial ». Il poursuit en disant qu'il y a « des domaines du droit à densité doctrinale plus ou moins forte, tout comme chaque matière n'est pas identiquement propice au développement de la jurisprudence ou de la coutume »¹⁰⁴⁷.

621. La doctrine administrativiste des contrats postrévolutionnaires – et ses spécificités¹⁰⁴⁸ – fait l'objet, de toute notre attention dans cette étude, car elle est la matrice conceptuelle et théorique dont Gaston JÈZE et sa théorisation ont émergé. Pour nommer cette doctrine administrativiste des contrats, nous utiliserons souvent l'expression « doctrine administrativiste » du XIXe siècle. Mais, dans le cas précis des contrats administratifs, non pas du droit administratif en général, l'emprise temporelle de cette doctrine – en mal de théorisation globale des contrats administratifs conclus à titre onéreux – ne se limite pas au seul XIXe siècle chronologiquement. Dans le cas précis de cette doctrine des contrats de l'Administration, la période, que nous identifions comme étant une phase en maturation d'une matrice théorique des contrats administratifs, s'étend de la

¹⁰⁴⁴ DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, *Droit administratif*, ECONOMICA, 8^e éd., 2007, p. 105.

¹⁰⁴⁵ JESTAZ Philippe, JAMIN Christophe, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 217.

¹⁰⁴⁶ SERIAUX Alain, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994, p. 65 et suiv.

¹⁰⁴⁷ MOLFESSIS Nicolas, « Remarque sur la doctrine en droit des contrats », *RDA*, n° 3, Février 2011, p. 51.

¹⁰⁴⁸ Voir : PLESSIX Benoît, *La doctrine publiciste des contrats*, Mémoire, Université Paris II : Panthéon-Assas.

Révolution de 1789¹⁰⁴⁹ à la publication du premier volume des « Contrats administratifs » de Gaston JÈZE en 1927.

622. L'indigence des textes sur les marchés, et plus généralement en matière de contrats administratifs, durant l'intégralité du XIXe siècle et au-delà, ouvre à la doctrine administrativiste de cette époque, un rôle taillé sur mesure. Mais assumer ce rôle est une autre affaire, dans le contexte d'un droit administratif où tout reste à définir et théoriser. Sur ce rôle de la doctrine du contrat administratif, une réflexion intemporelle du professeur PLESSIX mérite d'être reprise ici : « la doctrine, on le sait, travaille, tel un artisan sur le matériau jurisprudentiel : de façon technicienne, elle analyse et commente, ordonne et conceptualise les solutions du droit positif ». Il ajoute que « la doctrine est productrice de formes et d'images ; elle n'est pas étrangère à la diffusion de certaines idées reçues ; il peut lui arriver de déformer la réalité ; elle peut être porteuse d'idéologies ou fabriquer des mythes ; elle peut chercher à légitimer le champ disciplinaire dans lequel elle œuvre. C'est le sort de toute pensée humaine »¹⁰⁵⁰. La doctrine administrativiste des contrats au XIXe siècle entre parfaitement dans ces considérations.

623. Après l'étude de la pratique contractuelle de l'Administration concernant les contrats administratifs autonomes, conclus à titre onéreux, de travaux publics et de fournitures, il s'agit d'analyser la théorisation des contrats administratifs, sans laquelle le concept de droit administratif de marché public n'aurait pu voir le jour. Dans l'approche analytique de cette théorisation des contrats administratifs, le premier point, qui attire l'attention du chercheur, est son caractère tardif, par rapport à la pratique des contrats de l'Administration se structurant, dès le lendemain de la Révolution de 1789.

624. Dans le cas de la doctrine administrativiste du XIXe siècle, il paraît, à propos, de reprendre une métaphore du professeur Stéphane RIALS. Elle est comme une chèvre attachée à un piquet, qui ne broute, qu'autour d'un périmètre délimité, autour de son attache¹⁰⁵¹. La doctrine, de la même manière, ne s'intéresserait, qu'à ce que la

¹⁰⁴⁹ La date de 1789 est une date plus théorique que réelle en la matière, plus en rapport avec un contexte politique que juridique.

¹⁰⁵⁰ PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *RDA*, n° 4, Octobre 2011, pp. 46-47.

¹⁰⁵¹ RIALS Stéphane, Propos extraits de la conférence « Le droit d'auteur à l'honneur : le retour en grâce du droit de divulgation », organisée par l'Institut DOGMA, le 9 juillet 2010.

jurisprudence et le législateur lui donneraient à commenter, dans le contexte des XIXe et début du XXe siècle.

625. La doctrine administrativiste du XIXe siècle rend compte, tout au long de ce siècle, au travers de ses écrits, d'une abstraction progressive de la notion de contrat administratif en droit administratif. Cette abstraction progressive se fait autour de ce que l'on qualifie de carences théoriques de la doctrine administrativiste qui servent de matrice de conceptualisation du contrat administratif (**Section 1**). Au final, cette même doctrine administrativiste du XIXe siècle va amener l'appréhension du contrat administratif à un stade conceptuel (**Section 2**), sur le fondement principal de l'appréhension des démembrements de la notion de marché au XIXe siècle.

Section 1 : Les carences théoriques de la doctrine administrativiste des deux premiers tiers du XIXe siècle : matrice d'une conceptualisation des contrats administratifs

626. Ce que nous, administrativistes modernes, pointons du doigt chez nos anciens du XIXe, comme étant des carences de leur production scientifique, n'est pour eux qu'une œuvre de droit, monumentale pour certains, suivant les standards scientifiques de l'époque. C'est dans cet esprit d'humilité qu'il faut apprécier ce que l'on analyse comme des déficits d'abstraction de la doctrine administrativiste au XIXe siècle, notamment en matière de contrats administratifs. Ces déficits doivent être appréciés par rapport à ce que l'on attend de cette doctrine en tant que « moderne ». Ainsi, dans cette étude, nous appréhendons les carences de cette doctrine au XIXe siècle par rapport à son incapacité à théoriser les contrats administratifs.

627. Le contexte temporel principal de l'expression de ces carences théoriques en matière de contrat administratif se situe dans les deux premiers tiers du XIXe siècle. Cet axe temporel englobe ce que HAURIUO, dans son analyse du développement de la doctrine administrativiste, appelle les phases « d'élaboration secrète » (1789-1818) et celle

de « divulgation » (1818-1860)¹⁰⁵². Dans ces phases, la doctrine se cantonne dans une analyse descriptive de l'activité contractuelle administrative (§ 1), qui rend toute théorisation des contrats administratifs impossible (§ 2).

§ 1 : Une doctrine administrativiste des deux premiers tiers du XIXe siècle enfermée dans une analyse descriptive de l'activité contractuelle administrative

628. L'appréhension des contrats administratifs par la doctrine du XIXe siècle est significative et représentative quant aux traits caractéristiques afférant à la production doctrinale postévolutionnaire. L'enfermement de la doctrine administrativiste des contrats dans une analyse descriptive de l'activité contractuelle administrative¹⁰⁵³, se manifeste essentiellement au travers de deux phénomènes : une réticence à la généralisation et un déficit de conceptualisation.

A) La question de la généralisation des pratiques administratives par la doctrine

629. Pour commencer, il s'agit d'appréhender ce que nous entendons par « la généralisation » replacée dans le discours doctrinal administratif du XIXe siècle. La généralisation se définit comme l'opération par laquelle l'esprit forme les idées et les concepts qu'il tire de l'expérience.

630. La généralisation serait le fait d'identifier – après la description préalable de la pratique contractuelle de passation de marchés – les points de convergence entre les différentes conventions à titre onéreux passées par l'Administration. La problématique est de mettre en lumière les raisons de l'incapacité de la doctrine administrativiste du XIXe, et du début du XXe siècle, dans une mesure différente, à opérer cette généralisation.

1) La description de la pratique contractuelle administrative courante par la doctrine

¹⁰⁵² HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *op. cit.*. Il place au centre de la phase de divulgation, trois auteurs qui, selon lui, ont fait la doctrine administrativiste de cette période, à savoir MACAREL, GÉRANDO, et CORMENIN. Le contrat administratif n'est en aucun cas conceptualisé dans les œuvres de ces trois administrativistes.

¹⁰⁵³ Il faut bien appréhender que notre analyse sur ce point va se cantonner aux contrats administratifs, mais l'élargissement à d'autres composantes du droit administratif de manière ponctuelle, est intéressante pour ne pas perdre de vue le rapport entre les contrats administratifs et leur matrice principale (le droit administratif).

631. Cette activité descriptive de la doctrine administrativiste, nous l'avons déjà mise en lumière précédemment, au travers de diverses illustrations explicites en la matière. Les premiers auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe ont une appréhension relativement descriptive de l'activité contractuelle de l'Administration. Cette approche descriptive est développée plus ou moins explicitement selon les auteurs, mais elle reste une étape incontournable d'une approche doctrinale scientifique. Les « *Institutes* » du baron de GÉRANDO sont une parfaite illustration d'approche descriptive des contrats administratifs conclus à titre onéreux, voire philosophique dans son cas. En effet, dans le tome IV des « *Institutes* », est abordée la question des marchés de travaux publics et de fournitures¹⁰⁵⁴, sous l'angle de la description du mode opératoire à suivre lors de la passation de marchés. Ce que GÉRANDO décrit est donc le mode opératoire de passation de marchés, notamment de fournitures, tels qu'ils sont passés de manière habituelle par l'Administration dans les années 1820, lorsque le baron publie son traité. On ne peut critiquer en rien la doctrine administrativiste du début du XIXe quant à son approche descriptive, dans le premier tiers du siècle, du fait des transformations ayant touché le pouvoir politique, et donc son Administration à la suite de 1789. Le préalable incontournable, avant toute synthèse, est de passer par une phase d'observation et de description de l'objet étudié, avant d'en dresser une analyse de fond. La plus élémentaire des logiques juridiques permet de le mettre en lumière.

632. Le droit administratif de l'Ancien Régime a induit le droit de l'Administration dans sa mouture « moderne », dont nous ne connaissons aujourd'hui qu'une évolution. La première étape pour la doctrine est de procéder à une observation de cette Administration refondée, et d'en produire une approche descriptive de son activité courante. L'opération de généralisation ne peut venir qu'après cette phase d'observation et de description de la pratique contractuelle de l'Administration. Certains auteurs de la doctrine administrativiste du premier tiers du XIXe siècle ont assuré effectivement cette première phase d'observation et de description. L'étape logique, qui suit, serait d'opérer une synthèse et dès lors une généralisation de ces pratiques contractuelles de l'Administration.

¹⁰⁵⁴ GÉRANDO Joseph-Marie de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif, op. cit.*, t. 4, p. 366.

2) Une absence de rapprochement entre différents types de convention : une non généralisation de la pratique contractuelle habituelle de l'Administration par la doctrine administrativiste du XIXe siècle

633. Une fois l'étape de l'analyse descriptive de l'activité contractuelle habituelle de l'Administration française postrévolutionnaire dépassée, on aurait attendu de la part de la doctrine administrativiste qu'elle opère une synthèse et une généralisation des pratiques contractuelles de l'Administration. Cette attente est conditionnée au fait des difficultés à appréhender les forces et les faiblesses du droit des contrats administratifs.

634. Cette généralisation d'envergure ne survint qu'après la première moitié du XIXe siècle. Il faut attendre certains auteurs, comme FOUCART, LAFERRIÈRE, et plus tard la première théorisation de JÈZE en la matière, qui met fin à la doctrine administrativiste des contrats, que l'on a connue durant cette période. La question qui est soulevée est celle de savoir quelles sont les raisons empêchant cette doctrine administrativiste postrévolutionnaire d'opérer une synthèse de la pratique des contrats administratifs en général, et plus précisément des marchés de l'Administration ? La réponse est à la fois complexe et multiple. Deux axes de réponse semblent se profiler, d'une part, les causes en rapport avec la volonté de synthèse et de généralisation des règles et des concepts, s'appliquant aux différents types de contrats administratifs conclus à titre onéreux ou autres par la doctrine, d'autre part, la capacité scientifique réelle de cette doctrine à opérer une généralisation d'envergure, supposant une élaboration minimum de la matrice du droit administratif, dont les contrats administratifs sont une composante. Pour bien appréhender les contrats administratifs d'une façon générale, et plus précisément ceux conclus à titre onéreux, les marchés, il ne faut jamais perdre de vue qu'ils s'insèrent dans la matière du droit administratif, même s'ils ont des problématiques propres sur certains points¹⁰⁵⁵.

a) L'absence d'une volonté de synthèse de la doctrine administrativiste des contrats postrévolutionnaires

¹⁰⁵⁵ On place par exemple un âge d'or de la doctrine administrativiste dans sa globalité, à la fin du XIXe siècle, avec les productions doctrinales de HAURIOU, DUGUIT etc. mais ce qui est valable pour le droit administratif et sa doctrine en général, ne l'est pas à l'échelle des contrats administratifs. À titre d'illustration, il suffit d'appréhender la manière dont HAURIOU aborde les contrats administratifs, dans son précis de droit administratif publié en 1900. Ceci va dans le sens de nos analyses, que la doctrine administrativiste des contrats du XIXe ne prend fin qu'avec Gaston JÈZE et sa théorie des contrats. Voir : HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif, op. cit.*, L. LAROSE, 4^e éd., Paris, 1900, p. 696.

635. Il faut essayer de comprendre pourquoi la doctrine administrativiste de la première moitié du XIXe siècle n'a pas opéré une phase de synthèse et de généralisation de la pratique contractuelle de l'Administration, à la suite d'une phase d'observation et d'analyse descriptive plus ou moins longue. Le premier élément de réponse est une absence de volonté ou de conscience de la part de la doctrine, ce qui nous apparaît comme étant une raison nécessaire et suffisante, en tant qu'administrativiste du début du XXIe siècle. En effet, pour opérer une synthèse, prise de conscience et volonté de mise en pratique sont deux conditions nécessaires et suffisantes pour étudier les contrats administratifs en tant que phénomène global dans la matrice du droit administratif. Mais toute l'attention de la doctrine est focalisée sur l'élaboration de la matière du droit administratif dans sa globalité. Le moment de la spécialisation de composantes précises de ce « nouveau droit »¹⁰⁵⁶, ou du moins appréhendées comme telles pendant toute une période, n'est pas encore à l'ordre du jour. De ce fait, les auteurs de la doctrine administrativiste se spécialisant dans les contrats passés par l'État et ses collectivités locales, comme Eugène PERRIQUET dans le dernier quart du XIXe, ne se posent pas la question de savoir ce qu'est un contrat administratif, encore moins un marché. Ils se contentent de décrire la pratique des contrats utilisés par l'Administration pour la satisfaction de ses besoins, les réunissant dans un même ouvrage au seul critère de la présence d'une personne publique aux contrats. Même si c'est le critère organique du caractère administratif d'un contrat, ce n'est pas le seul critère.

636. L'absence de volonté de synthèse des pratiques contractuelles de l'Administration par la doctrine postrévolutionnaire est la raison qui implique le manque de synthèse et de généralisation dans le domaine des contrats administratifs du XIXe siècle. Ce déficit diminue considérablement avec des auteurs, comme Édouard LAFERRIÈRE et l'appréhension¹⁰⁵⁷ qu'ils en ont, tels les marchés autonomes de travaux publics et de fournitures, dont il a été fait état dans la première partie de cette étude.

b) Une absence de capacité doctrinale de généralisation en matière de contrats administratifs

637. Outre l'absence de volonté réelle de synthèse de la part de la doctrine qui se suffit à elle-même, d'autres facteurs altèrent la capacité de cette doctrine à généraliser la pratique

¹⁰⁵⁶ C'est un nouveau droit, par rapport aux croyances des administrativistes du XIXe siècle, faisant écho au mythe de la Révolution de 1789, qui fait table rase de l'Ancien Régime et de tout ce qui va avec.

¹⁰⁵⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., pp. 119 et 138.

juridique des contrats de l'Administration. Ainsi, un éventail d'éléments complémentaires interagit avec cette absence de volonté de généralisation. En premier lieu, la réinvention d'une nouvelle science juridique de l'Administration et de ses règles, sous l'appellation nouvelle de « droit administratif », au lendemain de la Révolution et dans les premiers temps du XIXe, semble être un frein important à toute synthèse, dans le sens où l'Administration et ses règles se voient refondues par les Révolutionnaires, avec une adoption textuelle claire du principe de dualisme de juridictions, amenant à la création du Conseil d'État, l'adoption de divers textes concernant la passation de conventions pour la satisfaction des besoins de l'Administration, comme les marchés de fournitures de l'armée, de travaux publics par exemple, etc. En second lieu, la position que semblent avoir les contrats administratifs dans l'ordre d'importance des composantes du droit administratif. L'exemple déjà abordé, des « *Institutes* » du baron de GÉRANDO dans les années 1820, en est une illustration manifeste. En effet, les contrats de l'Administration y sont abordés à la fin du tome 4^e, ce qui peut dénoter un certain ordre d'importance dans l'esprit de certains auteurs de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire¹⁰⁵⁸. En comparaison, dans les traités actuels, ils sont abordés dans les premiers tomes, si le rapprochement semble opportun. En troisième lieu, nous pouvons mettre en avant les méthodes de cette doctrine dans l'appréhension des différents objets juridiques composant le droit administratif français. Comme les analyses de définition doctrinale des différents types de marchés autonomes le laissent présager, dans la première partie de cette étude, les administrativistes du XIXe décrivent et analysent des modes opératoires. Dans le cas des marchés, ils ne font aucun effort de définition des objets juridiques dont ils décrivent les mécanismes. La définition d'un objet juridique semble être un préalable indispensable dans le mécanisme d'appréhension d'un juriste contemporain, avant toute analyse. Mais il semble apparaître que ce n'est pas le cas chez les auteurs de la doctrine du XIXe, car ils doivent partir du postulat selon lequel ces notions n'ont pas besoin de définition. Les raisons profondes relèvent de la formation juridique reçue par les auteurs, ou d'autres causes. Le cas de l'appréhension des différents types de marchés autonomes de travaux publics, et de fournitures est un exemple de cette méthode utilisée par la grande majorité des auteurs.

¹⁰⁵⁸ GÉRANDO Joseph-Marie de, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, op. cit., t. 4, p. 366.

638. En dernier lieu, il faut aller chercher des raisons externes à la doctrine elle-même. Une des raisons expliquant cette non généralisation des pratiques contractuelles de l'Administration peut se trouver dans la qualité des sources exploitées par la doctrine des contrats administratifs, durant cette période postrévolutionnaire. En effet, la doctrine pour opérer des synthèses a besoin de sources adéquates. Or, il apparaît que l'indigence des textes du législateur, en matière de marchés, mise en lumière dans la partie première de cette étude, est une source paraissant difficilement exploitable. Dans le cas de la jurisprudence, la problématique concernant sa qualité est assez similaire. En ce sens, le professeur BIENVENU souligne cette faible qualité jurisprudentielle, surtout dans les premiers temps du XIXe siècle, rendant de ce fait compliqué tout travail d'exploitation doctrinal, comme le travail de synthèse et de généralisation en question ici¹⁰⁵⁹. Pour expliquer cette faible qualité de la jurisprudence, BIENVENU met en avant trois raisons à cela. En premier, le vocabulaire polysémique, employé par la jurisprudence, traduit une déficience des procédés de définition¹⁰⁶⁰ de sa part, dans la lignée de celle affectant la doctrine. Cette déficience est une piste sérieuse pour trouver une cause externe valable, à la non définition des contrats par cette doctrine postrévolutionnaire, dans le sens où la doctrine aurait simplement suivi la jurisprudence, et dupliqué sa déficience en terme de définition. C'est une partie de la réponse, mais associée aux précédentes, mentionnées précédemment. En second, il évoque le faible contenu intellectuel et discursif des techniques contentieuses¹⁰⁶¹, surtout dans les premières décennies du XIXe siècle. Du fait que le Conseil d'État, dans sa mouture moderne que l'on connaît aujourd'hui, est une juridiction, et même au-delà une institution, très récente datant de la période révolutionnaire. Ceci expliquerait certaines faiblesses de contenu. En dernier, il souligne l'incertitude des positions jurisprudentielles¹⁰⁶² qui peuvent connaître divers revirements, altérant la clarté de ses positions, et la sécurité juridique dans une certaine mesure. Ainsi, une jurisprudence trop incertaine, opérant des revirements fréquents, sur divers points de droit, ne permet pas une analyse juridique sereine pour les administrativistes du XIXe siècle, comme pour ceux d'aujourd'hui. Pour conclure sur la corrélation entre la qualité

¹⁰⁵⁹ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *Revue administrative*, n° spécial, 1997, p. 13.

¹⁰⁶⁰ Jean-Jacques BIENVENU cite en exemple les errements de la doctrine en matière de définition de la concession, tantôt une délégation de service public, tantôt la vente d'une dépendance du domaine etc. Voir : BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶¹ BIENVENU rappelle quelques point précis pour illustrer ce qu'il entend par « faible contenu intellectuel et discursif ». Ainsi, il évoque « l'emploi du critère simplificateur de l'État débiteur (...) ». Voir : BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶² BIENVENU cite l'exemple manifeste de la question de l'existence d'un domaine public communal, les réponses de la jurisprudence ont varié quatre fois entre 1808 et 1866. Toutefois, il trouve des explications à ces revirements de positions dans la logique du plein exercice de la justice retenue. Voir : BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*, p. 14.

moindre de la jurisprudence et l'incapacité de synthèse et de généralisation de la doctrine administrativiste au XIXe siècle, le professeur BIENVENU maximise cette corrélation dans le sens où cette jurisprudence a « suscité »¹⁰⁶³ la production doctrinale que l'on connaît au XIXe siècle.

639. À notre sens, la qualité des sources de la doctrine administrativiste – au premier rang, la jurisprudence, puis au second, les textes du législateur – s'insère dans une combinaison de raisons internes et externes à cette doctrine, pour expliquer ces carences de synthèse et de généralisation. Gaston BACHELARD met en garde contre les synthèses trop rapides, en soulignant qu'il y a « une jouissance intellectuelle dangereuse dans une généralisation hâtive et facile »¹⁰⁶⁴. Cette réflexion de BACHELARD nous amène à conclure sur ce point, qu'il vaut peut-être mieux que la doctrine n'ait pas opéré de synthèse et de généralisation, du moins dans le domaine précis des contrats administratifs, plutôt qu'elle ait opéré une généralisation « hâtive et facile »¹⁰⁶⁵, alors même qu'elle n'avait pas vraiment les outils juridiques pour le faire sur de bonnes bases. L'absence de généralisation aura peut être été plus salutaire au droit des contrats administratifs, qu'une mauvaise synthèse de base.

B) Une production doctrinale en mal de conceptualisation globale des contrats administratifs

640. L'étape suivant la généralisation est la conceptualisation, dans un processus idéal d'une élaboration d'analyse doctrinale type. La conceptualisation est appréhendée comme « l'acte ou l'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes »¹⁰⁶⁶, c'est-à-dire qu'à partir d'objets juridiques multiples – en l'occurrence des conventions diverses passées par l'Administration – on analyse un phénomène de convergence entre ces différents objets juridiques pour aboutir à une conception générale. Il s'agit de mettre en lumière la combinaison de raisons expliquant la déficience de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire dans une conceptualisation globale des contrats de l'Administration.

¹⁰⁶³ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁶⁴ BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, p. 55.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁶⁶ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 87. D'un point de vue étymologique, il faut appréhender cette notion comme venant du latin *conceptus*, de *concupere*, signifiant non seulement l'acte de concevoir mais aussi celui de recevoir.

1) Les raisons internes de la déficience de conceptualisation globale de la doctrine administrativiste en matière de contrats

641. Les raisons du déficit de conceptualisation globale des contrats administratifs dans leur appréhension doctrinale relève de raisons superposables avec celles expliquant le déficit de synthèse et de généralisation de cette même doctrine. Les deux opérations – généralisation et conceptualisation – relèvent des deux premières étapes d'un même processus d'analyse doctrinale globale.

642. En vertu du fait que les opérations de généralisation et de conceptualisation peuvent s'appréhender comme les deux premières étapes d'un processus d'analyse doctrinale globale, il y a donc un rapport cause/conséquence entre un déficit de la doctrine dans ces deux opérations. Une conceptualisation doctrinale satisfaisante ne peut donc pas être accomplie sans une opération de généralisation adéquate préalable. De surcroît, cette raison peut suffire à elle seule pour ce déficit de conceptualisation globale des contrats administratifs par la doctrine postrévolutionnaire.

643. Mais il faut ajouter que les raisons internes du déficit de généralisation, précédemment expliquées¹⁰⁶⁷, sont transposables afin d'interpréter ce même déficit de conceptualisation. En effet, la méthode d'analyse pratiquée, par la majorité des auteurs de cette doctrine, tendant à ne pas définir les objets juridiques, dont ils se bornent à décrire les modes opératoires (les modes de passation dans le cas des marchés de l'Administration), entre dans les raisons internes de cette déficience de conceptualisation de manière évidente, du fait que pour concevoir un concept, cela passe par la définition de celui-ci. Cette tendance générale, à ne pas définir les objets juridiques chez les auteurs de la doctrine, rejoint aussi, ce que nous qualifions au sujet des déficiences de généralisation, comme une absence de volonté de se poser la question, « qu'est-ce qu'un contrat administratif ? », et d'y répondre par une définition à leur portée, en fonction du niveau d'élaboration du droit administratif.

¹⁰⁶⁷ Cf. *supra*, Part. II, titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 1.

644. Autre raison interne complémentaire, la position, que semble avoir les contrats administratifs dans l'ordre d'importance des composantes du droit administratif, appréhendée dans les ouvrages de la doctrine postrévolutionnaire. Les auteurs de doctrine ne semblent pas accorder un grand intérêt aux contrats administratifs dans l'appréhension globale, qu'ils ont du droit administratif, en dépit de l'importance politique et économique, qu'ils peuvent revêtir dans la stabilité de l'État, et donc par conséquent juridique. Pour terminer, l'appréhension du droit administratif, par la doctrine postrévolutionnaire en tant que matière nouvelle du droit public, sous-tend la reconstruction sur de nouvelles bases de la matière, par rapport à l'appréhension de l'Administration monarchique. Le droit administratif étant la matrice des contrats administratifs, l'influence est déductible.

645. Toutes les raisons internes à la doctrine, entrant en combinaison pour justifier le déficit conceptuel global touchant les contrats administratifs jusqu'à leur théorisation « jézienne », sont concomitantes avec celles justifiant le déficit de généralisation des pratiques contractuelles de l'Administration.

2) Les raisons externes d'une non conceptualisation des contrats administratifs par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire des deux premiers tiers du XIXe siècle

646. Après les ressorts internes à la doctrine pour expliquer ces déficiences de conceptualisation globale des contrats administratifs postrévolutionnaires, il s'agit d'envisager les raisons externes, non moins importantes.

647. La première des raisons externes à la doctrine est la communication des défaillances des autres acteurs de l'élaboration du droit administratif et de ses composantes. En effet, le législateur et la jurisprudence postrévolutionnaires sont atteints des mêmes déficiences en matière de conceptualisation globale des contrats administratifs que la doctrine administrativiste. Ainsi, le législateur et la jurisprudence ne font preuve de quasiment aucun processus d'analyse conceptuelle, dans la lignée de leurs défaillances en terme de synthèse et de généralisation des pratiques contractuelles. Si on se fie à la métaphore du professeur Stéphane RIALS, la doctrine ressemblerait à une chèvre attachée

à un piquet ne broutant l'herbe qu'autour d'un périmètre donné¹⁰⁶⁸, auquel cas le piquet en question représenterait la jurisprudence et le législateur. Le fait que la doctrine administrativiste en général nourrisse ses réflexions sur la base de productions de la jurisprudence et du législateur a une influence externe certaine. À l'échelle des contrats de l'Administration, les mêmes influences entrent en ligne de compte.

648. La deuxième raison externe à la doctrine, relative à ses défaillances de conceptualisation, est une affaire d'héritage mal assumée. Le professeur Benoît PLESSIX appréhende au mieux à notre sens, ces questions d'héritage entre une « doctrine administrativiste du XVIIIe siècle », ayant pour objet de recherche l'Administration monarchique, et son héritière postrévolutionnaire, étudiant une Administration refondée par la période révolutionnaire¹⁰⁶⁹. Cette défaillance de conceptualisation globale des contrats administratifs, – que nous identifions avec notre regard d'administrativistes contemporains – chez les auteurs de la doctrine administrativiste des deux premiers tiers du XIXe, serait, d'après lui, héritée des méthodes d'appréhension des juristes étudiant l'Administration et ses activités sous l'Ancien Régime. Il y aurait donc une « continuité doctrinale des œuvres d'avant et après l'Ancien Régime »¹⁰⁷⁰. Les productions doctrinales de DELAMARE, DOMAT, GÉRANDO, DUCROCQ ou MACAREL ne seraient pas des productions fondamentalement différentes dans leur manière d'appréhender l'Administration et ses activités. Selon le professeur PLESSIX, tous les ouvrages publiés, dans les deux premiers tiers du XIXe siècle, peuvent être appréhendés comme des « répertoires déguisés qui trahissent aisément une conception institutionnelle et matérielle du droit administratif »¹⁰⁷¹. Ce que décrivent le professeur Benoît PLESSIX, et d'autres auteurs, comme des « répertoires » n'étant guère propices à la moindre conceptualisation globale, aussi embryonnaire soit-elle, d'une composante du droit administratif comme les contrats administratifs. Il faut attendre des administrativistes comme FOUCART, LAFERRIÈRE (Édouard), HAURIOU, etc.

¹⁰⁶⁸ RIALS Stéphane, Propos extraits de la conférence « Le droit d'auteur à l'honneur : le retour en grâce du droit de divulgation », organisé par l'Institut DOGMA, le 9 juillet 2010, *op. cit.*

¹⁰⁶⁹ PLESSIX Benoît, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *op. cit.*, p. 113 et suiv.

¹⁰⁷⁰ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁷¹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 361.

649. Toutes ces raisons internes et externes entrent en combinaison, pour justifier l'incapacité de cette doctrine à générer une conceptualisation globale des contrats administratifs. Ce qui apparaît aujourd'hui comme une carence, était certainement à leur niveau, l'exercice normal du droit et de l'analyse doctrinale. Leur esprit de synthèse et de conceptualisation ne devait pas leur causer de soucis particuliers. Tout jugement, concernant des juristes ayant vécu à une autre époque que la sienne, doit nécessiter un exercice de transposition, afin de pouvoir comprendre son mode d'appréhension de la matière juridique, en reconstituant tout un contexte historique.

§ 2 : Une incapacité de théorisation des contrats administratifs par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire (1789-1927)

650. Les trois niveaux d'abstraction¹⁰⁷² de généralisation, de conceptualisation et de théorisation composant un processus d'analyse doctrinale globale sont une combinaison de phases d'analyse complémentaire non interchangeable, c'est-à-dire que sans généralisation, pas de conceptualisation possible, et sans conceptualisation pas de théorisation valable. Après analyse de ces deux premiers niveaux d'abstraction dans les productions de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire, il s'agit d'appréhender le troisième niveau. La notion de théorisation se définit comme « l'élaboration d'un discours visant à présenter de manière simplifiée et abstraite les caractéristiques d'un modèle, ainsi qu'à spécifier des relations de causalité entre la mise en œuvre de tel ou tel aspect de ce modèle et les effets qui sont supposés en découler »¹⁰⁷³.

A) L'insuffisance de généralisation et de conceptualisation globale des contrats administratifs : une « primo-théorie » des contrats administratifs impossible

651. Le troisième niveau d'abstraction du processus d'analyse doctrinale globale, à savoir la théorisation, ne peut aboutir qu'à la condition où les deux précédents niveaux ont amené l'objet du processus d'analyse doctrinale au niveau d'une abstraction adéquate.

¹⁰⁷² BONNARD Roger, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5 et suiv. Voir cet article sur l'importance de l'abstraction dans la démarche juridique.

¹⁰⁷³ STRANG David, MEYER John W., « Institutional Conditions for diffusion », *Theory and Society*, vol. 22, n°4, 1993, pp. 487-511.

C'est la problématique centrale de l'appréhension des contrats administratifs par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire.

1) L'émergence progressive de la terminologie conceptuelle de « contrats administratifs » dans la doctrine administrativiste du XIXe siècle

652. Tout au long de cette étude, nous parlons couramment de « contrats administratifs » pour qualifier les conventions passées par l'État et ses démembrements, dès la Révolution française de 1789. Mais il faut bien appréhender que l'expression « contrats administratifs », n'est pas déterminée, ni clairement posée, dans la majeure partie du XIXe siècle. *A contrario*, la notion de contrats en droit privé est définie par le Code civil, dès sa première codification adoptée en 1804¹⁰⁷⁴.

653. L'absence de terminologie, pour qualifier de manière explicite et générique l'ensemble des conventions passées par l'État, dans un objectif de service public, est directement du ressort de la défaillance de la doctrine, dans le deuxième niveau d'abstraction du processus d'analyse doctrinale, à savoir la conceptualisation. Cette doctrine postrévolutionnaire, de par la complémentarité de ses défaillances dans les différents niveaux d'abstraction, hypothèque durablement ses chances de pouvoir opérer une théorisation de la pratique contractuelle administrative. La terminologie de « contrats administratifs » n'est même pas arrêtée en tant que terminologie conceptuelle en 1850. La définition du concept ne peut intervenir qu'à la suite.

654. De surcroît, la pratique contractuelle administrative est une réalité parfaitement appréhendée, dès la Révolution de 1789¹⁰⁷⁵ et le début du XIXe siècle. La preuve passe par l'existence d'un important contentieux de ces contrats, dès le début du XIXe siècle¹⁰⁷⁶. Les différents auteurs de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire l'explicitent, en utilisant une terminologie multiple et indéfinie pour qualifier, ce que les « modernes » qualifient de « contrats administratifs ». GÉRANDO, dans ses « *Institutes* », parle

¹⁰⁷⁴ *Code civil*, Art. 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose ».

¹⁰⁷⁵ La réalité d'une pratique contractuelle, à titre onéreux, des administrations d'avant 1789, est incontestable comme le Chapitre préliminaire à la Première partie de cette étude, le met en lumière. Cf. *supra*, Part. I, Chap. préliminaire.

¹⁰⁷⁶ *Rec. Lebon*, 1^{ère} éd. 1821, t. 1, voir « Table alphabétique et raisonnée » les notions de « travaux publics », t. 1, p. 28 ; « fournitures », t. 1, p. 18.

communément de « travaux publics »¹⁰⁷⁷, de « fournitures »¹⁰⁷⁸, de « marchés »¹⁰⁷⁹, et de manière plus proche de nos conceptions de « marchés de fournitures »¹⁰⁸⁰.

655. CORMENIN utilise une terminologie similaire à celle utilisée par GÉRANDO. Dans son plan général, ou plutôt son énumération de « *Questions de droit administratif* »¹⁰⁸¹ pour être plus proche de sa réalité, il utilise, de manière générale, le terme « marchés »¹⁰⁸² au pluriel, pour désigner l'ensemble des pratiques contractuelles de l'Administration. Dans sa terminologie de « marchés », qu'il semble appréhender comme générique, il pose le terme plus technique de « marchés de fournitures »¹⁰⁸³. L'utilisation du terme générique de « marchés », pour désigner la pratique contractuelle de l'Administration dans son ensemble, se justifie, du fait que les marchés qui sont des contrats administratifs conclus à titre onéreux, représentent la part la plus importante des conventions passées par l'Administration de l'État et de ses démembrements, y compris à l'époque de CORMENIN. Mais il n'indique, en aucun cas, dans sa production doctrinale, qu'il aurait suivi un tel raisonnement. Ce n'est donc qu'une hypothèse de notre part.

656. Léon AUCOC, dans sa « *Conférence sur l'administration* »¹⁰⁸⁴, parle de manière courante de « travaux publics », dans le cadre des Ponts et Chaussées. Les travaux publics d'AUCOC incluent les travaux publics passés par l'Administration, moyennant un paiement monétaire, c'est-à-dire les travaux publics passés, via le mécanisme contractuel administratif du marché. Comme ses prédécesseurs, dans le cas des fournitures, il parle couramment de marchés de fournitures. AUCOC s'inscrit dans la lignée terminologique d'auteurs, tels GÉRANDO et CORMENIN, représentants de cette doctrine administrativiste généraliste postrévolutionnaire, de la première moitié du XIXe siècle.

657. Après les terminologies des administrativistes généralistes, Eugène PERRIQUET, dont l'essentiel de sa production doctrinale porte sur les travaux publics et *les contrats de*

¹⁰⁷⁷ GÉRANDO Joseph-Marie de, *Institutes du droit administratif français ou élément du code administratif*, op. cit., t. 4, p. 361.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 363.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 364.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 366.

¹⁰⁸¹ CORMENIN, *Questions de droit administratif*, op. cit., M. RIDLER, Paris, 1822, 2 vol.

¹⁰⁸² *Ibid.*, t. 2, p. 316.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 319.

¹⁰⁸⁴ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées*, op. cit., 3 vol., DUNOT, 1870.

*l'État*¹⁰⁸⁵ en général, peut être qualifié de « spécialiste ». Pour qualifier la pratique contractuelle des personnes publiques de manière générique, comme le titre de son ouvrage l'indique, il utilise la terminologie « contrats de l'État »¹⁰⁸⁶ ou « contrats passés par l'État »¹⁰⁸⁷. C'est une terminologie précise, et réductrice, par rapport à la réalité des contrats administratifs de la théorisation « jézienne », car elle se limite aux contrats passés par l'État. De surcroît, on peut déjà parler de premier pas vers une terminologie globale. De manière sous-jacente, il va utiliser tous les termes habituels chez les administrativistes généralistes du XIXe siècle : « fournitures »¹⁰⁸⁸, « marchés de fournitures destinées aux services publics »¹⁰⁸⁹, et encore « marchés de travaux publics »¹⁰⁹⁰, etc. PERRIQUET aurait pu écrire un dictionnaire de synonymes pour qualifier les pratiques contractuelles de l'État, mais au-delà de la boutade ironique, cela traduit une réelle réflexion terminologique de la part de cette doctrine administrativiste, de la fin du XIXe siècle.

658. Édouard LAFERRIÈRE, au travers de son analyse contentieuse des activités administratives – que l'on a obligatoirement appréhendée précédemment dans cette étude, du fait de sa grande maturité d'abstraction analytique, concernant les contrats administratifs en général, et ceux conclus à titre onéreux – consolide l'usage de la terminologie moderne de « contrats administratifs »¹⁰⁹¹, et fait aboutir les réflexions terminologiques relevées chez PERRIQUET plus haut. L'organisation de ses intitulés permet de clairement appréhender, qu'il place dans le giron, de ce qu'il qualifie de « contrats administratifs », en premier lieu, les « marchés de travaux publics »¹⁰⁹², et en second lieu, les « marchés de fournitures »¹⁰⁹³. Enfin, il termine son architecture des contrats administratifs, en plaçant ce qu'il qualifie de « contrats administratifs autres que les marchés »¹⁰⁹⁴. L'apport de LAFERRIÈRE, en terme de contrats administratifs, est très important, car c'est lui qui consolide la terminologie conceptuelle de « contrats administratifs », autour des marchés de travaux publics, marchés de fournitures et autres concessions, dès la fin du XIXe siècle.

¹⁰⁸⁵ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État (...)*, op. cit., LGDJ, Marchal Billard et Cie, 1884.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, av. propos, p. VII.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 136.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, av. propos, p. VII.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 219.

¹⁰⁹¹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., 2^e éd., 1896, t. 2, p. 119.

¹⁰⁹² *Ibid.*, t. 2, p. 119.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, t. 2, p. 138.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, t. 2, p. 148.

659. Le caractère administratif de ces contrats passés par l'État est déjà posé au cas par cas, par différents textes : les travaux publics par la loi du 28 pluviôse an VIII, et dans le cas des marchés autonomes de fournitures, par le décret du 6 juin 1806. Quelques uns des critères et des caractéristiques modernes de nos marchés publics sont déjà visibles, mais la doctrine n'a pas les moyens, ni la volonté de les mettre en lumière. Ainsi, les insuffisances, dont elle fait preuve, dans les deux premières phases d'abstraction, de généralisation et de conceptualisation, ne permettent pas d'arrêter une terminologie générique, qui serait reconnue par une majorité de la doctrine, comme la terminologie de contrats administratifs aujourd'hui. Ce défaut de terminologie générique, reconnu par une majorité de la doctrine, joue un rôle important dans la non théorisation chronique, dont souffrent la doctrine administrativiste postrévolutionnaire et « pré-jézienne ».

660. Les défaillances de la production doctrinale, en matière de contrats de l'Administration, dans les deux premiers niveaux d'abstraction du processus d'analyse doctrinale, c'est-à-dire la généralisation et la conceptualisation, mettent à mal le fondement de toute théorisation de ces contrats par les administrativistes, du XIXe et des deux premières décennies du XXe siècle.

2) La corrélation d'insuffisance terminologique et de déficit de définition conceptuelle : la cristallisation d'un stade d'évolution de la doctrine

661. L'insuffisance flagrante de terminologie générique, qui serait reconnue par une majorité de la doctrine, est un ressort majeur de la non définition des pratiques contractuelles de l'Administration par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire. En effet, il faut se poser la question : comment une définition conceptuelle pourrait-elle émerger d'une terminologie multiple et imprécise ?

662. Les administrativistes, cités dans l'intitulé précédent, au-delà de la terminologie multiple et incertaine qu'ils utilisent, n'apportent aucune délimitation des notions juridiques dont ils parlent. Leur production doctrinale est dénuée d'éléments de définition des objets, dont ils décrivent le fonctionnement. CORMENIN ne définit pas ce qu'il qualifie de « marchés » dans ses « *Questions* »¹⁰⁹⁵, ne le délimite pas non plus. Il présente

¹⁰⁹⁵ CORMENIN, *Questions de droit administratif, op. cit.*, t. 2, p. 316.

simplement le mode de passation et les questions contentieuses s'y rapportant¹⁰⁹⁶. GÉRANDO ne définit pas plus les termes qu'il emploie pour qualifier la réalité de la pratique contractuelle de l'Administration, dans le tome 4^e de ses « *Institutes* »¹⁰⁹⁷. Dans la deuxième moitié du XIXe siècle, les auteurs, tels AUCOC, PERRIQUET et LAFERRIÈRE, apportent des éléments de définition assez inégaux des objets juridiques, dont ils décrivent le fonctionnement. AUCOC n'apporte pas d'éléments de définition globale aux contrats passés par les personnes publiques en général. La défaillance de terminologie globale, pour qualifier cette pratique contractuelle, en est la raison majeure, car, pour définir une notion juridique, il faut identifier un terme s'y rapportant. Le plus spécialisé sur les contrats de l'État, PERRIQUET, permet à la doctrine de progresser dans une certaine mesure, en matière de terminologie globale pour la pratique contractuelle des personnes publiques, mais il n'apporte pas d'élément de définition matérielle vraiment satisfaisant, de ce qu'il qualifie de « contrats passés par l'État ». LAFERRIÈRE va opérer une avancée très importante pour la doctrine administrativiste postrévolutionnaire, en consolidant la terminologie de « contrat administratif », mais il ne la pousse pas, jusqu'à en apporter une définition théorique construite. Il n'y a même aucun élément de définition de la notion de contrats administratifs, il enchaîne, directement dans son traité, avec un intitulé sur les marchés de travaux publics¹⁰⁹⁸.

663. La non détermination d'une terminologie générique récurrente, avant LAFERRIÈRE, durant le XIXe siècle, pour qualifier la pratique contractuelle de l'Administration de cette période, entretient une ambiguïté, quant à la détermination du rapport cause/conséquence, avec l'absence d'une conceptualisation globale de ces contrats. L'absence de terminologie globale est un ressort essentiel de non définition conceptuelle globale de cette pratique. En effet, les niveaux d'abstraction de la généralisation et de la conceptualisation, dans le processus d'analyse doctrinale des pratiques contractuelles de l'Administration, auraient dû trancher la question terminologique, si elle avait été menée de manière satisfaisante par ladite doctrine.

¹⁰⁹⁶ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1.

¹⁰⁹⁷ GÉRANDO Marie-Joseph de, *Institutes du droit administratif français ou élément du code administratif*, op. cit., t. 4, p. 361.

¹⁰⁹⁸ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative*, op. cit., t. 2, p. 148.

664. Pour conclure sur ce point, une théorisation, de ce que nous appelons aujourd'hui « contrats administratifs », semble impossible à mettre en lumière, de par cet ensemble complémentaire de ressorts, durant le XIXe et les deux premières décennies du XXe siècle.

B) La production d'une doctrine administrativiste postrévolutionnaire en tant que matrice théorique des contrats administratifs

665. Les productions d'ouvrages et de traités par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire, tout au long du XIXe et début du XXe siècle, sont majoritairement marquées par les mêmes caractères qualitatifs. Les publicistes d'aujourd'hui notent d'importantes carences d'abstraction dans leur analyse doctrinale. Ces carences impliquent l'incapacité de cette doctrine administrativiste postrévolutionnaire à théoriser les contrats administratifs, et dès lors, le concept juridique de « marché public ». Mais la production doctrinale, en matière de contrats de l'Administration, aussi insuffisante soit-elle au niveau de l'abstraction, a servi nécessairement de base à la théorisation « jézienne » des contrats administratifs.

1) Le travail de compilation et de description de l'activité contractuelle de l'Administration par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire

666. Comme nous venons de le mettre en lumière dans cette section, la doctrine administrativiste postrévolutionnaire au sens large, et celle du XIXe dans une acception plus stricte, est affectée d'insuffisances par rapport à nos schémas d'abstraction doctrinale moderne, notamment au niveau de la généralisation et de la conceptualisation du droit administratif des contrats, condamnant toute velléité de théorisation de ces contrats, par un auteur de la doctrine postrévolutionnaire du XIXe siècle. Tout au long dudit siècle, de très nombreux traités et ouvrages divers ont apporté un apport doctrinal à la science juridique du droit administratif renaissant dans sa mouture moderne, en corrélation avec la refonte de l'Administration, durant la période révolutionnaire. Concernant la production doctrinale administrativiste de cette période, il faut noter sa qualité et ses caractéristiques, au travers de notre grille d'analyse de juristes modernes.

667. Tous les éléments, abordés dans cette étude précédemment, démontrent que la doctrine a une production quantitativement très importante, à partir du premier « *cours de législation administrative* » de PORTIEZ de L'OISE, donné en 1808, à l'École de droit de Paris. Ce cours inaugure la parution de nombreux traités et ouvrages produits, par celle qu'on qualifie de doctrine administrativiste, tout au long du XIXe et au-delà. Certains auteurs sont toujours mentionnés de nos jours, d'autres tombés dans l'oubli, mais ces administrativistes ont fait et forment toujours, ce qu'on appelle la doctrine administrativiste postrévolutionnaire du XIXe siècle. Certains auteurs, tels GÉRANDO, CORMENIN, DUFOUR, BERTHÉLÉMY, SERRIGNY, AUCOC, BATBIE, LAFERRIÈRE etc. pour les plus célèbres d'entre eux, ont tous écrit des ouvrages et des traités sur l'activité administrative : GÉRANDO et ses « *Institutes* » en 4 volumes, BATBIE en 7 volumes, SERRIGNY en 2 volumes. Ces écrits, prennent la forme de traités, cours, précis, et ouvrages concernant l'Administration et ses activités, ou encore le contentieux que génère ces activités. Ce sont des compilations monumentales d'informations sur les pratiques de l'Administration et ses conséquences juridiques. Ces compilations développent, surtout dans les deux premiers tiers du XIXe siècle, des approches essentiellement descriptives des activités de l'Administration, comme nous l'illustrons à maintes reprises dans cette étude.

668. Cette masse énorme d'informations et d'analyses descriptives des divers rôles de l'activité administrative dénote un défaut de qualité. Le professeur TOUZEIL-DIVINA livre une estimation quantitative chiffrée des plus explicites. Elle sert de socle de connaissance à la génération doctrinale venant juste après les deux grands HAURIOU et DUGUIT. Ainsi, Gaston JÈZE aurait-il pu élaborer une théorisation des contrats administratifs, si cette production doctrinale du XIXe siècle n'avait pas existé, ou en quantité moindre ? Le non paraît s'imposer.

2) Des insuffisances doctrinales récurrentes en matière de contrats de l'Administration : matrice de la première théorisation des contrats administratifs

669. Ce que nous pointons comme des insuffisances d'abstraction, en matière de généralisation et de conceptualisation des pratiques contractuelles de l'Administration du XIXe ont été le ressort central d'une non théorisation des contrats de l'Administration, par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire. Cependant, ces productions doctrinales

insuffisantes fournissent une importante matière doctrinale à étudier à la génération d'administrativistes du début du XXe siècle, et leur servent de base de recherche.

670. En effet, l'application de la méthode exégétique est une approche de recherche basée sur l'étude des textes et des sources du droit administratif, méthode d'approche très utilisée par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire et surtout celle du XIXe siècle. C'est une méthode à l'origine de la masse importante d'œuvres décrivant l'activité de l'Administration. À son propos, JÈZE disait qu'elle était à l'origine de ce qu'il qualifiait de stérilité de la doctrine administrative¹⁰⁹⁹. L'activité administrative et les textes en rapport avec celle-ci étaient adoptés en nombre très important¹¹⁰⁰. Dès lors, la méthode exégétique, appliquée à ces sources, ne peut qu'être quantitative. Cette masse importante de traités et d'ouvrages descriptifs de l'activité de l'Administration entre dans l'appréhension de Gaston JÈZE. Sa vision des contrats administratifs est obligatoirement influencée par une appréhension synthétique de la massive production doctrinale précédente. Sans l'importante production de traités écrits par la doctrine administrativiste du XIXe siècle et de ses plus proches prédécesseurs, l'approche de Gaston JÈZE, pour théoriser les contrats administratifs, n'aurait pas été la même. Autrement dit, la théorisation « jézienne » des contrats administratifs a aussi un caractère conjoncturel, à notre sens, c'est-à-dire qu'elle intervient à un certain stade d'élaboration du droit administratif et de sa composante des contrats dans l'analyse doctrinale. Il faut noter que les insuffisances qualitatives de cette doctrine ont indiqué les problématiques en matière de contrats administratifs. En effet, les défaillances de la doctrine administrativiste du XIXe siècle, pour toutes les raisons que nous cherchons, ont généré des déficits importants d'abstraction, en terme de généralisation et de conceptualisation. JÈZE, dans sa théorisation, répond à ces déficits en définissant, catégorisant, classifiant le concept de « contrat administratif », dont LAFERRIÈRE – à la suite de FOUCART – a consolidé la terminologie conceptuelle, quelques décennies avant¹¹⁰¹, comme si la doctrine administrativiste du XIXe siècle, par ces carences, avait mis en lumière les problématiques auxquelles JÈZE a dû répondre dans sa théorisation des contrats administratifs.

¹⁰⁹⁹ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁰⁰ TIMON, « La légomanie », *op. cit.*

¹¹⁰¹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative, op. cit.*, t. 2, p. 119.

671. C'est en cela que nous qualifions la doctrine postrévolutionnaire du XIXe, et dans une moindre mesure, celle du début du XXe siècle, de matrice doctrinale de la théorisation « jézienne » des contrats administratifs. Les insuffisances de la doctrine postrévolutionnaire correspondent à un stade d'élaboration de la matière, par lequel elle devait nécessairement passer, pour qu'une génération de cette doctrine puisse passer ce stade, par le biais de la théorisation, à l'échelle des contrats administratifs.

672. Pour conclure cette section première : les divers types de carence et d'insuffisance de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire des XIXe et XXe siècle, à savoir généralisation, conceptualisation, engendrent d'autres carences concomitantes : absence de terminologie globale clairement arrêtée, insuffisance d'éléments de définition, donc de catégorisation, de classification etc. Toutes ces carences complémentaires, ajoutées aux caractéristiques de cette doctrine, notamment l'importance quantitative de sa production, sont une étape par laquelle elle devait passer, et sans laquelle JÉZE n'aurait pu opérer une œuvre de théorisation de cette importance¹¹⁰². La doctrine administrativiste postrévolutionnaire du XIXe siècle est donc le socle matriciel de la théorisation des contrats administratifs. Mais avant que la terminologie de contrats administratifs ne soit consolidée par LAFERRIÈRE¹¹⁰³, la notion juridique de marchés désigne une pratique contractuelle à titre onéreuse de l'Administration, bien avant que l'on parle d'une notion juridique globale de « contrats administratifs ».

Section 2 : Le concept de contrat administratif et ses fondements

673. Les contrats administratifs, avant même que cette terminologie ne soit posée couramment par la doctrine administrativiste du XIXe siècle, avaient une existence juridique matérialisée par une pratique contractuelle de l'Administration. En l'occurrence, « l'existence précède l'essence »¹¹⁰⁴, ce postulat, démontré par CHENOT, illustre parfaitement cela. La pratique et le développement d'un formalisme spécifique au contrat

¹¹⁰² Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 2.

¹¹⁰³ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative*, op. cit., t. 2, p. 119.

¹¹⁰⁴ CHENOT Bernard, « L'existentialisme et le droit » in *RFSP*, 1953, p. 60 et suiv. ; cité in TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 6.

administratif représentent son existence. La doctrine administrativiste des deux premiers tiers du XIXe siècle – par interprétation des textes et de la jurisprudence – compile les connaissances sur cet objet du droit administratif avec un niveau moyen d’abstraction. L’essence ne sera atteinte en matière de contrat administratif, que lorsque la conceptualisation de cet objet est acquise au travers de l’œuvre doctrinale du doyen Émile-Victor FOU CART, comme le professeur TOUZEIL-DIVINA le montre dans ses travaux universitaires¹¹⁰⁵. Cette doctrine administrativiste, qui a été en mesure de conceptualiser le contrat administratif, s’inscrit dans ce que Maurice HAURIOU qualifiait de « période d’organisation » (1860-1887)¹¹⁰⁶.

674. La composante la plus importante, qui se dégage de cette pratique formalisée contractuelle de l’Administration, est celle des contrats conclus à titre onéreux appelés couramment « marché » (§ 1). Le procédé de la « concession » arrive juste après. Ces deux procédés contractuels représentent par conséquent les deux fondements conceptuels principaux du contrat administratif. Pour bien visualiser la définition conceptuelle du contrat administratif, et le rôle de la notion de marché dans celle-ci, il faut synthétiser une typologie des contrats administratifs telle que la doctrine administrativiste du XIXe siècle l’appréhende (§ 2), afin d’avoir une vision globale des interactions entre le contrat administratif, les marchés, les concessions etc.

§ 1 : Le « marché » en droit administratif : fondement conceptuel général du contrat administratif

675. La doctrine administrativiste des XIXe et début du XXe siècle n’appréhende pas le marché comme un objet juridique unitaire, c’est-à-dire que le terme de « marché » n’est pas appréhendé par cette doctrine, comme un type de contrat administratif unitaire, mais comme un concept qui serait multiple, ou plusieurs concepts particuliers de « marché ».

¹¹⁰⁵ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen FOU CART (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, *op. cit.*, p. 1119 et suiv. ; Voir aussi : PLESSIX Benoît, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 734.

¹¹⁰⁶ HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l’an VIII », *op. cit.*. La période, qui s’ouvre au-delà de 1860, est importante pour la doctrine administrativiste du XIXe siècle, car il y a une production doctrinale qui s’intensifie en quantité et en qualité, grâce aux travaux accomplis par la génération d’administrativistes de la première moitié du siècle. Comme le démontre le doyen, la qualité des ouvrages de doctrine administrativiste s’améliore, dans l’organisation de la matière et de ses composantes. En effet, lorsqu’on revoit les plans développés par GÉRANDO, CORMENIN, et autres administrativistes de leur génération, cela ressort clairement que l’ordonnement de la matière et de ses composantes n’est pas mature, pour ne pas dire désordonné. Ceci s’avère manifeste concernant les contrats de l’Administration, usuellement appelés « marchés », qui sont souvent positionnés dans les plans des traités administratifs, selon une logique difficile à mettre en lumière. Ainsi, cette période d’organisation est matérialisée par les apports à la matière d’AUCOC, BATBIE, DUCROCQ, PERRIQUET, etc.

A) L'appréhension doctrinale de la notion de « marché » en tant que fondement conceptuel du contrat administratif

676. Cette appréhension de la notion de « marché » en droit administratif français ne relève pas tout à fait des mêmes problématiques que l'appréhension plus globale de « contrat administratif », car la détermination terminologique « marché » est considérablement plus précoce. Mais *a contrario*, la définition conceptuelle de « marché » met du temps à être mise en lumière par la doctrine administrativiste.

1) Une terminologie notionnelle habituelle : le « marché »

677. La terminologie de « marché », en tant que convention passée par l'Administration pour satisfaire ses besoins en biens et services divers, est utilisée de manière courante par les trois acteurs de l'élaboration du droit administratif des contrats, dès la période révolutionnaire, où l'on fait débiter notre étude, en parallèle à la fondation du droit administratif dans son acception moderne¹¹⁰⁷.

678. Pour appréhender la reconnaissance d'une terminologie juridique par la matière du droit administratif, il est pertinent de rechercher son utilisation courante chez le législateur, la doctrine et la jurisprudence. Si les trois acteurs l'utilisent couramment, c'est une terminologie clairement établie, sur une réalité juridique préalable. On peut sur cette base construire une définition, un régime juridique, une classification, etc.

a) La terminologie notionnelle de « marché » chez le législateur

679. Le législateur utilise couramment la terminologie de « marché » dans les textes qu'il adopte pour réglementer ce point de droit. Ainsi, dès l'époque révolutionnaire, des textes réglementent certains objets juridiques qu'il qualifie de « marché ». Le décret du 11 juin 1806¹¹⁰⁸, déjà cité dans notre étude, adopté pour fixer les compétences contentieuses en matière de « marché » de fournitures de l'État, en est un exemple. Mais dans les textes révolutionnaires, la terminologie « marché » n'était pas utilisée en tant que concept unitaire de marché, mais dans une acception rattachée à un objet de marché précis. Les textes révolutionnaires ont été interprétés de cette façon, car dans le cas du décret de 1806, son

¹¹⁰⁷ Voir : les origines de la pratique du marché en tant que convention passée par les pouvoirs publics pour satisfaire ses besoins à titre onéreux en biens et services. Cf., *supra*, chap. introductif.

¹¹⁰⁸ Art. 14, de ce même texte.

article 13 ne pointe pas explicitement les marchés de fournitures. Ensuite, il faut attendre les années 1830, pour que le législateur utilise la terminologie de « marché » de manière centrale pour cibler le champ d'application de ces textes. La loi du 31 janvier 1833, concernant uniquement les marchés de l'État, en son article 12, pose « qu'une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement (...) »¹¹⁰⁹. L'ordonnance du 4 décembre 1836, dont nous avons déjà fait état dans notre première partie de par son importance, pose son champ d'application dans la lignée terminologique de la loi de 1833 à « Tous les marchés au nom de l'État (...) »¹¹¹⁰.

680. Cette expression du législateur « tous les marchés » cible la notion de « marché » de manière générale, dans le sens où il pointe tous les types de marché, existant dans la pratique contractuelle à titre onéreuse de l'Administration. Dans la lignée de ce texte de référence, le législateur parlera de « marché » dans une acception similaire. Comme nous l'avons mis en lumière dans la première partie de cette étude, l'utilisation de la terminologie de « marché » l'est dans un sens extensible, le législateur visant les principaux types de marché, c'est-à-dire les marchés autonomes de travaux publics¹¹¹¹ et les marchés autonomes de fournitures de biens et services¹¹¹², et même les contrats administratifs en général. En effet, les marchés sont une composante centrale de ce qui se conceptualise comme étant le contrat administratif dès les œuvres doctrinales de FOU CART. La notion de marchés prise *lato sensu* chez le législateur peut faire référence à une large part de ce que recouvre le concept de contrat administratif, dès le dernier tiers du XIXe siècle.

b) La terminologie notionnelle de « marché » dans la jurisprudence

681. La terminologie de « marché » est aussi couramment utilisée par la jurisprudence que par le législateur postrévolutionnaire. Du côté de la jurisprudence du Conseil d'État, dès la première année de publication du « *Recueil des arrêts du Conseil d'État* » en 1821, la table alphabétique et raisonnée de cette première édition répertorie la terminologie « marchés » au pluriel désignant « bail emphytéotique (compétence). – Fournisseur. – Fournitures. – Transports. »¹¹¹³. Les « travaux publics »¹¹¹⁴ sont répertoriés de manière

¹¹⁰⁹ Loi du 31 janvier 1833, art. 12, op. cit. ; Voir art. 12 de cette loi intégralement citée : *supra*, Part. I, Chap. I & II, Sect. 1.

¹¹¹⁰ Ordonnance du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État, Art. 1^{er}.

¹¹¹¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1.

¹¹¹² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2 ; Titre II, Chap. 1.

¹¹¹³ *Rec. Lebon*, t. 1, 1821, p. 21 de la table alphabétique et raisonnée.

spécifique, hors du champ terminologique « marchés ». Cette constatation sera valable tout au long du XIXe, et au-delà. Un siècle après, dans le *Lebon* de 1921, on constate un classement similaire sur le fond. Les marchés sont répertoriés à la lettre « F » associés exclusivement aux fournitures, dans un intitulé « fournitures et marchés »¹¹¹⁵.

682. Toujours en se plaçant par rapport au concept unitaire et global de « marché public » que l'on connaît aujourd'hui, et qui est le point de chute de notre étude, l'acception de la terminologie de « marché » par la jurisprudence du Conseil d'État relève de l'ordre d'une acception notionnelle, renvoyant essentiellement, dans ce cas, aux marchés de fournitures de biens et services. Ainsi, l'approche notionnelle de la terminologie de « marché » de la jurisprudence est segmentée et spécifique par rapport à celle du législateur. La terminologie notionnelle de marché, telle qu'elle est répertoriée par les recueils de jurisprudence du XIXe, renvoie à une énumération de conventions usitées par l'Administration. Ainsi, le marché, dans cette acception jurisprudentielle, recouvre une part importante de ce que l'on insère dans le concept « foucartien » de contrat administratif.

c) La terminologie de « marché » dans la doctrine administrativiste postrévolutionnaire

683. Pour appréhender, pourquoi la doctrine administrativiste du XIXe siècle utilise couramment la terminologie de « marché », il faut constater son utilisation par le législateur et la jurisprudence, qui conditionne sa présence dans la production doctrinale des premiers administrativistes postrévolutionnaires. En effet, le professeur TRUCHET formule très justement que « le droit administratif s'est construit historiquement dans un dialogue entre la loi et le juge »¹¹¹⁶. Concernant le point précis de l'utilisation courante de la terminologie notionnelle de « marché » par la doctrine administrativiste, il faut conclure qu'elle a entendu les conciliabules entre le législateur et le juge.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 28 de la table alphabétique et raisonnée.

¹¹¹⁵ *Rec. Lebon*, 1921, 2^e Série, t. 91, pp. 1360-1374 (table analytique des matières).

¹¹¹⁶ TRUCHET Didier, *Droit administratif, op. cit.*, p. 42.

684. Quant à l'utilisation de cette terminologie de « marché » par cette doctrine, les exposés réalisés dans la première partie de cette étude, et dans une moindre mesure, dans la section précédente¹¹¹⁷, ne seront pas repris. Les auteurs de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire, tels GÉRANDO et ses successeurs, utilisent la terminologie de « marché » de manière courante. Toutefois, il faut souligner que la jurisprudence l'utilise plus encore, c'est-à-dire suivant une acception notionnelle segmentée et spécifique aux marchés de fournitures de biens et services. Ce n'est cependant pas une règle générale, mais une tendance, surtout dès la deuxième moitié du XIXe, où des administrativistes comme LAFERRIÈRE parlent de marchés de travaux publics et de marchés de fournitures de l'État – dans une acception conceptuelle pour chacun de ces marchés – englobés sous la terminologie générique de « contrats administratifs », comme nous l'avons mis en lumière un peu plus haut. Le plan de LAFERRIÈRE sous-tend que ces deux types de marchés autonomes sont les principaux fondements conceptuels des contrats administratifs, les autres contrats administratifs étant des « contrats administratifs autres que les marchés »¹¹¹⁸.

2) Une définition conceptuelle du « marché » impossible au XIXe siècle

685. La question de la clarification de la terminologie conceptuelle de « marché » étant éclaircie, il faut à présent étudier l'appréhension faite, par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire, de cette terminologie dans son acception globale et unitaire.

686. En s'appuyant sur le travail effectué dans la première partie de notre étude, et sans en reproduire les sources bibliographiques déjà citées, l'appréhension de la notion de « marché », dans une conception unitaire et globale, ne trouve pas de définition construite adéquate. Les ressorts, expliquant cette absence de définition du concept unitaire global de « marché », rejoignent ceux mis en lumière à l'échelle du concept plus générique de « contrats administratifs ». Ainsi, ce sont les carences, dans les phases d'abstraction, de généralisation et de conceptualisation dans le processus d'analyse doctrinale de la pratique contractuelle de l'Administration en général, d'où découlent des insuffisances sur le point plus ciblé de la pratique contractuelle à titre onéreux de l'Administration. Cette non définition manifeste de la terminologie de « marché » par les différents acteurs de

¹¹¹⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1; Part. I, Titre II, Chap. 1.

¹¹¹⁸ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, *op. cit.*, t. 2, p. 148.

l'élaboration d'un droit administratif des contrats du XIXe entraîne une indétermination de cette notion de « marché », notamment dans les deux premiers tiers de ce même siècle. En effet, LAFERRIÈRE, en ce sens dans son traité, souligne, que le terme de « marché » utilisé par le législateur de la loi du 28 pluviôse an VIII « ne s'applique pas seulement aux marchés ou entreprises, exécutés sous la direction immédiate de l'administration et moyennant un prix convenu, mais encore aux concessions »¹¹¹⁹. Cette absence d'élément de définition satisfaisant de cette terminologie de « marché » dans les textes du législateur, dans la jurisprudence, et dans la doctrine administrativiste du XIXe, entraîne une hypertrophie de la notion de marché. Le mécanisme contractuel de la concession est inséré dans le giron de la terminologie de « marché ». Le sens lexical, déductible du procédé de marché en tant que contrat, c'est-à-dire celui sous-tendant un échange de biens et services moyennant un paiement monétaire, se trouve élargi vers une incohérence terminologique manifeste. La raison centrale est toujours la même, les carences de définition conceptuelle, dont la responsabilité incombe davantage à la doctrine administrativiste de cette époque, qu'au législateur ou à la jurisprudence, de par le rôle de la doctrine en droit.

687. Ces insuffisances ne sont pas les mêmes dans le cas de la notion unitaire de « marché » et celui de « contrat administratif ». La notion de marché, depuis le début de la période révolutionnaire faisant suite à 1789, bénéficie d'une détermination terminologique solide dans le terme de « marché », contrairement à la terminologie de « contrats administratifs » qui ne se déterminera vraiment qu'à la fin du XIXe siècle, dans la grille d'analyse de LAFERRIÈRE. Dans le cas des notions de « contrat administratif » et de « marché », les causes des insuffisances doctrinales les touchant sont intrinsèquement les mêmes, mais l'expression de ces insuffisances diverge. Par contre, ces deux notions s'imbriquent l'une dans l'autre, actant une interdépendance importante entre eux.

688. Ce défaut d'élément de définition de la notion de « marché » en tant qu'objet juridique unitaire et global, ou d'absence totale de définition par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire, relève d'une insuffisance manifeste de généralisation et de conceptualisation de la pratique contractuelle conclue à titre onéreux de l'Administration, dans la lignée des insuffisances d'abstraction diagnostiquée dans la

¹¹¹⁹ *Ibid.*, t. 2, p. 122.

production doctrinale relative aux contrats de l'Administration dans leur globalité. Toutefois, si le concept unitaire et global de « marché » ne trouve pas de définition construite englobant en son sein les différents objets de marchés, marchés autonomes de travaux publics et marchés autonomes de fournitures de biens et services, la doctrine administrativiste, dès le début du XIXe, commence à appréhender les différents marchés autonomes en tant que segment/fragment conceptuel.

B) Les démembrements de la notion de « marché » : fondements conceptuels du contrat administratif

689. La notion générale de « marché » ne trouve pas de définition conceptuelle dans le droit administratif du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, mais par contre, elle s'insère dans la conceptualisation des contrats administratifs comme un de ses fondements principaux.

1) Un démembrement notionnel des « marchés » : le marché de travaux publics en tant que fondement conceptuel premier du contrat administratif

690. Nous n'allons pas revenir sur ce qui a déjà été dit sur ce type de marché précis¹¹²⁰, satisfaisant les besoins des pouvoirs publics en biens immobiliers, moyennant un paiement monétaire. Ce type de convention, conclu à titre onéreux, est un contrat, ayant un caractère administratif avec un régime de passation, qui lui est propre. D'un point de vue terminologique, le terme de « travaux publics » est très utilisé pour le qualifier, dans une acception plus générique. Ce terme prime dans les textes de la période révolutionnaire et garde, de nos jours, une réalité juridique importante. Il recouvre, toutefois, une réalité beaucoup plus vaste que celle plus ciblée de « marché de travaux publics », qui fait référence au procédé de passation du marché. C'est un procédé contractuel utilisé couramment par l'Administration, dès la période révolutionnaire, comprenant un mode opératoire pour choisir un cocontractant, qui fournira une prestation de travaux, comblant un besoin en biens immobiliers, moyennant un paiement monétaire. Ceci est une synthèse rapide de ce que nous exposons dans le détail, dans la première partie de cette étude.

¹¹²⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, chap. 1.

691. L'objectif de cette réflexion relative à la notion de « marché public », en tant que concept juridique de droit administratif correspondant à un objet juridique précis, est le point d'arrivée de cette étude. Dans cette optique réflexive, le marché de travaux publics est un démembrement notionnel issu de la notion générale de marché, durant les XIXe et première moitié du XXe siècle. Ce démembrement est le premier de ces démembrements notionnels en terme d'importance, lequel est opéré beaucoup plus par la doctrine administrativiste du XIXe et par la jurisprudence, que par le législateur, qui parle couramment dans ses textes « de tous les marchés (...) ». Cela permet de faire la jonction entre les insuffisances de généralisation et de conceptualisation de cette doctrine, à l'égard des contrats administratifs en général, et les insuffisances doctrinales expliquant ce démembrement notionnel spécifique du marché de travaux publics. Les ressorts des insuffisances doctrinales, en matière de contrat administratif en général, sont transposables aux marchés, de par leur interpénétration.

2) Deuxième démembrement notionnel : le marché de fournitures de biens et services en tant que fondement conceptuel secondaire du contrat administratif

692. L'association de la pratique du marché, avec l'objet « fournitures » semble être plus cohérente et facilement appréhendée par les acteurs de l'élaboration du droit administratif, qu'avec d'autres objets. Les constatations précédentes relatives aux marchés de fournitures le démontrent, telle la première édition du *Rec. Lebon* de 1821 qui répertorie, dans son index, le terme « marchés » associé aux fournitures et aux transports¹¹²¹, ou encore l'analyse terminologique, maintes fois soulignée du baron de GÉRANDO, en matière de pratique contractuelle de l'Administration¹¹²².

693. Le marché de fournitures est le procédé contractuel utilisé par l'Administration pour satisfaire ses besoins en fournitures. Ce procédé, tel le marché de travaux publics, est passé par l'Administration en vertu d'un régime juridique autonome qui lui est propre. La satisfaction de ses besoins relève d'une nécessité d'intérêt général, un des principes directeurs du droit administratif postrévolutionnaire¹¹²³. La notion de « fournitures » est entendue au sens large, comme notre analyse le met en lumière dans la première partie de

¹¹²¹ *Rec. Lebon, op. cit.*, t. 1, 1821, p. 21 de la table alphabétique et raisonnée.

¹¹²² GÉRANDO Joseph-Marie de, *Institutes du droit administratif français ou élément du code administratif, op. cit.*, t. 4, pp. 361-366.

¹¹²³ Voir sur ce point l'analyse : CHEVALIER Jacques (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, in CURAPP-PUF, 2 vol., 1978-1979.

cette étude¹¹²⁴. LAFERRIÈRE, dans son traité, met explicitement en lumière que la terminologie « fournitures » est à entendre dans une « acception large, qui dépasse le sens littéral du mot fournitures »¹¹²⁵. Les marchés de fournitures, contrairement à ceux de travaux publics, se construisent conceptuellement autour d'un double objet juridique : la fourniture de biens¹¹²⁶ et celle de services¹¹²⁷. Les marchés de fournitures, issus de l'extensibilité de la notion de fournitures, expliquent une recherche terminologique, de la part de certains auteurs de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire. PERRIQUET utilise plusieurs expressions pour qualifier les pratiques contractuelles de l'Administration. Pour pallier cette hypertrophie de la terminologie de « fournitures », superposée à la réalité juridique praticienne des marchés de fournitures, il met en avant la terminologie de « marchés administratifs »¹¹²⁸, déjà évoquée précédemment. Cette terminologie, synonyme de « marchés de fournitures », a une signification relativement semblable à celle de « marché public », à notre sens. Mais la première n'a pas été retenue par les acteurs de l'élaboration du droit administratif des contrats.

694. Le procédé du marché est plus assimilable aux fournitures qu'aux travaux publics, les fournitures qualifiées de meuble, dès lors, plus facilement achetées par l'Administration que des constructions immobilières. Les travaux publics, de par le volume matériel et financier qu'ils représentent, sont acquis par l'Administration, via des procédés contractuels, ne se résumant pas au marché. *A contrario*, pour les fournitures, le procédé du marché semble le plus adéquat, expliquant cette appréhension par la doctrine administrativiste du XIXe siècle, qui semble opérer des ordonnancements basés sur des appréhensions logiques plus ou moins rigoureuses, toujours par rapport à nos critères d'administrativistes « modernes ».

695. Le marché de fournitures est un démembrement conceptuel complémentaire de celui du marché de travaux publics qui, en les additionnant, pose les fondements conceptuels du contrat administratif, en droit administratif français postrévolutionnaire. De démembrement notionnel avant l'acte de naissance du concept de droit administratif de

¹¹²⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2.

¹¹²⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative*, *op. cit.*, t. 2, p. 138.

¹¹²⁶ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2.

¹¹²⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

¹¹²⁸ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État (...)*, *op. cit.* LGDJ, Marchal Billard et Cie, 1884, Avant propos, p. VII. PERRIQUET définit les « marchés administratifs » comme « des marchés passés par les ministres dans l'intérêt des services publics ». Il parle de « la généralité des marchés administratifs » qui est d'origine jurisprudentielle.

« marché public », il passera ensuite au statut de première composante conceptuelle du marché public, en tant que catégorie de contrat administratif générique. L'enjeu de cette deuxième partie est de mettre en avant les ressorts de construction conceptuelle permettant le passage entre ces deux stades. Nous analysons la théorisation doctrinale du contrat administratif comme le ressort central du passage d'un concept fragmentaire et spécifique de « marché » à un concept unitaire et global de « marché public »¹¹²⁹.

696. Pour conclure ce paragraphe second, la terminologie de « marché » recouvre des réalités juridiques doctrinales relativement variées, en fonction de l'avancement du processus d'abstraction doctrinale chez les auteurs de la doctrine administrativiste tout au long du XIXe siècle et au-delà. Cette appréhension doctrinale doit être croisée avec celle du législateur et de la jurisprudence pour atteindre une compréhension optimum de cette notion relativement mal déterminée, durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle. De manière générale, la doctrine administrativiste suit l'appréhension de la jurisprudence du Conseil d'État sur la notion de « marché ». Les insuffisances d'abstraction de l'approche analytique doctrinale au XIXe siècle ne permettent pas aux auteurs de la doctrine administrativiste de générer autre chose qu'une appréhension démembrée en deux composantes autonomes, mais ayant toutes deux en commun le procédé contractuel du marché. Ces deux composantes sont les marchés autonomes de travaux publics et les marchés autonomes de fournitures de biens et services qui forment les fondements conceptuels majeurs du contrat administratif. Au final, la notion de marché a une importance dans l'appréhension du concept de contrat administratif qui décroît dès la fin du XIXe siècle jusqu'à la théorisation de cet objet. En effet, la théorisation des contrats administratifs va révéler certes l'importance du marché dans sa typologie générale, mais également sa multiplicité au travers de divers types de contrats administratifs qui se développent au XXe siècle¹¹³⁰.

§ 2 : Le positionnement des démembrements typologiques de la notion de « marché » dans la classification des contrats administratifs au XIXe siècle

¹¹²⁹ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2.

¹¹³⁰ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2.

697. Les insuffisances d'abstraction doctrinale en matière de contrats administratifs et de marchés de l'Administration dans la production doctrinale du XIXe siècle conditionne des difficultés logiques pour réaliser une classification. Le déficit d'appréhension générale et conceptuelle de la pratique des marchés freine inévitablement l'élaboration d'une typologie sommaire, et ensuite d'une ébauche de classification des contrats administratifs par cette doctrine. C'est pour cela que nous préférons parler, à ce stade d'architecture, d'une pratique contractuelle de l'Administration plutôt que de classification, qui ne peut que découler d'une théorisation préalable, à notre sens.

A) Une typologie approximative, une définition conceptuelle composite du contrat administratif « pré-théorique »

698. Les différents types de contrats administratifs, durant le XIXe, sont difficiles à appréhender clairement à la lecture des administrativistes des deux premiers tiers du XIXe siècle. Mais dans le dernier tiers du XIXe, nous nous exclamons avec Gaston JÈZE « Enfin LAFERRIÈRE vint »¹¹³¹, de par sa capacité à clarifier des matières qui ne le sont pas, chez la plupart de ses prédécesseurs, surtout dans le domaine des contrats de l'Administration. Deux procédés contractuels ressortent de l'architecture praticienne des contrats de l'Administration au XIXe : le marché et la concession, et à côté d'eux, ce que LAFERRIÈRE qualifie de « contrats administratifs autres que les marchés »¹¹³².

1) L'interaction typologique du marché et de la concession

699. Ces deux procédés sont distincts, de par leur terminologie, qui renvoie à des définitions différentes. Les concessions de service public au sens large ont connu les mêmes problématiques et insuffisances dans leur appréhension par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire. Les insuffisances de généralisation et de conceptualisation de la pratique contractuelle de l'Administration dans sa globalité freinent la mise en lumière d'éléments de définition, aussi bien à l'échelle des marchés qu'à celle des concessions de service public. Ce déficit de définition conceptuelle de ces deux pratiques de l'Administration entraîne inévitablement des confusions de définition entre ces deux procédés contractuels, qui conditionnent une interpénétration chronique des

¹¹³¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, Paris, 1914, t. 1, p. VII.

¹¹³² LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, *op. cit.*, t. 2, p. 148.

qualifications juridiques de marchés – surtout de marchés de travaux publics – et de concessions, de manière récurrente dans le droit administratif du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. Ces problématiques laissent des traces explicites dans nos traités des contrats administratifs actuels. La superposition de définition chronologique de différentes sources permet de l'explicitier.

700. BLONDEAU dans sa thèse rappelle des références de la première moitié du XIXe pour appréhender, ce que fut la concession, et plus précisément celle de « travaux publics traditionnelle »¹¹³³. Il expose que DELALLEAU en 1834, connu « pour la rectitude de sa doctrine »¹¹³⁴, définit la concession comme « un contrat par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers l'administration à faire exécuter à leurs frais, risques et périls, un travail d'utilité publique moyennant la jouissance d'un péage ou d'autres avantages stipulés dans l'acte de concession »¹¹³⁵. Il met en avant que cette définition traditionnelle a été répétée avec quelques variations par toute la doctrine du XIXe siècle¹¹³⁶. L'élément fondamental de la concession demeurera durant le XIXe, l'exécution d'un travail public. C'est dans cette optique qu'elle est toujours appréhendée dans le cadre des modes d'exécution des travaux publics. À partir du milieu du XIXe, dans un contexte d'industrialisation et d'essor des chemins de fer, les concessions vont se multiplier comme les législations qui s'y rapportent¹¹³⁷.

701. Pour Eugène PERRIQUET, l'interaction du procédé de la concession avec celui du marché est surtout appréhendée dans le cadre des travaux publics. Il expose que « le caractère administratif appartient surtout aux concessions de travaux publics. Qu'il s'agisse de chemins de fer ou de canaux, de ponts ou de marais, ces concessions ne sont, au fond, que de grands marchés de travaux publics, et suivent des règles analogues à celles de ces marchés, à part les conséquences de la substitution du concessionnaire à l'État »¹¹³⁸.

¹¹³³ BLONDEAU Ange, *La concession de service public, étude d'histoire du droit administratif*, Thèse droit, Grenoble, 1929, p. 24.

¹¹³⁴ CHRISTOPHLE, AUGER, *Traité des travaux publics*, 2^e éd., n° 1450 bis ; cité in BLONDEAU Ange, *La concession de service public, étude d'histoire du droit administratif*, op. cit., p. 24.

¹¹³⁵ DELALLEAU, « Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux publics », *Rev. de législation et de jurisprudence* (Wolowski), t. 1, 1834-1835, p. 183 ; cité in BLONDEAU Ange, *La concession de service public, étude d'histoire du droit administratif*, op. cit., p. 24.

¹¹³⁶ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, 3^e éd., 1859-1862, t. 2, p. 490 ; CHRISTOPHLE, *Traité des travaux publics*, 1^{er} éd., 1862, n° 653 et 655. Cité in BLONDEAU Ange, *La concession de service public, Étude d'histoire du droit administratif*, op. cit., p. 24.

¹¹³⁷ BLONDEAU Ange, *La concession de service public, Étude d'histoire du droit administratif*, op. cit., pp. 25-26.

¹¹³⁸ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État (...)*, op. cit., LGDJ, Marchal Billard et Cie, 1884, Avant propos, p. IX.

702. Édouard LAFERRIÈRE appréhende les marchés de travaux publics et les concessions de travaux publics, dans le même intitulé, désignant les marchés de travaux publics, premiers des contrats administratifs dans son architecture des contrats administratifs de la fin du XIXe siècle. Cette architecture de LAFERRIÈRE est la première, à notre sens, que l'on pourrait qualifier de « primo-classification », car elle pose les procédés contractuels administratifs principaux et les procédés contractuels secondaires en les délimitant, parallèlement à une énumération¹¹³⁹. LAFERRIÈRE, sur l'interaction ou plutôt la superposition des deux procédés contractuels administratifs, souligne que « malgré leur importance exceptionnelle, les marchés et les concessions de travaux publics n'ont pas fait l'objet de lois spéciales »¹¹⁴⁰. Comme nous le soulignons, la terminologie de « marché », faute de définition précise, se trouve élargie au procédé de la concession, le législateur ayant légiféré uniquement sur les marchés. Toutefois, c'est surtout dans l'optique de l'objet des travaux publics que la confusion et la superposition de régime juridique et de définition est la plus importante entre marché et concession de travaux publics. Le législateur joue un rôle central dans cette confusion entre ces deux procédés, car « malgré leur importance exceptionnelle », le législateur n'a pas promulgué de textes spécialement taillés pour le procédé de la concession, créant une nécessité de rattachement au régime textuel le plus proche, à savoir le marché. La sécurité juridique doit être sauvegardée autant que possible, étant un principe directeur du droit administratif¹¹⁴¹ qui traverse son histoire.

703. Le *répertoire pratique Dalloz* 1912 définit la « concession de travaux publics » dans la catégorie générique de « concession administrative » comme « un contrat *sui generis*, par lequel un particulier ou une compagnie s'engage, envers l'État, un département ou une commune, à faire exécuter et entretenir, à ses frais, risques et périls, un travail destiné au public, et obtient le droit d'exploiter ce travail à son profit pendant un temps plus ou moins long, en percevant pour se rémunérer de son industrie et de ses dépenses, une redevance (péage ou prix de transport), une indemnité de plus-value, ou d'autre avantage stipulés dans l'acte de concession »¹¹⁴². C'est une définition stricte du

¹¹³⁹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, op. cit., t. 2, pp. 119 et 154.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, t. 2, p. 120.

¹¹⁴¹ TRUCHET Didier, *Droit administratif*, op. cit., p. 75.

¹¹⁴² *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1912, t. 3, p. 430.

procédé de la concession utilisée par l'Administration dans la réalisation de travaux publics à destination d'un service public. Avec le procédé du marché, ce sont les deux mécanismes utilisés couramment dans la satisfaction des besoins de l'Administration en biens immobiliers.

704. La définition de la concession, que l'on peut considérer comme référence, est issue de la jurisprudence du Conseil d'État. Elle est donnée par le commissaire du gouvernement CHARDENET : « c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public »¹¹⁴³. L'habileté de cette définition provient du fait qu'elle englobe à la fois les concessions de travaux publics, la concession de travaux et services publics, et la concession de service public. Cette définition est considérée comme une référence car elle est reprise largement, et notamment par des traités des contrats administratifs modernes. Par exemple, Laurent RICHER met bien en avant que la jurisprudence postérieure à *Gaz de Bordeaux* a largement privilégié le critère du mode de rémunération, là où le commissaire CHARDENET ne le mentionne qu'en dernier dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux*¹¹⁴⁴. Pourtant ce critère du mode de rémunération semble être d'une importance constante en droit des contrats administratifs. JÈZE synthétise l'importance de ce critère en soulignant qu'*a contrario* des concessionnaires, « l'entrepreneur de travaux publics ou le fournisseur sont payés, lorsque le travail à exécuter ou la fourniture à livrer ont été achevés et reçus définitivement »¹¹⁴⁵. La définition de la concession¹¹⁴⁶ se construit progressivement par rapport à celle du marché et *vice versa*. Le critère du mode de rémunération reste une constante¹¹⁴⁷ dans la définition de ces deux procédés contractuels administratifs.

¹¹⁴³ CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, RDP, 1916, p. 210 et suiv., GAJA, p. 189.

¹¹⁴⁴ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 499.

¹¹⁴⁵ JÈZE Gaston, « La guerre et les concessionnaires de service public », *RDJ*, 1916, p. 214.

¹¹⁴⁶ Une définition de la "concession" apparaissant comme intemporelle est donné par Laurent RICHER dans une communication au Colloque des 28, 29 et 30 septembre 2011 « La constitution administrative de la France », *op. cit.* L'article 18 de cette constitution a pour intitulé "La concession" : « Une personne publique peut déléguer la responsabilité d'une activité d'intérêt général relevant de ses attributions à une personne privée ou publique par un acte de concession. Le concessionnaire assume une part significative du risque de l'activité ; il peut avoir la charge des travaux nécessaires à cette activité. Nulle activité de souveraineté ne peut être concédée. Dans les conditions prévues par la loi, la concession est attribuée après une procédure de publicité et de mise en concurrence. Dans toute concession doivent être garantis le contrôle par la personne publique concédante et le maintien de l'affectation des biens nécessaires à l'activité concédée ».

¹¹⁴⁷ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 598 : « la qualification comme marché ou concession dépend de l'existence d'une rémunération par le droit d'exploiter, ce qui renvoie à celle d'un transfert de risque ». La rémunération est un critère

705. Le point de fusion, cristallisant une relative confusion entre les procédés du marché et de la concession, réside dans la pratique des travaux publics. De par leur importance en terme de logistique à mettre en œuvre et de coût financier, la notion juridique générique de travaux publics voit leur mode de financement diversifié par l'Administration. Soit l'Administration peut se permettre de passer un marché de travaux publics et de payer un prix monétaire déterminé à l'entrepreneur, soit elle opte pour la concession, où le cocontractant de l'Administration se paiera sur une redevance acquittée par les usagers du service public. La seconde solution permet à l'Administration de ne pas déboursier une certaine somme, et de simplement concéder un droit de percevoir des redevances sur l'ouvrage en question au profit de l'entrepreneur, pendant une durée stipulée dans l'acte de concession. Le prix des fournitures de biens mobiliers et services divers est plus adapté au procédé du marché, de par leur coût inférieur à celui des travaux publics.

2) Les « contrats administratifs autres que les marchés »¹¹⁴⁸ et concessions

706. Par cet intitulé, Édouard LAFERRIÈRE met en lumière la prééminence du procédé du marché dans la définition conceptuelle du contrat administratif. Il dresse une liste des « autres contrats administratifs », à côté des marchés et des concessions, qu'il aborde en corollaire des marchés de travaux publics. Il appréhende trois catégories principales qui se subdivisent en sous-catégories.

707. La première catégorie de contrat, autre que les marchés visés par LAFERRIÈRE, est celle des « contrats de l'État soumis aux conseils de préfecture »¹¹⁴⁹. Dans cette catégorie, il insère les ventes d'immeubles appartenant à l'État, les concessions domaniales en Algérie, et les baux de sources minérales appartenant à l'État. La deuxième catégorie est ce qu'il qualifie de « contrats de l'État soumis aux ministres et au Conseil d'État »¹¹⁵⁰. Il les appréhende comme les conventions qui ne reviennent pas aux Conseils de préfecture en vertu d'un texte, et qui échoient de plein droit aux ministres compétents, sauf recours au Conseil d'État. Ainsi, le ministre des Travaux publics va connaître des litiges concernant

intemporel dans le droit des contrats administratifs, ce qui peut se concevoir assez logiquement. L'importance de ce critère fait bien ressortir l'aspect économique des contrats administratifs.

¹¹⁴⁸ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...), op. cit.*, t. 2, p. 148.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 149.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 150.

les conventions de l'État avec les compagnies de chemins de fer, de même que le ministre des Finances va connaître de ceux concernant la dette publique¹¹⁵¹. Le contentieux de ces contrats se calque sur le modèle du contentieux des marchés de fournitures avant l'arrêt *Cadot*¹¹⁵² de 1889, et l'abandon de la théorie du ministre-juge, dans la dernière décennie du XIXe renforçant encore la juridiction administrative en corollaire avec l'arrêt *Blanco*¹¹⁵³.

708. Dans son classement, LAFERRIÈRE pose la question du compromis en tant que contrat administratif ou non. Il répond clairement que « le compromis ne saurait trouver place parmi les contrats de l'État, car il est de principe que l'État ne puisse pas soumettre ses procès à des arbitres »¹¹⁵⁴. Les raisons en sont facilement appréhendées : en premier lieu, les conséquences aléatoires de l'arbitrage, et en deuxième lieu, « les considérations d'ordre public qui veulent que l'État ne soit jugé que par des juridiction instituées par la loi »¹¹⁵⁵.

709. La troisième et dernière catégorie de contrats administratifs, autres que les marchés, est celle des « contrats administratifs des départements, des communes et des colonies »¹¹⁵⁶. Les contrats administratifs passés, à l'échelle des collectivités locales et des colonies, n'ont pas le même régime que ceux de l'État, comme nous l'avons mis en lumière dans la première partie de cette étude. Le critère est de l'ordre de la compétence contentieuse, dans la lignée des grilles d'analyse de la doctrine administrativiste du XIXe siècle. Cette catégorie, mise en lumière par LAFERRIÈRE, distingue les contrats des collectivités locales et des colonies, dont les compétences contentieuses reviennent à la compétence administrative, et ceux dont la compétence en matière contentieuse reviennent à la compétence judiciaire.

710. L'architecture, issue de la pratique contractuelle de l'Administration du XIXe, est plus synthétisée et classée, que chez la plupart de ses prédécesseurs ou de ses contemporains. Eugène PERRIQUET, et son approche du droit administratif et des contrats, marquera plus la doctrine que ses pairs. Son approche, basée sur le critère des

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 151.

¹¹⁵² CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, *op. cit.*, M. Mayniel Rapp., Rec. Lebon, 2^e série, t. 59, 1889, pp. 1148-1154 ; Cf. *Supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 2.

¹¹⁵³ TC, 8 février 1873, *Blanco*, *op. cit.*, M. Mercier rapp., Rec. Lebon, 2^e série, t. 43, 1^{er} supplément décisions du Tribunal des conflits, 1873, pp. 62-70 ; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2.

¹¹⁵⁴ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative*, *op. cit.*, t. 2, p. 152.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 152.

¹¹⁵⁶ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative*, *op. cit.*, t. 2, p. 154.

compétences contentieuses, dans la lignée de la majeure partie de la doctrine administrativiste, est-elle assimilable à une « pré-classification » ou une « primo-classification », issue d'une typologie clarifiée par rapport à ses prédécesseurs, qui directement influencera le travail de théorisation d'envergure initié et mené par JÈZE, quelques décennies plus tard. Ce qui paraît explicite, chez LAFERRIÈRE, est la mise en lumière d'une typologie des contrats administratifs clarifiés, par rapport à l'appréhension que ses prédécesseurs administrativistes du XIXe pouvaient avoir quant à la pratique contractuelle de l'Administration. Les types de contrats administratifs mis en évidence par LAFERRIÈRE sont un aboutissement par rapport à la doctrine administrativiste, en terme de clarification, mais cette ébauche typologique ne peut être qu'une base, à ce stade.

B) Une classification d'envergure impossible des contrats administratifs par la doctrine administrativiste du XIXe siècle

711. Dès 1927, Gaston JÈZE réalise le premier une classification d'envergure. Mais pour sa réalisation, il faut une typologie préalable qui mette en lumière des critères de classification. La doctrine administrativiste du XIXe siècle, pour toutes les raisons précédemment évoquées, n'a pas dégagé de typologie doctrinale construite de la pratique contractuelle de l'Administration, avant la fin du XIXe siècle. Les ébauches de typologie de la fin du XIXe siècle souffrent d'insuffisance, ne permettant pas encore à ce stade, de classification d'envergure des contrats administratifs, positionnant les marchés parmi ceux-ci.

1) L'insuffisance typologique de la pratique des contrats de l'Administration par la doctrine administrativiste du XIXe siècle

712. La doctrine administrativiste du XIXe siècle ne connaît les premières typologies, classant différents procédés contractuels de l'Administration, qu'avec PERRIQUET¹¹⁵⁷ et LAFERRIÈRE¹¹⁵⁸, ce dernier étant beaucoup plus clair, mais moins spécialisé, que le premier. Avant eux, les types de contrats n'étaient que très simplement identifiés en fonction de l'objet qu'ils fournissent à l'Administration. Les travaux publics, les fournitures, les transports... étaient des objets identifiés par les acteurs du droit

¹¹⁵⁷ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État (...)*, op. cit.

¹¹⁵⁸ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, op. cit., t. 2, pp. 119-154.

administratif des contrats, et ce, pendant la majorité du XIXe, sans autres critères typologiques mis en évidence. Dès lors, PERRIQUET et LAFERRIÈRE synthétisent des critères et ébauchent des définitions typologiques des contrats administratifs, au nombre desquels les marchés représentent la part la plus importante, comme LAFERRIÈRE le souligne dans sa typologie.

713. Les insuffisances, en matière de typologie des contrats de l'Administration, durant l'essentiel du XIXe, représentent un des ressorts les plus importants d'une absence de classification doctrinale satisfaisante, avant la théorisation « jézienne » des contrats administratifs.

2) L'identification de critères typologiques : condition préalable d'une classification doctrinale

714. La typologie de la pratique contractuelle de l'Administration, analysée par la doctrine administrativiste du XIXe, présente des insuffisances manifestes. Ces insuffisances typologiques ne trouvent pas leur origine dans l'absence de critères typologiques de classification des pratiques contractuelles de l'Administration. La doctrine exploite mal les sources juridiques, fournies par la jurisprudence et le législateur, afin de faire émerger des critères de classification. L'identification de ces critères est indispensable pour la réalisation d'une classification doctrinale satisfaisante des contrats administratifs.

715. HAURIOU souligne, à propos de la doctrine administrative, que « chaque auteur a sa classification et elle est basée en général sur l'aspect extérieur des choses »¹¹⁵⁹. HAURIOU écrit que la doctrine n'a pas établi une classification satisfaisante qui soit reconnue et prise pour base, par la majorité des auteurs. L'absence d'identification de critères solides de classification par la doctrine freine la réalisation d'une classification satisfaisante des contrats de l'Administration, durant le XIXe siècle. Les ébauches ou « primo- classification », étudiées chez PERRIQUET et LAFERRIÈRE, mettent en lumière la prédominance des contrats administratifs conclus à titre onéreux, les marchés et les concessions. Ces procédés contractuels souffrent d'un manque de définition conceptuelle, identifiant les critères juridiques de droit administratif, établissant qu'un

¹¹⁵⁹ HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *op. cit.*

marché autonome de travaux publics n'est pas une concession de travaux publics, ou un marché autonome de fournitures de biens et services.

716. Dans notre grille d'analyse de « modernes »¹¹⁶⁰, pour identifier les contrats administratifs, interviennent deux catégories de critères : le critère organique et le critère matériel. En partant de ce référentiel, il est intéressant de le superposer avec le critérium couramment utilisé par la doctrine administrativiste du XIXe, afin d'apprécier la capacité de celle-ci à mettre en lumière des critères de classification satisfaisants. Pour ce qui est du critère organique, à savoir, la présence d'une personne publique au contrat administratif, il est parfaitement identifié par la doctrine du XIXe siècle. PERRIQUET, à titre d'illustration, ne parle pas encore de contrats administratifs, mais de contrats de l'État, titre de l'un de ses ouvrages précités. Ce critère organique n'est pas suffisant aujourd'hui, mais, au XIXe, le droit administratif est un droit exorbitant du droit commun, à savoir, le droit privé et son Code civil, et non pas, le droit commun de l'Administration. Beaucoup de contrats de l'État se voient en cas de litiges renvoyés devant les tribunaux, que l'on qualifie d'ordinaire. Au critère organique, il faut ajouter deux critères matériels essentiels, la présence au contrat de clauses exorbitantes de droit commun et la poursuite de l'intérêt du service public dans le besoin satisfait par le contrat administratif. Cette combinaison de critères de qualification des contrats administratifs est jurisprudentielle, parce que dans beaucoup de cas, c'est la jurisprudence qui détermine le caractère administratif d'un contrat. Toutefois, dans certains cas, les contrats administratifs le sont par détermination de la loi, c'est-à-dire en vertu d'un texte adopté par le législateur, comme par exemple, les marchés autonomes de travaux publics via la loi du 28 pluviôse an VIII¹¹⁶¹. Nous analysons les niveaux de maturation des critères de classification des contrats administratifs, en fonction de cette grille d'analyse moderne, en tant que référence.

717. Dans la production doctrinale administrativiste du XIXe siècle, le premier des critères est l'« administrativité » du contrat à titre onéreux, faisant de lui, un « marché », objet précis de notre étude. Il est déterminé par la présence de l'État, puis d'une de ses collectivités locales, lorsque leurs marchés seront considérés, comme un contrat

¹¹⁶⁰ TRUCHET Didier, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 260 et suiv.

¹¹⁶¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1.

administratif¹¹⁶². Ce que les administrativistes modernes qualifient de critère organique, est parfaitement mis en évidence par la doctrine administrativiste du XIXe siècle, du moins en ce qui concerne les marchés relevant de l'État.

718. Après le critère organique identifié par la doctrine postrévolutionnaire, interviennent les critères matériels :

- Le premier, qui est la présence d'une clause exorbitante de droit commun dans le contrat, n'est pas déterminé de manière explicite. Une grande partie de la doctrine du XIXe siècle a posé la notion de droit exorbitant du droit commun applicable aux marchés autonomes de travaux publics ou à ceux de fournitures de biens et services, en soulignant la compétence administrative dans les contentieux les impliquant. De manière plus précise, LAFERRIÈRE, sans qualifier juridiquement ce critère comme une clause exorbitante de droit commun, parle de la résiliation par l'Administration des marchés de fournitures. Il précise que celle-ci « s'écarte de celle du droit commun »¹¹⁶³. La notion de droit exorbitant du droit commun applicable aux deux types de marchés autonomes est donc bien identifiée par la doctrine administrativiste, mais pas de manière explicite, il faut l'extraire par déduction de leurs écrits.
- Le deuxième critère matériel mis en avant par nombre d'auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe est la poursuite de l'intérêt général par la satisfaction des besoins de l'Administration que le contrat administratif vient combler. L'intérêt général s'oppose à l'intérêt privé, et il est « le motif fondamental du droit administratif »¹¹⁶⁴. Cet intérêt général, comme principe directeur du droit administratif, est cristallisé dans la notion de service public, et ce dès le XIXe siècle. LAFERRIÈRE, dans son traité, précise que les marchés de fournitures sont passés « en vue d'un service public »¹¹⁶⁵. Ce critère matériel d'« administrativité » des contrats est donc identifié explicitement par la doctrine administrativiste, et ce, bien avant le traité de LAFERRIÈRE.

¹¹⁶² Ce processus prendra du temps durant le XIXe, parallèlement à l'obtention de la personnalité juridique de droit public par les collectivités locales, communes et départements. Dans le traité de LAFERRIÈRE, les marchés de fournitures ne connaissent une compétence contentieuse administrative que dans le cas des marchés de fournitures de l'État et des colonies, et non pour ceux des départements et communes. Bien qu'on parle de « marchés » de fournitures de communes ou de départements, leur qualification reste ambiguë ; Voir : LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 2, p. 139, et Cf. *Supra*, Part. I, Chap. II, Sect. 1.

¹¹⁶³ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 2, p. 141.

¹¹⁶⁴ TRUCHET Didier, *Droit administratif*, op. cit., p. 70.

¹¹⁶⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 2, p. 138.

719. En sortant de la grille d'analyse des contrats administratifs modernes, d'autres critères sont identifiables dans l'appréhension des contrats de l'Administration par la doctrine du XIXe siècle. Les compétences contentieuses, intervenant dans la passation des marchés autonomes de travaux publics ou de fournitures, sont un critère très important dans l'appréhension des contrats de l'Administration par les acteurs de la construction du droit administratif des contrats au XIXe siècle. L'aspect contentieux des contrats administratifs permet d'identifier très clairement les origines fondamentalement privatistes du procédé contractuel, qui représente le droit commun des contrats dès le XIXe siècle.

720. Toutefois, tous ces critères ne sont des critères de classification que pour les contrats en général, c'est-à-dire de qualification des contrats de droit privé par rapport aux contrats administratifs. À ce stade, l'objectif est une classification des contrats administratifs entre les différents types de contrats de l'Administration. La doctrine administrativiste du XIXe est accaparée par la différenciation entre contrat de droit privé et contrat administratif, étape préalable à franchir pour l'élaboration d'un droit administratif des contrats, pour qualifier les contrats administratifs conclus à titre onéreux, les marchés, par rapport aux contrats administratifs dans leur globalité. Le critère matériel essentiel, permettant de classer les différents types de contrats administratifs, est la nature de la compensation octroyée par l'Administration à ses cocontractants. Les deux procédés identifiés au XIXe, à savoir, la concession et le marché, se différencient par la nature de la compensation, qui, dans le cas du marché, est monétaire. Ce critère matériel n'est pas identifié par la doctrine administrativiste du XIXe, en raison des carences de définition conceptuelle des marchés, en tant que concept unitaire et global. La grille typologique, mise en lumière par la doctrine administrativiste du XIXe, est trop insuffisante, en terme de critérium, pour permettre une classification des différents types de contrats administratifs. Par contre, cette grille typologique, que l'on trouve chez LAFERRIÈRE, définit explicitement les marchés, comme le type de contrats de l'Administration le plus important, mais plus en fonction d'un faisceau d'indices qu'en fonction d'un critérium satisfaisant. C'est chez LAFERRIÈRE que l'on appréhende le plus explicitement la place

centrale de la notion de marché dans la définition du concept « foccartien » de contrat administratif¹¹⁶⁶.

721. Pour conclure cette section, le marché est le procédé contractuel le plus important utilisé par l'Administration, dès l'époque révolutionnaire, pour satisfaire ses besoins en biens immobiliers, mobiliers, services et autres transports, etc. Cette primauté du procédé du marché, dans la pratique contractuelle de l'Administration postrévolutionnaire, relève d'une constatation basée sur une observation de la pratique administrative du XIXe, parce qu'il n'a pas de typologie satisfaisante, dès lors, pas de classification permettant de clairement différencier et classer les différents types de contrats administratifs. Le procédé du marché, que l'on peut appréhender comme un concept unitaire, est démembré dans son approche par les acteurs du droit administratif des contrats, durant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Ce concept démembré de « marché » s'insère dans les contrats de l'État, et de manière plus nuancée, dans ceux des collectivités locales, alors même que la terminologie moderne du vocable « contrat administratif » ne fait son apparition que dans les dernières décennies du XIXe siècle. Les insuffisances d'abstraction, dans l'analyse doctrinale de la pratique contractuelle de l'Administration postrévolutionnaire, sont la cause majeure d'un positionnement incertain des marchés dans l'architecture des contrats de l'Administration du XIXe siècle. De la même manière qu'une théorisation d'envergure de ces contrats paraît impossible pour la doctrine administrativiste du XIXe siècle, le concept de « marché public » ne peut encore émerger en l'état de la production doctrinale, au XIXe siècle¹¹⁶⁷.

722. Au terme de ce chapitre, il est évident que l'on ne peut pas refaire l'histoire du droit administratif, ni lui faire un procès quant à ses éventuels torts, ce n'est pas le propos. Notre vision de « modernes », comme nous ne cessons de le répéter, affecte notre jugement, quand nous parlons des insuffisances de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire du XIXe siècle. Cette doctrine a passé certaines étapes d'abstraction dans le processus d'analyse juridique globale qui a enfanté notre droit administratif des contrats actuels. Elle

¹¹⁶⁶ LAFERRIÈRE dans son traité, pose que les contrats administratifs s'articulent autour des marchés de travaux publics et de fournitures et les « autres ». Voir : *Traité de la juridiction administrative (...), op. cit.*, pp. 119 à 154.

¹¹⁶⁷ Cf. *infra*, Part. II, Titre II.

n'a pas été en mesure de théoriser les contrats administratifs, mais par contre, elle a permis leur conceptualisation dans laquelle elle a joué les premiers rôles. À ce titre, elle a été incontestablement la matrice de cette théorisation « jézienne » desdits contrats administratifs. Ce que nous identifions comme étant des insuffisances d'abstraction, est un passage obligé, concernant l'émergence d'un droit administratif des contrats, en tant que droit commun de l'Administration. Pendant le XIXe et au-delà, le contrat administratif est fondamentalement un contrat, au sens de l'article 1134 du Code civil de 1804, malgré son caractère exorbitant du droit commun¹¹⁶⁸, lequel devient progressivement ce que le droit administratif appelle le caractère administratif d'un contrat. Toutefois, dans un contexte d'élaboration du droit administratif au XIXe, initialement refondé à la période révolutionnaire, le procédé contractuel et le dialogue qu'il implique peuvent ne pas s'accorder avec certains principes directeurs de ce droit, telle la puissance publique. En effet, l'image d'une administration, agissant en vertu de la puissance publique pour défendre l'intérêt général, peut ne pas s'accorder avec le consensus inhérent au procédé contractuel. Cela peut constituer un frein supplémentaire à une théorisation des contrats administratifs par cette doctrine du XIXe siècle. Elle était surtout occupée à participer à la construction d'un droit administratif autonome pour donner réalité au dualisme juridictionnel, dont la loi des 16-24 août 1790 avait posé le principe.

723. Pour trouver une autre raison centrale du déficit de théorisation de la doctrine, il faut reprendre la métaphore du professeur RIALS sur la chèvre attachée à un piquet. La doctrine administrativiste du XIXe siècle n'est carencée que parce que « l'herbe » qu'on lui donne à brouter est carencée, c'est-à-dire que la production jurisprudentielle et textuelle est elle-même carencée¹¹⁶⁹ (par rapport à nos standards actuels) ; il ne faut pas le perdre de vue. C'est une amélioration globale des sources du droit administratif et de la technique juridique qui permettra de dépasser ces insuffisances. JÈZE incarnera ce dépassement dans les contrats administratifs.

¹¹⁶⁸ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Sect. préliminaire. Sur cette interpénétration du droit civil et droit administratif dans le contexte post-révolutionnaire, revoir la thèse du professeur Benoît PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*

¹¹⁶⁹ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*, p. 14. Le professeur BIENVENU souligne que cette jurisprudence porte en elle des failles affectant irrémédiablement la doctrine de la première moitié du XIXe siècle, c'est-à-dire qu'un des principaux objets de recherche de cette doctrine ne peut pas induire un travail de généralisation, de conceptualisation. Ce travail d'abstraction est quasiment impossible sur cette base, durant ce laps de temps.

724. Le droit administratif doit s'imposer comme un droit commun de l'Administration, dès lors, se voir reconnaître comme une matière de droit à part entière. Le procédé contractuel est un procédé marqué par un échange de consentement, ce qui ne va pas dans le sens de cette image que doit véhiculer le droit administratif du XIXe et des premières décennies du XXe siècle. Ce qui peut expliquer que le régime juridique des marchés s'est retrouvé entre un régime de droit privé et un régime de droit public, dans certains cas. Une autre explication réside dans le fait que le droit administratif du XIXe est en construction. Existe une réelle difficulté d'intégration du procédé contractuel dans les principes directeurs du droit administratif postrévolutionnaire, bien qu'il soit un acte juridique indispensable à l'Administration pour satisfaire ses besoins. L'Administration, par ce procédé, fait appel à des opérateurs économiques privés. Le Code civil pose le principe selon lequel les deux cocontractants sont égaux. Or, dans la passation d'un marché par l'Administration pour satisfaire l'intérêt général, existe une inégalité de fait entre les deux cocontractants, allant à l'encontre de la devise de la République française « Liberté, Égalité, Fraternité, ou la mort ». Cette inégalité va aussi à l'encontre de la célèbre phrase de Montesquieu : « Le commerce est la profession des gens égaux »¹¹⁷⁰, mais le Léviathan¹¹⁷¹ et son émanation administrative sont au-dessus des gens, dans l'Angleterre de 1651, comme dans la France postrévolutionnaire des XIXe, XXe, et XXIe siècle. Le droit administratif se construit autour de la clause exorbitante du droit commun, essentiellement représenté par le droit civil.

725. Les insuffisances théoriques de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire des contrats au XIXe, mises en lumière dans ce chapitre, vont trouver leur réponse dans la théorisation des contrats administratifs « jézienne », à partir de 1927. Ces insuffisances sont des étapes obligatoires, des paliers, dans un processus d'abstraction doctrinale, qui permettent à Gaston JÈZE de réaliser la première théorie doctrinale des contrats administratifs. Les étapes d'abstraction de la généralisation praticienne et de la conceptualisation de l'objet sont la matrice incontournable de la « primo-théorisation » du contrat administratif. Les phases de développement de la doctrine identifiée par HAURIOU¹¹⁷² de manière classique, ou de manière plus moderne par les professeurs

¹¹⁷⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, A. Belin, Imprimeur-Libraire, 1817, p. 44.

¹¹⁷¹ Référence à la métaphore de l'État utilisée par Thomas Hobbes dans : *Léviathan ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*.

¹¹⁷² HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *op. cit.*.

BIENVENU¹¹⁷³ ou TOUZEIL-DIVINA¹¹⁷⁴ rendent compte des niveaux d'abstraction qu'a traversé la doctrine administrativiste, notamment sur le point précis du contrat administratif (généralisation, conceptualisation, théorisation). L'émergence du concept de contrat administratif en droit administratif repose fondamentalement sur les mêmes ressorts que celle de marché public. Les marchés de travaux publics et de fournitures, et la notion de marché en général fondent, dans une large mesure, la définition conceptuelle du contrat administratif. Le processus d'abstraction du contrat administratif et toutes ses étapes, de sa conceptualisation à sa théorisation, contribue à faire progresser le processus d'abstraction du marché en droit administratif. La nécessité de compléter la définition conceptuelle du contrat administratif pousse à compléter les définitions des principaux types de contrat administratif, au premier rang desquels sont les marchés. C'est en cela que la conceptualisation du contrat administratif est un ressort clé dans la construction conceptuelle du marché public en droit administratif.

¹¹⁷³ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*

¹¹⁷⁴ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, pp. 28 et suiv.

Chapitre 2 : La théorisation du contrat administratif en tant que matrice de conceptualisation du marché public

726. L'émergence du concept de marché public en droit administratif français n'aurait pu avoir lieu sans une théorisation globale des contrats administratifs préalable. Cette théorisation est le ressort doctrinal majeur entrant dans la combinaison des ressorts de la lente construction du concept juridique global de marché public, à notre sens. Ainsi, le dictionnaire juridique de Cornu appréhende les contrats administratifs comme la « qualification des contrats dont, en principe, l'une des parties est une personne publique et dont la connaissance appartient à la juridiction administrative soit en vertu d'une attribution légale de compétence, soit parce qu'ils portent sur l'exécution même d'un service public ou comportent une clause exorbitante de droit commun ». L'enjeu est de théoriser cet objet juridique dans la première moitié du XXe siècle, enjeu essentiellement doctrinal. D'où l'importance de la doctrine administrativiste, qui va concentrer ses écrits sur le contrat de l'Administration ayant un caractère administratif, à savoir celle que l'on peut appeler « la doctrine administrativiste du contrat »¹¹⁷⁵.

727. L'analyse des trois premières théories des contrats administratifs, intervenant durant la période de « pré-codification » des MP, est appréhendée sous l'angle de la corrélation entre définition typologique¹¹⁷⁶, classification¹¹⁷⁷ typologique¹¹⁷⁸ et le critérium mis en avant par JÈZE (**Section 1**), et ses successeurs (**Section 2**) : PEQUIGNOT (**Sous-section 1**), et LAUBADÈRE (**Sous-section 2**).

¹¹⁷⁵ Dont les précurseurs identifiables dès le XIXe siècle sont des administrativistes comme Arsène PÉRIER, Eugène PERRIQUET etc.

¹¹⁷⁶ Définition du mot « Typologie » : « Sciences de l'élaboration des types, facilitant l'analyse d'une réalité complexe et classification (...) » in *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, p. 2649.

¹¹⁷⁷ Définition du mot « Classification » : « Action de distribuer par classe, par catégories ; résultats de cette action, classement, division (...) » in *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, p. 446.

¹¹⁷⁸ Définition du mot « Typologique » : « Qui appartient à la typologie ; est fondé sur une typologie. Classification typologique des langues. » in *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, p. 2649.

Section 1 : La première théorisation générale du contrat administratif français : la théorie de Gaston JÈZE¹¹⁷⁹ (1927-1934)

728. Pour comprendre pourquoi JÈZE est le premier théoricien des contrats administratifs, il faut appréhender la personnalité de celui qui restera « le grand maître du droit public français »¹¹⁸⁰. Marcel WALINE, codirecteur de la *RDP* avec JÈZE, résume parfaitement l'œuvre de son compagnon de recherche, en soulignant que « l'activité de JÈZE a rayonné sur les différentes branches du droit et des sciences sociales. Mais c'est effectivement au droit public général, au droit administratif et à la science des finances qu'il a consacré ses activités essentielles »¹¹⁸¹. Son œuvre doctrinale est immense, des *principes généraux du droit administratif*¹¹⁸², à la *théorie générale des contrats de l'administration*¹¹⁸³, en passant par son *traité des sciences financières*¹¹⁸⁴. Il ne faut pas omettre une production d'articles très éclectiques à classer dans de nombreuses matières du droit public¹¹⁸⁵. En outre, comme le souligne Rafael BIELSA, son œuvre doctrinale est « plus connue que son œuvre de critique jurisprudentielle »¹¹⁸⁶, pourtant non dénuée d'importance. L'œuvre de Gaston JÈZE est un tout indissociable et complémentaire, fondant la pérennité de celle-ci bien au-delà de sa personne.

729. Durant ses cours, JÈZE enseigne que « faire fi de la théorie, c'est avoir l'outrecuidance de soutenir qu'il est inutile de savoir ce que l'on dit quand on parle, de savoir ce que l'on fait quand on agit »¹¹⁸⁷. C'est ce que faisait la doctrine administrativiste du XIXe siècle en matière de contrats de l'Administration, avant la « monumentale »¹¹⁸⁸ théorie des contrats administratifs de JÈZE, connue jusqu'aux Amériques, comme une construction technique et dogmatique remarquable¹¹⁸⁹. Cette première théorisation des contrats administratifs a des répercussions importantes sur la typologie et la classification

¹¹⁷⁹ La terminologie « jézienne » signifie qu'elle relève de Gaston JÈZE et de son œuvre. Cette terminologie n'est utilisée par aucun auteur de doctrine, au jour de l'écriture de cette étude, mais elle paraît pourtant la plus appropriée.

¹¹⁸⁰ BIELSA, Rafael, « Le Professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre », Extrait de *La Ley*, Buenos-Aires, 28 août 1953, Traduction MURACCIOLE Luc, in *RDP*, 1953, p. 891.

¹¹⁸¹ WALINE Marcel, « L'œuvre de Gaston Jèze en droit public », *RDP*, 1953, p. 886.

¹¹⁸² JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Dalloz, 3^e éd., 2005, 2 vol.

¹¹⁸³ JÈZE Gaston, « Théorie générale des contrats de l'administration », *RDP*, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, et 1936.

¹¹⁸⁴ JÈZE Gaston, *Éléments de la science des finances et de la législation financière française*, Giard et Brière, Paris, 1896. Voir sur l'appréhension de ce traité des finances : COLLIARD C. A., « Gaston Jèze, théoricien des finances publiques », in *Hommage à Jèze, Revue de science et de législation financière*, n° 1, LGDJ, 1954.

¹¹⁸⁵ Pour ce qui est de sa « définition légale du juif », publiée à la *RDP* en 1944, il est difficile de la classer dans une grille d'analyse de publiciste moderne. Voir : JÈZE Gaston, « Définition légale du juif », *RDP*, 1944.

¹¹⁸⁶ BIELSA Rafael, « Le Professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre », *op. cit.*, p. 898.

¹¹⁸⁷ Cité in WALINE Marcel, « L'œuvre de Gaston Jèze en droit public », *op. cit.*, p. 890.

¹¹⁸⁸ WALINE Marcel, « L'œuvre de Gaston Jèze en droit public », *op. cit.*, p. 889.

¹¹⁸⁹ BIELSA Rafael, « Le Professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre », *op. cit.*, p. 899.

de ces contrats, et par conséquent, sur leur conceptualisation générale, dans le deuxième tiers du XXe siècle.

§ 1 : La composition typologique du contrat administratif en tant que fondement de la théorie de Gaston JÈZE

730. Dans la lignée d'Édouard LAFERRIÈRE relativement explicite, Gaston JÈZE est le premier à mettre en lumière une théorie des contrats administratifs d'envergure. Le premier élément de cette théorisation qui intéresse la problématique de cette étude est la typologie de ces contrats administratifs, qui, durant tout le XIXe siècle, a souffert d'insuffisance manifeste dans ces appréhensions doctrinales, comme dans celles de la jurisprudence et du législateur. JÈZE précise, qu'à l'époque de sa théorisation, il existe « une très grande variété de contrats administratifs »¹¹⁹⁰. Il s'agit d'approfondir les principaux types de ces contrats mis en avant par JÈZE dans sa typologie, certainement au moyen de sa « technique juridique »¹¹⁹¹. La théorie « jézienne » des contrats administratifs s'applique aux contrats administratifs de l'État prioritairement, il est important de ne pas le perdre de vue.

A) Le marché de fournitures chez Gaston JÈZE

731. Les définitions doctrinales des marchés de fournitures issues de la production des administrativistes du XIXe siècle, mises en avant dans la première partie de cette étude, ne peuvent pas rivaliser avec l'aboutissement des définitions de JÈZE en la matière. Cela dénote le passage d'un cap dans la doctrine administrativiste parfaitement appréhendée lorsqu'on superpose les productions de JÈZE avec celles de ses prédécesseurs comme PERRIQUET... Sa définition des marchés de fournitures est construite autour de deux axes principaux, organisant un développement complet et méthodique. JÈZE comble une grande partie des insuffisances en la matière présentes chez ses prédécesseurs du XIXe

¹¹⁹⁰ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics, op. cit.*, Marcel GIARD Libraire-éditeur, 3^e éd., 1926, Paris, t. 3, p. 326.

¹¹⁹¹ Pour ce qui est de l'appréhension de cette technique juridique de Gaston JÈZE qu'il applique notamment à son approche du droit administratif, il semble que le résumé du premier tome de ses *principes* l'explique au mieux : « Un ouvrage de droit doit contenir l'exposé des règles que le législateur, l'opinion publique des juristes, et, en particulier l'opinion des tribunaux, déclarent, dans un pays donné, à un moment donné, être juste et utile. Le rôle du théoricien est, *avant tout*, quel que soit son avis personnel, de dégager ces règles, de les classer, de leur donner une forme claire et précise. Il doit aussi expliquer leurs origines, montrer leur développement historique sous la pression des faits sociaux, économiques, politiques. Toute théorie juridique qui n'a pas pour point de départ l'observation minutieuse, attentive des faits et qui n'en est pas la synthèse exacte et adéquate est dénuée de valeur » ; in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Dalloz, 3^e éd., 2005, t. 1, Voir le résumé sur le verso de la couverture.

siècle. Ces mêmes insuffisances que LAFERRIÈRE pointe de la plume, dans son *traité de la juridiction administrative*¹¹⁹². Dans le premier intitulé, il met en évidence les « éléments essentiels »¹¹⁹³ qui constituent la définition de « marché de fourniture », en tant que premier type de contrats administratifs dans la typologie de JÈZE.

1) Les « éléments essentiels » du marché de fournitures chez Gaston JÈZE

732. Gaston JÈZE distingue quatre éléments essentiels fondant la qualification juridique de marché de fournitures en tant que contrat administratif :

- En premier lieu, il s'agit d'un contrat administratif avec tout ce que cela suppose. JÈZE explicite parfaitement les conditions entrant en ligne de compte pour qu'il y ait « contrat et contrat administratif »¹¹⁹⁴, à savoir, un échange d'accord de volonté, créant des situations juridiques individuelles¹¹⁹⁵, et une soumission à un régime de droit public, en vue d'un fonctionnement du service public¹¹⁹⁶.
- En deuxième lieu, il s'agit d'appréhender l'objet des marchés de fournitures. JÈZE souligne cette caractéristique comme essentielle dans la différenciation des marchés de fournitures avec l'objet des marchés de travaux publics, des contrats de concession de service public ou du contrat de services personnels.
- En troisième lieu, il souligne comme éléments essentiels que la fourniture est aux risques et périls du fournisseur. Le fournisseur est du point de vue économique, un entrepreneur, par conséquent, « il court les aléas de la fourniture »¹¹⁹⁷.
- En quatrième lieu, JÈZE met en évidence l'élément essentiel de la « rémunération en argent » du marché de fournitures. Il expose que ce mode de rémunération conditionne que le marché de fournitures ressemble beaucoup à une vente. Mais ce n'est pas une vente, de par sa qualification juridique de marché de fournitures, qui en fait une catégorie juridique différente du contrat de droit civil. Cette rémunération en argent peut se moduler de trois façons différentes, soit sous la forme d'un prix fixe, c'est-à-dire sous la forme d'un forfait, d'un prix par série, ou encore d'un prix par unité de fourniture, soit sous la forme d'un prix variable, un

¹¹⁹² LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit.

¹¹⁹³ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 327.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 327.

¹¹⁹⁵ Voir sur ce point : JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., 1925, t. 1, pp. 39 et suiv.

¹¹⁹⁶ Voir sur ce point : JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 305.

¹¹⁹⁷ JÈZE souligne que c'est en vertu d'un principe constamment rappelé par la jurisprudence. À titre d'illustration : CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, op. cit., RDP., 1918, p. 248, Rec. Lebon, p. 121 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 327.

prix provisoire soumis à révision en cours d'exécution ou après l'exécution de la fourniture en fonction du coût de production. Cette rémunération peut se faire aussi sous la forme d'un prix de revient majoré d'une certaine somme pour la rémunération du fournisseur (somme fixe, ou pourcentage). Mais, JÈZE souligne bien que le prix fixe est le prix normal. Par conséquent, les autres modalités sont donc exceptionnelles, c'est-à-dire qu'elles « supposent une grande instabilité des prix et des salaires, de la monnaie, du change », que les guerres mondiales peuvent engendrer. Pour terminer, concernant la forme de la rémunération en argent des marchés de fournitures, il souligne que l'Administration, en s'écartant du prix fixe, atténue l'un des caractères essentiels de ce type de contrat administratif, celui du risque. En conséquence, l'Administration se rapproche de la régie.

733. Dans l'élément essentiel de la rémunération en argent de ce type de contrat¹¹⁹⁸, ressort le financier public, Gaston JÈZE, qui a étudié de manière très approfondie les finances de guerres de la France¹¹⁹⁹ et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande¹²⁰⁰ durant la Première Guerre mondiale. Comme la première partie de cette étude le met déjà en évidence, confirmée par JÈZE, les marchés de fournitures destinés aux départements de la Guerre et de la Marine sont « les exemples les plus importants »¹²⁰¹ de marchés de fournitures¹²⁰². Ce dernier élément essentiel, en combinaison avec les autres, fait des marchés de fournitures des contrats administratifs conclus à titre onéreux. Après avoir détaillé les éléments essentiels sur lesquels se fonde la qualification juridique de « marché de fournitures », JÈZE appréhende les réalités juridiques qu'ils représentent.

2) La « classification des marchés de fourniture » chez Gaston JÈZE

734. JÈZE continue sa définition conceptuelle des marchés de fournitures par le classement des réalités juridiques que recouvre la terminologie de « fournitures »¹²⁰³, en tant qu'objet de ces contrats administratifs. JÈZE est dans la lignée d'autres auteurs de sa génération pour ce qui est de cette classification des marchés de fournitures. Sa

¹¹⁹⁸ Pour une appréciation des marchés de fournitures d'un point de vue économique, financier ainsi que juridique, car complémentaire, JÈZE renvoie à son : *Cours de sciences des finances*, 6^e édition, *Théorie générale des finances publiques*, 1922, pp. 174 et suiv. ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 328.

¹¹⁹⁹ JÈZE Gaston, *Les finances de guerres de la France*, PUF, 1926.

¹²⁰⁰ JÈZE Gaston, *Les finances de guerres de l'Angleterre*, M. Giard & E. Brière, Libraire-éditeur, Paris 5^e, 1916.

¹²⁰¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 329.

¹²⁰² Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1, Sect. 1, § 1.

¹²⁰³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I & II, Chap. 2 & 1.

classification repose sur le critère de la fréquence de la fourniture, qu'il qualifie de « durée d'exécution du marché »¹²⁰⁴. Ainsi, en vertu de ce critère de classification des marchés de fournitures, JÈZE les subdivise en deux.

735. D'un côté, les marchés, qui ont pour objet une fourniture isolée unique, dont les exemples, en rapport avec le contexte politique et diplomatique de la première moitié du XXe siècle, ne manquent pas. À savoir les fournitures de navires de guerre, de canons, de munitions etc. composent les exemples classiques de cette période. JÈZE précise que ce type de marchés de fournitures a parfois été appelé « marchés de livraisons »¹²⁰⁵.

736. D'un autre côté, JÈZE distingue logiquement les marchés qui ont pour objet des fournitures multiples ou continues. Pour illustrer cette deuxième subdivision, il cite les fournitures de denrées pendant plusieurs mois ou années, ou encore, les fournitures de gaz, d'électricité, d'eau pour assurer sur la durée le fonctionnement d'un établissement de l'Administration. JÈZE insiste sur l'importance de la distinction entre ces deux sortes de marchés de fournitures. Il faut souligner que le marché à fournitures multiples ou continues associe le fournisseur beaucoup plus étroitement au fonctionnement du service public, que dans le cas d'une fourniture isolée unique. Cette association étroite du fournisseur au service public via le marché de fournitures multiples ou continues fait de lui un coopérateur du service public à titre ordinaire. Cependant, le principe de continuité du service public, qui « doit fonctionner de manière régulière et continue, sans à coups », conditionne un rôle du fournisseur très important, impliquant des obligations strictes. JÈZE insiste sur le fait que la situation de ce fournisseur est différente de celle du fournisseur unique. Autre différence importante entre ces deux types de fournitures, l'importance de l'aléa économique dans les fournitures multiples est potentiellement très sérieux, du fait de l'importance économique de contrats administratifs passés sur une durée pouvant atteindre plusieurs années. La théorie de l'imprévision trouve un terrain plus propice à son application dans la fourniture multiple, en vertu des raisons explicitées précédemment. JÈZE conclut, à ce sujet, que les droits et obligations respectives des cocontractants dans ce type de contrat administratif « doivent être interprétés de bonne foi, de manière équitable, et non pas seulement d'après la lettre du marché. Il y a donc une partie

¹²⁰⁴ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 329.

¹²⁰⁵ Cf. *supra*, Part. I, Titre II Chap. 1, Sect. 1, § 1.

extracontractuelle considérable dans ce type de marché de fournitures. La jurisprudence du Conseil d'État fait très nettement cette distinction¹²⁰⁶.

737. Cette définition typologique du marché de fournitures est construite et s'appuie sur une grille d'analyse typologique solide, tranchant radicalement avec la doctrine administrativiste d'avant 1880. La définition conceptuelle des marchés de fournitures atteint une maturité dans la théorie « jèzienne » des contrats administratifs, dont les prémices étaient perceptibles dans le « *traité de la juridiction administrative* »¹²⁰⁷ de LAFERRIÈRE, quelques décennies avant.

B) Le contrat administratif de transports ou marché de transports

738. Dans le tome quatrième de ses principes généraux, JÈZE utilise la terminologie plus générique de « contrats administratifs de transports »¹²⁰⁸ qui inclut tous les procédés contractuels administratifs permettant l'approvisionnement de l'Administration en prestations de service de transports, allant bien au-delà du procédé du « marché ». Dans son tome troisième, développant les définitions typologiques des principaux types de contrats administratifs, il utilise la terminologie de « marché de transports »¹²⁰⁹. En effet, le procédé du marché est le plus fréquent pour ce qui est d'assurer l'approvisionnement de l'État en diverses prestations de service de transports. Les marchés de transports sont des marchés non autonomes, car il s'insèrent dans la définition globale et dans le régime de passation des marchés de fournitures, comme le souligne les développements précédents¹²¹⁰. JÈZE les développe donc logiquement, à la suite des marchés de fournitures. Son approche de ce type de contrat administratif est la même que celle utilisée dans le cas des marchés de fournitures. Elle est subdivisée en deux intitulés : les caractères essentiels et la classification des marchés de transports.

1) Les caractères essentiels du marché de transports dans la théorie de Gaston JÈZE

¹²⁰⁶ CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, *op. cit.* ; dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement M. Corneille fait une distinction rigoureuse entre : « les marchés de fournitures continues et multiples passés par l'État, opposés aux marchés de livraisons, aux marchés consistant dans une livraison accidentelle et unique ».

¹²⁰⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, pp. 138-148.

¹²⁰⁸ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif, théorie générale des contrats de l'administration*, Marcel Giard, Libraire-éditeur, Paris, 1934, t. 4, p. 3.

¹²⁰⁹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, *op. cit.*, t. 3, p. 331.

¹²¹⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

739. JÈZE met parfaitement en évidence la parenté des marchés de transports avec les marchés de fournitures. Il expose les quatre caractères essentiels fondant la qualification juridique de marchés de transports, en renvoyant notamment à ceux exposés pour les marchés de fournitures.

740. Ainsi, les marchés de transports sont des contrats ayant le caractère administratif, comme les marchés de fournitures. Ce caractère est inféodé aux conditions requises dès qu'ils sont passés par l'Administration, dans le cadre d'un service public, et avec la volonté d'appliquer le régime juridique du droit public. JÈZE précise que cette volonté résulte de l'ensemble des clauses du contrat, et particulièrement de celle fixant la compétence contentieuse aux tribunaux administratifs¹²¹¹.

741. Les marchés de transports ont pour objet « un transport ou la mise d'un navire à la disposition de l'État »¹²¹². C'est-à-dire que ce type de contrat a pour objet soit une obligation de faire, les transports, soit un louage de chose comme la location d'un navire. Mais dans la majorité des cas, il s'agit d'une obligation de faire et non pas d'un louage de chose.

742. Dans l'élément essentiel de la rémunération du cocontractant de l'Administration, comme le procédé contractuel administratif du marché le sous-tend, elle intervient en argent, selon l'expression de JÈZE. Il précise sur ce point la grande variété des procédés de rémunération monétaire du cocontractant de l'Administration. Les éléments de calcul sont relativement compliqués. Il y a parfois un minimum garanti. Le procédé du forfait n'est quasiment jamais employé. L'élément de la rémunération en argent est celui qui fait de ce type de contrats administratifs un marché, de la même manière que dans le cas d'un marché de fournitures.

743. Le dernier élément essentiel du marché de transports réside dans le fait que « les risques sont à la charge de l'entrepreneur ». Autrement dit, « si l'exécution du marché se traduit par une perte, l'entrepreneur devra, en principe, la supporter »¹²¹³. JÈZE souligne

¹²¹¹ Voir sur ce point : JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, *op. cit.*, p. 309.

¹²¹² *Ibid.*, p. 333.

¹²¹³ *Ibid.*, p. 334.

que la convention précise toujours à la charge de qui sont les risques. En cas de risque de guerre, chose omniprésente à l'époque où JÈZE écrit, l'État assume, mais laisse les risques inhérents à la navigation à la charge de l'armateur. Dans le cas du silence de la convention, tous les risques sont à la charge de l'entrepreneur¹²¹⁴. JÈZE signale que dans la plupart des cas où l'État loue un navire, il assume les risques, dans le but d'obtenir du cocontractant des conditions plus avantageuses. En effet, il ne faut pas perdre de vue que dans un contexte international conflictuel, les risques sont très importants, donc l'État doit faire des concessions s'il veut pouvoir trouver des cocontractants.

744. Les caractères essentiels sur lesquels repose la qualification juridique de marché de transports sont intrinsèquement identiques, à ceux des marchés de fournitures, du fait de leur rattachement au même régime juridique. Seul l'objet n'est pas le même, mais les transports s'insèrent dans la fourniture de prestations de services, objet secondaire des marchés de fournitures. Ils en représentent la sous-catégorie la plus importante, justifiant une réalité juridique spéciale¹²¹⁵. La combinaison de ces quatre éléments essentiels mise en évidence par JÈZE permet de qualifier juridiquement un contrat administratif de marché de transports de manière efficace.

2) La classification des marchés de transports dans la théorie de Gaston JÈZE

745. Après avoir mis en évidence les éléments essentiels entrant en combinaison dans le marché de transports, JÈZE, dans sa technique juridique d'approche, opère la classification des types de transports, composant la réalité de l'objet contractuel « transports ».

746. Dans la lignée de la classification des marchés de fournitures, JÈZE classe les transports au moyen du même critère classique, celui de la fréquence du transport, autrement dit, de la durée d'exécution du contrat. Il classe les transports en deux grandes catégories comme pour les fournitures : les marchés qui ont pour objet un « transport unique », et ceux ayant pour objet un « transport multiple à effectuer dans une période de temps fixée au contrat ».

¹²¹⁴ CE, 26 avril 1918, *Société française d'armement Frisch*, Rec. Lebon, p. 393 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, *op. cit.*, p. 334.

¹²¹⁵ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

747. Dans le cas des transports uniques, JÈZE précise qu'il arrive très fréquemment que le marché soit un contrat d'affrètement de droit commercial maritime et non un contrat administratif, dans ce cas, la qualification juridique de marché de transports n'est plus valable. Rien n'empêche, pour autant, que les contrats de transport unique soient des contrats administratifs. Dans le cas des prestations de transports multiples, JÈZE souligne qu'ils sont toujours des contrats administratifs. Entre les types de prestations de transports, les différences d'ordre économique sont les mêmes que celles exposées par JÈZE pour les deux types de fournitures. JÈZE, l'économiste, insiste bien sur le fait que pour comprendre le régime juridique applicable dans ces cas d'espèce, il faut avoir toujours ces conditions économiques à l'esprit. Dans le développement sur la classification des marchés de transports, il termine par un troisième point au sujet des problèmes d'imprécision terminologique. Cette même imprécision mise en évidence tout au long de la première partie de notre étude, comme un héritage récurrent d'un droit administratif du XIXe siècle. Ainsi, les terminologies « d'entreprise de transports »¹²¹⁶ et de « concession de service de transports »¹²¹⁷ sont utilisées de manière relativement ordinaire par différents acteurs du droit administratif français, pour désigner des contrats administratifs à rapprocher des marchés de transports. JÈZE apporte une clarification terminologique salutaire sur ce point, en expliquant que la terminologie de concession n'est pas opportune dans ce cas précis. En effet, l'entrepreneur ne peut pas être considéré à proprement parler comme un concessionnaire de service public, car il n'est pas chargé d'en faire fonctionner un. Il est simplement coopérateur actif à ce service. Ajouté à cela, JÈZE met en évidence le critère central du mode de rémunération dans la distinction concession/marché. À savoir que le concessionnaire de service public reçoit une rémunération sous forme de redevance perçue sur les usagers du service public, alors que, dans le cas d'un marché de transports, la rémunération prend la forme d'une somme d'argent.

748. Les marchés de transports dans l'approche « jèzienne » accèdent à un niveau de définition conceptuelle inédit de ce qu'il a été durant tout le XIXe et le début du XXe siècle. Il réalise un travail d'abstraction doctrinale au sens moderne du terme, en synthétisant les différentes sources doctrinale, jurisprudentielle et textuelle dans

¹²¹⁶ CE, 8 novembre 1911, *Labeye*, Rec. Lebon, p. 987. Dans cet arrêt, le contrat objet du litige est qualifié par le Conseil d'État « d'entreprise ». Ou encore, l'arrêt CE, 20 juillet 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*, Rec. Lebon, p. 586, utilise la qualification « d'entreprise » ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 336.

¹²¹⁷ JÈZE souligne que cette terminologie n'est pas fixée en s'appuyant sur l'arrêt CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec. Lebon, pp. 111 à 121. Le commissaire du gouvernement M. Tardieu utilise la qualification de « concession », pour désigner un contrat de transports postaux ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 336.

l'appréhension délicate des marchés de transports. Le caractère non autonome de ce type de marchés, vis-à-vis des marchés de fournitures rend son approche plus compliquée que les marchés autonomes de travaux publics et de fournitures¹²¹⁸.

C) Le marchés de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE

749. Les marchés de travaux publics, dans la typologie de LAFERRIÈRE, sont développés avant ceux de fournitures. Alors que JÈZE développe ceux de fournitures de biens et de services (Transports) avant les marchés de travaux publics. Les deux options peuvent se justifier : les marchés de fournitures sont les plus importants en nombre de conclusion, alors que ceux de travaux publics sont en moyenne plus importants sur les montants en jeu.

750. JÈZE développe la même approche des marchés de travaux publics que celle adoptée pour ceux de fournitures, et leur appendice que sont les marchés de transports. Il subdivise son approche un peu différemment que précédemment, en se focalisant sur les éléments essentiels, du fait que l'objet des marchés de travaux publics est mieux ciblé, et ce, bien avant que l'objet des marchés de fournitures de biens et services ne le soit. Les marchés de travaux publics et plus généralement, ceux qualifiés de « travaux publics », accèdent à une reconnaissance juridique mieux ciblée, dès la période révolutionnaire, contrairement au deuxième type de marché autonome, ceux de fournitures de biens et services¹²¹⁹. JÈZE précise, à leur sujet, que leurs éléments essentiels « sont fixés depuis très longtemps »¹²²⁰.

1) Le marché de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE : un contrat à caractère administratif

751. Les contrats administratifs ayant la qualification juridique de « marchés de travaux publics » doivent présenter selon JÈZE les caractères suivants. Tout d'abord, un accord de volonté avec l'Administration créant une situation juridique individuelle, que le contrat soit passé dans un but de service public, et que l'adoption par l'Administration du régime

¹²¹⁸ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

¹²¹⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1.

¹²²⁰ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 337.

juridique de droit public, exorbitant du droit civil, le soit volontairement. Puis, l'appartenance de JÈZE à l'École du service public, dans la lignée de Léon DUGUIT, est explicite. D'autant que la jurisprudence contemporaine de JÈZE n'admet pas le caractère de service public, et ne tend pas à l'admettre. En effet, la notion de travail public et celle de service public ne sont pas solubles comme la jurisprudence du Conseil d'État le tranche¹²²¹. La détermination de cette notion est pour JÈZE une des clés du problème de l'acception du caractère de la destination de service public comme critère de l'« administrativité » des marchés de travaux publics. À son sens, le Conseil d'État devrait axer sa réflexion sur la notion de service public, et l'adoption volontaire du régime juridique spécial de droit public.

752. De manière générale, le caractère administratif des contrats qualifiés juridiquement de marchés de travaux publics repose sur une détermination de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII¹²²². La mise en lumière de critères jurisprudentiels est un enjeu clé pour qualifier juridiquement certains contrats de l'Administration ayant pour objet des ouvrages immobiliers, afin de déterminer le régime juridique applicable, administratif ou civil, mais c'est dans le cas de la qualification juridique de marchés de travaux publics que ces critères jurisprudentiels sont les moins appliqués. JÈZE, concernant cette détermination de leur caractère administratif par la loi, parlait « d'arbitraire »¹²²³.

2) L'objet du marché de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE

753. L'objet est l'élément matériel essentiel entrant dans la qualification juridique des marchés de fournitures. Il permet de les distinguer des autres types de contrats administratifs. Dans le cas de ceux de travaux publics, l'appréhension de l'objet est plus simple que dans le cas des marchés de fournitures de biens et services. JÈZE appréhende cet objet en tant qu'« exécution d'un ouvrage immobilier »¹²²⁴.

¹²²¹ CE, 7 avril 1916, *Astruc*, RDP, 1916, p. 374 ; Conclusion M. Corneille : « la théorie particulière du travail public est (...) un dérivé de la théorie plus générale du service public ». Voir aussi : CE, 10 juin 1921, *Commune de Montségur*, op. cit., Rec. Lebon, p. 573, RDP, 1921, p. 369. Cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 337.

¹²²² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1.

¹²²³ JÈZE Gaston, « Note de jurisprudence : le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », RDP, 1918, p. 66.

¹²²⁴ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 337.

754. JÈZE précise que le travail public est un travail d'exécution, ou d'entretien portant sur un immeuble bâti ou non bâti. Pour donner des exemples, la construction des navires de guerre n'est pas un travail public. Une exécution de travail public peut résider dans la construction d'une route ou d'un bâtiment. L'objet d'un contrat pour la garde d'un cimetière, lorsqu'il comporte des travaux d'entretien est qualifiable de marchés de travaux publics¹²²⁵. La jurisprudence entend ce propos largement. Elle range parmi les marchés de travaux publics les marchés par lesquels un individu assume l'entreprise du balayage et du nettoyage de la voie publique, l'enlèvement des boues et immondices. Elle estime que ces travaux entrent dans l'entretien de la voie publique¹²²⁶. Par conséquent, ils sont qualifiables juridiquement de marchés de travaux publics.

3) Le mode de rémunération du marché de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE

755. La rémunération du cocontractant de l'Administration, dans le cadre d'un marché de travaux publics, se fait « en argent ou autrement »¹²²⁷. De manière générale, le mode de rémunération est le même que dans les marchés de fournitures et de transports.

756. Pour ce qui est de la rémunération en argent, qui est la plus courante d'ordinaire, sa détermination se fait de plusieurs façons. En premier lieu, il y a le forfait consistant en une somme fixe unique et invariable, sans qu'on ait à faire la mesure des travaux exécutés. Ce mode de rémunération en argent est assez peu fréquent, car il est très dangereux pour les deux cocontractants, à cause des erreurs d'exécution qui peuvent être constatées après coup. En deuxième lieu, dans le marché sur série de prix, le contrat fixe le prix de chaque catégorie d'ouvrages au mètre cube, au mètre carré, au mètre linéaire. Par exemple, dans le cas de travaux publics consistant en des terrassements, de la maçonnerie, de la peinture, etc. Une fois le travail terminé, il faut effectuer des mesures métriques des travaux terminés, et on applique la série des prix. Le prix global sera arrêté en réalisant la somme de la série de prix mesuré. Ce mode de rémunération en argent est peu utilisé car il ne permet pas d'anticipation du prix exact. En troisième lieu, le marché à l'unité de mesure

¹²²⁵ CE, 27 juillet 1906, *Permanne*, Rec. Lebon, p. 700 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 339.

¹²²⁶ CE, 10 janvier 1890, *Lorin*, Rec. Lebon, p. 4 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 340.

¹²²⁷ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 340.

est un mode de rémunération en argent dans lequel le contrat stipule la série des prix, et aussi les quantités à exécuter. À noter que dans ce cas de figure, l'Administration dispose de la compétence de modifier les quantités à exécuter dans certaines proportions. Ce mode de rémunération en argent est le plus fréquent des trois.

757. À côté des modes de rémunération en argent en paiement de l'exécution d'un marché de travaux publics, l'entrepreneur peut se voir rémunérer au moyen d'une promesse d'attribution de terrains à provenir des travaux publics. Ou encore, la rémunération non monétaire peut se faire sous la forme d'une concession d'exploitation de l'ouvrage public, par contre dans ce cas précis, il ne s'agit plus d'un marché de travaux publics en tant que tel. Ainsi dans ce cas, il y a deux types de contrats administratifs qui « sont combinés, un marché de travaux publics et une concession d'exploitation de service public »¹²²⁸. JÈZE donne comme illustration les travaux des chemins de fer et il souligne qu'il se rattache à ce qui, à son époque, était une nouvelle catégorie de contrat administratif : les concessions de service public¹²²⁹. Il est important de préciser que le contrat administratif de concession de services est nouveau à l'époque de JÈZE en tant que typologie contractuelle définie, mais en aucun cas, en tant que mécanisme contractuel utilisé par l'Administration.

758. En somme, la rémunération de ce type de contrat administratif non monétaire représente un point de cristallisation récurrent dans la qualification juridique de marché de travaux publics postrévolutionnaire, et ce, dès l'adoption de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. En ce sens, LAFERRIÈRE souligne très justement que « l'expression de marché doit être prise ici dans son acception la plus large ; elle ne s'applique pas seulement aux marchés ou entreprises (...), mais encore aux concessions »¹²³⁰. Ce que l'on qualifie d'insuffisance de définition juridique du législateur postrévolutionnaire trouve une illustration parfaite des problèmes qui en découlent. Le critère du paiement monétaire paraît donc essentiel dans la qualification juridique de marché de travaux publics. La théorie « jèzienne » des contrats administratifs le fait apparaître de manière inédite, par rapport à ses prédécesseurs, y compris LAFERRIÈRE.

¹²²⁸ *Ibid.*, t. 3, pp. 340-341.

¹²²⁹ Cf. *infra*, intitulé suivant.

¹²³⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 122.

4) L'élément essentiel de la responsabilité de l'entrepreneur de travaux publics

759. Comme dans les cas précédemment développés des marchés de fournitures et de transports, la question de la responsabilité de l'entrepreneur dans les risques pouvant survenir dans l'exécution des marchés de travaux publics est un élément clé de leur qualification juridique en droit administratif français. JÈZE, dans sa théorie, expose que le marché de travaux publics met à la charge de l'entrepreneur les risques. Il précise que la différenciation des termes, marché de travaux publics et régie, réside en ce que le deuxième procédé met les risques à la charge de l'Administration¹²³¹. JÈZE, en tant que grand commentateur de jurisprudence, s'appuie sur l'arrêt *Société du gaz de Bordeaux*, énonçant le principe général en la matière. Il pose que « la variation des prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable à l'entrepreneur et demeure à ses risques et périls (...) »¹²³². Sur ce principe général de la responsabilité de l'entrepreneur en matière de risques et périls, il faut se référer à la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs.

760. La responsabilité du cocontractant de l'Administration en matière de marchés de fournitures, transports et travaux publics pour ce qui est des risques et périls de l'exécution du contrat, est un point de convergence entre ces trois types de contrats administratifs.

761. Les marchés de travaux publics sont appréhendés dans la théorie « jèzienne » avec une approche construite et développée, tranchant avec la doctrine administrativiste du XIXe, surtout avant 1880. La définition conceptuelle, donnée par Gaston JÈZE, met en évidence les « éléments essentiels » sur lesquels se fonde la qualification juridique de marché de travaux publics. Il clarifie certaines zones d'ombre récurrentes issues du XIXe siècle. Et certainement du fait de sa technique juridique, il livre une approche très complète embrassant tous les aspects de ce type de contrat. Contrairement, aux marchés de fournitures et de transports, il ne classe pas les objets de ce contrat, car il est mieux

¹²³¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 341.

¹²³² CE, 30 mars 1916, *Société du gaz de Bordeaux*, op. cit., Rec. Lebon, p. 125 ; *RDP*, 1916, p. 206, conclusions de M. Chardonnet ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 341.

délimité aux « ouvrages immobiliers que les deux précédents ne le sont entre biens mobiliers divers et prestations de services diverses, transports etc. »

D) Le contrat de concession de service public

762. Le procédé de la concession remonte loin dans l'histoire du droit français, mais la théorie des contrats administratifs de JÈZE contribue à lui conférer une définition typologique plus cohérente et construite. La problématique affectant le procédé contractuel administratif de la concession est assez parallèle à celui que nous analysons pour le procédé du marché.

763. JÈZE dit qu'il y a concession de service public lorsque l'Administration charge un individu ou une société de faire fonctionner le service public et de l'exploiter¹²³³. Il appréhende de la même manière les trois types de contrats administratifs précédents, en identifiant leurs éléments essentiels et leur classification, en fonction du type de monopole qu'elle concède au cocontractant de l'Administration.

1) Les éléments essentiels du contrat de concession de service public dans la théorie de Gaston JÈZE

764. JÈZE identifie cinq éléments essentiels fondant la qualification juridique en droit administratif de concession de service public.

a) L'élément essentiel du caractère administratif du contrat de concession de service public

765. Le premier élément essentiel faisant d'un contrat une concession de service public est le caractère administratif de ce contrat. JÈZE insiste sur le fait qu'elle est « un contrat administratif au sens précis du mot »¹²³⁴. Cette affirmation du caractère contractuel de la concession ne fait pas l'unanimité dans la doctrine administrative du XXe siècle. En ce sens, Yves MADIOT appréhende la concession comme un acte mixte « passé entre une ou plusieurs personnes privées et l'Administration et qui associe, par fusion des éléments

¹²³³ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 342.

¹²³⁴ *Ibid.*, t. 3, p. 342.

contractuels à des éléments réglementaires»¹²³⁵. La position de MADIOT sur les concessions est marginale en droit administratif français, les actes mixtes n'étant pas reconnus en droit public français, les concessions sont traitées comme des contrats administratifs¹²³⁶.

766. JÈZE explique que le fonctionnement du service industriel organisé en service public implique toujours l'application de règles exorbitantes du droit civil. Il en découle logiquement que tous les contrats de concession de service public sont des contrats administratifs. En effet, l'Administration charge par un contrat de concession, un individu ou une société d'exploitation d'exercer des pouvoirs exorbitants reconnus à l'Administration, au nombre desquels la perception d'une redevance sur les usagers du service public. Ce dernier point suffirait à lui seul pour déterminer le caractère administratif de la concession. Ces caractéristiques permettent de différencier sans ambiguïté le contrat de concession du contrat de droit civil de louage de services¹²³⁷. Quant à la jurisprudence du Conseil d'État, elle est très nettement fixée sur ce caractère administratif du contrat de concession de service public, peu importe sa forme extérieure¹²³⁸.

767. À l'ère contemporaine de JÈZE, ce qu'il qualifie de « base rationnelle du contrat administratif de concession de service public » est très nettement dégagé par la jurisprudence. Ce n'était pas le cas durant l'essentiel du XIXe siècle. En effet, lorsque la notion de service public n'était pas encore clairement précisée, le Conseil d'État réalisait l'utilité de soustraire ces contrats au droit civil, mais avait imaginé de s'appuyer sur des textes législatifs pour arriver à ce résultat. JÈZE trouve ce raisonnement fort contestable, qui assimilait les contrats de concession de service public à la qualification juridique de marchés de travaux publics selon une acception très extensive. Cette assimilation se cristallise dans ce qui est qualifié de concession de travaux publics, que la jurisprudence

¹²³⁵ MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., LGDJ, 1971, p. 243.

¹²³⁶ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 66.

¹²³⁷ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, op. cit., Rec. Lebon, p. 194. Le Conseil d'État reconnaît le caractère administratif de ce type de contrat, en précisant que « le contrat de concession de service public est le louage de service des articles 1710, 1779 et 1786 du Code civil, ayant pour objet l'exécution d'un service public et présentant le caractère d'une concession ». JÈZE critique cette vue du Conseil d'État, voir : JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 311.

¹²³⁸ CE, 16 décembre 1921, *Sasse*, Rec. Lebon, p. 1062 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 343.

fait entrer dans le champ d'application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII¹²³⁹. Par ce rattachement à l'article 4, les compétences contentieuses en matière de concession de travaux publics sont similaires à celles des marchés de travaux publics. Ainsi, JÈZE explicitait que dès que le contrat de concession de service public touche à une dépendance du domaine public, à savoir un ouvrage public, le Conseil d'État l'attribue encore par extension, à la juridiction administrative, toujours en vertu de ce même article 4 de la loi du 28 pluviôse. JÈZE en donne comme illustration, les contrats de concession de service d'eau, de gaz, de tramways... du fait de leur rattachement aux canalisations de la voie publique, ou encore le contrat de concession de balayage et de nettoyage de la voie publique¹²⁴⁰. Dans le même sens, le marché de fournitures multiples pour le service des prisons est assimilable à un marché de travaux publics, du fait que l'entrepreneur, en général, est obligé de réaliser quelques travaux d'entretien des bâtiments de la prison.

768. Le cas le plus remarquable est certainement celui de la concession de service public des pompes funèbres. Il est impossible de trouver un lien quelconque entre ce contrat et un ouvrage public, pourtant il est manifestement un contrat administratif. En effet, dans le répertoire pratique de 1920, les pompes funèbres sont assimilées à une exception dans le sens où, se rapprochant plus de la qualification juridique de marchés de fournitures, un texte de loi spécial détermine une qualification de marché de travaux publics¹²⁴¹. La jurisprudence admet, dans le prolongement que tous les marchés comprenant la fourniture de pierres destinées à l'entretien des routes, auront la qualification juridique de marché de travaux publics¹²⁴². Le Conseil d'État, qui croyait à cette époque qu'il fallait appuyer ses solutions sur des textes, plutôt que sur des principes juridiques, trouva dans l'article 15 du décret du 18 mai 1806, portant sur le service dans les églises et les convois funèbres, le fondement de cette solution. En effet, le CE affirme que le contrat de concession de service public des pompes funèbres est un contrat administratif, assimilable à un marché de travaux publics. Ce cas des pompes funèbres est pertinent, car il cristallise un chevauchement potentiel de qualifications juridiques entre marchés de fournitures, de travaux publics et de concession de travaux publics, durant le XIXe siècle et son

¹²³⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 2.

¹²⁴⁰ CE, 12 décembre 1924, *Ville de Dieppe c/ Sieur Dufour*, Rec. Lebon, pp. 1006-1007, *RDP*, 1925, pp. 64 et suiv. ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 344.

¹²⁴¹ Loi du 28 décembre 1904, art. 2, D. P., 1905 ; cité in Dalloz, *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 8, 1920, p. 38.

¹²⁴² Dalloz, *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 8, 1920, p. 38.

prolongement. Dans la lignée de LAFERRIÈRE¹²⁴³, JÈZE trouve cette base bien fragile¹²⁴⁴.

769. JÈZE précise, qu'à l'époque où il écrit, le Conseil d'État n'a plus besoin de recourir à « ces arguments de textes » pour trouver une solution aux cas nouveaux, il s'appuie sur le développement de la notion de service public. Dans le cas plus ciblé des contrats, le Conseil d'État se fonde sur sa nature juridique pour déterminer l'application du régime de droit public, de la compétence contentieuse¹²⁴⁵, etc. Une des conséquences les plus surprenantes de ce changement de base juridique est la suppression du Conseil de préfecture, remplacé par le Tribunal administratif, compétent en ce qui concerne le contentieux des travaux publics¹²⁴⁶, (au Conseil d'État en tant que juge administratif de droit commun¹²⁴⁷).

b) L'objet du contrat de concession de service public

770. L'objet du contrat administratif de concession de service public est un autre élément essentiel fondant la qualification juridique de ce type de contrat, comme dans les types de contrats précédemment évoqués. Ainsi, ce type de contrat administratif a pour objet « l'exploitation d'un service public, le fonctionnement d'un service public ». À l'époque de JÈZE, les concessions de service public sont essentiellement pour les services économiques. L'objet même de la concession de service public permet de la distinguer très nettement du marché de travaux publics, parce qu'elle n'a pas pour objet premier la construction d'un ouvrage public, ni son entretien. Mais, comme cela est déjà abordé précédemment, il arrive souvent que le contrat de concession s'additionne à un marché de travaux publics, à savoir que le service public concédé suppose la construction préalable d'un ouvrage public, ou bien son entretien. Les exemples sont pléthore en la matière : concessions de service public de chemin de fer, d'un réseau de tramways, de distribution d'eau, etc. JÈZE souligne, que dans ces cas, l'addition des deux opérations juridiques, marché de travaux publics pour la construction ou l'entretien d'un ouvrage public et du contrat de concession de service public, porte dans la pratique la qualification de

¹²⁴³ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 124 ; sur ce point, il dit que « le lien est parfois fragile entre l'objet de ces marchés et l'idée de travail public ». Cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 345.

¹²⁴⁴ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 345.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 345-346.

¹²⁴⁶ Sur le fondement de la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4 ; Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 2.

¹²⁴⁷ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, op. cit., Rec. Lebon, p. 194 ; *RDP*, 1910, pp. 249 et suiv. ; conclusions de M. Pichat ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 346.

« concession de travaux publics ». JÈZE précise bien sur ce point, que la valeur juridique de la distinction entre le contrat administratif de concession de travaux publics et de concession de service public est secondaire. Par contre, au niveau pratique, elle est très importante, car elle détermine des compétences contentieuses différentes¹²⁴⁸. Dans un cadre contentieux, il faut résoudre les difficultés en appliquant distributivement les règles du marché de travaux publics et celles du contrat de concession de service public. Dans le cas d'une difficulté émanant de l'exécution ou de l'entretien de l'ouvrage public, la réponse sera trouvée dans l'exécution d'un marché de travaux publics¹²⁴⁹. Cependant, il arrive que l'élément concession de service public influe sur l'élément marché de travaux publics, sur un des critères clé de la qualification juridique de marché de travaux publics : la rémunération. Ainsi, dans le cadre de l'exécution et de l'entretien de l'ouvrage public, il y a marché de travaux publics véritable, seulement le critère de la rémunération en argent est écarté, au profit d'un droit de percevoir une redevance sur les usagers de l'ouvrage public. JÈZE précise que les cas de concession de travaux publics sont pratiquement les plus nombreux¹²⁵⁰. Après avoir traité le cas de l'interpénétration de deux types de contrat administratif, à savoir la concession de service public et le marché de travaux publics, il s'agit de mettre en évidence, qu'il existe tout de même « des contrats de concession de service public sans mélange de marché de travail public », d'après la formulation précise de JÈZE. Ces exemples se matérialisent chaque fois qu'un concessionnaire de service public n'a pas besoin de construire ou d'entretenir un ouvrage public. Pour ce qui est d'exemples jurisprudentiels concrets, les arrêts *Thérond*¹²⁵¹, ou encore *Sasse*¹²⁵² sont cités par JÈZE. JÈZE se sent obligé de bien préciser que le service public concédé reste un service public, dans le sens où ce n'est pas une exploitation qui devient une entreprise privée, du fait que la concession n'est qu'un mode de gestion d'un service public. Sur ce point précis, la jurisprudence du Conseil d'État est formelle¹²⁵³.

771. Concernant la nature juridique de la concession de service public, il faut bien préciser que au-delà du simple contrat de concession, en tant qu'acte créateur de situation

¹²⁴⁸ Pour ce qui est des compétences contentieuses en matière de concession de travaux publics, elles sont prévues par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, au même titre que pour les marchés de travaux publics.

¹²⁴⁹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 347.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, p. 348.

¹²⁵¹ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, op. cit., Rec. Lebon, p. 193.

¹²⁵² CE, 16 décembre 1921, *Sasse*, op. cit., Rec. Lebon, p. 1062.

¹²⁵³ Pour la position jurisprudentielle la plus catégorique en la matière CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France*, Rec. Lebon, p. 882, conclusions de M. Helbronner ; *RD*, 1914, p. 176 (Note de Gaston JÈZE) ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, op. cit., p. 349.

juridique individuelle, il y a aussi en combinaison l'acte d'organisation du service public. Cet acte est « juridiquement une loi », autrement dit un acte créateur de situation juridique générale et impersonnelle¹²⁵⁴. Pour JÈZE, cela a un caractère capital, du fait que le concessionnaire ne doit pas faire simplement fonctionner le service public, tel que le prévoit le contrat de concession, mais « tel qu'il pourra être ultérieurement modifié »¹²⁵⁵.

c) L'élément essentiel de la responsabilité du concessionnaire

772. L'idée essentielle, selon laquelle « le service public est exploité aux risques et périls du concessionnaire », a été mise sans ambiguïté en relief par l'arrêt *Société du gaz de Bordeaux*¹²⁵⁶. Cet arrêt explicite le fait, que « la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques, constitue un aléa du marché, qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls (...) ». Toutefois, JÈZE relativise cette responsabilité du concessionnaire à cause d'un autre élément essentiel du contrat de concession : sa longue durée. En effet, l'élément des risques se doit d'être apprécié avec une grande souplesse, à la vue de la théorie de l'imprévision en droit administratif¹²⁵⁷.

d) L'élément essentiel de la rémunération dans la concession de service public

773. Cet élément de la rémunération est très important dans les fondements de la qualification juridique de contrat de concession de service public. La rémunération du cocontractant de l'Administration en matière de concession de service public réside en un « droit conféré par l'administration au concessionnaire de percevoir, à son profit, sur les usagers, sur le public, une redevance, pendant toute la durée de la concession ». Cette redevance a une nature juridique similaire à une taxe au sens technique de cette terminologie, autrement dit d'un impôt spécial¹²⁵⁸. Le caractère fiscal de la redevance, que le concessionnaire perçoit comme rémunération au contrat administratif en question, entraîne des conséquences très importantes inhérentes à la nature juridique « d'impôt

¹²⁵⁴ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 350.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 351.

¹²⁵⁶ CE, 30 mars 1916, *Société du gaz de Bordeaux*, op. cit., Rec. Lebon, p. 128, *RDJ*, 1916, pp. 206 et suiv., avec les conclusions de M. Chardenet ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 352.

¹²⁵⁷ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 352.

¹²⁵⁸ JÈZE, sur ce point, s'appuie sur le traité de son prédécesseur LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative (...)*, op. cit., 2^e éd., 1896, t. 1, p. 605 exposant que « cette redevance est une sorte d'impôt assimilable aux taxes indirectes ».

spécial »¹²⁵⁹. Gaston JÈZE souligne bien que c'est une caractéristique essentielle du contrat de concession de service public¹²⁶⁰.

e) L'élément essentiel de la durée du contrat de concession de service public

774. La durée de la concession de service est un élément essentiel complémentaire des autres dans le fondement de la qualification juridique de concession de service public. De manière logique, ce que JÈZE appelle « la concession du crédit public » ne peut pas se concevoir autrement qu'avec un contrat administratif de longue durée. Une concession de service public peut difficilement se concevoir sur quelques mois. Les « longues durées ordinaires » de conclusion d'un contrat de concession peuvent être de l'ordre de 25, 30, 40, 50, 60, 75 ans¹²⁶¹. Le service public implique un fonctionnement régulier et continu qui serait impossible à assurer si le concessionnaire changeait souvent. La bonne gestion d'un service public implique que le concessionnaire prenne ses marques. Ajouté à cela, que la concession implique de lourds investissements financiers pour mettre en place l'exploitation du service public. Sur ce deuxième point, on retrouve les analyses de JÈZE l'économiste, soulignant qu'il sera compliqué de trouver des actionnaires pour les grandes concessions si celles-ci n'ont pas une très longue durée. Il faut bien appréhender que plus la durée de la concession est longue, plus l'amortissement de l'investissement du concessionnaire est lent, plus la charge des taxes pour les usagers du service public sera réduite¹²⁶². Tous ces éléments essentiels sont complémentaires. La qualification juridique de concession de service public repose sur cette combinaison d'éléments.

2) La classification des contrats de concession de service public dans la théorie de Gaston JÈZE

775. JÈZE fait une classification des contrats de concession de service public en se basant sur la nature du droit d'exploiter et sur son exclusivité à exploiter ou non le service public, dont est en charge le concessionnaire. Ainsi, il distingue quatre grandes catégories de concession de service public.

a) La concession d'un service public monopolisé

¹²⁵⁹ Voir : JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, pp. 353 à 367.

¹²⁶⁰ CE, 30 mars 1916, *Société du gaz de Bordeaux*, op. cit.

¹²⁶¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 367.

¹²⁶² *Ibid.*, p. 368.

776. JÈZE explicite que, pour que le concessionnaire dispose d'un monopole de droit sur le service public concédé, il faut qu'une loi l'établisse. En effet, le monopole est contraire à la règle fondamentale de la liberté du commerce et de l'industrie proclamée par la loi des 2-17 mars 1791, durant la Révolution française. Ce principe ne peut être mis en échec que par la seule autorité législative, le Parlement. Dans ce cas de figure, la prestation ne peut être fournie aux usagers que par le concessionnaire gérant le service public monopolisé. L'exemple le plus explicite de l'époque de JÈZE est le service public des téléphones, constitué en monopole légal, en vertu de l'article 1^{er} du décret-loi du 27 décembre 1851. Le cas des services publics monopolisés tend à se raréfier à partir des années 1930 comme le souligne JÈZE¹²⁶³.

b) La concession de service public avec monopole de pur fait

777. Les monopoles de pur fait se subdivisent en sous-catégories. Le monopole de pur fait précaire résulte uniquement de la nature matérielle de l'installation du service public concédé. Les exemples ne manquent pas, avec les concessions de service public de chemin de fer, de tramways, c'est le cas où l'acte de concession ne stipule aucun engagement de concession à titre exclusif¹²⁶⁴. Et même au-delà, l'acte de concession réserve expressément le droit à l'Administration de réorganiser le service public en créant un service public concurrent. L'exploitation d'un service public de cette nature suppose ordinairement l'occupation de la voie publique. Cette occupation n'est en général possible que par un seul concessionnaire dans les faits¹²⁶⁵. Mais en droit, rien ne s'y oppose vraiment. C'est en cela que réside l'extrême précarité de ce monopole de pur fait. Comme le souligne JÈZE, ce monopole résulte « uniquement des difficultés matérielles de l'installation de concurrents »¹²⁶⁶. L'exemple le plus représentatif, en la matière, est de loin celui de la concession de service public de chemin de fer. En effet, même si aucun obstacle juridique ne s'oppose à la création de plusieurs lignes de chemin de fer, la réalité économique rend quasiment impossible et injustifiable la création d'une nouvelle ligne de chemin de fer au motif de concurrencer la première. Les dépenses seraient trop considérables et ne se justifieraient pas¹²⁶⁷.

¹²⁶³ *Ibid.*, pp. 372-373.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 374.

¹²⁶⁵ CE, 7 décembre 1888, *Ponthas*, Rec. Lebon, p. 921. Cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 375.

¹²⁶⁶ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, pp. 375-376.

¹²⁶⁷ CE, 4 mars 1904, *Société du chemin de fer funiculaire de Rouen-Eauplet*, Rec. Lebon, p. 198 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 376.

778. JÈZE souligne la rareté de la concession de service public avec monopole de pur fait, car la précarité caractérisant ce type de monopole ne convient pas du tout à une organisation d'exploitation si coûteuse. Un tel investissement exige une sécurité et une stabilité dans la concession sur une longue période, pour pouvoir amortir les lourds investissements dans les meilleures conditions, pour le concessionnaire, et aussi pour les usagers du service public concédé.

c) La concession de service public à titre exclusif

779. Les points noirs mis en évidence dans la concession avec monopole de pur fait sont, dans le cas de la concession à titre exclusif, palliés par un engagement de l'Administration. Cet engagement juridique formel de l'Administration est très fréquent dans la pratique, et est soumis à un certain nombre de règles. En effet, cet engagement de l'Administration garantissant l'exclusivité du concessionnaire sur le service public est légal, dans la mesure où une loi générale ou spéciale a autorisé les autorités administratives à la prendre¹²⁶⁸. Pour ce qui est des autres règles complémentaires, il faut que le caractère exclusif d'une concession de service public ne se présume pas, c'est-à-dire qu'il ne fasse aucun doute. Il faut ensuite que ce caractère exclusif de la concession soit interprété de manière restrictive, car la règle est la libre concurrence. Par conséquent, toute dérogation à ce principe général doit faire l'objet d'une interprétation stricte¹²⁶⁹. Le dernier point réside dans le fait que la concession à titre exclusif est une affaire très importante, qui nécessite d'être votée par l'organe délibératif compétent, et en outre, elle nécessite l'approbation du préfet ou du Président de la République, en vertu de la loi de 1884 (art. 115)¹²⁷⁰. JÈZE citait comme exemple le plus représentatif les concessions de service public de transports en commun, de gaz, d'électricité¹²⁷¹ etc.

d) La concession de service public sans titre exclusif, ni monopole de fait

780. JÈZE précise qu'il y a des cas précis où le législateur interdit les titres exclusifs. Tel est le cas pour les concessions du service public de distribution d'énergie électrique pour la force motrice, sur le fondement de l'article 18 de la loi du 15 juin 1906. Mais la loi n'est pas une nécessité pour que l'Administration organise une concession de service public sans

¹²⁶⁸ CE, 20 mai 1881, *Ville de Crest*, Rec. Lebon, p. 522 ; CE, 17 novembre 1882, *Compagnie des eaux*, Rec. Lebon, p. 888 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 378.

¹²⁶⁹ JÈZE renvoie à HAURIOU Maurice, *Droit administratif*, 9^e éd., 1919, p. 873.

¹²⁷⁰ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, pp. 380-381.

¹²⁷¹ Pour voir la totalité de l'analyse de JÈZE sur ce point : JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, pp. 381 à 393.

titre exclusif¹²⁷². De manière courante, le concessionnaire demande juste à l'Administration qu'elle ne mette pas un autre entrepreneur dans une situation d'exploitation privilégiée par rapport à lui¹²⁷³.

781. Cette classification des concessions de service public par JÈZE, concernant le critère de la nature du droit d'exploiter et sur son degré de stabilité dans l'exploitation, permet une appréhension conceptuelle et typologique clarifiée de ce type de contrat administratif ciblé. La classification des concessions de service public sur ce critère permet de parfaitement matérialiser ce que recouvre la réalité juridique de ce type de contrat administratif, étayé par des illustrations jurisprudentielles.

782. Pour conclure sur ce procédé contractuel administratif de la concession de service, il faut bien souligner que c'est donc un contrat administratif au sens technique du terme, de par son lien intrinsèque avec le service public¹²⁷⁴. Ce lien avec le service public que JÈZE met parfaitement en évidence et cela, bien plus que dans le cas des marchés de fournitures, de transports ou de travaux publics. En ce même sens, Laurent RICHER souligne en tant que juriste moderne, que « la concession permet de faire converger l'entreprise privée et le service public »¹²⁷⁵. C'est en cela que la concession de service public est certainement plus administrative que les autres contrats administratifs. JÈZE, par son appréhension très construite et détaillée – étayée par des références aussi bien textuelles, jurisprudentielles que doctrinales – livre une définition conceptuelle très aboutie fidèle à sa technique juridique. L'aboutissement de sa définition dénote avec celles de ses prédécesseurs, et pose des bases solides de la matière des contrats administratifs, dont le procédé de la concession de service public est une pierre importante. La qualification juridique de concession de service public voit ses fondements juridiques consolidés dans la théorie des contrats administratifs de JÈZE.

E) Les types complémentaires dans la typologie des contrats administratifs de Gaston JÈZE

¹²⁷² Pour voir la suite de l'analyse : *Ibid.*, pp. 394 à 407.

¹²⁷³ CE, 1^{er} juillet 1910, *Ville de Pau*, Rec. Lebon, p. 531 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3 p. 394.

¹²⁷⁴ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 343.

¹²⁷⁵ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 6.

783. À côté des types principaux de contrats administratifs détaillés par Gaston JÈZE dans ses « *principes* », ce recoupement entre contrats administratifs principaux est réalisé par référence à la problématique de cette étude, et non issu de la théorie « jézienne » des contrats administratifs.

1) Le contrat administratif d'emprunt public d'État

784. Ce type de contrat administratif intervient dans le cadre du financement des charges financières de l'État. Le financement de ces charges est une nécessité pour assurer la continuité de l'État, et des services publics qu'il doit assurer. L'objet de ce type de contrat est donc l'emprunt d'argent par l'État, à court, moyen ou à long terme. Ces emprunts sont effectués, soit auprès du grand public, on parle de souscription publique, soit auprès de banquiers, ou encore auprès de la Banque de France, on parle dans ce cas d'avances au Trésor. À cette occasion, il intervient une convention entre une personne publique emprunteuse et une entité prêteuse, que l'on qualifie juridiquement de contrat d'emprunt public¹²⁷⁶. JÈZE, sur ce type de contrat, met en évidence sans ambiguïté aucune son caractère administratif. En effet, la jurisprudence invoque comme fondement deux textes législatifs remontant à la période révolutionnaire, à savoir la loi du 17 juillet 1790 et celle du 26 septembre 1793¹²⁷⁷. JÈZE dit que, faire reposer le caractère administratif de ce type de contrat simplement sur ces deux textes, rendrait la nature administrative du contrat bien fragile¹²⁷⁸. Dans ce contexte, il s'attèle à mettre en évidence d'autres critères venant consolider le caractère administratif de ces contrats d'emprunt public. Il souligne, à cet effet, qu'il s'agit d'un contrat relatif au fonctionnement d'un service public, ajouté à cela, la volonté manifeste des parties cocontractantes de se soumettre à un régime juridique spécial de droit public. Par conséquent, la compétence contentieuse dans ce type de contrat appartient aux Tribunaux administratifs, sur le fondement d'une jurisprudence constante. JÈZE conclut en matière de contrat d'emprunt public d'État : « les caractéristiques du contrat administratif apparaissent donc très nettement »¹²⁷⁹.

2) Le contrat administratif de louage de services personnels

¹²⁷⁶ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 408.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 409.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 410.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, p. 411.

785. L'objet de ce contrat administratif trouve son fondement dans le besoin de l'Administration de trouver de nombreuses personnes qualifiées pour assurer le fonctionnement normal des services publics. JÈZE souligne que, durant longtemps, notamment au XIXe siècle, le Conseil d'État utilisait les terminologies de contrat administratif ou de contrat de droit public, pour qualifier juridiquement l'accord de volonté intervenant entre l'administrateur et les agents publics. Dans l'arrêt *Winkel*¹²⁸⁰, le commissaire du gouvernement Tardieu qualifiait, dans la lignée de LAFERRIÈRE et d'autres membres du Conseil d'État, ces contrats de droit public ou de contrat de la fonction publique. JÈZE expose que cette manière de voir est désormais abandonnée au profit d'une grille d'analyse subdivisée en trois cas de figure. En premier lieu, le lien unissant les fonctionnaires publics proprement dit avec l'Administration n'est pas contractuel, car l'acte de nomination est un acte administratif unilatéral, et non un contrat.

786. En deuxième lieu, le lien unissant les individus non fonctionnaires collaborant aux services publics de manière permanente et non occasionnellement, est contractuel, en vertu d'un contrat manifestement administratif. Et en troisième lieu, le lien unissant les individus qui collaborent au service public de façon accidentelle et occasionnelle, est contractuel, mais par contre, le contrat est de droit privé, en l'occurrence¹²⁸¹.

3) L'opération administrative d'offre de concours

787. L'opération administrative d'offre de concours est fréquente. Elle intervient pour donner une impulsion à une administration publique pour l'inciter à créer, à réorganiser un service public ciblé ou à l'aménager d'une certaine façon. Ce sont des individus, des sociétés, et même des administrations publiques qui sont sollicités ou bien offrent spontanément de participer aux frais du service public à créer ou à réorganiser. Pour exemple, on peut citer les dons de terrains à titre gratuit¹²⁸². Lorsque, l'offre de concours est acceptée par l'Administration, on utilise la qualification juridique de « contrat administratif d'offre de concours »¹²⁸³. Les caractères fondant cette qualification juridique sont : l'offre doit être volontaire ; elle peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée par

¹²⁸⁰ CE, 7 août 1909, *Winkel*, Rec. Lebon, p. 1302 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 422.

¹²⁸¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 423.

¹²⁸² Cette question spécifique, les hésitations de la jurisprudence ont été nombreuses, avant d'arriver à des solutions à peu près uniformes (Rec. Lebon, 1887, p. 617, Nbp. 1). Voir : CE, 1^{er} août 1873, *Abadie*, Rec. Lebon, pp. 720 à 722.

¹²⁸³ *Ibid.*, pp. 446-447.

l'Administration ; l'offre de concours est une opération juridique entre vifs ; elle doit être réalisée en vue d'un travail public, d'un ouvrage public ; et pour finir, il y a engagement unilatéral du souscripteur¹²⁸⁴. Les exemples en la matière sont pléthore, un propriétaire ayant intérêt à la construction d'une route, offre en ce sens une somme d'argent ou une cession de terrain à l'Administration pour le passage de cette route¹²⁸⁵. Ou encore une commune aide à ce qu'une ligne téléphonique soit établie entre la commune et le réseau général. Ces exemples nombreux sont évidemment marqués par l'époque de JÈZE¹²⁸⁶.

788. Pour terminer la synthèse de la typologie des contrats administratifs théorisée par Gaston JÈZE, il faut finir par ce qu'il qualifie, dans la lignée de LAFERRIÈRE¹²⁸⁷, des « autres contrats administratifs », autrement dit les types de contrats administratifs complémentaires au sens de JÈZE et sa théorie. Il énumère, ce qu'il nomme les contrats administratifs véritables, au nombre de deux.

789. En premier lieu, les « concessions de créments futurs », qui sont des contrats administratifs par lesquels l'Administration accorde à un individu ou à une société l'autorisation d'occuper une portion du domaine public, comme les rivages de la mer, en vue d'y construire une digue ou d'autres ouvrages en vue de faciliter la formation d'alluvions. Ces alluvions une fois formées deviendront la propriété privée du concessionnaire comme prévue par la concession. JÈZE lui donne la qualification juridique de « contrat administratif de travaux publics ». Il précise qu'il y a sur ce type de contrat, une difficulté quant à la qualification, car la concession de créments futurs réunit tous les éléments essentiels du marché de travaux publics. JÈZE met en évidence que seule la nature de la rémunération, à savoir une acquisition en propriété de terrains conquis sur l'eau, est problématique. Il tranche en qualifiant cette concession de marché de travaux

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 449.

¹²⁸⁵ TC, 30 juillet 1887, *Guillaumin c/ commune de Saint-Maur*, Rec. Lebon, p. 617 à 619 ; ou encore TC, 11 janvier 1890, *Veil c/ commune de Bône*, Rec. Lebon, pp. 21-22. Le juge des conflits dans cet arrêt considère « que les éboulements qui ont motivé la demande du sieur Veil (...) se rattachent ainsi directement à l'exécution d'un travail public ; que, dès lors, ladite demande, (...) rentre encore dans la compétence du cons. de préf., par application de l'art. 4 de la loi du 28 pluv. an 8 ; », p. 22 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 447.

¹²⁸⁶ Pour voir l'appréhension complète des offres de concours par JÈZE : *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, op. cit., pp. 446 à 479.

¹²⁸⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 148. LAFERRIÈRE utilise l'intitulé « Contrats administratifs autres que les marchés », qui dénote qu'il place les marchés au centre de la matière non théorisée des contrats administratifs, alors que JÈZE, dans sa théorie, relativise la place des marchés en l'opposant au procédé contractuel de la concession de service public. L'approche est différente mais l'importance du procédé contractuel administratif du marché est néanmoins appréhendée chez JÈZE, mais par opposition au procédé de la concession.

publics avec rémunération en nature¹²⁸⁸. Du fait de la complexité autour de la qualification juridique de ce contrat, la jurisprudence n'est pas unanime dans les années 1930¹²⁸⁹. La Cour de cassation voit dans ce type de contrat « une vente du domaine », et par conséquent un contrat de droit privé, régi par le droit privé et impliquant la compétence contentieuse des tribunaux judiciaires¹²⁹⁰. Par contre, le Tribunal des conflits a jugé, quant à lui, qu'il s'agissait d'une convention en vue de l'exécution de travaux d'intérêt public¹²⁹¹. Autrement dit, le Tribunal des conflits qualifie juridiquement les concessions de crénants futurs de marché de travaux publics¹²⁹².

790. En deuxième lieu, il détaille comme des contrats administratifs ce qu'il qualifie de baux de sources minérales appartenant à l'État, aux départements et aux communes. Il les appréhende comme l'exploitation de ces sources, qui serait érigée en service public proprement dit. C'est une sous-catégorie contractuelle entrant dans la qualification juridique de « concession de service public »¹²⁹³. Ensuite, JÈZE détaille ce qu'il qualifie « d'opération juridique administrative »¹²⁹⁴, mais qui n'est pas un contrat administratif, dès lors n'intéresse pas la problématique de cette étude.

791. Pour conclure ce paragraphe, il faut mettre en évidence que la théorisation des contrats administratifs de Gaston JÈZE est un aboutissement s'inscrivant, d'un côté, dans l'œuvre globale de JÈZE, de l'autre, s'inscrivant dans ce que l'on qualifie d'âge d'or de la doctrine administrativiste, avec le triumvirat HAURIOU, DUGUIT, JÈZE, dont le dernier représente un aboutissement. Cette consolidation typologique sans précédent permet de déduire une classification des contrats administratifs d'envergure. En effet, dans son approche typologique des contrats administratifs, la mise en lumière d'éléments essentiels fondant les différents types de contrats administratifs, est une étape importante franchie, pour la matière des contrats administratifs. JÈZE pose les fondations du droit des contrats

¹²⁸⁸ JÈZE souligne que LAFERRIÈRE a une analyse différente en la matière. Voir : LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., 2^e éd., 1896, t. 1, p. 608 et suivantes.

¹²⁸⁹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 481.

¹²⁹⁰ Civ. 2 mai 1848, cf. *Rec. Lebon*, 1850, p. 640. Cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 481.

¹²⁹¹ TC, 1^{er} juillet 1850, de *Gouvello c/ l'État*, *Rec. Lebon*, pp. 640 à 642 ; ou encore TC, 31 mai 1851, *Duhamel*, *Rec. Lebon*, pp. 405 à 408 ; cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 482.

¹²⁹² JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 482.

¹²⁹³ Voir sur type de contrat : *Ibid.*, pp. 482 à 485.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, p. 485 et suiv.

administratifs français, et par conséquent du droit des marchés publics, dont la construction continue encore aujourd'hui, via la source principale du droit communautaire¹²⁹⁵.

§ 2 : La mise en lumière d'une classification typologique moderne dans la théorie des contrats administratifs de Gaston JÈZE

792. La typologie de Gaston JÈZE, en matière de contrat administratif, est très complète et construite, permettant de franchir un cap inédit dans l'appréhension conceptuelle des différents types de contrat ayant un caractère administratif. Cette consolidation typologique des contrats administratifs français dans la théorie de Gaston JÈZE, met en évidence des critères de classification, permettant de déduire une classification satisfaisante de ces contrats.

A) Le critérium ressortant de la typologie des contrats administratifs de Gaston JÈZE

793. Pour opérer une classification, il faut nécessairement un degré de convergence minimum entre les composantes à classer. Toute classification sous-tend la mise en lumière de critères permettant de classer les différentes composantes dans des catégorisations, elles-mêmes insérées dans des sous-catégories. ROUQUETTE, dans une approche moderne concernant la classification des contrats administratifs, souligne qu'une classification pour être opératoire suppose diverses conditions. Il faut un nombre restreint de critères, peu de dérogations, afin que la classification soit simple et compréhensible, et des notions parfaitement définies des objets juridiques à classer¹²⁹⁶. JÈZE a rempli ces conditions préalables à toute classification opératoire, dans sa théorisation des contrats administratifs.

1) Le critère central de l'« administrativité » du contrat

¹²⁹⁵ Voir sur ce point : KALFLECHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, Thèse droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2004.

¹²⁹⁶ ROUQUETTE Rémi, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, Juillet/août 1995, p. 483.

794. Dans un premier temps, il s'agit, pour appréhender les contrats administratifs, de les identifier et de les positionner sur l'échiquier de la pratique juridique contractuelle. Les contrats administratifs, dans la France postrévolutionnaire, n'existent que par leur caractère exorbitant de droit commun aux contrats de droit privé de l'article 1101 du Code Civil¹²⁹⁷ conclus entre citoyens, mais aussi avec l'Administration dans certains cas déterminés. Ainsi, la terminologie de « contrat de l'administration » n'est pas synonyme de contrat administratif, car dans les contrats conclus par l'Administration, on trouve des contrats de droit privé et des contrats ayant un régime juridique de droit public, exorbitant de droit commun. Une fois ce préalable passé, l'appréhension du caractère administratif apparaît logiquement, comme premier critère de classification des contrats administratifs. Ce premier critère est à la fois, le premier et le dernier, parce qu'il dépend intrinsèquement de la complémentarité des autres critères, fondant la qualification juridique générique de contrat administratif.

795. La détermination du caractère administratif de chaque type de contrat utilisé par l'Administration – afin de combler ses besoins dans une perspective de fonctionnement optimum du service public – est mise en évidence au cas par cas. Un contrat est administratif, soit par détermination d'un texte du législateur, soit par la mise en lumière d'un critère jurisprudentiel, mais dans les faits, cela s'avère être souvent une combinaison des deux procédés. Ainsi, dans les contrats administratifs postrévolutionnaires, la jurisprudence s'appuyait sur une interprétation des textes du législateur pour déterminer, si un contrat de l'Administration aura un régime exorbitant du droit civil ou pas.

796. Ainsi, dans la typologie des contrats administratifs développée par Gaston JÈZE, le premier élément essentiel, mis en évidence dans les quatre principaux types de contrat administratif, est le caractère administratif. En effet, le point de convergence essentiel entre tous les contrats administratifs est le caractère administratif, avec tout ce que cela implique en terme de régime juridique. Le plus administratif de tous ces contrats est la concession de service public¹²⁹⁸. Les trois catégories de marchés, à savoir les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures et de transports, appartiennent aux types de contrats les plus

¹²⁹⁷ Code Civil, article 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

¹²⁹⁸ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 342.

courants et les plus génériques, parmi les contrats administratifs appréhendés par le théoricien Gaston JÈZE.

797. Le fondement du caractère administratif est différent d'un type à l'autre de contrat administratif. La qualification juridique de marchés de travaux publics correspond à un contrat administratif par détermination de la loi du 28 pluviôse an VIII (art. 4), élément déterminant qu'il partage avec la concession de travaux publics¹²⁹⁹, dans une logique d'interpénétration entre ces deux types de contrats administratifs détaillés précédemment.

798. Dans le cas des marchés de fournitures, le caractère administratif est aussi déterminé par un texte, en l'occurrence le décret du 11 juin 1806, qui, sur le fondement de son article 13, soumet sans distinction à la compétence contentieuse du Conseil d'État, tous les marchés passés par les ministres « pour le service de leurs départements respectifs »¹³⁰⁰. Dans la lignée des marchés de fournitures, les marchés de transports ont un caractère administratif, en vertu du même texte, le décret du 11 juin 1806, du fait que ce type de contrat administratif n'est pas autonome des marchés de fournitures, et s'insère dans leur régime juridique.

799. La question du caractère administratif des contrats, et plus encore des marchés, est une question clé dans la problématique de cette étude, parce que ce sont les marchés en tant que contrats administratifs qui représentent la substance juridique de base de l'émergence du concept juridique de marchés publics en droit administratif français. Il est très important de mettre en évidence leur caractère administratif, condition d'entrée dans le champ de notre problématique, comme fait précédemment¹³⁰¹. Il s'agit ici de mettre en évidence que le caractère administratif est le premier des points de convergence entre les différents types de contrats administratifs conclus à titre onéreux, les marchés. C'est-à-dire que les deux types de marchés autonomes, ceux de travaux publics et de fournitures, sont tous deux des contrats administratifs de première importance, dans la théorisation « jézienne ». Ce caractère administratif des contrats est rattaché de manière intrinsèque, à la présence d'un accord de volonté pour qu'il y ait contrat, et pour qu'il soit administratif

¹²⁹⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 2.

¹³⁰⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 138.

¹³⁰¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1, § 2.

que cet accord de volonté soit conclu en vue du fonctionnement d'un service public. Cette approche est celle de JÈZE ou même de BONNARD, et plus généralement, celle des administrativistes de l'École du service public, fondée par Léon DUGUIT. De manière générale, ce sont les contrats administratifs de l'État qui sont visés, car les contrats passés par les collectivités locales, ou encore par les colonies sont des cas particuliers qui ont connu une évolution différente et surtout plus lente, la priorité étant du côté du régime juridique des contrats administratifs de l'État.

800. Il ne faut tout de même pas perdre de vue que le caractère administratif d'un contrat est à la fois la cause et la conséquence des autres critères fondant la qualification juridique de contrat administratif.

2) Le critère matériel de l'objet du contrat administratif

801. Les différents types de contrat administratif répondent à des besoins différents de l'Administration. Pour cela, ils ont des objets qui varient d'un type de contrats administratifs à un autre. Les objets des contrats administratifs sont dans l'absolu un élément caractéristique important, fondant une qualification juridique plutôt qu'une autre. Ainsi, pour appréhender la différence des marchés de travaux publics avec les marchés de fournitures, l'objet apparaît logiquement comme le premier critère de différenciation. La doctrine administrativiste du XIX^e siècle l'avait parfaitement saisi.

802. Dans d'autres cas, l'objet du contrat administratif est le même, par conséquent, il faut mettre en exergue d'autres critères. Le cas des marchés de travaux publics et celui de la concession de travaux publics sont manifestes en l'occurrence. Il faut faire appel à d'autres critères que l'objet, pour différencier les deux types de contrats administratifs qui souffrent d'une interpénétration typologique relatée précédemment.

803. Les biens immobiliers, en tant qu'objet contractuel, sont un besoin important de l'Administration, pour assurer le fonctionnement des services publics. Pour satisfaire ce besoin au sens strict du terme, seul le marché de travaux publics fournit uniquement un bien immobilier, que l'on qualifie juridiquement de travail public ou d'ouvrage public. Cet

objet de contrat administratif emporte, plus qu'aucun autre, le caractère administratif, au travers de la qualification juridique de travaux publics, consistant dans la construction ou l'entretien d'un ouvrage public. JÈZE sur ce point, dit sans équivoque, que lorsque les besoins de l'Administration en matière de service public portent sur des « choses immobilières », le type de contrat administratif utilisé est ordinairement le marché de travaux publics¹³⁰². Mais ce n'est pas le seul type de contrat administratif fournissant un bien immobilier, un travail public à l'Administration. La concession de travaux publics fournit également un travail public à l'Administration, mais à la différence notable du procédé du marché, la concession ne fournit pas que cela. En effet, le procédé de la concession ne comble pas un simple besoin de l'Administration en biens immobiliers, au travers de la construction ou de l'entretien d'un ouvrage public, mais aussi un besoin de s'appuyer sur un concessionnaire, pour exploiter un service public, dans des conditions optimales.

804. Autre besoin important à satisfaire, pour le bon fonctionnement du service, est celui en biens mobiliers qui recouvrent une grande diversité d'objets. Cette grande diversité implique une multiplicité de taille, de poids, de valeur financière. La réalité, que recouvrent les besoins en biens mobiliers, est donc très étendue. Le type de contrat administratif, utilisé couramment par l'Administration pour satisfaire ce besoin précis, est le marché de fournitures. Ce type de contrat satisfait uniquement le besoin de l'Administration et du service public, moyennant un paiement monétaire. Le procédé de marché semble le plus approprié pour satisfaire ce type de besoin, qui sous-tend, le plus souvent, un faible montant. Il faut aussi mentionner un nombre important de marchés de fournitures passés, notamment dans les périodes marquées par des guerres, car les fournitures pour besoins de guerres sont très nombreuses et très diverses. Le marché de fournitures semble être le seul type de contrat administratif répondant au mieux à ces besoins ciblés de l'Administration en biens mobiliers. JÈZE abonde en ce sens, précisant que les besoins de l'Administration, pour le fonctionnement du service public de l'ordre des « choses mobilières », lui sont procurés par la passation d'un marché de fournitures¹³⁰³.

¹³⁰² JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 297.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 297.

805. La dernière catégorie générique de besoin de l'Administration pour assurer le bon fonctionnement des services publics est la prestation de services. Les prestations de services, auxquelles peut avoir recours l'Administration dans le cadre du fonctionnement des services publics, peuvent se voir satisfaites par la passation de divers types de contrat ayant le caractère administratif. La satisfaction exclusive d'une prestation de services peut être obtenue moyennant un paiement monétaire de l'Administration à un cocontractant, via la passation d'un marché de fournitures de services. Pour les besoins en services onéreux plus ciblés, le marché de transports est un type de marché s'insérant dans le régime juridique des marchés de fournitures de biens et services, fournissant à l'Administration une prestation de services ciblée, une prestation de transports. JÈZE, concernant les prestations de services nécessaires au bon fonctionnement du service public, cible particulièrement ce qu'il qualifie de « prestations autres que des choses matérielles », besoins auxquels « les contrats administratifs de transports » répondent¹³⁰⁴. La concession de service public, dans une certaine mesure, a pour objet de réaliser des prestations de services. Ainsi, la concession ne fournit pas seulement un travail public, matérialisé par la construction ou l'entretien d'un ouvrage public, dans le cas d'une concession de travaux publics, mais aussi une prestation de services, lors de l'exploitation du service public concédé par l'Administration.

806. Les biens immobiliers, les biens mobiliers et les prestations de services sont les trois catégories génériques d'objets de contrats administratifs, permettant de les identifier matériellement par le besoin qu'elles comblent, pour assurer le bon fonctionnement du service public.

3) Le critère matériel du moyen de paiement

807. Le paiement par l'Administration de son cocontractant, dans le cadre de la passation d'un contrat administratif, est un point crucial du contrat. Il peut se faire, selon différents modes, au nombre de deux. D'un côté, ce que JÈZE appelle une « rémunération en argent »¹³⁰⁵, c'est-à-dire que le paiement s'effectue au moyen d'une somme monétaire précise. De l'autre, on trouve un autre mode ordinaire de paiement du cocontractant, par l'obtention du droit de percevoir une redevance sur les usagers du service public concédé.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 326.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 327.

808. Le paiement en argent permet à l'Administration de satisfaire rapidement un besoin bien ciblé en biens immobiliers, mobiliers ou en prestations de services. Ce paiement sous-tend que l'Administration a le budget nécessaire pour payer son cocontractant, car elle doit prévoir une somme monétaire en contrepartie de la satisfaction de ses besoins. Les exemples de contrat administratif rémunéré en argent sont les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, ou encore les marchés de transports. Mais dans le cas des marchés de travaux publics, JÈZE précise que la rémunération peut être en argent ou autre, lorsqu'une concession de travaux publics se superpose au marché, ce que ROUQUETTE classe dans « les contrats à pluralité de contreparties »¹³⁰⁶.

809. L'Administration peut rémunérer son cocontractant, en lui permettant de percevoir une redevance sur les usagers du service public concédé. Ce mode de paiement est intrinsèquement lié à la concession de service public.

810. Le mode de paiement utilisé par l'Administration pour dédommager son cocontractant, dans le cadre d'un contrat administratif, est un critère important dans la détermination typologique des contrats administratifs. Rémi ROUQUETTE, sur ce point, utilise la terminologie de « contreparties fournies par l'administration » pour désigner ce critère faisant partie de la définition du marché. Il souligne les limites de ce critère, du fait essentiel de l'insuffisance de définition de la notion de prix¹³⁰⁷. C'est en ce sens, qu'il faut croiser plusieurs critères pour fonder, de manière satisfaisante, une qualification juridique, car l'utilisation d'un seul serait insuffisant. En effet, chaque mode de rémunération des contrats administratifs est à rapprocher d'un procédé contractuel administratif déterminé.

4) Le critère classique de la compétence contentieuse

811. Ce critère de la compétence contentieuse est très important dans la détermination du caractère administratif des contrats de l'Administration, et ce, dès le début du XIXe siècle. L'appréhension des marchés de travaux publics ou de ceux de fournitures par les premiers

¹³⁰⁶ ROUQUETTE Rémi, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *op. cit.*, p. 488.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 484.

auteurs de la doctrine administrativiste postrévolutionnaire est manifeste sur ce point¹³⁰⁸. Les contrats, dont le contentieux dépend des juridictions judiciaires, entrent dans le champ de l'article 1101 du Code civil. *A contrario*, les contrats, dont le contentieux dépend de la juridiction administrative, sont des contrats exorbitants de droit civil et du contrat de l'article 1101 du Code civil. Le premier exemple est le marché de travaux publics, dont la compétence contentieuse relève de la juridiction administrative, en vertu de l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse an VIII. Cet élément pratique emporte logiquement le caractère administratif d'un contrat. JÈZE précise que ce critère ne semble pas très important dans la théorie, mais capital dans la pratique.

5) Le critère de la responsabilité du cocontractant de l'Administration

812. Dans la définition typologique des principaux contrats administratifs dans la théorie de Gaston JÈZE, le critère de la responsabilité du cocontractant de l'Administration est présent dans les principaux types de contrat décrits par JÈZE, du marché de fournitures à la concession de service public. JÈZE souligne que cette responsabilité du cocontractant de l'Administration est un « élément essentiel »¹³⁰⁹, dans la définition typologique des principaux contrats administratifs, qu'il développe dans sa théorie.

813. Le principe est la responsabilité du cocontractant de l'Administration, dans les différents types de contrats administratifs. Les aléas économiques, que peuvent subir le cocontractant et par conséquent l'équilibre économique du contrat, sont censés être pris en compte dans les calculs et prévisions du cocontractant, préalablement à la passation du contrat administratif¹³¹⁰. En vertu de cela, le contrat administratif est passé aux risques et périls du cocontractant de l'Administration. Ce principe s'applique aux contrats administratifs, développés par JÈZE dans sa théorie, des marchés de fournitures aux concessions de service public, en passant par les marchés de travaux publics. Ce critère important de la responsabilité du cocontractant est commun aux principaux types de contrat administratif. JÈZE, sur ce point, précise que si l'Administration ne suivait pas ordinairement ce principe, le contrat rejoindrait les caractéristiques de la régie simple. Dans le cas d'un marché de fournitures par exemple, l'Administration laisse le poids,

¹³⁰⁸ Cf. *supra*, Part. I, titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 2, § 2.

¹³⁰⁹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 327.

¹³¹⁰ CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, op. cit., Rec. Lebon, p. 121, RDP, 1918, p. 248. Cité in JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, op. cit., p. 327.

notamment économique, des risques et périls reposer entièrement sur le fournisseur¹³¹¹. Mais ce principe trouve son exception dans la théorie de l'imprévision. La Première Guerre mondiale et toutes ses conséquences ont des répercussions sur certains contrats administratifs de cette période. Cette théorie implique des circonstances tout à fait exceptionnelles, pour que l'Administration revoit les conditions du contrat administratif. La théorie de l'imprévision est mise sur pied par la jurisprudence du Conseil d'État, dans ce contexte de la Première Guerre mondiale¹³¹².

814. La condition de base, à toute classification, est la mise en évidence d'un critérium, c'est-à-dire d'un ensemble de critères permettant une classification, ce que réalise JÈZE dans la définition conceptuelle des principaux types de contrats administratifs. La construction des définitions typologiques de JÈZE est un aboutissement synthétique, par rapport à ses prédécesseurs, tel PERRIQUET, même si les prémices de cette synthèse sont perceptibles chez LAFERRIÈRE.

B) La classification déductible des contrats de l'Administration de Gaston JÈZE

815. La mise en évidence d'un critérium opératoire des contrats administratifs par Gaston JÈZE, dans sa théorie, est inédite, tel un aboutissement des productions doctrinales du XIXe siècle, en matière de contrat administratif. L'ordre dans lequel JÈZE développe les différents types de contrat administratif permet de déduire une classification, croisée avec le critérium dégagé dans son approche typologique. JÈZE opère des classifications internes à chaque type de contrat administratif qu'il développe, mais il ne termine pas cette classification en distinguant des « familles » de contrat administratif, que le critérium qu'il pose laisse entrevoir. En cela, réside une des limites de la théorie des contrats administratifs de JÈZE.

1) Le procédé contractuel administratif du marché : le contrat administratif conclu à titre onéreux

¹³¹¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 328.

¹³¹² CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, op. cit., GAJA, p. 177. Cité in RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 267.

816. La première catégorie de contrat administratif, qui se détache clairement de l'ensemble des contrats administratifs, est celle des contrats conclus à titre onéreux, à savoir les marchés. Certains « administrativistes » des deux premiers tiers du XIXe distinguaient les marchés autonomes de travaux publics et de ceux de fournitures. Déjà, dans le traité de LAFERRIÈRE, le procédé contractuel du marché se détachait clairement, et il était même placé au centre des contrats administratifs. Ainsi, il détaillait dans l'ordre les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, puis ce qu'il qualifiait de « contrats administratifs autres que les marchés »¹³¹³. Suivant cette lignée, se situe l'approche de JÈZE. Les trois premiers types de contrat administratif, qu'il appréhende dans sa théorisation, sont les marchés de fournitures, les marchés de transports, et les marchés de travaux publics.

817. JÈZE met en évidence les critères, les éléments essentiels fondant les qualifications juridiques distinctes de marchés de travaux publics et de marchés de fournitures. Il complète cette approche pour réaliser une classification interne à chacun de ces types de marchés. Mais il n'établit pas de classification externe qualifiant les marchés comme un procédé contractuel générique, tels qu'ils sont appréhendés aujourd'hui, depuis la promulgation du premier Code des marchés publics (CMP) de 1964. En synthétisant les critères convergents entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, notamment celui du mode de rémunération du contrat administratif, on peut identifier et réunir les différents types de marchés dans une catégorie générique, assimilable au procédé contractuel administratif du marché. JÈZE réunit tous les éléments pour arriver à cette synthèse doctrinale, sans le faire explicitement de lui-même, dans la lignée de LAFERRIÈRE ou même de PERRIQUET. Ils raisonnent le « marché » en tant que contrat administratif autonome, démembré en marché de travaux publics, marché de fournitures, ou encore marché de transports. Le rapprochement conceptuel entre ces trois types de contrat, dont deux ont des régimes autonomes, se fait de manière progressive. La base de cette mise en évidence de critères convergents est posée par LAFERRIÈRE dans son traité, mais JÈZE achève d'exposer clairement les critères convergents entre les deux types de marché ayant des régimes juridiques autonomes¹³¹⁴. C'est dans l'exposition de ces critères de convergence entre les deux types de marché autonome, issus de la pratique

¹³¹³ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 148.

¹³¹⁴ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, pp. 327 à 341.

administrative postrévolutionnaire, que réside un ressort essentiel dans *l'émergence du concept juridique de marchés publics en droit administratif*.

2) Le procédé contractuel administratif de la concession

818. La construction d'une catégorie contractuelle présuppose son opposition à d'autres contrats, afin de délimiter sa définition. Le procédé contractuel administratif du marché remonte à la pratique administrative de la période révolutionnaire, ainsi que de textes ciblés posant les bases de son régime juridique. Dès le début, ce procédé du marché est en concurrence avec celui de la concession, qui en l'absence de définition juridique précise et construite peut être entendu au sens large, durant la majeure partie du XIXe siècle, et au-delà¹³¹⁵. Ces deux procédés contractuels utilisés par l'Administration trouvent leurs fondements dans les pratiques de l'Administration de l'Ancien Régime¹³¹⁶.

819. Les contrats que JÈZE appréhende, comme des concessions de service public, se distinguent essentiellement du procédé du marché sur le critère du mode de rémunération du cocontractant de l'Administration. Le marché implique une rémunération en argent, et la concession un droit pour le concessionnaire de se rémunérer sur les redevances perçues sur les usagers du service public concédé. Mais comme appréhendé précédemment, ce ne sont pas les seules différences de régime juridique. La différence notoire réside dans le fait que la concession de service public est un procédé contractuel de l'Administration, tournant essentiellement autour d'une seule typologie contractuelle, celle de la « concession de service public », même si on distingue, selon le moment, des concessions de travaux publics, ou des concessions de crénants futurs, etc. Le procédé contractuel de la concession n'est pas démembré en plusieurs types de contrat administratif avec des régimes juridiques autonomes, comme le procédé du marché peut l'être.

820. Il faut tout de même relativiser la théorie de JÈZE, qui apporte en la matière une grille de définition typologique des principaux contrats administratifs. Cependant, la confusion praticienne entre les marchés de travaux publics et la concession de service public, durant le XIXe siècle, n'a pas été réglée par la théorisation de JÈZE. Par contre, il

¹³¹⁵ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 1, Sect. 1.

¹³¹⁶ Voir : MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, *op. cit.*

l'appréhende de manière claire, dans la lignée de l'analyse de LAFERRIÈRE¹³¹⁷ sur ce point.

3) Les contrats de droit civil de l'Administration

821. JÈZE place une autre catégorie dans sa grille d'analyse typologique des contrats de l'Administration : les contrats de l'Administration relevant du droit civil. Ils représentent une catégorie importante, s'insérant dans la problématique de cette étude, du fait que la qualification juridique de marché de travaux publics et de marché de fournitures des collectivités locales est, comme le souligne JÈZE, rattachée à un régime de droit civil jusqu'en 1903, et l'arrêt du Conseil d'État *Terrier*¹³¹⁸.

822. Soulignée dans la première partie de cette étude, la qualification juridique de marché de travaux publics ou de marché de fournitures est hybride, entre le rattachement des marchés de l'État au régime de droit public, dès la période révolutionnaires, et les marchés des collectivités locales, qui sont maintenus, par la pratique, dans un régime de droit civil, durant tout le XIXe siècle, conférant ainsi, un caractère hybride aux qualifications juridiques de marché de travaux publics et de marché de fournitures. Ce que Charles-Henry VAUTROT-SCHWARZ qualifie explicitement de « hiatus » dans la qualification juridique des différents types de contrat administratif¹³¹⁹, ayant comme but la satisfaction d'un besoin de l'Administration similaire : marché de travaux publics, concession de travaux publics, etc.

823. Certains contrats de l'Administration relèvent sans ambiguïté d'un régime de droit civil, comme les contrats conclus entre un service public industriel et commercial et ses usagers. De manière générale, les contrats conclus par l'Administration, hors du cadre du fonctionnement d'un service public administratif, se rattachent à un régime de droit privé¹³²⁰. Tous les contrats passés par l'Administration, que la loi ne détermine pas comme étant administratif, et qui n'entrent pas dans le critérium jurisprudentiel pour déterminer si

¹³¹⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 148.

¹³¹⁸ CE, 6 février 1903, *Terrier*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 94 et suiv. ; GAJA, p. 72.

¹³¹⁹ VAUTROT-SCHWARZ Charles-Henry, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, p. 250. Il expose une difficulté au centre de la problématique de cette étude, parlant du « hiatus qui peut exister entre la catégorie du marché public, contrat de droit commun pour la satisfaction des besoins en travaux, services ou fournitures de l'administration, et les autres catégories de contrats permettant d'atteindre le même but ».

¹³²⁰ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire*, Rec. Lebon, pp. 91 à 92, GAJA, p. 229.

un contrat est administratif ou non, sont des contrats de l'Administration relevant du droit privé. Ce type de contrat apparaît comme une troisième catégorie de contrat de l'Administration, à côté des procédés contractuels administratifs du marché, et de la concession. Les contrats privés de l'Administration sont, au XIXe siècle, la référence ayant la qualification de contrat de droit commun, et ce, par opposition aux contrats administratifs, en tant que contrats exorbitants du droit commun, qui se sont construits dans leur acception moderne, dès le début du XIXe siècle. La classification déductible, ressortant de la typologie des contrats administratifs, exposée par JÈZE dans sa théorie, pose, pour la première fois, les fondements d'une classification moderne des contrats administratifs, qui perdure encore, dans les manuels d'aujourd'hui, à quelques exceptions près. C'est un ressort important, ou du moins incontournable de l'émergence du concept juridique de marchés publics.

824. En conclusion de cette section, il faut appréhender l'œuvre de JÈZE comme un tout, embrassant le droit public dans une globalité étonnante, avec tout ce qui est adjacent à sa conception de l'État, du droit administratif, du service public, des finances publiques. La première théorie des contrats administratifs de JÈZE s'insère complètement dans ce tout. Ainsi, l'ensemble de l'œuvre de JÈZE et sa technique expliquent sa capacité à théoriser les contrats administratifs avec cette efficacité : poser les critères permettant d'établir des qualifications juridiques contractuelles plus rigoureuses qu'auparavant. JÈZE, l'économiste, le financier public, le tenant de l'École du service public a permis d'appréhender en tant qu'administrativiste le contrat administratif, qui a une incontestable dimension économique, dont les ambitions purement capitalistes sont jugulées par la poursuite de l'intérêt général, dans le cadre du service public. Cette appréhension théorique des contrats de l'Administration passe par l'analyse de tous les acteurs du droit public, jurisprudence, législateur, doctrine, toujours pris sous le prisme de ce qu'il qualifie « des faits sociaux, économiques, politiques »¹³²¹. Cette théorie contient ses limites obligatoirement comme toutes les productions de sciences humaines, car l'humain est limité par son humanité. JÈZE ne réalise pas seulement une théorie des contrats administratifs, mais de manière plus globale, des contrats de l'Administration, du fait qu'il positionne parfaitement les contrats à caractère administratif et ceux relevant du droit civil. La technique juridique de JÈZE semble être le sésame d'une nouvelle ère doctrinale, tant

¹³²¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Dalloz, 3^e éd., t. 1, 2005, Voir le résumé au verso de la couverture.

ses approches sont complètes et construites, par rapport à la doctrine administrative d'avant 1880. Jean-Jacques BIENVENU souligne, en ce sens, que JÈZE marque le passage à l'ingénierie juridique dans la doctrine administrative¹³²². Son apport, en matière de contrat administratif, n'est qu'une illustration parmi d'autres, de ce phénomène. Aussi critiquée soit-elle par ses successeurs, la théorie des contrats administratifs de Gaston JÈZE reste incontestablement la première de la matière. C'est donc JÈZE, qui a posé les fondements de la matière des contrats administratifs, au moyen de matériaux fournis par la doctrine administrative du XIXe, au premier rang se situe LAFERRIÈRE¹³²³. D'autres auront la formule qu'il a tiré la matière du « néant »¹³²⁴, en réalisant, ce que Laurent RICHER qualifie « de première grande synthèse »¹³²⁵. Par l'aboutissement croissant des définitions typologiques, qu'il pose en matière de marché de travaux publics, marché de fournitures, de transports, il met parfaitement en lumière les critères de convergence entre les différents types de marché.

825. Comme toute œuvre doctrinale d'envergure, la théorie des contrats administratifs de JÈZE est soumise aux critiques de la doctrine qui lui succède. Cela commence par les théoriciens qui lui succèdent (**Section 2**), en mettant sur pied leur vision théorique propre de ce même objet du droit administratif. En aparté, il est intéressant de noter, que les détracteurs immédiats de sa théorie n'ont pas eu, pour certains, la même rigueur universitaire que lui – notamment dans l'exactitude de leurs notes *infrapaginales* – accréditant une nouvelle fois l'adage « la critique est facile, l'art est difficile ». Concernant des critiques plus actuelles, Christophe GUETTIER, dans son ouvrage sur les contrats administratifs, met en avant l'insuffisance de cette « primo-théorisation »¹³²⁶, dans la lignée des critiques de Georges SALON qui la qualifie de « lacunaire et hétérogène »¹³²⁷. Que ces critiques soient légitimes ou pas – elles le sont probablement dans une certaine mesure – ce n'est pas central dans la réponse à la problématique de cette étude. En effet, la « primo-théorisation jèzienne » des contrats administratifs a le mérite certain d'être la première, celle qui fait passer le contrat administratif d'un stade d'abstraction conceptuel à un stade d'abstraction d'objet juridique théorisé. Pour réaliser cette « primo-théorisation »

¹³²² BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *op. cit.*

¹³²³ Voir les nombreuses références à LAFERRIÈRE et son « *Traité...* », dans « *Les principes...* » de JÈZE.

¹³²⁴ VEDEL Georges, DELVOLLE Pierre, *Droit administratif*, PUF coll. Thémis, 12^e éd., t. 1, 1992, Paris, p. 537.

¹³²⁵ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 26.

¹³²⁶ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis droit, 3^e éd., 2004, pp. 28-29.

¹³²⁷ SALON Georges, « Gaston Jèze et la théorie des contrats administratifs », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 71.

des contrats administratifs, JÈZE doit augmenter le niveau d'abstraction des définitions des principaux types de contrat administratif que sont les marchés en général. Par l'aboutissement croissant des définitions typologiques, qu'il pose en matière de marché de travaux publics, marché de fournitures, de transports, il fait ressortir les critères de convergence entre les différents types de marché. De ce fait, la théorie « jézienne » peut être assimilée à un ressort majeur dans la formation du concept de marché public.

Section 2 : La consolidation théorique du contrat administratif dans la phase de « pré-codification » des marchés publics

826. La première théorisation des contrats administratif par Gaston JÈZE est en quelque sorte la première pierre posée dans la construction théorique du contrat administratif. Les administrativistes, qui succèdent à JÈZE dans cet exercice, vont contribuer à consolider une théorie classique du contrat administratif, en apportant des compléments et des positions singulières. Les deux théories des contrats administratifs succédant à celle de JÈZE, qui nous intéressent, sont celle de PEQUIGNOT (**Sous – section 1**) et de LAUBADÈRE (**Sous – section 2**). Ces deux théories d'envergure interviennent dans ce que nous qualifions de phase de pré-codification des marchés publics, les plaçant de ce fait comme ressort d'abstraction de la notion de marché.

Sous - section 1 : Le point de vue théorique de Georges PEQUIGNOT en matière de contrat administratif (1945-1953)

827. Aussi sûrement que Gaston JÈZE est l'auteur de la première théorie des contrats administratifs, Georges PEQUIGNOT est l'auteur de la seconde¹³²⁸. Plus qu'un complément théorique, il pose sa conception face à celle de JÈZE. Les deux universitaires s'affronteront d'ailleurs sur ce point, par productions doctrinales interposées. PEQUIGNOT est professeur à la faculté de droit de Montpellier, JÈZE est à celle de Paris, l'appréhension des contrats administratifs diffère d'une chapelle à l'autre. PEQUIGNOT synthétise une classification typologique des plus pertinentes (§ 1), reposant sur un

¹³²⁸ PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, Paris, 1945.

critérium différent de celui de JÈZE, ou du moins ne mettant pas les mêmes critères au centre de son approche (§ 2).

§ 1 : La classification typologique des contrats de l'Administration de Georges PEQUIGNOT

828. PEQUIGNOT, dans sa théorie, pose une classification typologique des contrats de l'Administration, qui se veut critique et alternative quant à sa conception, par rapport à celle de JÈZE. Là où JÈZE exposait les définitions typologiques des différents contrats de l'Administration à la suite, PEQUIGNOT opère une classification explicite en deux catégories de contrat de l'Administration. Ce qui n'empêche pas PEQUIGNOT de rendre hommage à son prédécesseur, qui a rendu possible la première présentation d'une théorie générale des contrats de l'Administration¹³²⁹. JÈZE reste une référence incontournable de tous ceux qui abordent les contrats administratifs. Il est un peu le Christophe Colomb des contrats administratifs français.

A) Les contrats administratifs qualifiés *a priori* par la loi

829. Dans sa théorie, PEQUIGNOT¹³³⁰ dresse une classification typologique des différents contrats administratifs, dont le caractère administratif est déterminé *a priori* par un texte de loi précis. Cette classification typologique des contrats administratifs, et au-delà de l'Administration, ne repose pas sur la même conception que celle de JÈZE précédemment développée. Il détaille les définitions juridiques des différents types de contrat administratif dans un ordre différent de celui de JÈZE, explicitant deux conceptions distinctes.

1) Le marché de travaux publics : une qualification juridique « attractive »

830. Du début du XIXe siècle aux années 1950, la qualification de marché de travaux publics en tant que contrat ayant le caractère administratif semble une constante dans l'élaboration du droit administratif des contrats. PEQUIGNOT appréhende « le marché de

¹³²⁹ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 3.

¹³³⁰ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, Librairies techniques, Extrait du juris-classeur administratif, 1954.

travaux publics »¹³³¹, comme un type de contrat administratif au singulier par défaut, contrairement aux « marchés de fournitures ». Cela met en évidence, la certaine unité d'objet de ce type de contrat administratif, par rapport à d'autres qui auraient un objet beaucoup plus pluriel, comme les marchés de fournitures. JÈZE ne fait cette nuance singulier/pluriel que dans le cas des « marchés de transports »¹³³².

831. PEQUIGNOT appréhende le marché de travaux publics comme « le plus important des contrats administratifs nommés ». Ce type de contrat est le contrat administratif, dont les compétences et le régime administratif sont les mieux définis. PEQUIGNOT précise ce qui est de séculaire notoriété juridique – comme précisé précédemment¹³³³ – le marché de travaux publics est un contrat ayant le caractère administratif par détermination de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), posant la compétence du Conseil de préfecture en matière de contentieux s'y rapportant¹³³⁴. PEQUIGNOT les définit comme « le contrat conclu entre une personne administrative et un entrepreneur par lequel l'entrepreneur s'engage, moyennant une rémunération qui sera payée par la personne administrative, à construire ou à entretenir un immeuble dans un but d'utilité générale »¹³³⁵.

832. PEQUIGNOT met explicitement en évidence que la difficulté pour savoir si un contrat est un marché de travaux publics, il faut déterminer si l'objet du contrat est qualifiable de travail public. Autrement dit, il faut savoir si les prestations à effectuer par l'entrepreneur, le sont bien pour le compte d'une personne administrative, s'appliquent à un immeuble, et ont bien un but d'utilité publique. Le but d'utilité générale en matière de travaux publics a une appréhension plus extensive que le but de service public des autres contrats administratifs¹³³⁶, en attendant la définition de travail public de l'arrêt du Tribunal des conflits *Effimieff*¹³³⁷, postérieur à l'écriture de cette théorie. Cette notion d'utilité publique, aussi extensive soit-elle, connaît des limites. PEQUIGNOT souligne que le

¹³³¹ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fascicule n°500, pp. 7-8.

¹³³² JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 3, p. 331.

¹³³³ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Section 1, § 2.

¹³³⁴ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 7.

¹³³⁵ PEQUIGNOT renvoie à deux arrêts : Civ. 8 mars 1943, *Cournaud et Cie* ; et CE, 10 novembre 1944, *Société Nord-africaine d'industrie et de commerce*, Rec. Lebon, p. 286 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 8.

¹³³⁶ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, op. cit., GAJA, p. 226. Cet arrêt donne une définition du travail public basée sur le but d'intérêt général ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 8.

¹³³⁷ TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, op. cit., GAJA, p. 461. Cet arrêt donne une définition du travail public basée sur le service public ; notion plus ciblée que le but d'intérêt général de l'arrêt *Monségur*, précédemment cité. Voir : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 107. Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, § 3.

franchissement de ces limites conditionnerait une perte du caractère public du travail, ne laissant au contrat conclu que la qualité de contrat d'entreprise, sur le fondement d'un arrêt du Tribunal des conflits *Suchet*¹³³⁸. PEQUIGNOT explicite, sans équivoque, que le marché de travaux publics est toujours soumis à un régime exorbitant du droit commun. Par conséquent, même si aucune clause exorbitante de droit commun n'est expressément stipulée au contrat, les règles générales, relevant d'un régime juridique administratif, applicables à la qualification juridique bien ciblée de marché de travaux publics, s'appliqueront de toutes manières. PEQUIGNOT souligne que l'État, les collectivités locales et les établissements de bienfaisance sont autorisés par des textes, dans le cas de travaux de moindre importance, à passer des contrats simplement verbaux, appelés marchés sur facture ou sur mémoire. Le caractère non écrit ne prive pas ces contrats de la qualification juridique de marché de travaux publics¹³³⁹.

833. Autre point d'importance que PEQUIGNOT met en évidence, concernant ce type de contrat administratif, est ce qu'il qualifie de « caractère attractif de la notion de travaux publics »¹³⁴⁰. LAFERRIÈRE et JÈZE le soulignent aussi, mais PEQUIGNOT le fait avec une plus grande clarté, certainement du fait du recul supplémentaire relatif à cette question et de la théorie postérieure de JÈZE. Il explicite, que la jurisprudence a forgé la notion de travail public d'une manière, qu'il qualifie d'attractive, dans le sens où de nombreux contrats administratifs, qui ne sont pas des marchés de travaux publics au sens strict des éléments essentiels sur lesquels repose cette qualification juridique. Ainsi, la jurisprudence fait émerger le caractère administratif de nombreux contrats concourant à l'exécution d'un travail sur un immeuble public, en se basant sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Ledit article parle de marché de travaux publics, PEQUIGNOT souligne le caractère attractif de la notion de travaux publics. À titre d'illustration, il est possible de citer différents cas de contrats administratifs, comme les contrats comportant livraison de fournitures et exécution d'un travail¹³⁴¹, à moins que l'élément travail soit insignifiant, à

¹³³⁸ TC, 20 janvier 1945, *Sieur Suchet c/ Exposition internationale de 1937*, Rec. Lebon, p. 276 ; ou encore Civ. 29 janvier 1918, D., 1921. Cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit, fasc. 500, p. 8.

¹³³⁹ CE, 12 juillet 1907, *Ministre des Travaux publics*, Rec. Lebon, p. 686-687 ; CE, 17 juillet 1918, *Boë*, Rec. Lebon, p. 725-726 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit, fasc. 500, p. 8.

¹³⁴⁰ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit, fasc. 500, p. 8.

¹³⁴¹ TC, 21 novembre 1928, *Sieur Lagarde c/ Ville de Montpellier*, Rec. Lebon, pp. 1208-1209 ; TC, 23 mai 1927, *Devisse c/ Boulet et Fourrier*, Rec. Lebon, pp. 591-592 ; CE, 30 octobre 1925, *Dame Bigon et sieur Enjolras*, Rec. Lebon, p. 837. Le juge administratif dans cet arrêt considère « que les travaux des prestations sont accomplis sous la direction des agents du service vicinal, et qu'ils ont le caractère de travaux publics ; », p. 837 ; C. Cass., civ., 27 novembre 1918, D. P. 1919.1.17, et la note de M. APPLETON.

côté de l'importance de la fourniture¹³⁴². PEQUIGNOT cite aussi le bail d'un établissement thermal, du fait que le bailleur s'engage à faire des travaux sur l'immeuble et à y apporter des améliorations¹³⁴³, ou encore, le contrat conclu entre deux collectivités publiques, ayant pour objet principal, de régler les obligations respectives des deux collectivités dans le cadre de l'exécution d'un travail public¹³⁴⁴. Ces différents types de contrats administratifs tirent leur caractère administratif par détermination, de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, comme la jurisprudence le met en avant, en les rapprochant de la qualification juridique de marché de travaux publics, auquel l'article 4 fait précisément référence¹³⁴⁵.

834. La définition typologique des marchés de travaux publics dans la théorie de Georges PEQUIGNOT illustre bien un aboutissement croissant des théorisations doctrinales. Des prémices théoriques avec LAFERIERE, en passant par la première théorisation de JÈZE, PEQUIGNOT arrive à la suite et opère une continuité dans l'aboutissement de la définition conceptuelle des marchés de travaux publics. Il ne met pas en avant les mêmes points essentiels que JÈZE et donc, sur cette base n'opère pas le même classement typologique.

2) L'offre de concours

835. PEQUIGNOT parle de l'offre de concours comme d'un nouvel exemple du caractère attractif de la notion de travail public. Il définit ce contrat administratif¹³⁴⁶ par détermination de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, attribuant les compétences contentieuses, en la matière, au Conseil de préfecture¹³⁴⁷.

836. L'offre de concours peut présenter des modalités diverses, à savoir que le concours peut être offert à la personne administrative par différents types de personnes. Le concours

¹³⁴² CE, 17 mai 1922, *Société des eaux de Cambrai*, Rec. Lebon, p. 430 à 432 ; C. Cass., Civ., 12 février 1923, S., 1923 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 8.

¹³⁴³ CE, 13 novembre 1935, *Cie des eaux minérales de Royat*, Rec. Lebon, p. 1049-1050 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 8.

¹³⁴⁴ CE, 9 juin 1948, *Ville de Digne*, Rec. Lebon, p. 641 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 8.

¹³⁴⁵ Cf. *supra*, Part. I, titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 2, § 1.

¹³⁴⁶ Voir : C. Cass., 18 avril 1931, *Ville de Morlaix*, S., 1931 ; cité in PEQUIGNOT Georges, « *Des contrats administratifs* », op. cit., fasc. 500, p. 8.

¹³⁴⁷ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 8.

peut être offert par un particulier¹³⁴⁸, ou par une autre personne administrative¹³⁴⁹. Pour ce qui est de la nature du concours, il peut consister dans un apport en argent¹³⁵⁰, ou bien dans un apport en nature¹³⁵¹. Ce sont là les cas d'offres de concours, les plus simples à appréhender juridiquement. Mais ce type de contrat ne se limite pas seulement à ces cas de figure. En effet, l'offre de concours peut avoir seulement pour objet, l'exécution d'un service public, sans qu'aucun élément de travail public n'apparaisse dans le contrat. Les exemples donnés par PEQUIGNOT sont pléthore : un particulier offrant de l'argent pour la création d'une chaire dans une faculté, pour l'entretien de lits dans un hôpital, pour l'achat de matériel de laboratoire, etc. Dans ces cas précis, PEQUIGNOT met en évidence que le rattachement à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, et par conséquent, à la qualification juridique de marchés de travaux publics, n'est pas possible pour déterminer le caractère administratif. Il pourra être administratif par nature, s'il possède les critères requis pour cela¹³⁵².

3) Les concessions

837. PEQUIGNOT aborde les concessions dans la lignée des marchés de travaux publics et de l'offre de concours. Il reste toujours dans son analyse basée sur ce qu'il qualifie d'attraction de la qualification juridique de marché de travaux publics sur les contrats administratifs, dont l'objet gravite autour de la notion de travaux publics. Dans le cas de la concession, il précise que c'est le type de contrat administratif, où l'attraction exercée par les marchés de travaux publics a été « la plus remarquable »¹³⁵³.

838. PEQUIGNOT développe, qu'à l'origine, la concession est un contrat par lequel une collectivité publique charge un particulier de l'exécution d'un ouvrage public moyennant une rémunération. C'est sur la nature de cette rémunération que repose en grande partie le procédé de cette qualification juridique. PEQUIGNOT dit, sur ce point, que le concessionnaire se voit rémunéré par la reconnaissance d'un droit sur l'ouvrage et de

¹³⁴⁸ TC, 30 juillet 1887, *Guillaumin c/ commune de Saint-Maur*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 617 à 619 ; TC, 11 janvier 1890, *Veil c/ commune de Bône*, *op. cit.*, Rec. Lebon, pp. 21-22 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 8. Il est intéressant de noter que sur la question spécifique de l'offre de concours à titre gratuite, PEQUIGNOT s'appuie sur les mêmes jurisprudences que JÈZE, témoignant d'une stabilité de solution jurisprudentielle sur ce point de la théorie des contrats administratifs.

¹³⁴⁹ CE, 9 juin 1948, *Ville de Digne*, *op. cit.*

¹³⁵⁰ CE, 8 mars 1908, *Commune de Saint Jean*, Rec. Lebon, p. 233 ; CE, 5 juillet 1911, *Commune de Céron*, Rec. Lebon, p. 793 ; CE, 22 novembre 1912, *Commune de Gours*, Rec. Lebon, p. 1089.

¹³⁵¹ TC, 30 juillet 1887, *Guillaumin*, *op. cit.* ; TC, 11 janvier 1890, *Veil*, *op. cit.*

¹³⁵² En complément sur les offres de concours voir : PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 9.

¹³⁵³ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 9.

percevoir des redevances sur les usagers, contrairement au procédé du marché qui sous-tend une rémunération au moyen d'un prix forfaitaire payé par l'Administration. Il qualifie les concessions de « marchés de travaux publics ayant adopté un mode particulier de rémunération de l'entrepreneur »¹³⁵⁴. En ce sens, le rattachement extensif de la concession aux marchés de travaux publics de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ne présente pas de difficulté. Par la suite, il y eut des concessions dans lesquelles l'Administration avait en vue la gestion de l'ouvrage public, et sa construction. Les concessions concernent autant les travaux publics que les services publics. L'élément de travail n'étant pas négligeable, ces concessions entrent dans le champ d'application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, donnant compétence contentieuse au Conseil de préfecture pour se prononcer en matière de contrats de concession, comportant l'exécution d'un travail public¹³⁵⁵. *A contrario*, le Conseil de préfecture ne serait pas compétent dans le cas où la concession ne comporte aucun élément de travail public¹³⁵⁶, même si la majeure partie des concessions recouvre travaux publics et service public. L'Administration a été amenée à conclure des concessions dans lesquelles la gestion du service l'emporte sur le travail à exécuter, et au-delà des concessions, ayant pour seul objet un service public, sans le moindre travail public. Ainsi, est apparue la concession de service public, comme celle d'autobus par exemple¹³⁵⁷. PEQUIGNOT explique que ce glissement de la concession de travaux publics vers celle de service public a naturellement amené à considérer les contrats de concession de service public comme administratifs. Même si aucun texte ciblé ne détermine leur caractère administratif, en fixant la compétence contentieuse à la juridiction administrative¹³⁵⁸. La concession de service public est « la plus caractéristique »¹³⁵⁹ des contrats administratifs, comme LAFERRIÈRE ou JÈZE le soulignaient en leur temps. Les compétences contentieuses, en matière de concession, sont variables en fonction de leur objet. Le Conseil de préfecture est compétent quelle que soit la personne administrative concédante dans le cas de concession de travaux publics ou d'une concession de travaux et de service public. L'article 1^{er} du décret-loi du 5 mai 1934, prévoit également sa

¹³⁵⁴ Sur la distinction entre concession et marché, PEQUIGNOT renvoie à l'arrêt CE, 22 novembre 1935, *Sieurs Chouard, Lévy, Chaussou, Jaubert et Cader*, Rec. Lebon, pp. 1080 à 1083 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 9.

¹³⁵⁵ CE, 22 juin 1928, *Époux de sigalas*, Rec. Lebon, pp. 785-786 ; CE, 19 juin 1936, *Département de l'Eure*, Rec. Lebon, p. 672 à 679 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 9.

¹³⁵⁶ CE, 2 juillet 1920, *Dame veuve Lenoir et autres c/ Ministre des travaux publics*, Rec. Lebon, p. 658-659 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 9.

¹³⁵⁷ CE, 13 janvier 1933, *Sieur Mironneau c/ Ville d'Aix-les-Bains*, Rec. Lebon, p. 50 ; CE, 18 décembre 1936, Sect., *Sieur Prade*, Rec. Lebon, pp. 1124 à 1126 ; CE, 19 mars 1948, *Les amis de l'opérette*, Rec. Lebon, p. 142 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 9.

¹³⁵⁸ Voir : CE, 4 mars 1910, *Thérond*, op. cit.

¹³⁵⁹ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

compétence en matière de concession de service public faite par une personne administrative locale. Par contre, dans le cas d'une concession de service public faite par l'État, le Conseil d'État sera compétent. PEQUIGNOT souligne que les régies intéressées sont des variantes de la concession de travaux publics ayant elles aussi la qualification de contrat administratif. Il précise que la jurisprudence, sur ce point précis, est peu abondante¹³⁶⁰.

4) Les marchés de fournitures

839. PEQUIGNOT parle de « marché de travaux publics » au singulier signifiant une certaine unité d'objet, *a contrario* « des marchés de fournitures » au pluriel, pour sous-entendre la multiplicité de son objet. PEQUIGNOT définit les marchés de fournitures comme « les contrats qui ont pour objet de procurer aux personnes administratives les objets mobiliers qui leur sont nécessaires pour le fonctionnement des services publics »¹³⁶¹. Leur distinction essentielle par rapport aux marchés de travaux publics réside dans le caractère mobilier de la prestation du cocontractant de l'Administration, alors que dans le marché de travaux publics, la prestation est immobilière. Cette distinction entre ces deux types de contrats administratifs est parfois mal aisée, du fait de ce que nous qualifions de convergence entre ces deux contrats¹³⁶². Les marchés de fournitures sont bien distincts des concessions de service public, mais PEQUIGNOT précise que là encore, il peut y avoir des cas plus difficiles à déterminer¹³⁶³. PEQUIGNOT classe les marchés de fournitures sur le critère de la nature de la personne de l'adjudicateur, entre l'État, les collectivités locales, et les territoires d'outre-mer.

a) Les marchés de fournitures de l'État : le modèle

840. Dans la lignée des marchés de travaux publics, les marchés de fournitures de l'État sont, de principe des contrats administratifs par détermination de la loi, sur le fondement de l'article 13 du décret du 11 juin 1806¹³⁶⁴. En vertu de ce texte, la compétence contentieuse en la matière échoit au Conseil d'État, de manière générale, depuis que l'arrêt *Cadot* a remis en cause la théorie du ministre-juge. Cependant, PEQUIGNOT fait remarquer que la

¹³⁶⁰ Voir : CE, 10 mars 1950, *Département de Seine*, Rec. Lebon, p. 162 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁶¹ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁶² Voir : CE, 29 juin 1938, *Sieur Séneca*, Rec. Lebon, pp. 598-599 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁶³ Voir : CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, op. cit., concl. M. Corneille ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁶⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1, § 2.

jurisprudence ne s'est pas sentie aussi rigoureusement liée par le décret du 11 juin 1806, que par la loi du 28 pluviôse an VIII. En effet, la jurisprudence est loin de considérer, que tout achat d'objets mobiliers par l'État, ait la qualification de marchés de fournitures, donc de contrat administratif¹³⁶⁵. La jurisprudence, lors de l'arrêt « *Société des granits porphyroïdes des Vosges* » pose le principe que les contrats conclus dans l'intérêt d'un service public pouvaient être ou des contrats de droit commun, ou des contrats administratifs. Le commissaire du gouvernement Léon BLUM, dans ses conclusions, indiquait les éléments et le critère de la distinction : « Quand il s'agit de contrat, il faut rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et, pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif. Ce qu'il faut examiner, c'est la nature du contrat lui-même indépendamment de la personne qui l'a passé et de l'objet en vue duquel il a été conclu »¹³⁶⁶. PEQUIGNOT clarifie en écrivant que, même si les marchés de fournitures de l'État ont été considérés rapidement comme des contrats administratifs par détermination de la loi, la jurisprudence ne leur reconnaît la qualification de contrat administratif, qu'à condition d'entrer dans les critères jurisprudentiels du contrat administratif, ce que PEQUIGNOT qualifie de « contrat administratif par nature ». Il met en évidence que les marchés autonomes de fournitures postrévolutionnaires ne sont pas administratifs dans les mêmes conditions que le marché de travaux publics¹³⁶⁷. En ce sens, PEQUIGNOT précise que pour dénier le caractère administratif à un achat mobilier effectué par l'État, la jurisprudence peut déclarer que l'achat a été effectué en dehors de tout marché. De même, la qualification juridique de marché de livraisons, dont on pointait une appréhension floue précédemment, est considérée plus comme rattachée au droit privé, même s'il y a des cas de rattachement au régime administratif des marchés de fournitures¹³⁶⁸. Le cas des achats à caisse ouverte¹³⁶⁹ ou des commandes verbales¹³⁷⁰ n'entre pas dans le critérium jurisprudentiel des contrats administratifs. PEQUIGNOT explique que les tribunaux, saisis d'un litige dans le cadre

¹³⁶⁵ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁶⁶ CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 909 à 913, GAJA, pp. 156 à 161.

¹³⁶⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2, Sect. 1, § 2.

¹³⁶⁸ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1,

¹³⁶⁹ CE, 27 juillet 1947, *Boulouis*, Rec. Lebon, p. 343 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁷⁰ CE, 8 juillet 1931, *Sieur Fraise c/ Ministre de la Guerre*, Rec. Lebon, p. 737 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

d'un achat par l'État d'une fourniture au sens large, se posent la question de savoir s'il s'agit bien d'un marché de fournitures de l'État, et si le contrat contient bien des clauses exorbitantes du droit commun¹³⁷¹.

841. La qualification juridique de contrat administratif sur critère jurisprudentiel est une qualification de cas d'espèce, ne sous-tendant pas la même généralité qu'emporte une détermination par la loi, dont le marché de travaux publics est la meilleure des illustrations. Le marché de fournitures, dans son acception large, cristallise les deux modes de détermination de son caractère administratif, comme un héritage de sa conception postrévolutionnaire du XIXe siècle¹³⁷². PEQUIGNOT a une approche très claire et construite rendant parfaitement compte de ce qu'est la qualification juridique de marché de fournitures, au début des années 1950, telle qu'elle est issue d'un processus de construction jurisprudentielle, textuelle, et d'analyse doctrinale, dont PEQUIGNOT est un représentant.

b) Les marchés de fournitures des collectivités locales

842. La problématique de la qualification juridique des marchés de fournitures des collectivités locales en tant que contrat administratif ou en tant que contrat de droit civil est présente dans la majeure partie du XIXe siècle et se prolonge au-delà. Sur ce point, PEQUIGNOT renvoie classiquement à l'article 13 du décret du 11 juin 1806 ne disposant que pour les marchés de fournitures de l'État, et non ceux des collectivités locales. Quant à PEQUIGNOT, il ne tire pas cette conséquence de la jurisprudence, et admet le caractère administratif par nature de ce type de contrat. En effet, ces contrats relèvent, en premier ressort, des Conseil de préfecture, en tant que juge des contrats des collectivités locales¹³⁷³.

c) Les marchés de fournitures des territoires d'outre-mer

843. Dans le cas de ces marchés, PEQUIGNOT expose que les lois, organisant les Conseils du contentieux de ces territoires, confèrent en général à ceux-ci, connaissance des marchés de fournitures du territoire. Par conséquent, ce sont des contrats administratifs par

¹³⁷¹ CE, 12 juillet 1949, *Sieur Perez*, Rec. Lebon, p. 350 ; TC, 12 juillet 1945, *Société « Les docks frigorifique du Havre » c/ Etat français*, Rec. Lebon, pp. 278-279 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

¹³⁷² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 2.

¹³⁷³ Ch. réun. 26 février 1930, D. 1931, note WALINE ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 10.

détermination de la loi, dans des conditions assez similaires aux marchés de fournitures de l'État¹³⁷⁴.

844. C'est une synthèse de l'approche des marchés de fournitures extraite de la théorie des contrats administratifs de Georges PEQUIGNOT, réalisant un dessein jurisprudentiel différent de ses prédécesseurs, textuel, et doctrinal des fondements de la qualification juridique des marchés de fournitures d'un pouvoir adjudicateur à l'autre.

5) Les marchés de transports

845. PEQUIGNOT souligne parfaitement leur lien intrinsèque avec les marchés de fournitures et leur régime juridique, rattachant le caractère administratif de la qualification juridique des marchés de transports, à la détermination de l'article 14 du décret du 11 juin 1806. Il précise que les marchés de transports sont des contrats de droit privé, lorsque l'Administration fait réaliser la prestation de transport dans des conditions ordinaires du public. Par contre, les marchés de transports sont des contrats de droit public, lorsque la prestation de transports est réalisée dans l'intérêt d'un service public, impliquant des conditions dérogatoires au droit commun¹³⁷⁵. PEQUIGNOT, concernant la délimitation de la qualification juridique des marchés de transports, explique que les distinguer des concessions de service public est parfois plus compliqué qu'avec les marchés de fournitures. Pour illustrer ce propos, PEQUIGNOT cite WALINE, qui propose de voir un marché de transports dans le contrat mettant à la charge du transporteur un seul ou plusieurs transports, sans fréquence déterminée et sans accès du public. Tandis que l'on verrait une concession de service public de transports dans le contrat, faisant obligation au cocontractant, d'accomplir des transports réguliers, suivant des horaires déterminés, assujettis à des tarifs et offerts au public¹³⁷⁶. On retombe sur la classification des marchés de fournitures entre fourniture unique et fournitures multiples, développée par JÈZE¹³⁷⁷.

¹³⁷⁴ CE, 22 mars 1950, *Territoire des Iles de Saint Pierre et Miquelon*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 177 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 10.

¹³⁷⁵ TC, 7 novembre 1922, *Sieur Manon c/ ministre de la Marine*, *RD*P, 1923, p. 433, Rec. Lebon, p. 795 à 797. Il est intéressant de citer cette remarque à propos de cet arrêt : « La lecture du texte complet de cette décision fait apparaître les lenteurs, complications et pertes d'argent inhérentes à la procédure du conflit d'attributions et qui sont la conséquence de la règle obscure et incertaine dite de la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RD*P, 1923, p. 433, Nbp. (1).

¹³⁷⁶ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 11.

¹³⁷⁷ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

6) Les contrats administratifs complémentaires dans l'approche typologique de Georges PEQUIGNOT

846. Une distinction entre les contrats administratifs, les plus courants et d'autres plus secondaires, est aisément mise en évidence, notamment lorsqu'on se souvient des seuls contrats traités, de manière lacunaire, par la doctrine administrativiste d'avant 1880. La problématique de cette étude s'attache aux types de contrat administratif les plus importants, mais certaines catégories de contrat administratif à utilisation plus marginale n'en tiennent pas moins un rôle dans la classification typologique de ces contrats.

a) Les emprunts publics de l'État

847. La jurisprudence voit en eux des contrats administratifs par détermination de la loi, sur le fondement des lois du 17 juillet 1790 et 26 septembre 1793¹³⁷⁸. Mais *a priori*, seuls les emprunts publics de l'État sont des contrats administratifs par détermination de la loi. En effet, les emprunts des collectivités locales et des établissements publics sont des contrats de droit privé¹³⁷⁹, comme les emprunts privés, même de l'État¹³⁸⁰.

b) Les contrats sur le domaine public

848. PEQUIGNOT met en avant qu'ils constituent, au moment où il écrit sa théorie, la catégorie de contrats administratifs par détermination de la loi la plus récente. Cette détermination de leur caractère administratif est posée par le décret-loi du 17 juin 1938, disposant que les Conseils de préfecture connaîtront de la compétence contentieuse sur « les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, passés par l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires... »¹³⁸¹. Outre les dispositions de ce décret-loi, les tribunaux judiciaires ont hésité longtemps avant de décliner la compétence du juge des loyers pour les baux conclus sur le domaine public. En ce sens, l'intervention du Tribunal des conflits s'est avérée une nécessité pour donner son plein effet au décret-loi

¹³⁷⁸ PEQUIGNOT renvoie à différents arrêts : CE, 31 mars 1922, *Sieur Goyard*, Rec. Lebon, p. 309 ; CE, 8 novembre 1935, *Sieur Benoist*, Rec. Lebon, p. 1027, RDP, 1936, p. 112, rapport Reinach, note JÈZE ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 11.

¹³⁷⁹ CE, 29 avril 1938, *Sieur de Lestrac*, Rec. Lebon, p. 387 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 11.

¹³⁸⁰ CE, 21 janvier 1948, *Société Pennaroya, S.*, 1949 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 11.

¹³⁸¹ Décret-loi du 17 juin 1938, cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 11.

de 1938¹³⁸². Au moment où PEQUIGNOT écrit sa théorie, la jurisprudence est constante et abondante dans le sens du décret-loi¹³⁸³. *A contrario*, les contrats conclus sur le domaine privé sont normalement des contrats de droit privé. La qualité des contrats portant sur le domaine dépendra principalement de la qualification du bien du domaine qui en est l'objet. Des difficultés peuvent en découler, du fait de l'absence de définition législative de la notion de domanialité publique¹³⁸⁴.

c) Les ventes domaniales

849. Les ventes d'immeuble du domaine privé de l'État voient leurs contentieux revenir à la compétence des Conseil de préfecture, sur le fondement de la loi du 28 pluviôse an VIII. Ceci est applicable à différents cas, dont les ventes portant sur des biens appartenant à l'État, à l'exclusion de ceux qui appartiennent aux autres collectivités publiques¹³⁸⁵. Ceci est applicable également aux ventes d'immeubles, *a contrario* des ventes de meubles¹³⁸⁶, ou encore aux contrats de vente, et non pas aux contrats d'échange¹³⁸⁷. PEQUIGNOT intègre dans la catégorie des ventes domaniales, les concessions des lais et relais de la mer, les concessions d'endiguage et celles de crémants futurs¹³⁸⁸.

d) Les contrats d'engagement militaire

850. PEQUIGNOT souligne que la question de la qualification de contrat administratif de l'engagement militaire a été beaucoup discutée¹³⁸⁹. Sur ce point, PEQUIGNOT abonde dans le sens de WALINE¹³⁹⁰. Le contrat d'engagement militaire est bien un contrat administratif par détermination de la loi, sur le fondement des lois et règlements relatifs au recrutement et à l'organisation de l'armée, conférant à ce contrat, un régime manifestement exorbitant du droit commun. Le Conseil d'État s'est prononcé de manière formelle sur ce caractère administratif des contrats d'engagement militaire dans l'arrêt *Michaux*¹³⁹¹.

¹³⁸² TC, 12 décembre 1942, *Société méditerranéenne de combustible*, S., 1943 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 11.

¹³⁸³ CE, 16 juin 1950, *Établissements Batle*, Rec. Lebon, p. 370-371 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 11.

¹³⁸⁴ Voir sur ce type de contrat administratif : PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, pp. 11 à 13.

¹³⁸⁵ Civ. 30 juin 1936, Weil, D., 1938, note Besson ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 13.

¹³⁸⁶ CE, 22 décembre 1922, *Sieur Lassus*, RDP, 1923, pp. 426-431, Rec. Lebon, pp. 984-985 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 13.

¹³⁸⁷ CE, 27 mars 1885, *Hutel, Garnier et autres*, Rec. Lebon, p. 361-362 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 13.

¹³⁸⁸ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. ci., fasc. 500, p. 13.

¹³⁸⁹ PEQUIGNOT renvoie à JÈZE, RDP, 1948, p. 259.

¹³⁹⁰ WALINE Marcel, RDP, 1948, p. 78.

¹³⁹¹ CE, 29 janvier 1947, *Michaux*, RDP, 1948, p. 82 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 13.

851. Ce contrat est le dernier type de contrat administratif classé par PEQUIGNOT, dans la catégorie des contrats administratifs par détermination de la loi, autrement dit, disposant d'une qualification juridique de contrat administratif *a priori*, laquelle, dans le même sens, peut disposer d'un caractère de droit commun aux contrats conclus par l'Administration, comme dans les cas des contrats relatifs au service des ordinaires dans les corps de troupe, ou ceux relatifs à l'affermage de la perception des taxes municipales, etc.¹³⁹² *A contrario* de ce procédé de contrats administratifs par détermination de la loi, PEQUIGNOT développe à la suite la terminologie de « contrat administratif par nature ».

B) « Le contrat administratif par nature » et leur critérium jurisprudentiel

852. PEQUIGNOT met en avant que les contrats administratifs ne se limitent pas aux contrats administratifs par détermination de la loi¹³⁹³, ce qui est justifié, lorsque l'on se place dans le contexte de « La légomanie »¹³⁹⁴ de TIMON, qui relate cette inflation quantitative, au détriment de la qualité des textes. Les « contrats administratifs par nature », selon la terminologie employée par PEQUIGNOT dans sa théorie, reposent sur le fait qu'il existe des contrats administratifs non déterminés par la loi. Cela sous-tend donc un autre mode de détermination du caractère administratif des contrats, reposant sur un critérium jurisprudentiel.

1) L'insuffisance du critère organique

853. PEQUIGNOT parle de ce critère comme d'une nécessité logique, mais loin d'être suffisante en elle-même. En effet, la nuance entre contrat de l'Administration et contrat administratif est réelle, à son époque, comme dans la doctrine administrative du XIXe siècle. Dans les contrats de l'Administration ayant une qualification juridique *a priori*, PEQUIGNOT distingue les contrats administratifs des contrats privés de l'Administration¹³⁹⁵. Il faut appréhender que les personnes administratives n'utilisent pas exclusivement des procédés de « gestion publique », mais aussi fréquemment des procédés de « gestion privée »¹³⁹⁶.

¹³⁹² Voir : PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, pp. 13 à 15.

¹³⁹³ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 15.

¹³⁹⁴ CORMENIN dit TIMON, « La légomanie », op. cit.

¹³⁹⁵ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, pp. 13 à 15.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 15.

854. De manière adjacente à la présence d'une personne publique au contrat en tant que critère organique, il y a ce que PEQUIGNOT qualifie de « rejet de tout critère formel ». Ainsi, la forme du contrat est insuffisante pour lui conférer une qualification déterminée, car un contrat suivant un formalisme de droit privé peut être un contrat administratif¹³⁹⁷. De manière générale, les tribunaux ne s'en tiennent pas au seul nom d'un contrat nommé, que les parties ont donné à leur convention. Ils recherchent dans l'analyse du contrat, la qualification juridique adéquate au vu de sa nature juridique propre¹³⁹⁸. En ce sens, l'utilisation simple par les parties cocontractantes du nom d'un contrat administratif nommé est insuffisante pour emporter une qualification juridique de contrat administratif, dans le cas où les stipulations contractuelles se révéleraient de nature civile. PEQUIGNOT souligne, que les tribunaux cherchent sous les mots utilisés par les parties, la nature juridique réelle du contenu¹³⁹⁹.

855. De même, PEQUIGNOT met en lumière que la forme de passation d'un contrat, selon des formes administratives, n'emporte pas nécessairement la qualification juridique de contrat administratif. En ce sens, l'autorité judiciaire se déclare compétente même dans le cas de conventions passées suivant la forme administrative¹⁴⁰⁰. Le procédé de passation des marchés de travaux publics ou de fournitures de principe qu'est l'adjudication n'emporte pas une qualification juridique de contrat administratif¹⁴⁰¹, du fait que les ventes ou locations du domaine privé sont faites aussi par adjudication, par exemple.

856. Toujours sur une question de formalisme, PEQUIGNOT évoque la question de l'emploi d'un cahier des charges. Dans certains cas, l'existence d'un cahier des charges est retenue pour attribuer au contrat le caractère administratif¹⁴⁰². Dans d'autres cas, l'emploi d'un cahier des charges ne remet pas en cause la qualification juridique de droit privé du contrat¹⁴⁰³, car cet emploi ne modifie pas le caractère de droit privé du contrat¹⁴⁰⁴. Outre le

¹³⁹⁷ Req. 14 janvier 1935, *Cie des eaux minérales de Royat*, D., 1935 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 15.

¹³⁹⁸ CE, 28 avril 1950, *Société pour le traitement industriel des produits de l'Océan*, Rec. Lebon, p. 239 ; CE, 21 janvier 1949, *Compagnie générale frigorifique*, Rec. Lebon, p. 27 ; TC, 12 décembre 1942, *Société méditerranéenne de combustibles*, op. cit.

¹³⁹⁹ CE, 12 juillet 1949, *Steur Perez*, op. cit., Rec. Lebon, p. 350 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

¹⁴⁰⁰ Civ. 30 mars 1936, *Bonsergent*, op. cit. ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

¹⁴⁰¹ TC, 18 décembre 1933, *Berry-Croes*, op. cit. ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

¹⁴⁰² CE, 22 mars 1950, *Territoire des Iles de Saint-Pierre-et-Miquelon*, op. cit., Rec. Lebon, p. 177 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

¹⁴⁰³ CE, 23 février 1944, *Trahand*, op. cit., Rec. Lebon, p. 65, RDP, 1945, p. 255 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

¹⁴⁰⁴ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 16.

critère organique nécessaire mais non suffisant de la présence d'une personne administrative, PEQUIGNOT synthétise d'autres critères mis en lumière par la jurisprudence, qui jouent un rôle dans la qualification juridique des contrats, sans pour autant l'emporter de manière décisive. Le droit administratif s'appréhende dans la nuance, *a contrario* de la peinture en bâtiment, il n'est pas possible de peindre tout blanc ou tout noir.

2) Les critères jurisprudentiels matériels

857. PEQUIGNOT note que la jurisprudence révèle que deux conditions sont généralement jugées nécessaires pour qu'un contrat soit qualifié d'administratif. Le contrat doit être relatif à un service public, et il doit contenir des clauses exorbitantes du droit commun¹⁴⁰⁵.

a) « La relation du contrat administratif avec le service public » : premier critère matériel

858. PEQUIGNOT met en évidence une crise que traverse la notion de service public au moment de l'écriture de sa théorie. Il remarque que cette expression de service public est couramment employée en des sens divers, et cette diversité se retrouve dans les contrats administratifs. PEQUIGNOT expose que cette notion est tantôt employée dans un sens organique, comme un synonyme d'administration ou d'entreprise administrative, tantôt employé dans un sens qu'il qualifie de « finaliste », que d'autres qualifient de sens matériel, c'est-à-dire que le contrat a pour objectif le service public. Ou encore, le service public peut s'entendre dans un sens dynamique ou fonctionnel, le contrat administratif constituant une modalité de fonctionnement du service public. Enfin, le service public peut s'entendre dans un sens matériel, à savoir, le contrat administratif est soumis à un régime juridique spécial, exorbitant de droit commun, celui qu'implique le service public¹⁴⁰⁶. Une difficulté importante repose dans la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial, du fait que des contrats administratifs peuvent intervenir dans les deux cas, et ce, malgré l'arrêt *Bac d'Éloka* de 1921. PEQUIGNOT souligne que la jurisprudence utilise la notion juridique de service public « sans beaucoup de rigueur »¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ Pour étayer cette affirmation, PEQUIGNOT s'appuie sur une jurisprudence constante : TC, 6 avril 1946, *Société franco-tunisienne*, Rec. Lebon, p. 327 ; TC, 6 avril 1946, *Debray*, Rec. Lebon, p. 330 ; TC, 12 juillet 1945, *Société les docks frigorifique du Havre*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 278 etc. Voir : PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 17.

¹⁴⁰⁶ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 17.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 18.

Dans ce contexte, il identifie trois cas de figures de décisions vis-à-vis du critère matériel de service public dans la qualification juridique des contrats administratifs.

859. Le premier de ces cas est celui où la jurisprudence met en lumière que la relation du contrat administratif avec le service public est une condition nécessaire, mais insuffisante. Par exemple, est administratif selon ce critère, le contrat entre une ville et un entrepreneur chargé de la capture des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes, du fait que la ville assure l'hygiène et la sécurité de la population, donc, dans le cadre d'un objectif de service public¹⁴⁰⁸. Par contre, n'est pas administratif, le cas d'un contrat de transports n'entrant pas dans l'exécution du service public¹⁴⁰⁹. Le service public est une condition nécessaire pour que le contrat soit administratif, l'absence de lien avec lui entraîne une qualification de droit commun du contrat¹⁴¹⁰. La condition de service public s'avère insuffisante, par exemple dans le cas où le contrat relatif au service public contient uniquement des clauses conformes au droit privé¹⁴¹¹.

860. Le deuxième cas de figure est celui où la jurisprudence met en évidence que le service public est une condition du caractère administratif « nécessaire et suffisante ». PEQUIGNOT énumère trois cas en ce sens. En premier lieu, la théorie du but immédiat et direct, soutenue par REGLADE, et disant que serait « administratif les contrats dont l'objet réalise directement et immédiatement un but de service public »¹⁴¹². Cette théorie trouve des fondements dans des décisions jurisprudentielles : l'arrêt *Manon*¹⁴¹³, l'arrêt *Hellenic Transport*¹⁴¹⁴ ou encore dans les arrêts *Société franco-tunisienne*¹⁴¹⁵ et *Grange*¹⁴¹⁶. Il faut préciser tout de même que la mise en évidence du but immédiat et direct n'évite pas la recherche de clause exorbitante de droit commun pour qualifier juridiquement les contrats de l'Administration. Cette théorie sert autant à identifier des contrats administratifs, qu'à démasquer ceux qui ne le sont pas. En deuxième lieu, PEQUIGNOT développe « les

¹⁴⁰⁸ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, *op. cit.*, GAJA, pp. 131 à 134.

¹⁴⁰⁹ CE, 13 février 1948, *Grange*, S., 1949 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 17.

¹⁴¹⁰ Voir PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, pp. 19 à 22.

¹⁴¹¹ TC, 4 juin 1930, *Cie d'assurance « le soleil »* ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 22.

¹⁴¹² REGLADE Marc, « De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités judiciaires et administratives », *RDP*, 1924, p. 191 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 22.

¹⁴¹³ TC, 7 novembre 1922, *Sieur Manon c/ ministre de la Marine*, *op. cit.*

¹⁴¹⁴ CE, 7 mars 1923, *Société Hellenic transport Steamship Company*, *RDP*, 1923, p. 433 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 22.

¹⁴¹⁵ TC, 6 avril 1946, *Société franco-tunisienne*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 327 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 16.

¹⁴¹⁶ CE, 13 février 1948, *Grange*, *op. cit.*

contrats comportant une participation permanente du cocontractant au service public »¹⁴¹⁷. La permanence de la participation au service public est un critère jurisprudentiel important entrant dans la qualification juridique des contrats administratifs. Ce critère est au centre de nombreuses décisions surtout en matière de contrat de travail, louage de service ou encore de contrat de louage d'ouvrage et d'industrie. Les décisions, citées par PEQUIGNOT en la matière, sont nombreuses¹⁴¹⁸. L'illustration de ce critère réside dans le contrat de concession de service public, dont le concessionnaire est nécessairement un collaborateur permanent. PEQUIGNOT souligne que c'est du silence des stipulations des contrats de concession que sont extraites les théories les plus caractéristiques des contrats administratifs, à savoir la théorie de la mutabilité et celle de l'imprévision¹⁴¹⁹. En troisième lieu, PEQUIGNOT évoque les « contrats conclus par des services dont les modalités de fonctionnement sont telles qu'ils ne peuvent conclure sur l'objet considéré que des contrats administratifs ». Il faut sur ce point faire une application positive des arrêts *Jacquin*¹⁴²⁰ et *Société française de construction mécanique*¹⁴²¹. Il est envisageable que certains services soient organisés de telle façon par la loi, que les objets de certains contrats qu'ils passent avec des cocontractants ne puissent être qu'administratifs. Ainsi, le contrat soumis à un régime juridique spécial de droit public possède le caractère administratif¹⁴²², comme par exemple le contrat d'engagement militaire¹⁴²³, et plus encore le cas des contrats d'assurance maritime en temps de guerre, après la Seconde Guerre mondiale. Dans ces cas d'espèce, la jurisprudence considère que le service public est une condition « nécessaire et suffisante » du caractère administratif.

861. Le troisième cas de figure se présente lorsque le critère jurisprudentiel matériel du service public est une condition inutile, car le caractère administratif du contrat est déjà acquis sur un autre fondement, par exemple, les marchés de travaux publics¹⁴²⁴ du fait que leur caractère administratif repose sur une solide détermination de l'article 4 de la loi du 28

¹⁴¹⁷ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 23.

¹⁴¹⁸ TC, 15 janvier 1938, *Eric de Mare*, S., 1938 ; CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*, RDP, 1923, p. 237 ; CE, 22 juillet 1938, Sect., *Sieur Verchère*, RDP, 1938, p. 819, Rec. Lebon, p. 709 ; CE, 24 janvier 1947, *Joly*, Rec. Lebon, p. 27 ; CE, 8 décembre 1948, *Pasteau*, RDP, 1949, p. 75 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 23.

¹⁴¹⁹ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 24.

¹⁴²⁰ CE, 14 mai 1948, *Jacquin*, RDP, 1948, p. 603 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 21.

¹⁴²¹ CE, 15 février 1935, Sect., *Société française de construction mécanique*, Rec. Lebon, p. 201 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 21.

¹⁴²² Paris, 30 juillet 1938, Hebert, RDP, 1938, p. 581 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 24.

¹⁴²³ CE, 29 janvier 1947, *Michaux*, op. cit., RDP, 1948, p. 82 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 13.

¹⁴²⁴ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1, § 2.

pluviôse an VIII. Dans des conditions un peu différentes, les contrats portant occupation du domaine public sont toujours administratifs, peu importe leur but. PEQUIGNOT met en avant que désormais la jurisprudence semble reconnaître un caractère administratif au contrat de l'Administration contenant des clauses exorbitantes de droit commun, même en l'absence de lien avec le service public¹⁴²⁵. Il arrive à la jurisprudence, dans certains cas, d'analyser les clauses exorbitantes du contrat de manière approfondie, sans rechercher de lien avec le service public¹⁴²⁶. Il arrive enfin que la jurisprudence dise expressément que le contrat est administratif, en dehors de tout lien avec le service public, juste parce qu'il contient des clauses exorbitantes de droit commun¹⁴²⁷. Pour PEQUIGNOT, cette direction jurisprudentielle révèle un certain état d'esprit important à souligner, minimisant le critère matériel du lien avec le service public dans la qualification juridique des contrats administratifs¹⁴²⁸. L'arrêt du Conseil d'État *Époux Bertin* de 1956 répondra à cette question, quelques années plus tard.

862. Le service public, dans la théorie des contrats de PEQUIGNOT, ne revêt pas la même importance que dans celle de JÈZE, membre de l'École du service public. La conception des contrats administratifs de PEQUIGNOT ne se fonde pas sur le service public, dans la même mesure que chez JÈZE, il est un critère matériel d'importance s'additionnant à d'autres.

b) « Les clauses exorbitantes de droit commun » : deuxième critère matériel

863. PEQUIGNOT, dans les critères jurisprudentiels matériels fondant la qualification juridique jurisprudentielle de contrat administratif *a posteriori*, développe les clauses exorbitantes de droit commun en deuxième position, derrière le lien du contrat administratif avec le service public. Pourtant, il précise bien à leur égard qu'elles « constituent le critère essentiel des contrats administratifs »¹⁴²⁹. Pour justifier cette affirmation, PEQUIGNOT rappelle que, dans un contrat administratif sur la base de son

¹⁴²⁵ TC, 5 mars 1934, *Sieurs Worms et Cie et Société d'affrètements c/ Port autonome de Bordeaux*, Rec. Lebon, pp. 1242-1243 ; TC, 11 janvier 1937, *Sieur Chavon et Selles*, Rec. Lebon, pp. 1109-1110. Le juge des conflits considère dans cet arrêt « que les baux et avenants par lesquels la Chambre de commerce d'Alger, concessionnaires des terre-pleins de ce port, a donné en location aux sieurs Chavon et Selles les lots n° 2, 3 et 4 desdits terre-pleins, et qui, d'une part, n'imposent aux preneurs ni subordination, ni coopération à l'organisation ou au fonctionnement d'un service public et, d'autre part, ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun, sont des contrats de droit civil ; », p. 1110.

¹⁴²⁶ TC, 27 juillet 1950, *Sieur Peulabeuf*, Rec. Lebon, p. 668-669 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 25.

¹⁴²⁷ TC, 6 avril 1946, *Etat c/ Société des établissements frigorifiques lyonnais* ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 25.

¹⁴²⁸ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 25.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, p. 26.

lien avec le service public, « les clauses exorbitantes, même si elles ne sont pas expressément formulées, n'en existent pas moins tacitement »¹⁴³⁰. De plus, l'insertion de clauses exorbitantes de droit commun dans un contrat confère un caractère administratif dans le cadre d'un service public administratif, mais également dans le cas d'un service public industriel et commercial. Cela étaye le caractère essentiel de la clause exorbitante de droit commun dans le critérium de qualification jurisprudentielle *a posteriori* des contrats administratifs, appréhendé dans la théorie de PEQUIGNOT. Il souligne la nécessité indiscutable de la clause exorbitante dans la mise en lumière jurisprudentielle des contrats administratifs par nature.

864. Une des problématiques majeures mise en avant par PEQUIGNOT au sujet de ce critère matériel est « de déterminer avec précision ce qu'il faut entendre par clause exorbitante »¹⁴³¹. De nombreux auteurs ont dénoncé la carence de définition précise de cette notion, comme MESTRE¹⁴³² ou encore BLAEVOET¹⁴³³. La raison première réside en ce que PEQUIGNOT pointe comme « l'excès de laconisme des décisions du Conseil d'État »¹⁴³⁴. En effet, nombreuses sont les décisions exigeant la présence d'une clause exorbitante dans les contrats, mais ne donnent pas pour autant d'éléments de définition de cette notion¹⁴³⁵. Sur cette base, il est difficile d'appréhender qu'elles sont les clauses que le Conseil d'État qualifie d'exorbitantes de droit commun et sur quels fondements, il s'appuie. PEQUIGNOT se félicite de progrès d'appréhension dans des jurisprudences récentes. Ainsi, on peut extraire des formulations issues de jurisprudence du Conseil d'État faisant office de définition. L'arrêt *Stein* parle des « clauses ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »¹⁴³⁶. Ou encore, l'arrêt *Penaroya* parle de « clause attribuant à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun »¹⁴³⁷. En ce sens, on trouve des arrêts détaillant des stipulations qu'ils considèrent comme

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴³² CE, 21 janvier 1938, ass., *Bureau international de l'édition Musico-Mécanique*, note MESTRE, Rec. Lebon, pp. 78-79 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 26.

¹⁴³³ Trib. civ., Aisne, 27 décembre 1926, D. P., 1928 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 26.

¹⁴³⁴ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 26.

¹⁴³⁵ CE, 21 mai 1948, *Bureau* ; CE, 4 février 1948, *Chassaing* ; CE, 25 février 1948, *Souman* ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 26.

¹⁴³⁶ CE, 20 octobre 1950, *Sieur Stein*, Rec. Lebon, p. 505 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 26.

¹⁴³⁷ CE, 21 janvier 1948, *Penaroya*, op. cit. ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 26.

exorbitantes¹⁴³⁸. Les tribunaux judiciaires sont paradoxalement plus explicites que les tribunaux administratifs¹⁴³⁹. PEQUIGNOT souligne qu'il n'est pas possible de formuler une théorie d'ensemble de la clause exorbitante ou même de lister précisément ces clauses, il réalise cependant une catégorisation générale des principales clauses utilisées. En premier lieu, les « clauses se rattachant aux prérogatives de puissance publique »¹⁴⁴⁰ sont celles qui permettent à l'Administration de créer unilatéralement des droits et des obligations. De manière plus large, l'Administration possède ce que l'on peut appeler des privilèges vis-à-vis de ses cocontractants, rompant ce que le contrat de droit privé appréhende comme l'égalité entre parties. C'est en outre une catégorie de clauses exorbitantes du droit commun des plus caractéristiques des contrats administratifs. Ce type de clause peut apparaître, dès la formation du contrat, mais de manière générale, c'est durant l'exécution du contrat que l'Administration va user le plus de ses prérogatives de puissance publique. À titre d'illustration, il faut rappeler les nombreux contrats qui réservent à l'Administration, soit de prendre toutes les mesures nécessaires à la bonne exécution du service en cas de carence du cocontractant ou pour tout autre cause¹⁴⁴¹, soit de prononcer la suspension ou la résiliation du contrat¹⁴⁴². PEQUIGNOT souligne que l'Administration procède d'office à des mesures d'exécution sur le fondement de clauses de cette nature. Le recours au juge préalable n'est pas nécessaire, donc on peut dire que ce genre de stipulations implique la mise en œuvre du privilège d'action d'office¹⁴⁴³.

865. En deuxième lieu, PEQUIGNOT catégorise des « clauses conférant au cocontractant des pouvoirs sur les tiers ». Cette deuxième catégorie de clauses exorbitantes du droit commun est tout aussi caractéristique des contrats administratifs que la première. En effet, PEQUIGNOT met en évidence que la première impose au cocontractant des obligations par la puissance publique, et dans ce deuxième cas, il se voit déléguer des prérogatives de puissance publique. Les clauses du contrat administratif confèrent au cocontractant des droits sur les tiers qui ne peuvent se concevoir dans le cadre de contrat de droit privé. Ainsi, le concessionnaire d'un service public peut sur le fondement de ce type

¹⁴³⁸ TC, 27 juillet 1950, *Sieur Peulabeuf*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 668-669 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 26.

¹⁴³⁹ Civ. 20 juin 1949, *Verdin*, Rec. Penant, note LUCHAIRE « La convention contenait diverses clauses exorbitantes du droit commun ayant trait, notamment, à l'ordre dans lequel la banque devait procéder aux règlements financiers, aux documents qu'elle serait tenue de fournir à l'administration, aux droits de réquisition dont elle jouirait... Elle constituait une modalité d'exécution d'un service public fonctionnant sous le contrôle de l'État ».

¹⁴⁴⁰ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 27.

¹⁴⁴¹ TC, 27 juillet 1950, *Sieur Peulabeuf*, *op. cit.*

¹⁴⁴² PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 27.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 28.

de clauses exorbitantes du droit commun, recevoir des pouvoirs de police, le droit d'expropriation, etc. Certaines stipulations peuvent conduire à établir un monopole de fait, limitant la liberté des entreprises concurrentes¹⁴⁴⁴. Dans les marchés de travaux publics, ces clauses sont fréquentes afin de déléguer un droit d'occupation temporaire, considéré comme un privilège de puissance publique important. PEQUIGNOT précise que certains contrats administratifs délèguent parfois au cocontractant le droit de réquisition¹⁴⁴⁵.

866. En troisième lieu, PEQUIGNOT place les « clauses dont l'interprétation ne peut être donnée qu'à la lumière des théories du droit administratif et dont l'exécution requiert la mise en œuvre de règles propres à ce droit ». Il souligne que réduire les clauses exorbitantes du droit commun aux deux précédentes catégories fondées sur la puissance publique « serait restreindre abusivement le champ des contrats administratifs », pour deux raisons essentielles. D'une part, parce qu'il est admis que l'Administration dispose de compétence de puissance publique de manière courante pour assurer le fonctionnement du service public, et il été acquis durant longtemps qu'elle ne pouvait y renoncer¹⁴⁴⁶. D'autre part, un nombre certain de clauses sont qualifiées d'exorbitantes du droit commun, alors même que rien ne permet d'affirmer qu'elles mettent en œuvre explicitement des prérogatives de puissance publique. À titre d'illustration, il est possible de citer les clauses donnant certains droits au cocontractant, visant à rétablir un semblant d'équilibre prévenant un usage abusif des pouvoirs de l'Administration¹⁴⁴⁷.

867. En quatrième lieu, les « clauses ou dispositions inhabituelles dans les conventions entre particuliers » est une catégorie difficile à appréhender. Divers cas peuvent servir d'illustration. PEQUIGNOT donne l'exemple de stipulation contractuelle précisant que la juridiction administrative serait compétente en cas de litige, alors que les compétences *ratione materiae* sont d'ordre public¹⁴⁴⁸. Ou encore, de manière courante dans les contrats administratifs, l'insertion de clauses permettant à l'Administration d'exercer un contrôle

¹⁴⁴⁴ CE, 21 avril 1950, *Consorts Nuncie*, Rec. Lebon, p. 231 à 233.

¹⁴⁴⁵ Civ. 20 juin 1949, *Verdin*, *op. cit.*

¹⁴⁴⁶ CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Rec. Lebon, pp. 583-584 : la rigueur de cette solution s'atténue avec l'arrêt CE, 19 décembre 1930, *Steur Favaron*, Rec. Lebon, pp. 1094-1095 ; cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 28.

¹⁴⁴⁷ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 28.

¹⁴⁴⁸ PEQUIGNOT précise quant à cet exemple que les tribunaux considèrent ces clauses comme une manifestation de l'intention des parties de soumettre l'ensemble de leur contrat au régime juridique des contrats administratifs. Cette interprétation permet de rendre ces clauses valables vis-à-vis des règles de compétence d'ordre public, et de conférer le caractère administratif au contrat : Req. 7 mai 1879, *Couturier* ; CE, 19 juin 1918, *Société des voiliers français*, Rec. Lebon, p. 597-598 ; TC, 12 décembre 1938, *Guérin*, Gaz. Pal., 1939. Cité in PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 29.

rigoureux de l'exécution du contrat par le cocontractant, ce qui est inhabituel dans ceux de droit privé.

868. En dernier lieu, les « clauses inspirées d'un souci manifeste de l'intérêt général », dont les contours sont aussi difficilement appréhendés que la notion jurisprudentielle d'intérêt général, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Il est possible de concevoir comme telles « les clauses d'assurance maritime d'État qui subordonnent le versement du solde de l'indemnité à la mise en chantier d'un nouveau navire »¹⁴⁴⁹.

869. Le critérium jurisprudentiel des contrats administratifs mis en évidence par la théorisation de PEQUIGNOT est d'une modernité croissante sur la base de la première théorie des contrats administratifs de JÈZE. Chez PEQUIGNOT, les critères jurisprudentiels de détermination du caractère administratif d'un contrat ont quasiment atteint le niveau de maturité d'aujourd'hui¹⁴⁵⁰. Les deux premiers théoriciens n'appréhendent pas la matière de la même manière, et c'est peu de le dire. Georges SALON rend bien compte de ces divergences de vue juridique entre JÈZE et PEQUIGNOT, dans son article intitulé « Gaston JÈZE et la théorie générale des contrats administratifs »¹⁴⁵¹.

§ 2 : Le critérium de classification des contrats administratifs chez Georges PEQUIGNOT

870. De la même manière qu'il ressort une classification de la théorie des contrats administratifs de JÈZE, celle de PEQUIGNOT est encore plus explicite (B). Il fonde son appréhension typologique des contrats de l'Administration sur le critère central de la nature de la détermination du caractère administratif ou privé des contrats (A).

A) Les critères des contrats de l'Administration dans la théorie de Georges PEQUIGNOT

¹⁴⁴⁹ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, p. 30.

¹⁴⁵⁰ Voir pour comparaison : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 90 et suiv.

¹⁴⁵¹ SALON Georges, « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs », *op. cit.*

871. Les critères des contrats de l'Administration, mis en évidence par le montpelliérain Georges PEQUIGNOT, sont différents de ceux de JÈZE, de manière *stricto sensu*. PEQUIGNOT semble être un analyste des contrats administratifs ayant un regard beaucoup plus extérieur que celui de JÈZE.

1) La mise en avant de critères extérieurs au contrat administratif par Georges PEQUIGNOT

872. PEQUIGNOT bâtit son appréhension typologique des contrats administratifs sur l'origine du caractère administratif des contrats passés pour satisfaire les besoins de l'Administration. Le fait que se développe un type de contrat exorbitant de l'article 1101 du Code civil, dès la période révolutionnaire, implique différentes phases d'abstraction doctrinale, identification de l'objet juridique, généralisation de sa pratique juridique, conceptualisation, et théorisation. PEQUIGNOT, dans la continuité de JÈZE, opère cette dernière phase, bien qu'elle ne soit en rien une fin en soi, car les contrats administratifs sont des objets juridiques vivants, n'en témoigne la durée de vie moyenne des Codes des MP de la décennie 2000. Comme tous les objets juridiques du droit public et administratif français, les évolutions sont perpétuelles au fil du renouvellement des sources et des acteurs de l'élaboration du droit, s'adaptant à une société en perpétuelle mutation. Mais ces appréhensions des contrats administratifs par la doctrine sont variables d'un auteur à l'autre, ce qui permet la progression de la matière des contrats administratifs en superposant la théorie de JÈZE et celle de PEQUIGNOT.

873. Ce critère central de l'appréhension des contrats administratifs par PEQUIGNOT réside dans l'origine du caractère administratif des contrats passés par et pour l'Administration, à savoir qu'il subdivise son développement typologique des contrats de l'Administration en deux catégories génériques principales venant englober la majorité des contrats de droit public et de droit privé, utilisés couramment par l'Administration pour satisfaire ses besoins et ceux du service public. D'une part, les contrats de l'Administration par détermination de la loi, la qualification juridique de contrat administratif ou de contrat de droit privé de l'article 1101 du Code civil est, dans ce contexte, une qualification *a priori*. Même s'il faut apporter des nuances nécessaires au caractère absolu de cette détermination *a priori*, dans le cas de certains types de contrats administratifs notamment

les marchés de fournitures. D'autre part, PEQUIGNOT met en évidence ce qu'il qualifie de « contrat administratif par nature »¹⁴⁵², c'est-à-dire les contrats dont la jurisprudence pose un critérium destiné à la détermination *a posteriori* du caractère administratif ou civil d'un contrat de l'Administration. Ainsi, les nuances, concernant la détermination *a priori* des contrats administratifs nommés, se cristallisent dans la détermination *a posteriori* des contrats administratifs par nature. Certains contrats administratifs nommés par la loi, comme « les marchés de fournitures », ne sont pas toujours admis comme étant des contrats administratifs *a priori*, superposant une détermination *a posteriori*, pour emporter une qualification de contrat administratif. LAUBADÈRE, dans sa théorie des contrats, intègre cet état du droit administratif des contrats¹⁴⁵³.

874. Dans la théorie de PEQUIGNOT, le déterminant du caractère administratif ou civil du contrat sert à classer les contrats de l'Administration. C'est une grille d'analyse cohérente, qui gagnera à devenir classique. Ledit déterminant est extérieur aux caractéristiques typologiques des contrats administratifs qu'il sert à classer. C'est un point caractéristique essentiel pour comprendre l'approche théorique des contrats administratifs de PEQUIGNOT.

2) La mise de côté de critère interne au contrat par Georges PEQUIGNOT

875. Entre l'approche théorique des contrats administratifs de JÈZE et celle de PEQUIGNOT, la différence la plus notable semble résider dans l'angle de vision juridique. En effet, JÈZE se place plus à l'intérieur de chaque typologie contractuelle pour les appréhender, au travers de toutes les influences et les sources forgeant leur régime juridique : jurisprudence, textes, doctrine... *A contrario*, PEQUIGNOT semble les appréhender, les observer de l'extérieur, comme des objets juridiques lointains. Cela se retrouve dans les critères de définition et de classification typologique privilégiés par l'un ou par l'autre.

876. Par comparaison, JÈZE dans sa théorie, met en lumière des éléments essentiels, comme ce qu'il qualifie de « rémunération en argent ». L'identification explicite du mode

¹⁴⁵² PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, op. cit., fasc. 500, p. 15.

¹⁴⁵³ Cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, S. sect. 2, § 1.

de rémunération du cocontractant par l'Administration permet de mettre en évidence un rapprochement des marchés de travaux publics, marchés de fournitures et marchés de transports, sur le fondement d'une convergence de caractéristiques essentielles¹⁴⁵⁴. PEQUIGNOT, dans sa théorie, n'aborde le critère du mode de rémunération que de manière lacunaire. Il ne parle que de « rémunération qui sera payée par la personne administrative »¹⁴⁵⁵. Cela témoigne d'une approche très différente de celle de JÈZE, qui implique inévitablement une classification différente des types de contrats administratifs.

877. Le critérium, mis en évidence par PEQUIGNOT dans le cadre de sa théorie des contrats administratifs, est le fondement de la classification qu'il opère par le plan de sa théorie.

B) Une classification générale des contrats administratifs explicitement binaire chez Georges PEQUIGNOT

878. PEQUIGNOT opère une classification explicite des différents types de contrats administratifs basés sur le critère externe aux contrats de l'origine de la détermination du caractère administratif. Il met en avant les contrats administratifs par détermination *a priori* de la loi et de ceux par détermination *a posteriori* de la jurisprudence.

1) Les contrats administratifs par détermination *a priori* de la loi

879. Dans la catégorie des contrats administratifs par détermination de la loi, PEQUIGNOT place, en premier lieu, les marchés de travaux publics, l'offre de concours, les concessions, les marchés de fournitures, et les marchés de transports, à savoir, les principaux contrats administratifs utilisés couramment par l'Administration, énumérés en fonction de l'objet du contrat. Les contrats administratifs, fournissant à l'Administration des travaux publics, sont détaillés en premier, ensuite viennent les biens mobiliers et les prestations de services, de transports et autres.

2) Le contrat administratif par nature ou sur critères jurisprudentiels

¹⁴⁵⁴ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

¹⁴⁵⁵ PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, *op. cit.*, fasc. 500, pp. 7-8.

880. PEQUIGNOT, dans un deuxième temps, catégorise ce qu'il qualifie de contrat par nature en vertu de son critère général de classification des contrats de l'Administration, du déterminant du caractère administratif. La jurisprudence se fonde sur le critère organique de la présence d'une personne publique au contrat, comme préalable connaissant des exceptions, lorsqu'une personne privée représente la personne publique. En complément, il faut ajouter les critères matériels du lien avec le service public et de la présence d'une clause exorbitante du droit commun. C'est le critérium classique de détermination *a posteriori*, par la jurisprudence, du caractère administratif d'un contrat.

881. Cette deuxième catégorie de contrat n'est pas indépendante de la première, dans le sens où la détermination *a priori*, par un texte du caractère administratif d'un contrat, n'a pas une valeur absolue, et peut se voir compléter par une détermination *a posteriori* du caractère administratif d'un contrat par la jurisprudence.

882. Pour conclure, eu égard à PEQUIGNOT et sa conception des contrats administratifs, il est intéressant de mettre en parallèle les différences avec l'appréhension de JÈZE, comme le fait RICHER, dans son traité moderne des contrats administratifs. Ainsi, dans l'interprétation finaliste du contrat, JÈZE pense que « le cocontractant n'est pas tenu seulement d'exécuter son obligation comme le ferait un particulier vis-à-vis d'un autre particulier ; ses obligations devront être interprétées comme s'étendant à tout ce qui est absolument nécessaire pour assurer le fonctionnement régulier et continu du service public »¹⁴⁵⁶. Alors que PEQUIGNOT souligne dans sa *théorie* que « malgré les apparences, le Conseil d'État ne fait jamais abstraction de ce que le contrat administratif est unilatéralement rédigé par l'Administration et que seule y apparaît la volonté administrative »¹⁴⁵⁷. Les conceptions du contrat administratif chez les deux premiers théoriciens de cette matière, à savoir JÈZE tout d'abord, puis PEQUIGNOT, divergent sur l'approche du contrat, comme la superposition de leurs deux théories le laisse entrevoir. L'appréhension typologique des contrats administratifs n'est pas la même. Les critères, mis en évidence par l'un et par l'autre, différents, mais pourtant, ces deux théories sont

¹⁴⁵⁶ JÈZE Gaston, *Les contrats administratifs*, 1927, t. 1, p. 14 ; cité in RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁴⁵⁷ PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, p. 270 ; cité in RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 224.

complémentaires dans les fondements qu'elles posent à la matière appelée « droit des contrats administratifs » dont les marchés publics occupent une place prépondérante. En ce sens, la classification des contrats administratifs, que ce soit chez PEQUIGNOT ou chez JÈZE commence par un type de marchés. Ces premières typologies modernes des contrats administratifs, chez ces deux théoriciens, tranchent avec la typologie des contrats administratifs prévalant au XIXe et jusqu'au début du XXe siècle, à savoir, le procédé du marché en tant que notion juridique sans aucune définition en tant que concept juridique global d'une part, et le procédé de la concession, qui est aussi peu ou mal défini, d'autre part¹⁴⁵⁸. Ces problèmes de définition créent des chevauchements de qualification juridique, parfois difficiles à démêler¹⁴⁵⁹. Les classifications typologiques de LAFERRIÈRE à la fin du XIXe siècle, puis de JÈZE, enfin de PEQUIGNOT, entrent dans la base du droit des contrats administratifs modernes, que l'on appréhende aujourd'hui.

883. La théorie de PEQUIGNOT frappe par la clarté et la technicité de ses définitions typologiques, mêlant positions doctrinale, jurisprudentielle et textuelle avec des qualités de synthèse évidente. Faire une comparaison qualitative avec l'approche théorique « jézienne » est compliquée, car ces approches sont différentes, mais en revanche, une certaine complémentarité apparaît entre les deux. PEQUIGNOT appréhende des critères de définition différents de ceux de JÈZE, ce qui permet un complément théorique pertinent incontestable. On pourrait appréhender PEQUIGNOT comme un HAURIOU ou un DUGUIT de Montpellier, à un niveau beaucoup plus spécialisé sur les contrats administratifs.

Sous - section 2 : La théorie des contrats administratifs par André de LAUBADÈRE (1956)

884. Le préalable de la théorie des contrats administratifs de LAUBADÈRE est de définir les contrats de l'Administration comme « un accord de volonté générateur

¹⁴⁵⁸ KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *Marchés publics*, n° 78, oct. 1968, p. 37.

¹⁴⁵⁹ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 1.

d'obligations »¹⁴⁶⁰. Cette appréhension du contrat est complètement transversale entre droit civil et droit administratif. Dans la lignée des deux premières théories des contrats administratifs par JÈZE et PEQUIGNOT, celle d'André de LAUBADÈRE intervient sous la forme d'un « *traité théorique et pratique des contrats administratifs* »¹⁴⁶¹, en trois tomes datés de 1956. Cette théorie fait état d'une classification typologique intéressante (§ 1), reposant sur un critérium classique et à la fois distinct, au sens du chat de Schrödinger qui est « mort et vivant » (§ 2).

§ 1 : La classification typologique des contrats administratifs dans la théorie d'André de LAUBADÈRE

885. À notre sens, de la première théorisation « jézienne » des contrats administratifs à l'adoption par voie réglementaire du premier CMP de 1964, PEQUIGNOT et LAUBADÈRE représentent les deux autres théories des contrats administratifs incontournables, comme facteur fondamental de l'élaboration théorique d'un droit des contrats administratifs. L'appréhension de la typologie, de la classification (A) et du critérium des contrats administratifs (B), composant la théorie d'André de LAUBADÈRE, après celles de JÈZE et de PEQUIGNOT, est importante pour notre problématique, car ces théorisations d'envergure sont un des ressorts de la conceptualisation des marchés publics. En effet, la définition conceptuelle du contrat administratif est un préalable fondamental à l'émergence du concept juridique de MP – à notre sens – dont l'article 1^{er} du CMP de 1964 marque la naissance conceptuelle.

A) Les définitions typologiques des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE

886. La classification typologique, dans la théorie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE, se situe dans la lignée de celle de PEQUIGNOT, malgré une différence ciblée notoire par rapport à son appréhension.

¹⁴⁶⁰ LAUBADÈRE André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 7, précise que « cette définition habituelle du contrat vaut pour toutes ses variétés ; elle s'applique aux contrats de l'administration comme à ceux des particuliers ».

¹⁴⁶¹ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, 3 volumes.

1) Les définitions typologiques des principaux contrats administratifs chez André de LAUBADÈRE

887. Par rapport, aux deux précédentes théories, celle d'André de LAUBADÈRE reprend les mêmes types principaux de contrats administratifs, de manière logique et cohérente. C'est sur certains types précis que des différences de définition typologique apparaîtront avec ses deux prédécesseurs.

a) Les marchés de travaux publics

888. Il appréhende « les marchés de travaux publics » de manière synthétique, comme « l'un des cas les plus importants de contrats de l'administration pour lequel le législateur a prévu la compétence de la juridiction administrative »¹⁴⁶². Il insère cet objet de marché dans ce qu'il appelle « les qualifications légales »¹⁴⁶³, c'est-à-dire « les contrats dont le contentieux est attribué par la loi aux tribunaux administratifs »¹⁴⁶⁴.

889. Pour ce qui est de la recherche des fondements du caractère administratif des marchés de travaux publics, LAUBADÈRE le rattache comme la doctrine administrative majoritaire, s'appuyant sur la jurisprudence, à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais, il apporte des précisions sur ce point, en soulignant que la qualification légale, en contrat administratif des marchés de travaux publics, n'est recevable « dans une très large mesure, mais non pas toutefois d'une manière absolue »¹⁴⁶⁵. En ce sens, il précise que l'élargissement de la notion de travail public pourrait conduire la jurisprudence à procéder pour les marchés de travaux publics, comme elle le fait pour les marchés de fournitures, c'est-à-dire n'applique pas l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, de la même manière que le décret de 1806, lorsque les stipulations du marché correspondent aux critères jurisprudentiels du contrat administratif¹⁴⁶⁶. Malgré cette constatation, la jurisprudence considère fermement que tous les contrats portant sur des opérations de travaux publics, sont, en vertu de la fameuse loi du 28 pluviôse an VIII, des contrats ayant le caractère administratif par détermination *a priori* de cette loi.

¹⁴⁶² LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 39.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 35.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁴⁶⁶ LAUBADÈRE entérine le point de vue de Gaston JÈZE, in, *Contrats*, 1927, t. 1, p. 51.

890. Sur la question de l'étendue de la notion de marché de travaux publics, LAUBADÈRE souligne que « la notion de marché de travaux publics au sens de la loi de pluviôse est conçue par la jurisprudence comme une notion très compréhensive »¹⁴⁶⁷. En effet, cette notion est entendue de manière très extensive, à l'époque où écrit l'auteur, au point de dépasser comme nous l'avons déjà souligné précédemment, largement la notion de marché. LAUBADÈRE définit la notion de travail public comme « tout travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général »¹⁴⁶⁸. Il faut ajouter à cela que la notion de rattachement à une opération de travail public n'est pas moins extensive, et c'est d'ailleurs en référence à celle-ci que l'on parle de caractère « attractif » de la notion de travail public.

891. LAUBADÈRE souligne que la jurisprudence appréhende les marchés de travaux publics au sens de la loi du 28 pluviôse an VIII, c'est-à-dire très largement, comme « tout contrat dont l'objet concerne l'exécution d'un travail public »¹⁴⁶⁹, tout d'abord, le marché proprement dit conclu entre l'Administration et l'entrepreneur ou même le concessionnaire, puis, tous les « accords accessoires » éventuellement passés entre les acteurs du marché de travaux publics¹⁴⁷⁰. LAUBADÈRE souligne que la jurisprudence ne s'attache pas aux formes, un marché de travaux publics peut ne pas être écrit¹⁴⁷¹. Il précise bien que le caractère extensif de la notion de marchés de travaux publics trouve deux limites principales. Premièrement, il faut que « l'objet réel du contrat soit bien un travail public » en application du principe général en vertu duquel la qualification du contrat repose sur son contenu effectif constaté. Autrement dit, un marché, qui n'aurait pas pour objet véritable un travail public, ne sera pas qualifié comme tel¹⁴⁷². Deuxièmement, la constatation d'un lien marginal entre un travail public et un contrat n'est pas suffisante

¹⁴⁶⁷ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p.40.

¹⁴⁶⁸ Concernant cette définition, il renvoie à nombre de références générales : DUEZ, DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, n° 1247 ; LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, n° 1618 ; WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 470 : cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 40. Mais il renvoie aussi à des références spécialisées : NOEL, *La notion de travail public*, Thèse, Paris, 1924 ; CAPITANT, « La double notion de travail public », *RDP*, 1929, p. 507 ; PRIEUX, *Traité pratique du droit des travaux publics*, 1951 : cité in LAUBADÈRE André (de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 41.

¹⁴⁶⁹ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 41.

¹⁴⁷⁰ CE, 9 février 1951, *Ministre des armées c/ Société entreprises Bornhauser, Molinari et Cie*, Rec. Lebon, 1951, p. 81 ; cité in LAUBADÈRE André (de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 41.

¹⁴⁷¹ CE, 12 juillet 1907, *Ministre des travaux publics*, op. cit., Rec. Lebon, 1907, p. 686 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 41.

¹⁴⁷² CE, 15 janvier 1930, *Société des ateliers et chantiers de la Loire*, Rec. Lebon, p. 55-56 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 41.

pour fonder une qualification juridique de marché de travaux publics. LAUBADÈRE met bien en évidence que ce « lien doit être d'un certain degré et d'une certaine nature »¹⁴⁷³.

b) « Les contrats comportant occupation du domaine public »

892. En tant que second type de contrat administratif issu d'une qualification légale, LAUBADÈRE appréhende les contrats concernant une occupation du domaine public. Concernant ce type particulier de contrat administratif, le législateur a clarifié le droit, avec l'adoption du décret-loi du 17 juin 1938. Son article 1^{er} dispose : « Sont portés en premier ressort devant le Conseil de Préfecture, sauf recours au Conseil d'État, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires ». Le caractère administratif des contrats impliquant une occupation du domaine public est, par ce biais, reconnu par la loi. Mais LAUBADÈRE souligne, de manière pertinente sur ce point, que cette « solution législative ne fait que consacrer rationnellement une qualification que de tels contrats tiennent de leur objet même »¹⁴⁷⁴. En effet, le régime exorbitant de la domanialité publique est le fondement du caractère administratif de ces contrats, et ce bien avant qu'intervienne le décret-loi de 1938. Ainsi, la portée de ce caractère administratif est très générale, pour deux raisons principales. Premièrement, le caractère administratif est applicable à l'ensemble des contrats impliquant une occupation du domaine public. Deuxièmement, le caractère de ce type de contrat n'implique pas uniquement la compétence contentieuse de la juridiction administrative, mais également l'application des règles de droit public¹⁴⁷⁵.

c) Les ventes d'immeubles de l'État

893. Le troisième type de contrat administratif issu d'une qualification légale, dans la typologie d'André de LAUBADÈRE est le contrat de vente d'immeubles de l'État. Il souligne que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII dispose que « le Conseil de Préfecture prononcera (...) sur le contentieux des domaines nationaux »¹⁴⁷⁶. Cette qualification légale n'est pas sans poser quelques difficultés, du fait qu'elle va à l'encontre d'un grand principe de la domanialité publique, celui de son inaliénabilité. Par conséquent, LAUBADÈRE met en évidence que l'on se trouve dans le cas d'un contrat administratif

¹⁴⁷³ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 42.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 47.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 48. Pour plus de détails sur ce type de contrat administratif, voir : *Ibid.*, pp. 48 à 50.

¹⁴⁷⁶ Cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 50.

par détermination de la loi, plus que dans aucun autre cas, parce que le caractère administratif de ces contrats ne repose pas sur un principe général, et vient même contredire le principe selon lequel les contrats concernant le domaine privé sont de droit commun. La jurisprudence adopte une interprétation limitant le champ d'application de ce texte, aux ventes d'immeubles de l'État. Toutes autres opérations immobilières que les ventes des biens de l'État sont exclues, comme les échanges¹⁴⁷⁷, ou encore les ventes d'immeubles des collectivités locales, à noter que le régime de la propriété en Algérie l'exclut également¹⁴⁷⁸.

894. Pour ce qui est des règles de fond, LAUBADÈRE souligne sans détour, en s'appuyant sur des constatations de JÈZE, que les contrats de vente d'immeubles nationaux ne sont pas dans le fond de véritables contrats administratifs, car malgré la promulgation par la loi de règles spéciales, ce sont des contrats de droit commun que la loi a soumis de manière arbitraire à la compétence des tribunaux administratifs¹⁴⁷⁹. Le contrat de vente d'immeubles de l'État est le dernier type de contrat administratif à classer dans ce que LAUBADÈRE appelle les « qualifications légales », c'est-à-dire les types de contrats administratifs par détermination *a priori* d'un texte.

d) Les marchés de fournitures dans la typologie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE

895. Les marchés de fournitures sont appréhendés dans la typologie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE comme des contrats, qui sur le fondement des critères jurisprudentiels ont le caractère administratif. Cette qualification juridique des marchés de fournitures en tant que contrat administratif sur le fondement de critères jurisprudentiels marque une évolution d'importance, car chez JÈZE et PEQUIGNOT ce type de marché est un contrat par détermination réglementaire dans la lignée des conceptions postrévolutionnaires du XIXe siècle. Un changement de qualification juridique est intervenu concernant les marchés de fournitures¹⁴⁸⁰. Par contre, concernant ces critères

¹⁴⁷⁷ CE, 6 novembre 1822, *Rambourg*, Rec. Lebon, p. 361 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁷⁸ TC, 20 juillet 1889, *Jumel de Noireterre*, Rec. Lebon, pp. 882 à 884. Cet arrêt opère un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure où la solution contraire est admise. Voir en ce sens : TC, 24 juin 1876, *Bienfait c/ l'Etat*, Rec. Lebon, p. 605 à 609.

¹⁴⁷⁹ LAUBADÈRE sur ce point précis fait directement référence à Gaston JÈZE, *Contrats (...)*, op. cit., 1927, t. 1, p. 232.

¹⁴⁸⁰ Sur ce changement de qualification : cf. *infra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Section 2, Sous – section 2, § 1, B, 2^e.

jurisprudentiels fondant la qualification juridique de contrat administratif, LAUBADÈRE les appréhende de manière classique¹⁴⁸¹, dans la lignée de JÈZE¹⁴⁸² et PEQUIGNOT¹⁴⁸³.

896. En ce qui concerne la définition de ce type de contrat administratif, LAUBADÈRE met en avant un double sens à la qualification juridique de « marchés de fournitures ». Tout d'abord, le marché de fournitures est au sens large, « tout contrat ayant pour objet la livraison de prestations mobilières à une personne publique »¹⁴⁸⁴. Puis, le marché de fournitures peut être entendu, au sens strict, comme un contrat de prestations mobilières qui présente un caractère administratif, et est conclu dans des conditions exorbitantes du droit commun. LAUBADÈRE souligne que le premier élément, qui distingue le marché de fournitures des autres types de contrats administratifs, est son objet¹⁴⁸⁵ de manière logique.

897. LAUBADÈRE apporte une vision doctrinale claire sur la distinction entre marché de fournitures, en tant que qualification juridique de contrat administratif, et celle de contrat de droit commun. Cette distinction est relativement difficile à appréhender. Il souligne que cette différenciation n'a été possible « que par une construction jurisprudentielle très particulière »¹⁴⁸⁶. L'origine de cette construction trouve ses racines dans l'article 14 du décret du 11 juin 1806, posant la compétence contentieuse de la juridiction administrative en matière de marchés de fournitures de l'État¹⁴⁸⁷. L'application stricte de ce texte permettait de considérer les marchés de fournitures de l'État, comme des contrats administratifs par détermination *a priori* de la loi, sur le modèle des marchés de travaux publics. Les marchés de fournitures des collectivités locales n'entraient pas dans le champ d'application de ce décret, faisant d'eux des contrats de droit commun en application de ce que LAUBADÈRE qualifie de « vieille conception générale »¹⁴⁸⁸, qui rattache le contentieux des collectivités locales¹⁴⁸⁹ à la compétence judiciaire¹⁴⁹⁰. Il met en évidence que ces conceptions originaires ont été abandonnées l'une et l'autre.

¹⁴⁸¹ Voir : LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, t. 1, pp. 55 à 103.

¹⁴⁸² Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

¹⁴⁸³ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 2, Sous – section 1.

¹⁴⁸⁴ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, t. 1, p. 42.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 107.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 108.

¹⁴⁸⁷ Décret du 11 juin 1806, *op. cit.*, art. 14 disposant que « le Conseil d'État connaîtra en outre (...) 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 notre maison ». Cf., *infra*, Tome II, Annexe 2.

¹⁴⁸⁸ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁸⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, chap. 2, Sect. 2.

898. Dans le contexte de l'écriture de son traité, LAUBADÈRE précise que, dans les années 1950, les marchés de fournitures de l'État ne sont pas nécessairement des contrats administratifs, mais dans le cas de « conventions d'importance minimale », ils peuvent être qualifiés de contrats de droit commun¹⁴⁹¹. À ce propos, il apporte une précision intéressante en précisant que pour « éviter l'obstacle constitué par le décret de 1806 », la jurisprudence va présenter les contrats ayant pour objet des fournitures, passés dans le cadre d'un régime de droit commun, comme des contrats qui « ne sont pas des marchés de fournitures » ou « sont conclus en dehors de tout marché », selon des formules jurisprudentielles citées par André de LAUBADÈRE¹⁴⁹².

899. Pour ce qui est des marchés de fournitures des collectivités locales, LAUBADÈRE met en avant l'abandon de ce qu'il qualifie de « point de vue primitif ». Ainsi, comme le souligne aussi JÈZE¹⁴⁹³, la jurisprudence cesse de considérer dans sa globalité le contentieux des marchés de fournitures des collectivités locales comme spécifiquement judiciaire. Les principes généraux de distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun s'appliquent sur les fondements jurisprudentiels des grands arrêts *Terrier*, *Thérond* précités, etc.¹⁴⁹⁴. LAUBADÈRE salue l'unification de la qualification des contrats de fournitures applicable aux marchés de fournitures de l'État et des collectivités locales. Les interprétations jurisprudentielles ont intégré le décret du 11 juin 1806 dans cette théorie des contrats de l'Administration¹⁴⁹⁵. La jurisprudence appréhende parfaitement, que par ce biais, l'enjeu est de bâtir une qualification juridique de marché de fournitures globale – de l'État comme des collectivités locales – qui renvoie explicitement à un régime de contrat administratif, comme la qualification juridique de marché de travaux publics peut le faire. L'analyse doctrinale d'André de LAUBADÈRE le met bien en évidence.

¹⁴⁹⁰ CE, 17 juillet 1895, *Clouzard*.

¹⁴⁹¹ CE, 20 février 1920, *Thérés*, Rec. Lebon, pp. 193-194 ; TC, 18 juillet 1923, *Société des magasins généraux c/ Ministre de la guerre*, Rec. Lebon, p. 581 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 109.

¹⁴⁹² Voir : CE, 14 mai, 1924, *Sieur de Lambilly*, Rec. Lebon, p. 468 ; CE, 2 novembre 1928, *Sieur Meilleureux c/ Ministre de la guerre*, Rec. Lebon, p. 1125 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 109.

¹⁴⁹³ Cf. *supra*, Part. II, Titre II, Chap. 2, Sect. 2.

¹⁴⁹⁴ Ch. réun., 26 février 1930, *Société méridionale et algérienne des vins*, D., 1931, 1, 85, note WALINE ; CE, 13 mars 1935, *Syndicat des contribuables d'Aix*, op. cit., D., 1935, 3, 9, note MONSARRAT ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 110.

¹⁴⁹⁵ LAUBADÈRE, en ce sens, développe que « le raisonnement appliqué par la jurisprudence au décret de 1806 pour les marchés de l'État français l'est aussi, dans les mêmes conditions aux textes qui, dans certains territoires d'outre-mer, donnent compétence aux conseils du contentieux pour les marchés de fournitures de la colonie. Par exemple, l'ordonnance du 18 septembre 1844 pour Saint Pierre et Miquelon, CE, 22 mars 1950, *Territoire des îles de Saint Pierre et Miquelon c/ Morazé*, op. cit., Rec. Lebon, p. 177.

900. La distinction des contrats de fournitures, entre contrat administratif et contrat de droit commun, se voit appliquer les critères généraux mis en lumière par la jurisprudence. Mais LAUBADÈRE souligne que deux points méritent des précisions. Tout d'abord, il faut expliciter qu'il reste des traces de l'ancienne interprétation. Ainsi, dans le cas de marchés de fournitures de l'État, la jurisprudence considère que le marché est un contrat administratif à moins que ces clauses ne lui « enlèvent ce caractère »¹⁴⁹⁶. Alors que, dans le cas d'un marché de fournitures des collectivités locales, la jurisprudence considère souvent que ce contrat est de droit privé, à moins qu'« il ne contienne des clauses dérogatoires au droit commun lui imprimant le caractère administratif »¹⁴⁹⁷. Ensuite, le caractère très diversifié des marchés de fournitures conditionne, que certains types précis de ces marchés soient plus facilement des contrats de droit commun, à l'image des marchés de fournitures uniques ou isolés, appelés « marchés de livraisons »¹⁴⁹⁸. Concernant ce type précis de marché de fournitures de prestations de services, LAUBADÈRE souligne la valeur systémique, tendant à lui attribuer quelquefois un caractère de contrat de droit commun systématique, du fait, qu'il n'associe pas automatiquement le fournisseur au service public¹⁴⁹⁹. LAUBADÈRE juge ce point de vue en matière de marchés de livraisons excessif, et admet qu'ils sont souvent des contrats de droit commun, mais ils peuvent aussi avoir la qualification de contrat administratif¹⁵⁰⁰. Dans cette lignée, la pratique consacre que sont habituellement des contrats de droit commun, les achats dits « à caisse ouverte »¹⁵⁰¹ ou encore les commandes verbales.

¹⁴⁹⁶ TC, 7 novembre 1922, *Sieur Manon c/ Ministre de la marine*, *op. cit.*; CE, 17 janvier 1930, *Sieur Benedic*, Rec. Lebon, p. 78 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, t. 1, p. 110.

¹⁴⁹⁷ TC, 28 janvier 1899, *Lagauche*, *op. cit.*, Rec. Lebon, pp. 68-69 ; TC, 7 novembre 1917, *Bailly c/ Carques et Servagent*, Rec. Lebon, pp. 736 à 738 ; TC, 28 mai 1921, *Sieur de la Rouillère c/ Guignonnet*, Rec. Lebon, pp. 526-527 ; TC, 1^{er} mai 1928, *Sieur Templier c/ commune de Sempigny*, Rec. Lebon, pp. 544-545 ; CE, 6 juillet 1923, *Sieur de Salaberry*, Rec. Lebon, p. 560-561 ; C. Cass., civ., 12 février 1923, *département de l'Allier*, D. 1926.1.52.

¹⁴⁹⁸ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 111 ; cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap.

1.

¹⁴⁹⁹ Voir concl. BLUM Léon affaire *Granits porphyroïdes des Vosges* ; et concl. CORNEILLE affaires *Fromassol*, RDP, 1921, p. 77 et *Éclairage de Poissy*, *op. cit.* ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁰⁰ CE, 6 novembre 1912, *Société des forges et chantiers de la Méditerranée*, Rec. Lebon, p. 1011 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁰¹ CE, 22 mars 1929, Sect., *Sieur Lefebvre et Lemann*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 376. Dans cet arrêt, le juge administratif considère « que la livraison des orges par les requérants à l'intendance militaire en novembre et décembre 1919 a eu lieu à caisse ouverte dans les conditions du droit commun et non en vertu d'un marché administratif conclu suivant les dispositions du décret du 11 juin 1806 ; que, dès lors, les requérants ne sont pas recevables à porter devant le Conseil d'Etat, par application de ce décret, les difficultés soulevées à raison de cette livraison ; », p. 376 ; CE, 14 janvier 1931, *Sieur Conquy*, Rec. Lebon, p. 46. Dans cet arrêt, le juge administratif considère « que la livraison des orges par le requérant à l'intendance militaire, en novembre et décembre 1919, a eu lieu à caisse ouverte dans les conditions du droit commun et non en vertu d'un marché administratif conclu suivant les dispositions du décret du 11 juin 1806 ; ». Il est intéressant de noter la réutilisation, quasiment (la ponctuation diffère quelque peu), mot pour mot du même considérant dans ces deux arrêts, comme cela est remarqué au Recueil Lebon (p. 46). Ils sont cités également par LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 111.

901. André de LAUBADÈRE appréhende les marchés de fournitures comme un type important de contrat administratif de la fin des années 1950, dont la teneur de la qualification juridique est marquée par un texte et ses interprétations jurisprudentielles changeantes, de la période postrévolutionnaire jusqu'à la « pré-codification » du CMP de 1964.

e) Les marchés de transports

902. De manière logique, LAUBADÈRE traite des marchés de transports à la suite des marchés de fournitures, comme dans les typologies de JÈZE et PEQUIGNOT. En ce sens, il précise, dès le départ, dans son appréhension typologique des marchés de transports, qu'ils « sont considérés comme une variété de marchés de fournitures »¹⁵⁰². Cela se traduit par le fait que la qualification de marché de transports s'insère dans celle de marché de fournitures et repose par conséquent sur les « mêmes règles et les mêmes textes ». Ainsi, il précise que le Conseil d'État fait entrer les marchés de transports passés par l'État dans le champ d'application de l'article 14 du décret de 1806¹⁵⁰³. LAUBADÈRE, pour justifier l'apport d'une définition typologique particulière aux marchés de transports, pointe « leur objet particulier » sortant de la notion générique de « fourniture », et « l'application qui leur est faite des critères généraux du contrat administratif »¹⁵⁰⁴.

903. Pour ce qui est de la définition typologique de ce type particulier de marché de fournitures, LAUBADÈRE l'appréhende comme « un contrat par lequel un particulier s'engage, moyennant rémunération sous la forme d'un prix, à effectuer un transport de personnes ou d'objets matériels pour le compte d'une collectivité publique ». Pour ce qui est de classer les différents types de prestations de transports identifiables, on utilise le même critère de la fréquence de la fourniture, avec les transports uniques et les séries de transports successifs. LAUBADÈRE définit les marchés de transports en les différenciant par rapport aux concessions de service public de transports. En effet, il précise que la concession est toujours un contrat administratif qui peut avoir le même objet matériel, à savoir l'exécution de transport, mais dans le cas de la concession, ce n'est pas seulement pour le compte de l'Administration. La différence notoire, entre concession de service public de transport et marché de transport, est identifiée par LAUBADÈRE, comme le fait

¹⁵⁰² LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁰³ CE, 16 octobre 1918, *Cie des chargeurs français*; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁰⁴ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 112.

que la rémunération de la prestation de transport passe par des redevances perçues par le transporteur sur les usagers du service. Il donne les exemples de concessions de service public de tramways, d'autobus, de chemins de fer, etc.¹⁵⁰⁵. LAUBADÈRE appréhende l'application des critères généraux des contrats administratifs aux contrats de transports. Ces critères s'appliquent spécialement, en ce qui concerne les transports maritimes, auxquels sont appliqués les critères généraux de la distinction contrat administratif/contrat de droit commun. LAUBADÈRE souligne que la jurisprudence, en ce sens, est très riche du fait des rapports importants entre l'État et les transports maritimes, dans le contexte de guerre de la fin du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. Cette distinction trouve une large application aux contrats de transports, car ils peuvent avoir aussi bien une qualification juridique de contrat administratif ou celle de contrat de droit commun.

904. La qualification de contrat de droit commun est appliquée aux contrats de transports passés entre l'État et une compagnie de navigation, lorsque celui-ci ne contient pas de clauses exorbitantes du droit commun, et que la compagnie ne participe pas directement à l'exécution du service. En ce cas, la qualification la plus précise pour ces contrats de transports de droit commun est celle de « contrat d'affrètement du droit commercial maritime » ou « location en time-charter ». Les exemples sont pléthore durant les deux Guerres mondiales¹⁵⁰⁶. *A contrario*, la qualification juridique de contrat administratif est applicable au contrat de transports maritimes en conformité aux principes généraux exposés par LAUBADÈRE¹⁵⁰⁷. Ainsi, les contrats de transports maritimes sont administratifs dans deux cas : lorsque, le contrat a été conclu dans des conditions « autres que celle du droit commun »¹⁵⁰⁸ ; et quand l'armateur ne se borne pas simplement à louer

¹⁵⁰⁵ LAUBADÈRE, sur ce point précis, apporte une nuance qu'il semble opportun de citer en précisant que « la distinction entre le marché de transport et la concession de service public de transport donne lieu à des difficultés et à des controverses lorsque le contrat porte sur un service public de transport mais ne donne pas lieu à des relations entre le transporteur et le public ; c'est notamment le cas lorsque l'État confie à un transporteur par contrat l'exécution du service des transports postaux ; il semble que l'on doive dire qu'il y a là marché de transport et non concession de service public ». Il renvoie, en ce sens à JÈZE, *Contrats*, t. 1, p. 49 ; *a contrario* à ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, *op. cit.*, p. 111 et CE, 29 janvier 1909, *Cie des messageries maritimes c/ l'État*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 111 à 121, concl. TARDIEU ; CE, 29 janvier 1909, *Compagnie générale transatlantique et compagnie de navigation mixte c/ l'État*, Rec. Lebon, pp. 121-122 ; cité in LAUBADÈRE André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁵⁰⁶ CE, 7 mars 1923, *Société Hellenic transport Steamship Company*, *op. cit.*, RDP, 1923, pp. 432-433 ; TC, 9 juin 1923, *Sieurs Vimont et Cie c/ Ministre de la marine*, Rec. Lebon, p. 474-475 ; CE, 7 mars 1923, *Sieur Iossifoglu*, Rec. Lebon, p. 222 ; CE, 18 mars 1925, *Sieur Moutard*, Rec. Lebon, p. 281-282 ; CE, 11 juillet 1928, *Société France-Indochine*, Rec. Lebon, p. 891. Dans cet arrêt, le juge administratif considère « que par ces contrats les armateurs donnaient en location leurs navires sans participer à l'exécution du service de transport ; que de semblables conventions ne peuvent être rangées parmi les marchés dont le décret du 11 juin 1806 attribue la connaissance à la juridiction administrative ; », p. 891.

¹⁵⁰⁷ Voir LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 56 à 103.

¹⁵⁰⁸ TC, 25 mars 1922, *Sieur de Malglaive c/ Ministre de la Guerre*, Rec. Lebon, p. 288-289 ; CE, 19 juin 1918, *Société des voiliers français*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 597-598 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 114.

son navire, « mais est lui même chargé de l'exécution du service public »¹⁵⁰⁹. C'est dans le contexte plus particulier de la Seconde Guerre mondiale, comme le souligne LAUBADÈRE, que « ces principes ont été appliqués par la jurisprudence aux contrats conclus entre l'État et les compagnies de navigation, en application de la loi du 11 juillet 1938 (art. 20 et 21) »¹⁵¹⁰.

905. La qualification juridique de marchés de transports s'intègre dans la définition extensive des marchés de fournitures¹⁵¹¹, mais elle a toujours eu une dissociation au minimum terminologique, comme dans les textes sur les marchés des années 1830. La terminologie de « marchés de transport » sert à qualifier juridiquement de manière courante les contrats de transports ayant le caractère de contrat administratif. LAUBADÈRE en rend compte, dans ses appréhensions typologiques des principaux contrats administratifs.

f) Les contrats d'achat et de vente

906. Comme dans les marchés de fournitures ou de transports, les critères généraux permettent de mettre en évidence la distinction contrat administratif/contrat de droit commun. Concernant les achats de l'Administration, deux cas se présentent: soit l'achat porte sur des biens mobiliers et constitue un contrat administratif (marché de fournitures), soit l'achat a pour objet des biens immobiliers et l'application des critères généraux conditionne, que dans la plupart des cas d'espèce, ce sont des contrats de droit commun, sauf stipulations exorbitantes¹⁵¹².

907. Concernant les ventes de l'Administration, LAUBADÈRE souligne qu'elles sont, en principe, des contrats de droit commun. Les ventes constituent un procédé contractuel de droit civil, et même quand l'Administration l'utilise, il n'en reste pas moins de droit privé. De plus, le principe d'inaliénabilité du domaine public implique que les ventes de biens immobiliers par l'Administration ne peuvent provenir que du domaine privé de celle-

¹⁵⁰⁹ TC, 7 novembre 1922, *Sieur Manon c/ Ministre de la Marine*, op. cit., RDP, 1923, pp. 433-435, Rec. Lebon, p. 795 à 797 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 114.

¹⁵¹⁰ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 114.

¹⁵¹¹ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

¹⁵¹² TC, 13 juillet 1938, *Sieur Batté*, Rec. Lebon, p. 1004-1005 ; TC, 8 novembre 1902, *Sieur Faillette c/ Sieur Chardin et Comm. de Charpentry*, Rec. Lebon, p. 645-646 ; CE, 20 juillet 1935, *Société des mines et carrières*, Rec. Lebon, p. 852 ; CE, 1^{er} juillet 1936, *Sieur Maitrôt*, Rec. Lebon, p. 717.

ci, « et constituent de ce fait des contrats de droit privé par leur objet et leur nature »¹⁵¹³. La jurisprudence entérine ce « principe » dans l'utilisation de formule courante que LAUBADÈRE cite, dans son texte, « considérant que les ventes d'objets mobiliers appartenant à l'État sont des contrats de droit commun »¹⁵¹⁴. Ces ventes de l'Administration considérées couramment comme des contrats de droit commun sont multiples¹⁵¹⁵. Des arrêts précisent que ces ventes ne font pas référence à un quelconque cahier des charges et par conséquent, elles ne sont pas conclues « dans des conditions différentes de celles du droit commun »¹⁵¹⁶. LAUBADÈRE, dans les décisions de jurisprudence, ne voit rien qui s'opposerait à ce qu'une vente concernant un bien du domaine privé de l'Administration ne soit exceptionnellement un contrat administratif. Il rappelle, en ce sens, que le contentieux de la vente d'immeubles de l'État est attribué, par la loi, à la juridiction administrative.

g) Les typologies complémentaires des contrats administratif sur application de critères jurisprudentiels

908. Les contrats de location¹⁵¹⁷, conclus par l'Administration, sont d'usage courant et de nature diverse. En ce cas, on distingue les locations faites à l'Administration, et celles faites par l'Administration. Les premières constituent couramment des contrats de bail du droit commun, sauf s'ils contiennent des clauses exorbitantes. Les secondes sont divisibles en deux cas de figure : les contrats relatifs à l'occupation du domaine public sont des contrats administratifs par détermination *a priori* du décret du 17 juin 1938, tandis que les locations de biens du domaine privé de l'Administration se voient appliquer les critères jurisprudentiels de contrats administratifs.

¹⁵¹³ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 116.

¹⁵¹⁴ CE, 8 juin 1949, *Sieur Devicq et compagnie saharienne automobile*, Rec. Lebon, p. 272-273 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 116. Voir dans le même sens : CE, 27 juillet 1927, *Randeger*, Rec. Lebon, p. 811. Dans cet arrêt, le juge administratif considère « qu'il résulte de l'instruction que cette cession ne concernait pas un marché passé entre l'État et le sieur Randeger ; qu'elle avait pour but l'exécution d'un marché passé par d'autres industriels métallurgistes avec l'État et à l'égard duquel le sieur Randeger, bien qu'il ait reçu l'acier directement de l'État, n'était qu'un sous-traitant ; que par suite, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartenait de se prononcer sur des difficultés relatives à cette fourniture faite par l'État ; », p. 811 ; CE, 13 février 1929, *Établissements Victor Malsan*, Rec. Lebon, p. 180 : « la cession dont il s'agit (...) est intervenue dans les conditions du droit commun ; qu'il n'appartient, dès lors, qu'à l'autorité judiciaire de connaître des difficultés qui y sont relatives ; », p. 180 ; CE, 4 mai 1929, *Sieurs Chabal et Cie c/ Ministre chargé des régions libérées*, Rec. Lebon, p. 479 ; CE, 11 mai 1929, *Sieur Séguinol*, Rec. Lebon, p. 514 ; CE, 6 mai 1931, *Sieur Hertz*, Rec. Lebon, p. 489. Le juge administratif dans cet arrêt considère « que la cession dont il s'agit ne peut être regardée comme étant intervenue pour assurer un service public dont elle constituerait une modalité d'exécution ; qu'elle ne se rattache non plus ni à un marché de fournitures, ni à un marché de travaux publics (...). dans ces conditions, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartiendrait de statuer sur la demande du sieur Hertz ; », p. 489 ; CE, 4 mai 1934, Sect., *Époux Heiser*, Rec. Lebon, p. 529 ; CE, 26 février 1936, *Sieur Fabre*, op. cit., Rec. Lebon, p. 254-255 ; CE, 4 février 1938, *Sieur Quaeghebeur*, Rec. Lebon, p. 132 ; CE, 13 janvier 1939, *Sieur Villette*, Rec. Lebon, p. 14.

¹⁵¹⁵ Des ventes d'objets mobiliers : CE, 22 décembre 1922, *Sieur Lassus*, op. cit., RDP, 1923, pp. 426-431 ; Rec. Lebon, p. 984-985 ; des ventes de navires : CE, 23 mars 1923, *Sieur Tristant*, Rec. Lebon, p. 307-308 ; des ventes de coupes de bois : CE, 16 mai 1944, *Société Detroye, Giraud et Cie*, Rec. Lebon, p. 139 ; des ventes de terrains : TC, 18 décembre 1933, *Berry Croes*, op. cit.

¹⁵¹⁶ CE, 11 mai 1929, *Séguinol*, op. cit., Rec. Lebon, p. 514 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 117.

¹⁵¹⁷ Voir : LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, pp. 118-120.

909. Les contrats d'emprunt public¹⁵¹⁸ ont une appréhension qualificative différente en fonction de la personne publique qui passe ledit contrat. Les contrats de l'État sont couramment qualifiés de contrat administratif par détermination des lois du 17 juillet 1790 et du 26 septembre 1793. Mais LAUBADÈRE, en s'appuyant sur le théorie de JÈZE¹⁵¹⁹, souligne lui aussi, l'insuffisance du contenu de ces textes pour fonder la nature administrative de ce type de contrat. La réalité du caractère administratif des contrats d'emprunt public de l'État réside dans le caractère exorbitant du droit commun des règles constituant le régime juridique de ce type de contrat. Tandis que les « contrats d'emprunts des collectivités publiques autres que l'État » sont appréhendés par LAUBADÈRE comme ceux conclus par les départements, communes et établissements publics. Ils peuvent être de droit commun à partir du moment où ils ne contiennent pas de clauses exorbitantes de droit commun, comme la jurisprudence du Conseil d'État l'énonce dans certains arrêts¹⁵²⁰. Concernant ce type de contrat, LAUBADÈRE résume la question de leur nature en disant que ce « sont pratiquement des contrats administratifs, du moins lorsqu'ils revêtent la modalité exorbitante du droit commun »

910. En dernier lieu, LAUBADÈRE développe « **les contrats de prestations de services personnels**¹⁵²¹ ». C'est dans ce type de contrat que LAUBADÈRE insère ce qu'il définit comme des « contrats par lesquels des particuliers s'engagent moyennant rémunération à fournir à l'administration des services personnels »¹⁵²², même s'il souligne parfaitement la diversité et la complexité de ce type de contrat utilisé par l'Administration. Cette appréhension de ce type de contrat peut, suivant la fréquence de la prestation, unique ou multiple, entrer dans ce que l'on qualifie, à partir du CMP de 1964, de « marchés publics de services », ou de contrat de recrutement de fonctionnaires.

2) Une typologie classique avec des définitions variables mais synonymes

911. La typologie des contrats administratifs développée par André de LAUBADÈRE, dans sa théorie, est ce que l'on peut qualifier de classique par rapport à celles de ses deux

¹⁵¹⁸ Voir : *Ibid.*, pp. 121-123.

¹⁵¹⁹ JÈZE, Gaston, *Contrats, op. cit.*, p. 130.

¹⁵²⁰ Voir notamment : CE, Sect., 14 mai 1943, *Commune de Joinville-le-Pont*, Rec. Lebon, p. 122 ; cité in LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op. cit.*, p. 123.

¹⁵²¹ Voir : LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op. cit.*, pp. 124-135.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 124.

prédécesseurs : JÈZE et PEQUIGNOT. Mais malgré tout, il a une appréhension de cette typologie qui est propre à sa vision de la matière des contrats administratifs

a) Une typologie des contrats administratifs classique

912. La typologie des contrats administratifs de LAUBADÈRE s'inscrit dans un relatif classicisme, dans le sens où les types principaux de contrats utilisés couramment par l'Administration ne divergent pas de la première théorisation des contrats administratifs de JÈZE jusqu'à celle de LAUBADÈRE, en passant par celle de PEQUIGNOT. En effet, la typologie des contrats administratifs développée par LAUBADÈRE, dans son « *Traité théorique et pratique* », définit comme principaux types de contrats administratifs, les marchés de travaux publics, les contrats comportant occupation du domaine public, les ventes d'immeubles de l'État, les marchés de fournitures, les marchés de transports, les contrats d'achat et de vente, les contrats d'emprunt public ou encore les contrats de prestations de services personnels. Tous ces types de contrats administratifs sont pour la plupart déjà identifiés dans les deux précédentes théories de JÈZE et PEQUIGNOT, par conséquent, l'utilisation du qualificatif « classique », en rapport avec la typologie de LAUBADÈRE semble appropriée.

b) Une appropriation des définitions typologiques des contrats administratifs par André de LAUBADÈRE

913. La typologie mise en avant par LAUBADÈRE est certes classique, mais ses appréhensions lui sont personnelles. Il ne met pas en évidence forcément les mêmes caractéristiques que ses deux prédécesseurs, fondant des différences manifestes. Comme chaque théoricien des contrats administratifs, il adopte sa propre approche de cet objet du droit administratif, et sa propre hiérarchie d'importance des critères fondant les définitions de chaque type de contrat administratif.

B) Une classification typologique classique et distincte dans la théorie d'André de LAUBADÈRE

914. La classification des différents types de contrats administratifs de LAUBADÈRE s'inscrit dans la lignée de ses deux prédécesseurs, mais elle comporte toutefois des nuances intéressantes.

1) Une classification classique

915. LAUBADÈRE distingue deux catégories de contrats administratifs, les contrats administratifs par le biais d'une qualification légale, et les contrats administratifs par application des critères généraux des contrats ayant un caractère administratif.

916. De manière transversale et synthétique, LAUBADÈRE souligne que la classification typologique prévalant, durant l'ensemble du XIXe siècle, à savoir le procédé du marché d'un côté, et celui de la concession de l'autre, se retrouvent toujours à la base des classifications plus modernes des contrats administratifs¹⁵²³, comme la sienne, celles de JÈZE ou de PEQUIGNOT. Il parle en premier lieu, de ce qu'il qualifie de « divers marchés »¹⁵²⁴, les définissant comme « les contrats par lesquels le cocontractant s'engage à fournir à l'administration une prestation moyennant un prix »¹⁵²⁵. Cette définition inclut donc les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, et les marchés de transports. Le fait de les positionner de manière prééminente dans la classification des contrats administratifs se justifie par ce que LAUBADÈRE appelle « leur importance pratique »¹⁵²⁶. En deuxième lieu, il parle des concessions de service public et de travail public, les définissant comme « la convention partiellement contractuelle par laquelle le concessionnaire s'engage à faire fonctionner un service public en se rémunérant au moyen de redevances perçues sur les usagers du service »¹⁵²⁷.

917. C'est en cela que la classification typologique des contrats administratifs ne peut être logiquement que classique, dans la lignée de ses prédécesseurs, mais les contrats administratifs, comme toutes les branches du droit administratif, sont vivants, voire plus évolutifs que d'autres.

2) Une classification distincte : la requalification jurisprudentielle des marchés de fournitures de l'État

¹⁵²³ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. 1, p. 11.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 11. Cette terminologie rend compte de la réalité juridique de ce qui n'est encore qu'une notion, à notre sens, au moment où il écrit sont traité, dans ce que nous appréhendons comme « la période post-théorique des contrat administratifs mais pré-codification des MP ».

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 11.

918. Cette classification typologique est classique dans ses grandes lignes, mais des différences sont néanmoins constatables. En effet, les marchés de fournitures *lato sensu*, (incluant les marchés de transports) sont classés par LAUBADÈRE, comme des contrats administratifs par nature, c'est-à-dire par application des critères jurisprudentiels généraux. Alors que JÈZE et PEQUIGNOT classent les marchés de fournitures, comme les marchés de travaux publics, dans la catégorie des contrats administratifs par détermination de la loi, et plus précisément sur le fondement du décret du 11 juin 1806. Cette conception originaire a été abandonnée sous l'impulsion de la jurisprudence administrative.

919. Cette distinction de classification peut être appréhendée *stricto sensu* comme une requalification juridique du marché de fournitures, impulsée par le juge administratif. Cette question spécifique apparaît comme un point aussi complexe qu'important dans cette étude. Pour mieux l'appréhender, il faut voir l'édition de 1983 du traité de LAUBADÈRE, car son approche de cette question complexe est plus mature, et plus collective, que dans son édition de 1956. En effet, il explique qu'après l'abandon de la conception originaire, « la jurisprudence s'est avisé qu'il était excessif de » considérer tous les marchés de fournitures de l'État « comme administratifs, car c'est surtout dans cette catégorie de contrats que se rencontrent fréquemment des conventions d'importance minime conclues dans les conditions du droit commun »¹⁵²⁸. Sur ce postulat, la jurisprudence applique aux marchés de fournitures de l'État, le critérium de distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun¹⁵²⁹. Or, l'application dudit critérium sous-tend le contournement des effets du décret du 11 juin 1806 (art. 14). Dès lors, la jurisprudence « déclare que les contrats ayant pour objet des fournitures, mais qui sont conclus dans les conditions du droit commun « ne sont pas des marchés de fournitures » ou « sont conclus en dehors de tout marché »¹⁵³⁰ ou encore « ne peuvent être rangés parmi les marchés de fournitures visés par le décret du 11 juin 1806¹⁵³¹ »¹⁵³². Pour synthétiser, LAUBADÈRE explicite que cette interprétation jurisprudentielle a vidé de sa substance les effets de ce décret sur la

¹⁵²⁸ LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., LGDJ, Paris, 1983, t. 1^{er}, p. 270.

¹⁵²⁹ CE, 20 février 1920, *Thérés*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 193-194 ; TC, 17 juillet 1923, *Société des magasins généraux c/ Ministre de la guerre*, op. cit., Rec. Lebon, pp. 581 à 583.

¹⁵³⁰ CE, 14 mai 1924, *Sieur de Lambilly*, op. cit., Rec. Lebon, p. 468 ; CE, 2 novembre 1928, *Sieur Meillereux c/ Ministre de la guerre*, op. cit., Rec. Lebon, p. 1125.

¹⁵³¹ CE, 11 mai 1956, Sect., *Société française des transports Gondrand frères*, Rec. Lebon, p. 202-203.

¹⁵³² LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 270.

détermination du caractère administratif des contrats de fournitures¹⁵³³. Ce cas pose des questions légitimes sur la réalité du pouvoir de requalification du juge, comme le professeur PETIT¹⁵³⁴ le soulève, ce pouvoir étant intimement lié au pouvoir d'interprétation des juges. En effet, la liberté d'interprétation des juges peut avoir des effets « drastiques », le cas des marchés de fournitures en est une « illustration notoire »¹⁵³⁵.

920. Toutefois, il faut, dans ce cas précis, mettre en avant que le marché de fournitures (de l'État) postrévolutionnaire dans sa conception originaire est un contrat administratif sur la base d'une qualification décrétable (11 juin 1806, art. 14), et non sur la base d'une qualification légale *stricto sensu*, comme dans le cas des marchés de travaux publics et de la loi du 28 pluviôse an VIII. À notre sens, c'est un aspect essentiel sur le « juridiquement fondé » de cette requalification jurisprudentielle, qui n'aurait pas été possible selon les mêmes modalités, ni souhaitable à l'échelle des marchés de travaux publics. La fragilité de cette qualification décrétable est accentuée par le fait que le décret du 11 juin 1806 est adopté bien avant que n'intervienne la loi du 31 janvier 1833 et son article 12 prescrivant l'édiction d'une réglementation sur les formalités à suivre dans les marchés à conclure au nom du gouvernement.

921. Cette requalification jurisprudentielle des marchés de fournitures de l'État – même si elle a des répercussions sur ceux des collectivités locales – affecte de manière très importante leur régime juridique, en modifiant leur conception postrévolutionnaire originaire. LAUBADÈRE le retranscrit et l'explique parfaitement dans sa théorie des contrats administratifs, *a contrario* de JÈZE et PEQUIGNOT¹⁵³⁶. Ce phénomène jurisprudentiel contribue à ériger une qualification juridique de marché de fournitures globale (État et collectivités locales) en tant que contrat administratif, contribuant à la convergence générale des régimes juridiques applicables aux marchés¹⁵³⁷. Par conséquent, cette requalification est assimilable à un ressort de construction conceptuelle des marchés publics complémentaires d'importance.

¹⁵³³ LAUBADÈRE, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵³⁴ PETIT Jacques, « A propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », *op. cit.*, communication in colloque sur l'office du juge du 29 et 30 septembre 2006.

¹⁵³⁵ *Ibid.*

¹⁵³⁶ A l'heure de l'écriture des théories de JÈZE et PEQUIGNOT, le recul sur ce mouvement jurisprudentiel n'était pas suffisant, c'est d'autant plus vrai dans le cas de JÈZE.

¹⁵³⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 2, Sect. 2.

§ 2 : Le critérium de classification typologique dans la théorie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE

922. Les définitions typologiques mises en évidence dans la théorie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE laisse apparaître un critérium sur lequel se fonde sa classification typologique des contrats administratifs. Chaque théorie des contrats administratifs de cette période que nous qualifions de « période de pré-codification des MP » met en évidence des définitions et classifications typologiques dont le critérium de classification est nuancé d'un théoricien à l'autre.

A) Le critère de l'origine de la détermination du caractère administratif du contrat : un critère classique de classification des contrats administratifs

923. LAUBADÈRE met en avant comme principal critère de classification des contrats administratifs, celui de l'origine de la détermination du caractère administratif des contrats utilisés couramment par l'Administration. Sur ce point, LAUBADÈRE est plus dans la lignée de PEQUIGNOT que de celle de Gaston JÈZE, car ils classifient tous deux explicitement en deux catégories les différents types de contrats administratifs. D'un côté, les contrats administratifs par détermination *a priori* de la loi, et de l'autre, les contrats administratifs par application de critères généraux, jurisprudentiels pour l'essentiel. Les nuances entre les théoriciens des contrats de l'Administration de la période de « pré-codification » des marchés publics, JÈZE, PEQUIGNOT et LAUBADÈRE, se révèlent dans la répartition des deux catégories de contrats administratifs, ceux par détermination de la loi et ceux par identification de critères généraux. En effet, LAUBADÈRE fait peser la balance plus en faveur de la deuxième catégorie de contrat administratif, ce qu'il qualifie de contrat administratif par application de critères jurisprudentiels. La raison est le classement des marchés de fournitures incluant les marchés de transports dans cette catégorie, à la différence notoire de ses deux prédécesseurs théoriciens, JÈZE et PEQUIGNOT qui classifient tous deux ce type majeur de contrat administratif, parmi ceux déterminés par la loi. L'adoption du CMP de 1964 mettra fin au problème de l'identification de l'origine du caractère administratif des marchés de fournitures, en les plaçant comme pilier conceptuel de la qualification juridique de marché public, qui

conditionne le caractère administratif du contrat. Le CMP permettra une clarification salutaire en ce domaine, et posera les bases du droit des marchés publics, grâce à la définition conceptuelle des MP qu'apporte l'article 1^{er} de ce code.

B) La mise en retrait de critères plus matériels dans la lignée de Georges PEQUIGNOT

924. Sur ce point, la théorie de LAUBADÈRE se situe plus dans la lignée de celle de PEQUIGNOT que de celle de JÈZE, car ce dernier met beaucoup plus en avant des critères comme la rémunération des contrats administratifs, pour bâtir les définitions typologiques, et classer ensuite les types de contrat. Les appréhensions typologiques, chez LAUBADÈRE, sont centrées essentiellement sur les contours des différents contrats, leurs objets, les éléments fondant leur qualification juridique. Les éléments de définition matérielle sont plus en retrait à l'image de la rémunération, qui est abordée de manière synthétique par rapport à JÈZE.

925. Pour conclure sur le critérium de classification typologique des contrats administratifs de LAUBADÈRE, il faut appréhender le caractère globalement classique des critères mis en évidence par sa théorie en matière de contrats administratifs. Ses critères classiques applicables aux contrats administratifs impliquent que sa classification soit dans la lignée de celle de PEQUIGNOT.

926. Pour conclure cette section, la théorie des contrats administratifs élaborée par André de LAUBADÈRE reste dans la lignée de celle de JÈZE et de PEQUIGNOT, malgré différences et points communs incontestables. Cette théorie, intervenant peu avant l'adoption du premier CMP de 1964, consolide l'édifice théorique des contrats administratifs, dont JÈZE et PEQUIGNOT ont posé les bases. La typologie, la classification et le critérium de classification moderne des contrats administratifs sont déjà bien consolidés par la théorie d'André de LAUBADÈRE, contribuant de manière complémentaire à l'émergence de la terminologie de marchés publics en tant que concept juridique de droit administratif.

927. En conclusion de ce chapitre, on peut souligner que la théorie des contrats administratifs est un édifice en construction perpétuelle. Pour appréhender le plus explicitement le lien entre ces trois théories, il est intéressant de mettre en lumière les références de chacun de ces théoriciens. JÈZE, premier théoricien des contrats administratifs, fonde la théorie, tout en faisant référence à LAFERRIÈRE. PEQUIGNOT fait référence à la théorie de Gaston JÈZE, précurseur incontesté en ce domaine. De manière chronologique et logique, la théorie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE fait référence à JÈZE et PEQUIGNOT. Pour rester dans la métaphore maçonnique, cette construction théorique, en plus d'être perpétuelle, est chronologiquement linéaire, FOUCART et son œuvre font émerger le concept, PERRIQUET et plus encore LAFERRIÈRE consolident ce concept et leurs traités sont comparables à des matériaux de construction. JÈZE et sa théorie font office de fondation, tandis que tous les successeurs de JÈZE, PEQUIGNOT, LAUBADÈRE etc., bâtissent l'édifice. Aujourd'hui, la source communautaire du droit de la commande publique accélère considérablement cette « construction », voire destruction et reconstruction, d'où découle l'instabilité que l'on connaît en droit de la commande publique – nouvelle notion juridique générique englobant les marchés publics franco-français – ces dix dernières années. Le caractère sans fin de cette construction théorique des contrats de l'Administration provient du fait que cette matière est une institution vivante qui s'adapte nécessairement aux « faits sociaux » chers à l'analyse de JÈZE¹⁵³⁸. Son renouvellement chronique est par conséquent une nécessité pour rester en phase avec une société aux besoins évolutifs¹⁵³⁹.

928. D'une manière générale, « la théorisation facilite la diffusion du modèle théorisé »¹⁵⁴⁰, en l'occurrence, les contrats administratifs théorisés permettent une appréhension plus facile, dans le cadre de la pratique, de son enseignement, de son perfectionnement juridique, dès lors, de sa diffusion au sens large. Sur le même principe que dans le cadre de la conceptualisation du contrat administratif – mais à des niveaux d'abstraction différents – leur théorisation repose sur la hausse du niveau de définition des

¹⁵³⁸ WALINE Marcel, « L'œuvre de Gaston Jèze en droit public », *op. cit.*, p. 883.

¹⁵³⁹ GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *op. cit.*, *RDP*, n° 2, 2010, pp. 313-314. Le professeur GAUDEMET pose en accroche une question qui synthétise bien cet enjeu du renouvellement théorique du contrat administratif : « Peut-on aujourd'hui bâtir – ou, plus modestement, tenter de bâtir – une nouvelle théorie générale des contrats administratifs rendant compte du passé, pour y intégrer le présent et y inscrire l'avenir ».

¹⁵⁴⁰ DELPEUCH Thierry, « L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques : un état de l'art, Centre d'études et de recherches internationales », Science Po., in <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.htm>, p. 16.

différents types de contrats administratifs, au premier rang desquels se trouvent les trois types de marchés. La notion de marché est un déterminant majeur de la définition théorique du contrat administratif, comme il l'est de sa conceptualisation. L'affirmation du professeur HUBRECHT selon laquelle « tout laisse penser que la doctrine classique a intitulé théorie générale du contrat administratif une pure et simple transposition des règles qui s'imposent dans un contrat très particulier, parce qu'il est un contrat de service public, la concession »¹⁵⁴¹. Il faut relativiser ses propos, car même si la concession occupe une place d'importance certaine, dans la théorie générale des contrats administratifs, le marché apparaît prépondérant. En ce sens, les trois théoriciens d'envergure des contrats de l'Administration de la période de « pré-codification » des marchés publics, JÈZE, PEQUIGNOT et LAUBADÈRE ont un apport conceptuel apparaissant décisif, à notre sens, à l'émergence des marchés publics.

929. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que cette théorie administrativiste des contrats ressemble, à cette époque, à une « sous théorisation des contrats de droit privé », définissant les contrats administratifs par rapport aux grandes théories privatistes des contrats¹⁵⁴². En ce sens, il faut rappeler pour anecdote, concernant le parcours de JÈZE, premier théoricien des contrats administratifs, qu'il a soutenu un doctorat de droit romano-civiliste, comme cela se faisait à cette époque, c'est-à-dire qu'un des plus grands « publiciste-administrativistes » de la première moitié du XXe siècle, était un privatiste d'origine, doublé d'un économiste. De la même manière que le droit administratif a un caractère exorbitant du droit commun à la sortie du XIXe siècle, l'administrativiste-publiciste issu du XIXe siècle s'apparente à un « égaré du droit privé ».

930. Pour conclure ce titre, la construction conceptuelle des marchés publics se rattache au grand ensemble du contrat administratif, qui l'englobe de manière croissante au fur à mesure de la convergence de la notion de marché autour d'un régime de droit administratif. Le déficit d'abstraction des productions de la doctrine administrativiste des deux premiers tiers du XIXe siècle représente les matériaux permettant la conceptualisation doctrinale du

¹⁵⁴¹ HUBRECHT Hubert-Gérald, *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux, 1980, p. 502 ; voir aussi DRAGO Roland, « Paradoxe sur les contrats administratifs », in *Études offertes à Jacques Duflour, Défrénois*, 1979, p. 152.

¹⁵⁴² Voir TRIEPEL Heinrich, *Droit international et droit interne*, éd. Panthéon-Assas, pp. 42-43 ; et ses références en matière de théories des contrats.

contrat administratif, autour de la notion de marché. De la consolidation de ce concept, au travers des productions doctrinales de LAFERRIÈRE, HAURIOU, DUGUIT, va se former la théorisation des contrats administratifs. Dans ce processus d'abstraction global du contrat administratif, réside un facteur majeur de l'émergence du concept de marché public en droit administratif (**Titre II**).

Titre II : L'émergence du concept administrativiste de « marché public »

Ce dernier titre annonce le dénouement de notre problématique. L'émergence du concept de marché public n'est pas instantanée à un moment T de l'histoire du droit administratif. Cette émergence s'apparente à un processus d'environ une vingtaine d'années, qui, sur la base des fondements conceptuels (**Partie I**) combinés lors de la première phase de la construction conceptuelle des marchés publics (**Partie II – Titre I**) – à savoir l'abstraction juridique du contrat administratif – va représenter la dernière phase de cette construction conceptuelle.

La phase d'émergence conceptuelle, en tant que phase finale de la construction conceptuelle du marché public en droit administratif, s'appréhende en deux temps. Le premier est assimilable à ce que nous qualifierons de « gestation conceptuelle » (**Chapitre 1**). Le deuxième temps est la naissance conceptuelle des marchés publics (**Chapitre 2**), à savoir l'épilogue de notre étude, même si le « coupable » s'annonce tout au long de notre étude.

Chapitre 1 : La gestation du concept de « marché public »

931. La gestation conceptuelle est représentée par la mise en mouvement d'une matrice conjoncturelle d'élaboration du premier CMP de 1964, qui se met en place dans les deux décennies précédant l'adoption du CMP de 1964. Ainsi, cette adoption du premier CMP de 1964 résulte, à moyen terme, et au premier plan de la conjoncture politique (**Section 1**) et juridique (**Section 2**) des deux décennies qui la précèdent. La conjoncture, allant des années 1940 aux années 1960, est une période riche en événements historiques ayant des conséquences économiques, sociales, politiques et par conséquent, juridiques d'importance.

Section 1 : Une matrice politique d'élaboration du CMP

932. Dans ce que nous qualifions de matrice conjoncturelle du CMP de 1964, le contexte politique précède logiquement le contexte juridique. Résumer le contexte politique de la période 1940-1960 est assez compliqué, de la Seconde Guerre mondiale aux problématiques de la reconstruction, de l'avènement de la IV^e République à celui de la V^e, en passant par l'amorce de la construction européenne. Certains de ces aspects intéressent plus les contrats administratifs, comme toutes les questions entourant la reconstruction des infrastructures, problématique clé de l'État dans les années 1950. La résolution de ces problématiques implique tout d'abord, une prise de conscience politique (§ 1), puis, la prise en main de ces problèmes par l'entité étatique adéquate (§ 2).

§ 1 : Une prise de conscience politique de l'importance du marché public

933. Cette prise de conscience de l'importance, que peut avoir le marché public, transparaît chez les différents acteurs de l'élaboration du droit administratif, de manière différente en fonction de leur rôle prédéfini.

A) Une prise de conscience politique précoce par le pouvoir législatif et réglementaire

934. Dès les textes des Révolutionnaires de 1789, l'importance, de ce qui est rapidement qualifié communément de marché, est appréhendée, le législateur ne légiférant pas sur des objets juridiques insignifiants à cette époque. Les travaux publics à titre onéreux représentaient un besoin important des nouveaux pouvoirs publics révolutionnaires. Tandis que les besoins en fournitures, notamment des armées étaient considérables. Le texte de référence en matière de marchés de fournitures, le décret du 11 juin 1806 est adopté au plus fort des campagnes militaires de Napoléon I^{er}. Cela est significatif car, en cette période, le législateur n'adopte que des textes sur les points de droits cruciaux au fonctionnement des pouvoirs publics et à leur stabilité. La prise de conscience de l'importance d'encadrer la passation de ce type de convention est très précoce, héritière des idées monarchique sur ce point.

935. Sur ce terreau postrévolutionnaire, prolongé par celui de l'intégralité du XIXe et des premières décennies du XXe siècle, s'amorce, dès le début des années 1940 avec l'adoption du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés, une inflation de textes d'envergure applicables aux régimes juridiques desdits marchés. Cette inflation essentiellement réglementaire résulte de la prise de conscience politique de l'importance d'un droit administratif de marchés adéquats par le pouvoir législatif et réglementaire. Les transformations sociales et politiques de la société des années 1940 à 1960, plus les ravages de la Seconde Guerre mondiale ont rendu cette prise de conscience inévitable. Sachant que les moyens politiques de traduire cette prise de conscience de la nécessité des marchés sont plus importants qu'au début du XIXe siècle.

B) La retranscription de cette prise de conscience politique par la doctrine administrative

936. Par référence, il ne faut pas perdre de vue la position des contrats de l'Administration, au premier rang desquels les marchés de travaux publics, dans les traités de droit administratif des deux premiers tiers du XIXe siècle, ni que, chez les premiers administrativistes, tel le baron de GÉRANDO, le marché public était *stricto sensu* assimilé à des halles.

937. FOUCART déjà, et surtout LAFERRIÈRE, dans son traité de la juridiction administrative, retranscrivaient très bien cette importance, en développant les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, en premier, dans l'ordre d'importance des contrats administratifs. Mais il faut attendre, au moins le dernier tiers du XIXe siècle, pour constater cette mise en avant. Ainsi, chez LAFERRIÈRE, on trouve, de manière séparée, les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures représentant les deux types de contrats administratifs les plus importants en nombre et en poids économique. Par conséquent, la généralisation de ces deux pratiques contractuelles de l'Administration, dans la notion générique de marché public, se développe, dès les années 1940, pour aboutir à une catégorie générique de contrats administratifs, cumulant l'importance de ces deux composantes principales. La pratique des marchés revêt un aspect économique de poids, au point de conditionner son usage, comme un véritable instrument de politique économique¹⁵⁴³.

938. Les auteurs contemporains de cette période, premiers utilisateurs de la terminologie de marché public, ne définissent pas de manière très satisfaisante, ce qu'ils qualifient de « marché public », mais ils mettent en avant des références pour montrer l'importance politique et économique de ceux-ci dans la satisfaction des besoins des pouvoirs publics. HIRSCH, dans sa thèse sur le « financement des marchés publics », résume parfaitement le contexte économique et politique difficile, dans lequel il a écrit cette thèse. Ainsi, il résume la conjoncture du début des années 1940, soulignant que « tandis qu'augmentait le volume des marchés publics, la clientèle privée s'est amenuisée »¹⁵⁴⁴. Par conséquent, la part des marchés de l'État et des collectivités augmente fortement « dans le portefeuille de commande des entrepreneurs » de cette période. HIRSCH appuie ses propos, sur un rapport présenté au Conseil National Économique en 1938, par M. DEVILLEZ, qui explicite que « le rôle croissant de la clientèle des personnes publiques dans l'économie privée, révèle sous un aspect particulier une des difficultés les plus urgentes du crédit à court et à moyen terme : le manque des fonds de roulement des titulaires de commandes publiques¹⁵⁴⁵, qui a pu être évalué à une dizaine de milliards »¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴³ Voir JACOMET R., « Le marché public envisagé comme un instrument de politique économique », *Dalloz-Sirey (D.S.)*, 1947, p. 208.

¹⁵⁴⁴ HIRSCH Jacques, *Le financement des marchés publics*, LGDJ, Thèse droit, Paris, 1941, p. 5.

¹⁵⁴⁵ On peut noter les prémices de l'utilisation de la terminologie « commande publique », qui se développe, pour englober les contrats administratifs au-delà des marchés publics, dans un contexte d'évolution communautaire des marchés publics franco-français.

939. QUANCARD, dans sa thèse sur « *l'adjudication des marchés publics* » (*op. cit.*), ne voit pas l'intérêt de faire un effort de définition de cette notion juridique, mais par contre, il va souligner l'importance de ceux-ci dans l'architecture des contrats administratifs. Il souligne, au sujet des marchés publics, que « ce mode est encore considéré en doctrine comme le mode normal, et c'est toujours le plus usité en fait dans la pratique administrative »¹⁵⁴⁷. Il souligne une constante, depuis la période post-révolutionnaire et durant le XIXe et la première partie du XXe siècle, où les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures de biens et services (Transports et autres), représentent les besoins les plus importants des pouvoirs publics. La somme de ces deux types de marchés dans la notion générique de « marché public », ne fait que conforter la première place de ce type de contrat administratif dans la classification typologique dudit type de contrat. Concernant leur importance, QUANCARD, dans le contexte de fin de la Seconde Guerre mondiale, moment de la soutenance de sa thèse, avance une opinion personnelle pertinente, disant que « c'est essentiellement par le mode du marché public que la restauration de l'économie française par les collectivités publiques sera menée à bien après guerre »¹⁵⁴⁸. La Première Guerre mondiale et la phase de reconstruction qui a suivi sont un laboratoire intéressant pour tirer des leçons de pratique ayant fait preuve de leur efficacité. Une chose est évidente, dans la mise en œuvre de la reconstruction, l'initiative privée ne sera ni suffisante, ni complètement adéquate.

C) La retranscription jurisprudentielle de cette prise de conscience politique

940. La jurisprudence administrative, en l'occurrence, retranscrit bien l'importance des marchés. En effet, dès la première édition du *Recueil Lebon* de 1821, sont indexés les arrêts traitant des marchés, que ce soit de fournitures¹⁵⁴⁹ ou de travaux publics¹⁵⁵⁰. Tout au long du XIXe siècle et jusqu'à aujourd'hui, les marchés, qui durant un siècle et demi seront classifiés essentiellement au travers de la notion de travaux publics et de celle de

¹⁵⁴⁶ Rapport du Conseil National Économique de M. Duvillez, 1938 ; cité in HIRSCH Jacques, *Le financement des marchés publics*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁴⁷ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, *op. cit.*, p. 2. Toujours en ce sens, il souligne que « l'importance des marchés publics de l'État, compte non tenu des marchés des collectivités locales, était évaluée à un montant d'une cinquantaine de milliards avant la Guerre de 1939 (Chiffre cité dans le rapport de M. le conseiller d'État Pinot à l'assemblée générale du Conseil d'État au nom de sa section financière à l'occasion du projet de décret du 6 avril 1942) ».

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵⁴⁹ *Rec. Lebon*, 1821, t. 1, pp. 433, 537 etc.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 272 etc.

fournitures, représentent un grand volume d'arrêts. Leur importance politique est donc très tôt appréhendée par la jurisprudence administrative.

§ 2 : La maîtrise d'œuvre du ministère des Finances : la mise en place de la Commission centrale des marchés, génitrice du CMP de 1964

941. La constatation de la portée du procédé contractuel administratif des marchés publics s'impose de manière évidente, telle l'importance de ses deux composantes, marchés de travaux publics et marchés de fournitures, matérialisées par la jurisprudence, les textes ou même les productions doctrinales les concernant. Durant la période de « pré-codification » des MP, une institution va jouer le premier rôle dans l'adoption du CMP de 1964 : la Commission centrale des marchés.

A) La genèse de la Commission Centrale des marchés (CCM)

942. La prise de conscience politique de la nécessité « de rationaliser les commandes de l'État, à la fois dans l'intérêt financier de celui-ci, et dans l'intérêt général de l'économie française »¹⁵⁵¹, formule explicite de Marceau LONG, a amené le gouvernement à instaurer des groupes permanents d'étude des marchés. Un groupe permanent, chargé d'étudier la rationalisation des commandes d'articles textiles émanant des administrations, collectivités publiques, établissements publics, et des entreprises nationales, a été constitué au ministère des Affaires économiques de l'époque, par un décret du 11 décembre 1952. L'expérience ayant été concluante, elle fut généralisée par le décret 11 mai 1953¹⁵⁵². Ces groupes permanents ont pour rôle principal « d'étudier la rationalisation des commandes de fournitures, travaux ou prestations que les collectivités publiques et les entreprises nationales passent pour la satisfaction de besoins comparables d'ordre courant »¹⁵⁵³. Dans la pratique, ils doivent sélectionner « des types de produits ou de matériels faisant l'objet de marchés publics »¹⁵⁵⁴, afin de définir des spécifications standard des commandes. Ils doivent également étudier « les formules de révision de prix applicables à chaque catégorie de prestations », et faire des propositions à la Commission d'étude des marchés dans le

¹⁵⁵¹ LONG Marceau, *Cours de marchés et concessions*, 2^e éd., ENAC, p. 36.

¹⁵⁵² Décret n° 53-408 du 11 mai 1953, *op. cit.*

¹⁵⁵³ LONG Marceau, *Cours de marchés et concessions*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 36. À noter l'emploi par Long de la terminologie de « marché public » en tant que notion *stricto sensu*.

sens d'une rationalisation des dispositions techniques des cahiers des clauses et conditions générales applicables aux marchés¹⁵⁵⁵. Dans le sillage de l'instauration de ces groupes permanents, est mis en place un système d'échange d'informations entre services acheteurs, dont le ministère des Affaires économiques a la charge de constituer une documentation nécessaire aux services acheteurs¹⁵⁵⁶, sur le fondement du décret du 11 mai 1953. Ces groupements permanents d'étude sur les marchés sont une matérialisation explicite d'une prise de conscience politique de l'importance de dispositions applicables en matière de marché. Ils serviront de socle à l'instauration de la commission chargée de la rédaction du CMP de 1964.

943. Dans le cadre de cette genèse, il est intéressant d'aborder l'historique des commissions travaillant sur l'achat public militaire. En effet, de la Révolution de 1789 à la Seconde Guerre mondiale, l'importance des marchés passés par les départements de la Guerre furent d'une très grande influence dans l'évolution des législations et règlements en matière d'achat public en général. L'historique de « la Commission des Intendances et Commissariats en matière de réduction et de normalisation des types de matériel » donne un éclairage sur l'importance de l'achat public militaire, sur la genèse et le travail de la « Commission centrale des marchés » qui naîtra officiellement en 1959. Le commissaire général FATOU réalise un historique de cette commission concernant les buts politiques et économiques de tous ces groupes de travail sur l'achat public (militaires comme civils), qui se multiplient après 1945. FATOU expose qu'« après la libération, les trois armées avaient été amenées à se concerter pour effectuer leurs achats étant donné les difficultés économiques de l'époque. Elles avaient constaté que si leurs besoins étaient parfois différents, elles pouvaient en revanche, dans bien des cas, rapprocher leur conception des types de matériels et leurs exigences en matière de formalités d'achats. En 1952, la Commission qui avait fonctionné d'une façon officieuse¹⁵⁵⁷ jusque-là est devenue la Commission permanente des Intendances et Commissariats de la Défense Nationale. Elle s'occupait de l'habillement au sens large, de l'unification des clauses des marchés, des méthodes de contrôle et de réception des fournitures »¹⁵⁵⁸. Le commissaire général

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁵⁵⁷ Ce terme « d'officieux » peut étonner les juristes du début du XXI^e siècle, car l'époque présente est à la transparence de l'action publique, du moins dans la théorie, c'est-à-dire d'après les textes. C'est justement le caractère « officieux » de ces diverses commissions qui ont rendu le travail difficile dans la synthèse de ce qu'est la « Commission centrale des marchés ».

¹⁵⁵⁸ Ministère des Finances et des Affaires économiques, Commission Centrale des Marchés, Section technique, 3^e Séance du 16 février 1960, Centre des Archives Économiques et Financières, Boîte à archive n° B 55545, p. 1^{er} (non n°).

FATOU continue sa synthèse historique pour atteindre la date importante de 1959. Il expose qu'« en 1959, à la suite d'une nouvelle réorganisation, elle s'occupa plus particulièrement de l'unification et de la spécification des types de matériel, de l'harmonisation des clauses administratives et de la recherche d'une coordination des achats entre les trois armées »¹⁵⁵⁹. FATOU souligne qu'il faut attendre le 31 décembre 1959 pour que la compétence de cette commission devienne générale, et par conséquent plus officielle¹⁵⁶⁰. L'exercice de son rôle passe par la création de diverses sous-commissions sur autant de thèmes que nécessaires pour améliorer les procédures juridiques d'achats publics des trois armées¹⁵⁶¹. L'historique de cette commission – dont les travaux s'intègrent dans ceux de la Commission centrale des marchés – met bien en avant le caractère relativement nébuleux et officieux de ces groupes de travail, opérant surtout à partir des années 1950.

944. La Commission centrale des marchés est créée par un décret du 7 janvier 1959. Elle est placée auprès du ministère des Finances, et sa création intervient alors qu'Antoine PINAY occupe les responsabilités de ministre des Finances et des Affaires économiques¹⁵⁶², connu pour avoir impulsé de nombreuses réformes en matière de finances publiques, dont les marchés publics sont un point important, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. D'autant plus que PINAY occupe le poste spécifique de ministre des Travaux publics, au début des années 1950¹⁵⁶³.

B) Le rôle déterminant de la Commission centrale des marchés (CCM)

945. La Commission centrale des marchés a pour mission principale d'examiner les marchés de l'État avant leur passation, d'étudier et de proposer des mesures visant à aménager le régime administratif des marchés pour une meilleure efficacité, enfin, de coordonner les actions des commissions consultatives des marchés et des groupes spécialisés. Cette commission comprend différentes entités afin d'assurer la multiplicité de ses missions :

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 1 (non n°).

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 1 (non n°).

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 1 (non n°). Les sous-commissions créées sont : les « sous-commissions de l'habillement du couchage et du campement qui reprend les compétences de l'ancienne commission, sous-commission de la solde, sous-commission des subsistances, sous-commission des transports, sous-commission des marchés ».

¹⁵⁶² Voir site Internet du Service des archives économiques et financières : <http://www.minefe.gouv.fr>

¹⁵⁶³ Voir site Internet du Service des archives économiques et financières : <http://www.minefe.gouv.fr> ; Le ministre Pinay occupe ce poste de 1950 à 1952.

- Les commissions spécialisées des marchés (CSM) apportent aux acheteurs publics conseils, avis et assistance. Elles veillent également au respect de la réglementation relative à la commande publique ;
- Le travail de la commission se répartit entre différentes « Sections » spécialisées dans un domaine touchant l'achat public. On distingue par exemple la Section technique ou encore la Section économique.
- Des groupes permanents d'étude des marchés (GPEM) ont pour rôle d'élaborer des règles à caractère technique qui servent de référence aux responsables des achats. Ces GPEM se multiplient en autant de groupements que nécessaire afin de travailler sur les différents secteurs dans lesquels l'État a besoin de passer des marchés pour s'approvisionner. Par exemple, les GPEM pour « les travaux de bâtiment » et pour « les peintures et vernis », sont officiellement créés en mai 1961 en marge d'une réunion de la Section technique de la Commission centrale des marchés¹⁵⁶⁴. Il existe des G.P.E.M. de travaux publics, de matériels d'énergie pour installations de télécommunications, du cuir, de denrées alimentaires relatives aux fruits frais, d'articles textile, de bois, de combustibles, de papier, etc.
- Une mission interministérielle d'enquêtes ;
- Un comité consultatif national de règlement amiable des litiges (CCNRA)¹⁵⁶⁵.

946. Pour comprendre le fonctionnement et le rôle spécifique de cette commission, il est intéressant d'approfondir le travail des Section spécifiques de la Commission centrale des marchés. La « Section technique », par exemple, joue un rôle clé dans ce qui était appelé la « standardisation », pour laquelle la Section est compétente qui consiste dans un choix effectué parmi les normes définies sous le contrôle du « Commissariat à la normalisation »¹⁵⁶⁶, sachant que la standardisation réside dans la diminution du nombre global de normes applicables en matière d'achat public. Cette diminution est assimilable à une rationalisation du nombre de normes en vigueur concernant l'achat public. La finalité de « cette réduction du nombre des normes doit avoir pour objectif l'abaissement des coûts

¹⁵⁶⁴ Ministère des Finances et des Affaires Économiques, Commission Centrale des Marchés, Section Technique, *Compte rendu de la 10^{ème} séance en date du 16 mai 1961*, p. 3. « M. MARCILLE (Direction générale des prix) que deux nouveaux G.P.E.M. viennent d'être officiellement créés, l'un pour les travaux de bâtiment, l'autre pour les peintures et vernis ». *Centre des archives Économique et Financière*, Boîte à archive n° : B 55545.

¹⁵⁶⁵ Centre des archives Économique et Financière ; site Internet : http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/caef/aei/pages/11/11-02.html

¹⁵⁶⁶ Ministère des Finances et des Affaires Économiques, Commission Centrale des Marchés, Section Technique, *Procès-verbal de la réunion de la Section Technique en date du 24 novembre 1959 à 15 heures*, *Centre des Archives Économique et Financière*, Boîte à archive n° : B 55545, p. 1.

de production, grâce à l'allongement des séries de fabrication »¹⁵⁶⁷. Sur les méthodes de cette Section technique, il faut souligner celle de la consultation sur la base de la soumission à un questionnaire type réalisé par cette même Section. Ce document de consultation est « à adresser aux Ministères et aux entreprises du secteur para-public »¹⁵⁶⁸. Outre les consultations, la Section technique se documente « sur les pratiques en vigueur à l'étranger »¹⁵⁶⁹, afin de rechercher des modèles efficaces d'inspiration de cadre normatif pour l'achat public. C'est aussi dans cette Section qu'est soulevée la problématique de la convergence des marchés de l'État avec ceux des collectivités locales. En ce sens, M. LAURE, membre de la Section Technique, met en évidence « le problème de l'extension de la compétence de la Section, limitée actuellement pour une partie de ses attributions aux marchés de l'État et qu'il serait souhaitable d'étendre aux marchés des collectivités locales et des entreprises nationales »¹⁵⁷⁰. La chronologie d'adoption des composantes des premiers illustre bien cette problématique, le CMP de 1964 étant applicable aux marchés de l'État – dans une lignée historique logique, les marchés de l'État sont réglementés en premier – et le complément du CMP applicable aux marchés des collectivités locales n'intervenant qu'en 1966. Pour conclure sur le travail de cette Section Technique, il faut synthétiser que l'un de ses rôles majeurs est d'encadrer la mise en place de Cahiers des prescriptions communes dans les différents secteurs où les personnes publiques procèdent à des achats. Le but est d'opérer une clarification entre les différents secteurs de l'achat public, en adoptant des cahiers de prescription commun à des secteurs assez larges. Ce phénomène de convergence rationnelle apparaît comme étant au cœur des travaux de Section.

947. La « Section Économique » de la Commission centrale des marchés montre, par sa seule existence, l'enjeu économique de l'amélioration des cadres juridiques de l'achat public, essentiellement via le procédé contractuel du marché. Cette Section, dans ses travaux de séance, le souligne explicitement, en prenant des exemples de branches spécifiques chiffres à l'appui : « Les activités de la branche « bâtiment et Travaux publics » jouent un rôle important dans l'économie du pays. (...) La fraction de la

¹⁵⁶⁷ *Procès-verbal de la réunion de la Section Technique en date du 24 novembre 1959 à 15 heures, op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 3. La citation complète est explicite sur la volonté de s'inspirer de modèles normatifs étrangers : « M. LAURE exprime le vœu que la Section puisse disposer dès que possible d'une documentation sur les pratiques en vigueur à l'étranger en ce qui concerne son champ de compétence ».

¹⁵⁷⁰ Ministère des Finances et des Affaires Économiques, Commission Centrale des Marchés, Section Technique, *Procès-verbal de la séance du 19 janvier 1960, Centre des Archives Économique et Financière*, Boîte à archive n° : B 55545, pp. 1-2.

population active totale qu'elle emploie ne descend pratiquement jamais au dessous de 5% dès que l'on considère une aire géographique de quelque importance »¹⁵⁷¹. Sur un autre sujet, c'est aussi cette Section Économique qui va mettre en lumière l'importance du « rapprochement des législations en matière de marchés publics pour l'application du Traité de Rome »¹⁵⁷².

948. En définitive, cette commission, entre 1959 et 1964, encadre la synthèse et la compilation de nombreuses législations et règlements, en matière de marchés de travaux publics et de marchés de fournitures de biens et services divers, afin d'aboutir à l'adoption du premier CMP en 1964. Un groupe permanent d'étude des marchés travaille durant cinq ans sur cette compilation, afin d'élaborer le premier CMP. D'ailleurs, la CCM va institutionnaliser son rôle et son organisation dans la rédaction du CMP, en réservant le chapitre premier des *dispositions générales applicables aux marchés publics* pour poser l'organisation de la CCM¹⁵⁷³. Tandis que le chapitre deuxième traite de l'organisation des *groupes permanents d'étude des marchés*¹⁵⁷⁴.

949. Il est intéressant de noter que le secrétariat de la Commission centrale des marchés édite, dès cette période, la *Revue des marchés publics*, compilant nombre de réflexions et de travaux menés dans le cadre de cette Commission¹⁵⁷⁵, mais pas seulement. La publication de cette revue s'inscrit parfaitement, dans ce que nous qualifions, de « ressorts conceptuels généraux » des marchés publics.

950. La Commission Centrale des marchés a été absorbée par la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie et des finances, instaurée par un décret du 2 novembre 1998¹⁵⁷⁶. La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy est l'héritière en ligne directe de cette Commission, et de ce fait a la main mise sur la réglementation des marchés publics français, comme la CCM avant elle. À titre anecdotique, l'actuelle directrice générale de la DAJ de Bercy est Catherine BERGEAL, Conseillère d'État et co-

¹⁵⁷¹ Ministère des Finances et des Affaires Économiques, Commission Centrale des Marchés, Section Économique, *Rapports généraux de la Commission du bâtiment et des Travaux publics*, in Séance n° 36 du 18 décembre 1961, *Centre des Archives Économique et Financière*, Boîte à archive n° : B 55546, p. 3.

¹⁵⁷² Ministère des Finances et des Affaires Économiques, Commission Centrale des Marchés, Section Économique, *Compte rendu de la 28^{ème} séance en date du 30 mai 1961*, *Centre des Archives Économique et Financière*, Boîte à archive n° : B 55546, p. 2.

¹⁵⁷³ *Code des marchés publics*, éd. de 1964, art. 3 à 21.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, art. 22 à 26.

¹⁵⁷⁵ Le secrétariat général de la CCM remplit ainsi un des rôles que l'article 21 du CMP de 1964 lui a attribué en rassemblant « la documentation relative aux marchés publics et les renseignements qui peuvent être utiles aux services acheteurs de l'État ».

¹⁵⁷⁶ Décret n° 98-975 du 2 novembre 1998.

auteur d'un traité de contentieux des marchés publics¹⁵⁷⁷. Les marchés publics sont plus que jamais un pré-carré de la DAJ de Bercy à l'heure actuelle, mais il faut souligner que cela se justifie aisément parce que les compétences les plus pointues de France en matière de commande publique s'y concentrent.

951. En conclusion de ce paragraphe, il faut mettre en évidence que la volonté à la base de la rédaction du premier CMP est largement politique, car impulsée dans le cadre d'une Commission intervenant sous l'égide du ministère des Finances. Cette volonté politique est primordiale dans cette compilation, mais la mission de ladite Commission s'adosse à un contexte juridique particulier (**Section 2**).

Section 2 : Le contexte juridique de l'élaboration du CMP

952. La codification des MP est une opération juridique, s'inscrivant dans un contexte, où chaque acteur du droit administratif des contrats a joué un rôle plus ou moins actif dans la naissance de cette codification, actant l'émergence des marchés publics, en tant que concept de droit administratif : le législateur au travers de l'adoption de textes (§ 1), la jurisprudence par des avancées (§ 2), et la doctrine par sa capacité d'abstraction croissante en matière de contrat administratif (§ 3).

§ 1 : Les textes préalables à la codification des marchés publics

953. L'adoption du CMP de 1964 s'inscrit, dans la lignée de ces différents textes sur les marchés, tel le franchissement d'une étape importante dans le cadre juridique entourant les marchés des collectivités publiques.

A) Le décret-loi du 12 novembre 1938 : vers une unification du régime juridique

954. Le premier texte, qui entre dans la phase de « gestation conceptuelle des MP », à notre sens, est le décret-loi du 12 novembre 1938, portant extension de la réglementation

¹⁵⁷⁷ BERGEAL Catherine, LENICA Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, Imprimerie Nationale, Éditions techniques, 2004.

en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales, donnant ainsi habilitation au pouvoir réglementaire de procéder à cette extension¹⁵⁷⁸. Ce texte dispose un rapprochement logique et concret des régimes juridiques des marchés de l'État et de ceux des collectivités locales, allant dans le sens d'une unification conceptuelle des marchés publics au travers de l'adoption du CMP de 1964. Il intervient également pour fonder une exception et inclure les communes dans le domaine de compétence législatif, les marchés de l'État et des départements restant dans le domaine réglementaire, dans la lignée de la loi sur les marchés de 1833. Mais cette habilitation du domaine législatif, conférée par ce décret en matière de marchés des communes, ne sera pas utilisée avant la Ve République, car après la Seconde Guerre mondiale, l'ordonnance du 2 novembre 1945 pose les principes applicables aux marchés des communes, avec valeur législative¹⁵⁷⁹.

B) L'amorce d'une réforme de fond de l'achat public : le décret du 6 avril 1942

955. Le décret du 6 avril 1942¹⁵⁸⁰ relatif aux marchés de l'État est l'un des plus importants textes en matière de marchés de cette période, amorçant les réformes de fond qui vont se produire dans les années suivantes dans le domaine de l'achat public. Les apports de ce texte sont importants, comme nous l'avons déjà développé précédemment. Ce texte amorce la réforme d'un domaine du droit administratif textuel, qui semble figé par les textes relatifs aux marchés des années 1830, base du régime juridique des marchés que la jurisprudence a précisé et complété, durant plus d'un siècle. En effet, il introduit de nouveaux modes de choix du cocontractant par l'Administration, permettant de casser l'équation adjudications de principe, et exceptions prévues par les textes pour les marchés de gré à gré. L'amorce de la réforme se fait via le régime juridique des marchés de l'État, du fait de leur primauté d'importance par rapport à celui des collectivités locales.

C) L'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux marchés des communes

¹⁵⁷⁸ Voir source Internet : <http://www.senat.fr/ct/ct04-01/ct04-011.html#fn4>

¹⁵⁷⁹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 343.

¹⁵⁸⁰ Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, *op. cit.*

956. Cette ordonnance relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance et d'assistance¹⁵⁸¹ est un texte réglementaire ayant valeur législative.

D) Le tournant du décret du 30 septembre 1953 : la création des Tribunaux administratifs

957. La création des Tribunaux Administratifs par le décret du 30 septembre 1953 est un tournant important dans l'émergence du concept de marché public – à notre sens – car il remplace les anciens Conseils de préfecture tant décriés et récupère aussi une partie du contentieux de première instance traité par le Conseil d'État. La conséquence sur les marchés est fondamentale. Ainsi, le contentieux administratif de première instance des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures – qui jusque-là appartenait à la compétence de deux juridictions administratives différentes (Conseil de préfecture et CE) – appartient aux Tribunaux administratifs. Les compétences en matière d'appel ne changent pas dans les deux cas : le Conseil d'État reste compétent.

958. En définitive, réside, dans ce décret portant création des Tribunaux administratifs, un élément majeur de gestation conceptuelle des marchés publics, marquant concrètement une convergence des compétences contentieuses administratives entre marchés de TP et de fournitures. Ce décret s'inscrit dans une logique progressive amenant la première ébauche de définition de ce qu'on appellera les « marchés publics » dès le CMP de 1964 (5).

E) Le décret du 13 mars 1956 concernant les marchés de l'État : la première ébauche de définition de la notion de marché

959. Ce décret, relatif aux marchés passés au nom de l'État¹⁵⁸², abroge le décret du 18 novembre 1882 et les titres I, II et IV du décret du 6 avril 1942, en ce qui concerne les marchés passés au nom de l'État et les textes qui les ont modifiés. Ce décret est une étape clé dans l'émergence du concept juridique de marché public, du fait que son article 1^{er} pose, pour la première fois, que les marchés de l'État sont « les marchés de travaux, de

¹⁵⁸¹ Ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945, modifiée par la loi n° 47-1626 du 15 septembre 1947, codifiée par le décret n° 57-657 du 22 mai 1957 relatif au Code de l'administration communale.

¹⁵⁸² Décret n° 56-256 du 13 mars 1956.

fournitures ou services au compte de l'État»¹⁵⁸³. La définition matérielle moderne des marchés publics est donc posée par ce décret, qui peut être considéré comme un prélude textuel du premier CMP de 1964. Toutefois, il faut noter que la terminologie conceptuelle de marché public n'est pas encore associée à cette définition matérielle, s'appuyant sur les trois composantes qui fondent le concept actuel de MP (de travaux publics, de fournitures, de services). Ce décret ne fait utilisation terminologique que de la notion de marché, et non pas de celle de « marchés publics ». En l'état, ce décret pose, donc la base de définition conceptuelle des MP du CMP de 1964, mais ne fait pas, à ce stade, la liaison avec la terminologie spécifique de « marché public ».

960. De manière générale, cette multiplication de textes d'importance sur les marchés traduisant une volonté de réforme et de modernisation du pays en général, aboutit à une certaine instabilité, vu la durée d'application des textes relatifs aux marchés des années 1830. Ce décret constitue une étape décisive dans le processus d'abstraction conceptuelle de la notion de marché, en posant sa base conceptuelle moderne.

F) Le décret du 28 février 1957 concernant les marchés des départements

961. Ce décret relatif à la passation des marchés départementaux¹⁵⁸⁴ s'inscrit dans la refonte des règles de l'achat public initiée au niveau des marchés de l'État, dès la fin des années 1930. Il ne renvoie pas au décret de 1956 sur les marchés de l'État, dénotant une séparation relativement stricte entre les régimes juridiques administratifs des marchés de l'État et de ceux des collectivités locales, ainsi qu'entre marchés départementaux et communaux. Dans la discontinuité du décret de 1956, précédemment abordé, la notion de marché passé à l'échelle des départements regroupe – sur le fondement de ce décret – les marchés départementaux de « (...) travaux, transports et fournitures (...) »¹⁵⁸⁵. Cette appréhension des marchés départementaux ne converge pas avec celle que le décret de 1956, relatif aux marchés de l'État, pose.

¹⁵⁸³ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956, Titre I, art. 1^{er}, *Journal officiel de la République Française*, 16 mars 1956, p. 2563. Suite intégrale de l'article 1^{er} : « (...) sont soumis aux règles fixées par le présent décret. Ils sont passés après mise en concurrence, dans les conditions et sous les réserves prévues par le présent décret. Ils sont soumis à des contrôles dont les modalités seront fixées par un décret spécial. Ils sont signés par le ministre compétent ».

¹⁵⁸⁴ Décret n° 57-250 du 28 février 1957.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, art. 2, *Journal Officiel de la République Française*, 1^{er} mars 1957, p. 2343.

G) Le décret du 25 juillet 1960 concernant les marchés des collectivités locales : une harmonisation de la notion de marché de l'État et des collectivités locales.

962. Ce décret est relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux¹⁵⁸⁶. Il intervient dans le but de consolider la réglementation applicable en matière de marchés des collectivités locales. Ce décret harmonise l'appréhension de la notion de marché de l'État avec celle de marché des départements et communes. Ainsi, l'article 1^{er} de ce décret pose que les marchés des départements, communes, comprennent « les travaux, fournitures, ou services (...) »¹⁵⁸⁷, dans la lignée de ce que pose de manière inédite le décret de 1956 sur les marchés de l'État.

H) Les textes complémentaires intervenant dans la phase de « pré-codification » des marchés publics

963. Le régime juridique des marchés, en terme de type de contrats administratifs en voie d'unification, se précise rapidement, en cette période, grâce aux travaux de la Commission centrale des marchés, installée en 1959, dans le giron du ministère des Finances. En effet, différents points importants du régime des marchés ont été précisés par des textes entre 1959 et 1964. On peut citer :

- un texte de 1962 fixe un cahier des clauses administratives générales de travaux applicable à toutes les administrations de l'État ;
- un autre texte de 1963 fixe un cahier des clauses administratives générales applicable aux fournitures courantes.

964. Pour conclure sur le contexte juridique textuel de la « pré-codification » des MP, il faut mettre en avant que cette inflation inédite de textes d'importance relatifs aux marchés des différentes collectivités publiques, État, départements, communes... peut être interprétée comme une cause de la codification de ce domaine juridique, sous deux angles différents.

¹⁵⁸⁶ Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, Titre I, art. 1^{er}, *Journal Officiel de la République française*, 27 juillet 1960, p. 6923.

965. D'une part, l'inflation de textes contribue à consolider et dresser l'ébauche de la définition de la notion de marché, dans une acception que le CMP de 1964 consacrera, ainsi qu'à unifier de manière croissante les régimes juridiques des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures de biens et services de l'État, des départements, et des communes etc.

966. D'autre part, cette inflation est aussi la cause de la codification, du fait que la multiplication de textes d'importance concernant les marchés, a contraint le pouvoir réglementaire à opérer une simplification, via une codification, pour que les fournisseurs et les entrepreneurs, partenaires de l'Administration, ne ressentent pas une insécurité, quant à leurs relations contractuelles avec l'administration juridique, due à une trop grande complexité des règles de l'achat public. Le pouvoir réglementaire en matière de marché est matérialisé par une inflation de textes, pris par voie de décrets ou d'ordonnances, comme le CMP de 1964 adopté par décret.

§ 2 : Les avancées jurisprudentielles intervenant dans l'émergence du concept de marché public

967. Le droit administratif, dans sa globalité, est un droit essentiellement prétorien, telle est l'affirmation que l'on répète à des générations d'étudiants en droit. Laurent RICHER, en ce sens, souligne dans son traité moderne, que « le droit des marchés publics est moins jurisprudentiel que le reste du droit administratif »¹⁵⁸⁸, mais son rôle, dans l'émergence du concept de marché public en droit administratif, n'en est pas moins réel, en interaction avec le législateur et la doctrine.

A) La base jurisprudentielle de la gestation conceptuelle de marché public

968. Au niveau du régime juridique des contrats administratifs, la jurisprudence joue un rôle clé, y compris dans le cas de contrats dont le caractère administratif est déterminé par la loi. Le rôle de la jurisprudence réside dans la somme de décisions tranchant des cas d'espèce divers, concernant des conventions passées par l'Administration.

¹⁵⁸⁸ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 340.

969. Les arrêts les plus importants interviennent après la promulgation de la loi du 24 mai 1872, qui pose le principe du passage d'une justice retenue rendue au nom du chef de l'État à une justice déléguée, dont la juridiction administrative détient la prérogative déléguée. Ce n'est qu'à partir de ce moment que l'on peut parler de grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA). Certains GAJA concernent directement le régime juridique des contrats administratifs en général.

970. L'arrêt du Conseil d'État du 10 janvier 1902 *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen*¹⁵⁸⁹ intervient pour inciter le concessionnaire à s'adapter aux évolutions techniques. Cet arrêt illustre ce que l'on a qualifié de « conflit de l'électricité et du gaz ». Ainsi, cette jurisprudence a pour conséquence d'obliger le concessionnaire à adapter le service à l'évolution technique. Cette jurisprudence débouche sur « la reconnaissance expresse du pouvoir de modification unilatérale au profit de l'administration contractante dans l'intérêt du service »¹⁵⁹⁰, et servir de prélude à la jurisprudence *Compagnie générale française des tramways*, abordée par la suite.

971. L'arrêt du Conseil d'État *Terrier* du 6 février 1903¹⁵⁹¹ s'inscrit dans la lignée des arrêts *Blanco et Cadot*, pour ce qui est du « développement de la compétence de la juridiction administrative ». Cet arrêt pose la compétence administrative en matière de litige portant sur des contrats passés par les départements, marquant la première étape de l'unification du contentieux des collectivités locales avec celui de l'État, que l'arrêt *Thérond* parachèvera. Par cet arrêt, le contentieux contractuel des collectivités locales est incorporé « définitivement au contentieux administratif »¹⁵⁹². En 1903, à la suite de cette jurisprudence, JÈZE situe la date à laquelle les marchés des collectivités locales ne sont plus des contrats de droit privé. En cela, les apports de la jurisprudence *Terrier* (en combinaison avec la jurisprudence *Thérond*) sont déterminants, quant à la consolidation d'une « généralisation verticale » de la notion juridique de marché relative à un même régime juridique, celui de droit administratif.

¹⁵⁸⁹ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen*, Rec. Lebon, p. 5, GAJA, pp. 57 à 60.

¹⁵⁹⁰ GAJA, 14^{ème} éd., p. 59.

¹⁵⁹¹ CE, 6 février 1903, *Terrier*, *op. cit.*, RDP, 1910, p. 249, GAJA, pp. 72 à 75.

¹⁵⁹² GAJA, p. 73.

972. Il en était ainsi du grand arrêt administratif *Compagnie des messageries maritimes et autres*¹⁵⁹³, dont le dernier considérant pose qu'une grève des états majors de la Marine marchande, affectant l'activité de ladite compagnie et l'empêchant de mener à bien son service, est assimilable à un cas de force majeure. Cela justifierait le remboursement d'une amende que l'État avait perçue sur la compagnie pour la non exécution de son service¹⁵⁹⁴. Cet arrêt intervient dans la définition du cas de force majeure, intervenant dans le cadre d'un contrat ayant un caractère administratif, plus précisément d'un marché de fournitures de transports non exécuté. La compétence de la juridiction administrative en la matière s'appuie sur le décret du 11 juin 1806 et la loi du 24 mai 1872.

973. L'arrêt du Conseil d'État *Thérond* du 4 mars 1910¹⁵⁹⁵ s'inscrit comme une confirmation de l'arrêt *Terrier*. En effet, cet arrêt confirme et achève « l'unification du contentieux local et du contentieux de l'État », en appliquant aux contrats des communes le principe mis en évidence par l'arrêt *Terrier* en matière de contrats des départements. Il en résulte de ce GAJA que « l'ensemble des contrats de l'administration sont désormais régis par les mêmes règles de compétence »¹⁵⁹⁶. Le critère du service public sera le levier de cette unification de compétence contentieuse entre contrats de l'Administration passés par l'État et ceux passés par les départements et communes. Cet arrêt exclut « toutes possibilités de gestion privée dans les contrats de l'administration, puisque tout contrat conclu dans l'intérêt du service public y est considéré comme administratif »¹⁵⁹⁷. Les marchés de travaux publics et de fournitures passés par l'État, comme par les collectivités locales, en vertu de l'apport de cet arrêt, ont la qualification de contrats administratifs. L'arrêt *Thérond* est une étape clé de la consolidation de la notion de marché, dans l'amélioration décisive du ratio de convergence entre marché de l'État et marché des collectivités territoriales.

¹⁵⁹³ CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes et autres c/l'État*, *op. cit.*, Rec. Lebon, pp. 111 à 121, Les grands arrêts administratifs, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, pp. 68 à 72.

¹⁵⁹⁴ *Recueil Lebon*, 1909, p. 121.

¹⁵⁹⁵ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 193, GAJA, pp. 131 à 134.

¹⁵⁹⁶ GAJA, p. 133.

¹⁵⁹⁷ GAJA, p. 133.

974. Un GAJA du 11 mars 1910 touche à la question de la mutabilité des contrats administratifs¹⁵⁹⁸. Cet arrêt consolide le principe de mutabilité des contrats administratifs, car il va plus loin que l'arrêt *Gaz de Deville-Lès-Rouen* du 10 janvier 1902¹⁵⁹⁹, en admettant « le pouvoir de modification unilatérale indépendamment de la volonté des parties »¹⁶⁰⁰. Il faut toutefois mettre en évidence les limites de ce pouvoir de modification unilatéral, résidant dans le « pouvoir d'organisation du service public » par l'Administration. Cet arrêt revêt une importance clé du fait que ce pouvoir de modification unilatéral du contrat par l'Administration débouche sur celui de résiliation unilatérale dans l'intérêt du service¹⁶⁰¹.

975. L'arrêt *Société granits porphyroïdes des Vosges* de 1912¹⁶⁰² apporte une solution d'importance concernant les critères de qualification générale des contrats administratifs. En effet, cet arrêt pose le critère matériel de la clause exorbitante de droit commun dans le critérium jurisprudentiel fondant la qualification juridique des contrats administratifs. Cet arrêt nuance la portée de l'arrêt *Thérond*, précédemment cité, à la lumière duquel on pouvait voir « un contrat administratif dans tout contrat conclu par une ville dans le but d'assurer un service public »¹⁶⁰³. Il faut souligner tout de même que la portée du critère de la clause exorbitante n'est pas complètement claire dans la lignée de cet arrêt, et sera précisée par des jurisprudences postérieures. À la suite de cet arrêt, le critérium jurisprudentiel des contrats administratifs est partiellement posé, dans son acception moderne, avec le critère organique de la présence d'une personne publique audit contrat, et le critère matériel de la clause exorbitante du droit commun.

976. L'arrêt *Gaz de Bordeaux*¹⁶⁰⁴ apporte différents éclairages touchant à la matière des contrats administratifs, notamment quant à la question de la théorie de l'imprévision dans lesdits contrats. C'est-à-dire que, depuis la solution de cet arrêt, la jurisprudence peut appliquer la théorie de l'imprévision en précisant ses conditions et ses conséquences. Ainsi, cette théorie s'applique en matière de contrat administratif, les événements touchant

¹⁵⁹⁸ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. Lebon, p. 216, GAJA, pp. 135 à 141.

¹⁵⁹⁹ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz Deville-Lès-Rouen*, *op. cit.*, Rec. Lebon, pp. 5-6.

¹⁶⁰⁰ *GAJA*, 14^{ème} éd., p. 138.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 139.

¹⁶⁰² CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 909, Les grands arrêts administratifs, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, pp. 96 à 98, GAJA, pp. 156 à 161.

¹⁶⁰³ *GAJA*, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 157.

¹⁶⁰⁴ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 125, Les grands arrêts administratifs, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, pp. 114 à 120, GAJA, pp. 188 à 196.

à l'exécution du contrat se doivent d'être « imprévisibles et extérieurs aux parties »¹⁶⁰⁵. Pour être recevable, ces événements se « doivent de déjouer toutes les prévisions qu'avaient raisonnablement pu faire les parties lors de la conclusion du contrat »¹⁶⁰⁶, et entraîner un « bouleversement de l'économie du contrat »¹⁶⁰⁷. La théorie de l'imprévision a des conséquences conditionnées par le principe de continuité du service public, à savoir que le cocontractant ne doit pas interrompre l'exécution du contrat. En contrepartie, le cocontractant se voit attribuer une aide provisoire de l'Administration, afin de sauvegarder la continuité du service public¹⁶⁰⁸. De manière adjacente, cet arrêt apporte une définition de la concession de service public comme « le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et qui l'en rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public »¹⁶⁰⁹. En ce sens, le commissaire CHARDENET fait remarquer, dans ses conclusions, que la concession est un « contrat d'ordre essentiellement administratif, qui n'a pas d'analogie dans le droit civil »¹⁶¹⁰.

977. L'arrêt du Tribunal des conflits de 1921, « *Bac d'Éloka* »¹⁶¹¹, est retenu comme un grand arrêt administratif, de par son apport en matière de compétence générale de service public industriel et commercial (SPIC), c'est-à-dire qu'il tranche que les SPIC auront un régime de droit privé dans la majeure partie de leur activité. Mais d'un point de vue des contrats qu'ils passent avec des personnes autres que les usagers, il faut préciser que lesdits contrats « sont administratifs dès lors qu'ils répondent aux critères ordinaires des contrats administratifs »¹⁶¹². Ainsi, sur la base de cette jurisprudence, les SPIC peuvent passer des contrats administratifs déterminés par la loi, au premier rang desquels des marchés de travaux publics¹⁶¹³, mais également des contrats administratifs comportant occupation du domaine public¹⁶¹⁴, et des contrats administratifs par application du critérium

¹⁶⁰⁵ GAJA, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁰⁹ Conclusion CHARDENET, cité in GAJA, pp. 189-190.

¹⁶¹⁰ Conclusion CHARDENET sous arrêt *Gaz de Bordeaux*, cité in RDP, 1916, p. 213.

¹⁶¹¹ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire*, *op. cit.*, Rec. Lebon, pp. 91-92, GAJA, pp. 229 à 238.

¹⁶¹² GAJA, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 237.

¹⁶¹³ CE, 7 octobre 1966, *Ville de Bordeaux*, Rec. Lebon, pp. 526-527 ; cité in GAJA, p. 237. Cet arrêt englobe les contrats portant sur des travaux publics de manière générale, incluant donc les marchés de travaux publics.

¹⁶¹⁴ CE, 24 janvier 1973, *Spiteri et époux Krehl*, Rec. Lebon, p. 64.

jurisprudentiel¹⁶¹⁵. Le régime de droit privé, applicable de manière générale aux SPIC n'est pas absolu. Ils peuvent passer des marchés de travaux publics, ou des marchés de fournitures pour pourvoir à leurs besoins, de la même manière qu'une administration organise un service public administratif.

978. L'arrêt du Conseil d'État du 9 décembre 1932 *Compagnie des tramways de Cherbourg*¹⁶¹⁶, pose comme considérant de principe qu' « au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire (...) ». Cet arrêt apporte à la fois des compléments théoriques à l'imprévision et à la force majeure, touchant au droit administratif des contrats en général, manifestant « le souci du Conseil d'État de favoriser l'adaptation des services publics aux circonstances économiques et à l'évolution technique »¹⁶¹⁷. GUETTIER, dans son traité des contrats administratifs modernes, souligne de manière pertinente que « les principaux grands arrêts intervenus dans le premier tiers du XXe siècle concernaient tous des contrats de concession »¹⁶¹⁸, comme la jurisprudence *Compagnie des tramways de Cherbourg* l'illustre parfaitement.

979. Il faut aussi citer l'arrêt *Distillerie de Magnac-Laval*¹⁶¹⁹ de 1958, qui utilise pour la première fois l'expression « règles générales applicables aux contrats administratifs ».

¹⁶¹⁵ Les contrats confiant l'exécution au cocontractant du service public : TC, 24 avril 1978, *Société boulangerie de Kourou*, Rec. Lebon, pp. 645-646 ; les contrats comportant des clauses exorbitantes du droit commun : TC, 14 novembre 1960, *Société agricole de stockage de la région d'Ablis*, Rec. Lebon, pp. 866-867 ; TC, 14 novembre 1960, *Société Vaudroy-Jaspar*, Rec. Lebon, pp. 867-868. Le juge dans cet arrêt considère « que chacun desdits contrats comporte références à un cahier des charges (...) dont l'article 10 prévoit que pour l'application de la pénalité consistant dans la suppression complète de la ristourne dans l'hypothèse où les céréales exportées ne seraient pas conformes aux spécifications prévues aux contrats, les constats ou certificats dressés par les agents assermentés de l'Office national interprofessionnel des céréales feront foi ; que quelle que puisse être la portée des autres stipulations des contrats et des cahiers des charges auxquelles ceux-ci se réfèrent, ladite clause présente un caractère exorbitant du droit commun et suffit à imprimer aux contrats en cause le caractère de contrats administratifs ; que les litiges nés de l'exécution desdits contrats ressortissent par la suite à la compétence de la juridiction administrative ; », p. 868 ; TC, 14 novembre 1960, *Société anonyme commerciale et agricole*, Rec. Lebon, pp. 868-869. Dans cet arrêt, le juge reprend un raisonnement similaire à celui du précédent, en considérant que « ladite clause présente un caractère exorbitant du droit commun et suffit à imprimer à ces deux contrats le caractère de contrats administratifs », p. 869 ; et les contrats conclus selon un régime exorbitant du droit commun : CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. Lebon, pp. 48-49 ; cité in GAJA, p. 237.

¹⁶¹⁶ CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec. Lebon, p. 1050, Les grands arrêts administratifs, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, pp. 180 à 182.

¹⁶¹⁷ *Les grands arrêts administratifs*, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, p. 182.

¹⁶¹⁸ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 26.

¹⁶¹⁹ CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. Lebon, pp. 246 à 249.

Dans son traité moderne des contrats administratifs, GUETTIER souligne – dans une analyse sur la construction du droit des contrats administratifs – que cette utilisation résulte d’une « entreprise de généralisation »¹⁶²⁰ de la part de la jurisprudence, autour du régime juridique des contrats administratifs, dans la lignée des importantes théories doctrinales des contrats administratifs, objet du précédent chapitre¹⁶²¹. Ce mouvement de généralisation, dans le cadre du droit administratif des contrats, institué par des théoriciens, grands commentateurs de jurisprudence, tel JÈZE, et par la suite communiqué au législateur et à la jurisprudence – acte la naissance par voie de codification réglementaire des marchés publics, en tant que concept juridique de droit administratif.

980. Ces différents arrêts et leurs conclusions représentent une montée en puissance de la définition de différentes notions de droit administratif général, ayant une répercussion sur le régime juridique des contrats administratifs dans leur globalité. Le contexte jurisprudentiel d’émergence des marchés publics, en tant que concept juridique de droit administratif, s’appréhende en terme d’apport de définitions conceptuelles générées dans les conclusions des commissaires du gouvernement, dans le cadre d’arrêts de la jurisprudence administrative. Ces arrêts cités, de par leur retentissement, cristallisent les avancées du droit administratif dans la définition de notions clé qui sont essentiellement du ressort de la jurisprudence.

B) La jurisprudence ayant une influence particulière sur les marchés

981. Certains arrêts administratifs d’importance ont eu un impact plus ciblé sur l’émergence du concept de marché public, de par la définition de notions, de critères des contrats administratifs touchant au plus près à la notion de marché en voie de conceptualisation.

982. Il en est ainsi, de l’arrêt du Conseil d’État *Commune de Monségur*¹⁶²² de 1921, qui apporte « une contribution décisive à la notion de travaux publics »¹⁶²³, qu’il définit comme « les travaux exécutés pour le compte d’une personne publique dans un but

¹⁶²⁰ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 28.

¹⁶²¹ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2.

¹⁶²² C.E., 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, op. cit., Rec. Lebon, p. 573, Les grands arrêts administratifs, 1^{er} éd., Dalloz, 1956, pp. 144 à 147, GAJA, pp. 239 à 241.

¹⁶²³ GAJA, 14^{ème} éd., op. cit., p. 240.

d'utilité générale »¹⁶²⁴. Il suffit de rajouter à cette définition le fait que les travaux ont lieu sur des immeubles, pour se trouver en présence de la définition des travaux publics la plus courante, jusqu'en 1955. C'est une définition large de la notion juridique de travaux publics, et même comme le met en évidence le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions, cette notion est plus large que celle de service public, ou même de celle de domaine public¹⁶²⁵. En l'état de la jurisprudence, la notion de travaux publics englobe des travaux effectués sur des parcelles du domaine privé, à partir du moment où ils présentent « un intérêt général distinct de la gestion proprement dite du domaine privé »¹⁶²⁶. Cet arrêt est très important dans l'émergence du concept de marché public, au sens où la notion de travaux publics est un des premiers fondements conceptuels¹⁶²⁷ – au travers des marchés de travaux publics (en général les contrats de travaux publics conclus à titre onéreux) – des marchés publics, au sens de l'article 1^{er} du CMP de 1964. Cette notion est assez difficile à appréhender, car ses contours sont flous, la jurisprudence apporte la définition la plus précise, qui sera reprise par la doctrine.

983. Toujours pour ce qui est de la définition jurisprudentielle de la notion de travaux publics, l'arrêt du Tribunal des conflits *Effimieff*¹⁶²⁸ apporte une définition « nouvelle et singulièrement extensive »¹⁶²⁹ de celle posée par l'arrêt *Commune de Monségur* de 1921, précédemment évoqué. Il faut souligner que la définition apportée, par l'arrêt *Effimieff*, n'est pas incompatible avec celle de l'arrêt *Monségur*, et qu'elle n'a pas vocation à la remplacer. Ainsi, les deux conceptions autour de la notion de travaux publics coexistent dans la jurisprudence actuelle¹⁶³⁰, et sont complémentaires l'une de l'autre. Par conséquent, à la suite de l'arrêt *Effimieff*, les travaux publics recouvrent en premier lieu, les travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'utilité générale (définition issue de la jurisprudence *Commune de Monségur*), à laquelle vient s'ajouter, en deuxième lieu, l'apport de définition de la jurisprudence *Effimieff*, appréhendant les travaux public comme ceux exécutés par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public. Ces deux définitions sont aisément complémentaires car l'une met l'accent sur « la destination des travaux », alors que l'autre le met sur les « modalités d'exécution ». Le

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 240.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p. 240.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, p. 240.

¹⁶²⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1.

¹⁶²⁸ TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 617, GAJA, pp. 480 à 485.

¹⁶²⁹ GAJA, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 482.

¹⁶³⁰ *Ibid.*, p. 482.

dénominateur commun à ses deux définitions, donnant à « la notion de travaux publics son unité fondamentale », réside dans le fait que les travaux sont effectués « à une fin d'intérêt général » et qu'ils impliquent « l'intervention d'une personne publique ». Le défaut de l'une de ces deux conditions entraîne une qualification juridique de droit privé des travaux, et ce, même s'ils sont exécutés au moyen de procédés juridiques exorbitants du droit commun¹⁶³¹.

984. La combinaison des jurisprudences *Commune de Monségur* et *Effimieff* permet de consolider une définition jurisprudentielle satisfaisante de la notion de travaux publics, dont nous pointions le caractère imprécis précédemment¹⁶³². La définition de cette notion touche logiquement les marchés de travaux publics – en tant que premier fondement conceptuel de la notion de marché « pré-codification » – car le procédé contractuel du marché représente un des moyens les plus courants d'approvisionnement des pouvoirs publics en travaux immobiliers, à côté du procédé de la concession. La jurisprudence joue un rôle essentiel d'apport conceptuel dans l'appréhension d'une notion juridique de droit administratif, telle celle de travaux publics. Ces apports conceptuels jurisprudentiels sont déterminants dans l'émergence du concept juridique de marché public en droit administratif.

985. Un autre apport conceptuel intervient dans la consolidation de la notion de droit administratif touchant spécifiquement celle de marché dans la jurisprudence *Époux Bertin*¹⁶³³. Le Conseil d'État « juge qu'un contrat est administratif dès lors qu'il a pour objet de confier au cocontractant l'exécution même du service public »¹⁶³⁴. Cette décision tend à confirmer le critère du service public dans la qualification juridique des contrats administratifs, sans pour autant exclure les autres critères posés par des jurisprudences antérieures, telle l'hypothèse qu'un contrat soit administratif en présence de clauses exorbitantes du droit commun. Ainsi, dans l'affaire *Époux Bertin*, le critérium jurisprudentiel de qualification juridique des contrats administratifs, hérité de la jurisprudence *Société granits porphyroïdes des Vosges* de 1912, n'est pas suffisant pour déterminer le caractère administratif du contrat verbal passé par les époux Bertin avec le

¹⁶³¹ GAJA, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 482.

¹⁶³² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 1.

¹⁶³³ CE, 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Rec. Lebon, p. 167, GAJA, pp. 486 à 494.

¹⁶³⁴ Voir site internet du Conseil d'État : www.conseil-etat.fr

chef du centre de rapatriement. La consécration, par la jurisprudence d'un deuxième critère matériel fondant une qualification juridique de contrat administratif, s'est imposée en l'espèce. Le fait qu'un « contrat porte sur l'exécution du service public suffit pour qualifier le contrat d'administratif », *a contrario* de la simple participation du cocontractant au service. La distinction est parfois subtile à réaliser¹⁶³⁵.

986. L'arrêt « jumeau » des *Époux Bertin, Ministre de l'agriculture c/Consorts Grimouard*¹⁶³⁶ touchent aussi à des notions très proches l'une de l'autre. En effet, cet arrêt touche simultanément à la notion de travaux publics dans la lignée de la jurisprudence *Effimieff*, et à la notion de service public dans le prolongement de son « jumeau », *Époux Bertin*. Par cette jurisprudence, les travaux publics peuvent qualifier « des travaux accomplis grâce à des fonds privés sur des biens privés, mais qui constituent l'objet même d'un service public »¹⁶³⁷. Cette décision du Conseil d'État confirme la décision du Tribunal des conflits *Effimieff*, concernant l'appréhension jurisprudentielle de la notion de travaux publics. La combinaison de ces deux arrêts « jumeaux » marque « le renouveau de la notion de service public dans la mesure où celui-ci redevient le paradigme essentiel permettant d'effectuer la distinction entre ce qui relève du droit privé et ce qui relève du droit public »¹⁶³⁸. De manière plus générale, l'arrêt *Époux Bertin* amorce ce que la doctrine administrativiste qualifiera de déclin du critère des clauses exorbitantes de droit commun dans la jurisprudence relative aux contrats de l'Administration. Ce critère serait devenu « subsidiaire », sur la base de l'arrêt *Bertin*. GAUDEMET souligne, en ce sens, la « tendance des arrêts à n'utiliser que rarement et avec précaution le critère de la clause exorbitante »¹⁶³⁹.

987. L'arrêt du Tribunal des conflits *Société entreprise Peyrot* de 1963¹⁶⁴⁰, soulève de nouvelles problématiques juridiques liées au développement de nouveaux modes d'action de la puissance publique. Dans cette affaire précise, l'État confie une de ses missions traditionnelles à une société ayant un statut de droit privé. Pour JOSSE, cette jurisprudence est « un tournant jurisprudentiel décisif », dans le sens où elle déroge au principe en vertu

¹⁶³⁵ Voir site internet du Conseil d'État : www.conseil-etat.fr

¹⁶³⁶ CE, 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c/Consorts Grimouard*, Rec. Lebon, p. 168, GAJA, pp. 486 à 494.

¹⁶³⁷ Voir site internet du Conseil d'État : www.conseil-etat.fr

¹⁶³⁸ Voir site internet du Conseil d'État : www.conseil-etat.fr

¹⁶³⁹ GAUDEMET Yves, « Revue de jurisprudence administrative », *RDP*, 1982, p. 530 ; cité in AMSELEK Paul, « *Études de droit public* », éd. Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, LGDJ, 2009, p. 281.

¹⁶⁴⁰ TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Esterel Côte-d'Azur*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 787.

duquel les contrats passés entre personnes privées ne peuvent pas être qualifiés de contrat administratif. Ainsi, « les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'État, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'État, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit, ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société (...) »¹⁶⁴¹. Une certaine logique aurait pu laisser croire qu'une interprétation restrictive de cette solution allait prévaloir, mais cette solution est étendue dans la continuité à d'autres travaux routiers exécutés par des sociétés entièrement privées¹⁶⁴². La première illustration de cette extension réside dans les tunnels routiers, reconnue par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1964 *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*¹⁶⁴³. Malgré cela, « le principe classique subsiste : un contrat entre deux personnes privées ne peut pas être administratif, quel que soit son objet et son contenu »¹⁶⁴⁴. Cette jurisprudence cristallise parfaitement l'importance de la notion de travaux publics en droit administratif des contrats, qui permet de déroger au « principe classique », selon lequel les contrats passés par deux personnes privées ne peuvent pas être administratifs. La notion de travaux publics est un apport conceptuel important, interférant dans l'émergence conceptuelle des marchés publics, par le biais des marchés de travaux publics.

988. Ces différentes jurisprudences entrent, dans ce que nous qualifions de contexte juridique préalable à l'adoption du CMP de 1964, actant l'émergence des marchés publics en tant que concept de droit administratif. Elles touchent directement aux contrats administratifs, donc par conséquent, aux marchés et concessions, même si la définition des concessions est beaucoup plus traitée par la jurisprudence que celle des marchés. Le fait de préciser le régime et les contours du procédé contractuel de la concession est un apport conceptuel indirect à la notion juridique de marché, car une convention qui n'entre pas dans le champ d'appréhension de la concession, mais a pour autant un caractère administratif, peut très probablement être qualifiée, de marchés de travaux publics ou de

¹⁶⁴¹ *Rec. Lebon*, suppl. décisions TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot (...)*, *op. cit.*, *Rec. Lebon*, p. 787.

¹⁶⁴² *GAJA*, p. 571.

¹⁶⁴³ CA de Paris, 2 décembre 1964, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, D., 1965, p. 712.

¹⁶⁴⁴ *GAJA*, p. 573.

marchés de fournitures de biens et service divers. La jurisprudence joue un rôle plus important en matière de concession qu'en matière de marché, situation qui va perdurer, comme le souligne Laurent RICHER dans son traité moderne, en constatant que « le droit des marchés publics est moins jurisprudentiel que le reste du droit administratif »¹⁶⁴⁵.

C) Les caractéristiques d'une doctrine des contrats administratifs dans la période de « pré-codification » des marchés publics

989. La doctrine administrativiste de l'après Seconde Guerre mondiale s'intéresse de manière croissante à la généralisation et à la théorisation – dans la lignée de Gaston JÈZE et ses travaux – des pratiques contractuelles usitées par l'Administration pour satisfaire ses besoins de diverses natures. Son apport est donc important dans le domaine des contrats administratifs, et c'est en ce sens que Florian LINDITCH, dans son ouvrage moderne, parle de « l'inévitable doctrine administrative »¹⁶⁴⁶.

1) L'amorce d'une inflation théorique autour des contrats administratifs

990. Les trois principales théorisations des contrats administratifs – dont nous faisons état dans le chapitre précédent en tant que ressort préalable majeur à l'émergence du concept de marchés publics – sont ce que l'on pourrait qualifier de « socle théorique classique des contrats administratifs ». Mais sur ce socle s'amorce une construction théorique, autour des contrats administratifs, qualifiable d'inflationniste. Cette inflation doctrinale autour de la théorisation des contrats administratifs est plutôt positive, dans le sens où elle crée une saine concurrence, les différents théoriciens se critiquant et se répondant par traités et articles de doctrine interposés¹⁶⁴⁷. Une multiplication d'articles, de thèses, de traités de droit administratif, comme de textes législatifs et réglementaires et de jurisprudence abordés précédemment, va dans le sens d'une inflation théorique autour des contrats administratifs. Ce que nous qualifions d'« inflation théorique » autour de la matière des contrats administratifs est en grande partie dictée par la conjoncture d'après guerre, afin d'encadrer au mieux la reconstruction matérielle et économique grâce au

¹⁶⁴⁵ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 340.

¹⁶⁴⁶ LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 5^e éd., 2009, p. 15.

¹⁶⁴⁷ Notamment entre Georges PEQUIGNOT et Gaston JÈZE, dont les divergences de point de vue se matérialisent dans leurs théories, et leurs articles.

perfectionnement des procédures de passation des contrats administratifs, dont les plus usités sont incontestablement les marchés et les concessions.

991. En effet, la période, entre la première théorie des contrats administratifs de JÈZE et la première codification des marchés publics, voit la rédaction de trois théories des contrats administratifs d'envergure, en celles de JÈZE, PEQUIGNOT, et LAUBADÈRE. Lesdites théories apparaissent comme les trois plus importantes de cette période, mais d'autres théorisations des contrats administratifs sont élaborées par la doctrine universitaire, dans le cadre de cours notamment. On peut citer le « *Cours de marchés et de concessions* » de Marceau LONG, donné à l'École nationale de l'Aviation civile, opus théorique relativement complet, mais qui ne laisse aucune place à la définition de la notion de marché, même lorsqu'il utilise la terminologie de « marchés publics » pour y renvoyer. *A contrario*, il dresse un tableau intéressant des origines du procédé contractuel de la concession, permettant de mieux aborder les contours des concessions en tant que notion juridique. Du lendemain de la Révolution de 1789 au début des années 1960, en passant par l'intégralité du XIXe siècle, les deux procédés contractuels sur lesquels reposent la satisfaction des besoins des pouvoirs publics, sont le marché et la concession, en tant que notion juridique à l'appréhension imprécise, reposant sur une pratique administrative.

2) L'interdépendance des acteurs juridiques de l'émergence du concept de marché public

992. L'interdépendance entre des doctrines de différentes origines, universitaire, proche du Conseil d'État, proches des groupes de travaux sur les marchés qui voient le jour dès 1938, actant une reconnaissance politique institutionnelle de l'importance du perfectionnement des procédures de passation des marchés, est évidente et nécessaire à tous les niveaux de l'émergence du concept de marché public, fondement préalable à ce que nous qualifions aujourd'hui de droit des marchés publics.

993. Les illustrations sont nombreuses en la matière : Gaston JÈZE, grand universitaire, publiciste et financier public, théoricien des contrats administratifs, fut un grand commentateur de jurisprudence du Conseil d'État dans sa *Revue de droit public* (RDP). Roger BONNARD, conseiller d'État, proche de l'École du service public fondée par

DUGUIT, tout comme JÈZE, écrit des articles sur les marchés à la RDP¹⁶⁴⁸. Marceau LONG, conseiller d'État a enseigné la matière des contrats administratifs, en intitulant son cours « *Cours de marchés et concessions* »¹⁶⁴⁹, appréhendant parfaitement les deux grands procédés contractuels, fondant la typologie des contrats administratifs. Il est coauteur des *grands arrêts administratifs*.

994. La Commission centrale des marchés fait éditer sur la base de ces très importants travaux en cette matière la revue *Marchés publics*¹⁶⁵⁰ dès la fin des années 1950. Cela témoigne d'une vraie dynamique doctrinale – corrélative à une dynamique textuelle et jurisprudentielle avérée – autour des contrats administratifs, et plus spécifiquement des marchés.

995. Pour conclure ce paragraphe, le contexte juridique préalable à l'adoption du premier CMP de 1964, est influencé obligatoirement par le contexte politique, notamment dans le cas du législateur. Les trois acteurs de l'élaboration du droit administratif des contrats jouent un rôle dans l'adoption du premier CMP. Le pouvoir législatif et surtout réglementaire reste dans le rôle qu'il a toujours tenu en la matière, en posant les cadres juridiques du régime de passation des marchés. Toujours dans son rôle de complément de textes qui est souvent général, la jurisprudence intervient pour définir des notions juridiques, compléter son critérium d'« administrativité » des contrats conclus par l'Administration, révéler des principes, et trancher des cas d'espèce que des textes trop imprécis ne permettent pas de résoudre. Enfin, la doctrine accentue son effort de généralisation, de conceptualisation et de théorisation des contrats administratifs. La période, entre la première théorisation et la codification des marchés de 1964, est certainement la phase clé dans laquelle se joue l'émergence des marchés publics en tant que concept juridique de droit administratif. Cette période se caractérise par une multiplication des productions doctrinales, qu'elles soient universitaires ou autres, sur les contrats administratifs qui sont un enjeu politique et économique très important dans le contexte de l'après Seconde Guerre mondiale. La combinaison d'une multiplication de textes dans le domaine des marchés, d'avancées jurisprudentielles substantielles dans le

¹⁶⁴⁸ BONNARD Roger, « La passation des marchés », *op. cit.*

¹⁶⁴⁹ LONG Marceau, *Cours de marchés et concessions*, *op. cit.*

¹⁶⁵⁰ Dans cette revue, nous nous référons notamment à l'article de Jean KAHN sur « la notion de marchés publics ».

domaine des contrats administratifs, touchant des notions s'insérant dans les marchés, et l'inflation doctrinale en matière de théorisation des contrats administratifs, se concentrant dans cette période, est le ressort final déterminant dans l'adoption du premier CMP de 1964, actant la naissance conceptuelle de marché public.

996. Pour conclure cette section, le contexte juridique d'élaboration du premier CMP de 1964 est le contexte décisif dans l'adoption de cette codification. Le contexte politique est comme dans tous les cas le préalable à la promulgation d'un cadre normatif, ce qui le rend incontournable pour le juriste d'autant plus pour le publiciste administrativiste. Le prélude de l'adoption du premier CMP de 1964 obéit à ce schéma.

997. Pour conclure ce chapitre, la codification des marchés publics est conditionnée, à moyen terme, par des ressorts contextuels et même conjoncturels. Ainsi, la matrice de l'adoption du premier CMP de 1964 est issue, en premier lieu, d'un contexte politique, en deuxième lieu, et en conséquence du premier, d'un contexte juridique qui sera décisif en principe. Le contexte politique réside dans une prise de conscience par les politiques de l'enjeu économique (chiffres à l'appui, *op. cit., supra*) d'une rationalisation des procédures de passation des marchés pour les finances publiques. Cette prise de conscience est actée par le ministère des Finances, par la création de la Commission centrale des marchés – regroupant une énorme nébuleuse mi-officielle, ou officielle par rétroaction, de groupes de travail comme la Section Technique, la Section Économique etc. – qui sera chargée de rédiger le CMP de 1964. Ce qui ramène au contexte juridique, découlant en partie du premier, qui voit interagir les trois acteurs de l'élaboration du droit administratif postrévolutionnaire. Chacun d'eux a un apport conceptuel précis complémentaire et plus ou moins important dans le phénomène de « primo-codification » des marchés publics.

Chapitre 2 : La naissance du concept de « marché public »

998. Sur la base d'une gestation conceptuelle, la naissance du concept de marché public va devenir effective (**Section 2**), au terme d'une symbiose progressive de terminologie/définition de la notion protéiforme de marché de 1789 à 1964 (**Section 1**).

Section 1 : La synthèse terminologique de la notion juridique protéiforme de marché (1789-1964)

999. La notion juridique de marché est fondamentalement protéiforme¹⁶⁵¹ dans son appréhension postrévolutionnaire par les différents acteurs de l'élaboration du droit administratif. Fondamentalement protéiforme au sens appréhendé dans la première partie, les marchés sont de travaux publics, de fournitures, de transports, de livraisons¹⁶⁵²... la base de ce caractère protéiforme est le critère de l'objet du marché. Cette notion de marché est la base conceptuelle et terminologique de l'émergence des marchés publics, actée par l'article 1^{er} du CMP. Elle s'appréhende autour d'une approche terminologique protéiforme (§ 1), découlant d'une carence historique de définition terminologique (§ 2), comme le sous-tend la définition *stricto sensu* de « notion »¹⁶⁵³.

§ 1 : Terminologie protéiforme de la notion de marché de 1789 à 1964

1000. Le point de départ de toute abstraction est de poser une terminologie à l'objet en question, de la même manière que l'on donne un prénom au nouveau-né pour acter le début de son existence. Dans le cas du marché, en tant que moyen utilisé par l'Administration afin de pourvoir à ses besoins, l'importance de la terminologie est centrale pour appréhender l'émergence du concept de marché public. Ladite terminologie est courante de

¹⁶⁵¹ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, p. 2054 : « Qui peut prendre toutes les formes, se présente sous les aspects les plus divers ».

¹⁶⁵² Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2 ; Titre II, Chap. 1.

¹⁶⁵³ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, p. 1706 : « Connaissance intuitive, synthétique et assez imprécise que l'on a d'une chose ».

nos jours, car utilisée par les juristes praticiens, les théoriciens, les citoyens administrés, les entrepreneurs, les fournisseurs, etc. Le caractère protéiforme de la notion de marché conditionne des terminologies protéiformes plus ou moins explicites (A&B) dans la qualification de cette notion.

A) Les terminologies implicites

1001. Les terminologies implicites s'entendent comme celles qui renvoient à l'objet des marchés de façon non évidente.

1) Les terminologies à dénotation économique : « entreprises de travaux ou de fournitures »

1002. Le rattachement à un aspect plus économique que juridique, dans les premiers temps du XIXe siècle, s'appréhende d'autant plus dans le cas des marchés des collectivités locales dont le caractère administratif ne sera déterminé que beaucoup plus tard. C'est, en ce sens, que le législateur dans le cadre des textes sur les marchés des années 1830, utilise la terminologie « entreprises de travaux et de fournitures (...) »¹⁶⁵⁴ dans la rédaction de l'article 1^{er} de l'ordonnance du roi de 1837, portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance déjà cités. Le législateur distingue les marchés de travaux publics et de fournitures de l'État, qu'il vise par l'expression « Tous les marchés au nom de l'État (...) »¹⁶⁵⁵ dans l'ordonnance royale de 1836. Le mot « Marchés », dans ce cas, est à entendre au sens large, de par son absence de définition. En effet, le législateur utilise la terminologie de « marché » dans le cas de l'État et celle d' « entreprise » dans le cas des communes et des établissements de bienfaisance, comme s'il appréhendait la qualification de « marché » pour les contrats administratifs conclus à titre onéreux de l'État, dont le contentieux revient aux juridictions administratives, et non aux tribunaux judiciaires, comme pour les marchés des collectivités locales du XIXe siècle. La jurisprudence fait aussi usage de cette terminologie d' « entreprise » en tant que terme proche de la notion de marché. Cette même terminologie est utilisée aussi par la doctrine administrativiste comme synonyme de marchés de travaux publics. Les exemples sont nombreux. Dans les conférences de Léon

¹⁶⁵⁴ Ordonnance royale du 14 novembre 1837, *op. cit.*, art. 1^{er} ; *Bull. des lois de la République française*, n°546, p. 721 ; cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1. Cf., *infra*, Tome II, Annexe 5.

¹⁶⁵⁵ Ordonnance du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État, Art. 1^{er}, *op. cit.* Cf., *infra*, Tome II, Annexe 4.

AUCOC relatives aux travaux publics, il pose l'intitulé d'un chapitre sans équivoque sur ce point : « Des marchés ou entreprises de travaux publics »¹⁶⁵⁶. Le traité de Louis ENOU, pose un intitulé « Entreprise ou marché de travaux publics »¹⁶⁵⁷. Alors que CORMENIN, dans ses « Questions », parle « de marchés et entreprises de travaux publics »¹⁶⁵⁸, sous-tendant deux objets juridiques distincts.

1003. La terminologie implicite à dénotation économique « entreprise de travaux publics, entreprise de fournitures » est appréhendée comme synonyme de marché, et même plus de marchés de travaux publics, comme l'étaye la définition d'entreprise de l'encyclopédie Dalloz¹⁶⁵⁹. Ce vocabulaire a un caractère intemporel, de par son emploi aussi bien au XIXe qu'au XXe siècle. Elle ne renvoie pas à la notion de marché de manière évidente, c'est en cela qu'elle s'appréhende comme implicite. Sa dénotation est plus économique que juridique.

2) Les terminologies renvoyant à un élément de la procédure de passation

1004. Dans les terminologies implicites à rapprocher de la notion de marché, il faut envisager celles qui pointent une étape importante de la passation du contrat pour désigner le marché en lui-même. L'exemple le plus explicite, dans ce cas de figure, est l'utilisation du terme « adjudication », procédé de principe dans la désignation des cocontractants de l'Administration dans le cadre d'un marché, durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle.

1005. Ainsi, dès le début du XIXe siècle, certains auteurs parlent d'adjudication de travaux publics, à l'image de Louis-Joseph FAVIER, dans un ouvrage de 1824, intitulé « *Examen des conditions du mode d'adjudication des travaux publics* »¹⁶⁶⁰. En ce cas, il faut bien appréhender que FAVIER désigne les travaux publics, dans un sens aussi large que la jurisprudence, interprétant la notion de marché de travaux publics de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Cette terminologie désigne les conventions passées par l'État

¹⁶⁵⁶ AUCOC Léon, *Conférence sur l'administration et le droit administratif*, op. cit., Dunod éditeur, 2^e éd., 1879, p. 270.

¹⁶⁵⁷ ENOU Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, op. cit., Arthur Rousseau éd., t. 1, p. 71.

¹⁶⁵⁸ CORMENIN, *Questions de droit administratif*, op. cit., M. Ridler éd., Paris, 1822, t. 1, p. 199.

¹⁶⁵⁹ Définition du terme « entreprise » *Encyclopédie Dalloz*, 1957, p. 337 - « L'entreprise ou marché de travaux publics est le contrat (...) », op. cit. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 1, B.

¹⁶⁶⁰ FAVIER Louis-Joseph, *Examen des conditions du mode d'adjudication des travaux publics*, Bachelier éd., 1824. Cet auteur est inspecteur des Ponts et Chaussées.

pour combler ses besoins en travaux, et dont le mode de désignation de l'entrepreneur est l'adjudication. Elle vise essentiellement les marchés de travaux publics, dont le mode de désignation du cocontractant de l'Administration de principe est l'adjudication, élément matériel et formel essentiel au fondement de la qualification juridique de marché de travaux publics, dès les textes révolutionnaires. Mais de manière plus générale, la terminologie « adjudication de travaux publics » peut désigner toutes les conventions passées par l'Administration pour satisfaire ses besoins en travaux, utilisant le procédé de l'adjudication dans le choix de son entrepreneur de travaux.

1006. De la même manière, certains auteurs utilisent la terminologie « adjudication de fournitures » pour désigner la passation d'un marché de fournitures. Ainsi, dans sa thèse pour la licence, BORDES emploie cette terminologie en guise de synonyme pour désigner la passation d'un marché de fournitures¹⁶⁶¹.

1007. Le terme « adjudication » pour désigner le marché, par exemple de travaux publics ou de fournitures, est une terminologie implicite, renvoyant à une étape de la passation du marché. Le rapprochement entre la notion de marché et le terme adjudication n'est pas explicite dans le sens, où ce n'est pas évident pour un non initié d'établir la proximité des deux termes.

B) Les terminologies explicites

1008. À côté des terminologies renvoyant à la notion de marché implicitement, on constate l'emploi de terminologies renvoyant de manière explicite à la notion de marché, c'est-à-dire de façon évidente même pour un profane du droit administratif.

1) La terminologie foucartienne de « marchés composés »

1009. Cette terminologie est la plus marginale (doctrinalement et jurisprudentiellement) de toute les terminologies renvoyant au procédé du marché en droit administratif postrévolutionnaire. Les textes ne l'emploient pas. Nous n'avons pas constaté son

¹⁶⁶¹ BORDES Ernest-Jean-Camille, *Acte public pour la licence*, Faculté de droit, Toulouse, 1859, p. 34.

utilisation par la jurisprudence administrative. La seule présence de cette terminologie a été mise en lumière par le professeur TOUZEIL-DIVINA, au travers d'une correspondance du doyen FOUCART à son confrère publiciste MALLEIN¹⁶⁶². En effet, le doyen FOUCART ne développe pas l'usage de cette terminologie dans ses traités, mais dans une réflexion épistolaire, rendant sa mise en évidence complexe.

1010. Le professeur TOUZEIL-DIVINA explique la réflexion émise par le doyen FOUCART, lorsqu'il utilise la terminologie de « marchés composés ». En effet, le doyen vise, au travers de cette terminologie explicite, des actes « contenant à la fois des dispositions de droit commun et des clauses singulièrement administratives ». Le professeur TOUZEIL-DIVINA fait l'analyse selon laquelle FOUCART adopte « ici une vision résolument contentieuse du droit des contrats puisque chaque acte ou même chaque clause (...) relevait du juge qui lui était propre selon le principe que l'on appellera ensuite la liaison de la compétence et du fond »¹⁶⁶³. Pour rappel, FOUCART situait donc, cette catégorie hypothétique d'actes entre ce qu'il appréhendait comme étant des « contrats administratifs » et les contrats de droit privé passés par l'Administration.

2) Les contrats de marché

1011. Une terminologie intéressante bien que marginale, est celle contenue dans le titre de la thèse pour le doctorat d'André BENARD, à savoir celle de « contrat de marché »¹⁶⁶⁴. Dans l'intitulé même, il pose cette terminologie comme synonyme de celle « d'entreprise de travaux », que nous abordions plus haut. Cette terminologie marginale a les mêmes aboutissants que celle d'entreprise dans le sens où elle peut être soit une qualification juridique de droit privé ou de droit public, comme le confirme l'intégralité du titre de la thèse. BENARD ne donne aucune clarification sur ses choix terminologiques, ce qui oblige à des déductions basées sur le contexte de la fin du XIXe siècle, en matière de doctrine administrativiste.

3) Les marchés administratifs

¹⁶⁶² Le professeur de droit administratif à la faculté de Grenoble rapporte partiellement cette correspondance in : MALLEIN Jules-Antoine, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, op. cit., PLON, p. 89.

¹⁶⁶³ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, op. cit., p. 1130.

¹⁶⁶⁴ BENARD André, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, op. cit., Thèse Droit, Paris, 1897.

1012. La terminologie de « marché administratif » est présente ponctuellement dans les productions juridiques traitant des marchés dès le XIX^e siècle. L'origine de cette terminologie – renvoyant à la notion de marché en droit administratif – est incontestablement jurisprudentielle¹⁶⁶⁵. En ce sens, PERRIQUET dit que les marchés de fournitures sont assimilés par la jurisprudence du Conseil « dans la limite marquée par la nature diverse des conventions » à « la généralité des marchés administratifs »¹⁶⁶⁶. La doctrine ne fait que reprendre cette terminologie à laquelle elle apporte son appréhension, qui est variable d'un auteur à un autre, souvent en fonction des évolutions jurisprudentielles, essentiellement celle des juridictions administratives. Dans un premier temps, cette terminologie semble viser plus les marchés de fournitures ayant un caractère administratif, notamment chez des administrativistes comme PERRIQUET, mais le caractère notionnel de son appréhension conditionne l'élargissement de son champ terminologique.

1013. Ainsi, JÈZE appréhende la terminologie de marchés administratifs dans la lignée de son utilisation par la jurisprudence et par des administrativistes comme PERRIQUET, en l'élargissant aux marchés autonomes de travaux publics. JÈZE, dans une note de jurisprudence, pose comme intitulé « la force majeure dans les marchés administratifs de fournitures ou de travaux »¹⁶⁶⁷, précisant la terminologie de marchés administratifs. C'est une avancée qui nous paraît importante dans l'émergence conceptuelle des MP, car elle pose une terminologie élaborée englobant les marchés de fournitures et de travaux publics. Dans un article concernant l'application des règles de droit privé à la volonté publique, JÈZE développe un paragraphe second intitulé : « Les marchés administratifs »¹⁶⁶⁸. Il utilise *lato sensu* cette terminologie pour qualifier juridiquement les contrats « passés pour le fonctionnement du service public », à condition que les règles de droit privé en matière de contrat ne s'y appliquent pas. Les marchés administratifs visent toujours essentiellement les marchés autonomes de fournitures et les marchés autonomes de travaux publics, selon l'appréhension extensive qu'en a Gaston JÈZE.

¹⁶⁶⁵ CE, 22 mars 1929, Sect., *Sieur Lefebvre et Lemann*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 376. Dans cet arrêt, le juge administratif utilise la qualification juridique de « marché administratif conclu suivant les dispositions du décret du 11 juin 1806 ; », p. 376 ; *idem* CE, 14 janvier 1931, *Sieur Conquy*, *op. cit.*, Rec. Lebon, p. 46.

¹⁶⁶⁶ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État*, *op. cit.*, Marchal Billard et Cie, 1884, p. VII.

¹⁶⁶⁷ JÈZE Gaston, « Note de jurisprudence », *RDJ*, 1920, p. 414.

¹⁶⁶⁸ JÈZE Gaston, « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDJ*, 1923, p. 10.

1014. Cette terminologie explicite peut être interprétée comme l’amorce de la généralisation et de la conceptualisation de la notion de marché, en tant que contrat administratif conclu à titre onéreux. La combinaison terminologique de la notion de marché et celle d’administratif renvoie aux marchés de l’Administration, ayant une qualification juridique de droit administratif. Cette terminologie est certainement la plus explicite pour qualifier la généralisation des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, y compris par rapport à la terminologie conceptuelle de « marchés publics », pourtant retenue par le CMP de 1964 et suivants.

1015. La terminologie de « marché administratif » a aujourd’hui quasiment disparu du champ lexical des contrats administratifs, comme un reliquat de l’histoire venant interagir dans l’émergence du concept juridique de marché public. À noter, concernant l’usage de cette terminologie, que la *Semaine juridique*, dans ses tables des matières, a utilisé le terme de « marchés »¹⁶⁶⁹ jusqu’en 1951. À partir de 1952, elle utilisera la terminologie de « marchés administratifs »¹⁶⁷⁰, au sens de « marchés publics », ainsi que pour les concessions. Cette utilisation atypique perdurera jusque dans les années 2000, où l’indexation « marchés publics » supplantera celle de « marchés administratifs »¹⁶⁷¹. Dans une perspective internationale, cette terminologie est toujours utilisée, dans une acception francophone en droit sénégalais¹⁶⁷², à titre anecdotique.

4) Les marchés de service public

1016. Dans la proximité de la terminologie de marché administratif, JÈZE emploie une autre terminologie pour désigner des contrats conclus par l’Administration essentiellement à titre onéreux. Elle entre dans le champ mal délimité de la notion de marché de la première moitié du XXe siècle. Son origine provient de la jurisprudence du Conseil d’État comme la précédente.

¹⁶⁶⁹ *La Semaine juridique*, 1951, t. 2, table des matières, p. 15.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, table des matières, p. 14.

¹⁶⁷¹ Dans la table alphabétique générale de la *Semaine juridique* de 1999, sont répertoriés les marchés administratifs, et pour la première fois les marchés publics, même s’ils renvoient aux marchés administratifs, voir *La semaine juridique*, 1952, t. 2, p. 106. Cette double indexation durera jusqu’en 2005, et dès l’année 2006, on ne retrouve que l’indexation « marchés publics ». Voir *La semaine juridique*, 2006, t. 2, pp. 108-109.

¹⁶⁷² Voir site Internet dépendant du gouvernement de la République du Sénégal : <http://www.demarches.gouv.sn>

1017. Ainsi, dans un intitulé, JÈZE développe « le régime juridique des marchés de service public » dans le cadre d'une note de jurisprudence concernant l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy*¹⁶⁷³. Les conclusions du commissaire du gouvernement Corneille soulignent, dans cette affaire, que « le marché dont il s'agit aujourd'hui est bien en effet un marché de service public, au sens exact de ce mot. Ce marché est en liaison intime avec l'organisation du service pénitentiaire »¹⁶⁷⁴. Dans ce contexte de la fin de la Première Guerre mondiale, le Conseil s'interroge sur les effets à donner à l'état de guerre sur les contrats passés par l'Administration pour assurer le fonctionnement du service public, en ces moments troublés. Les bouleversements économiques provoqués par cette guerre sont-ils assimilables à des cas de force majeure, pouvant légitimer des modifications de ces contrats¹⁶⁷⁵ ? La recherche de réponses à ces diverses problématiques a fait progresser rapidement le droit administratif des contrats. L'interventionnisme de l'État, dans les reconstructions diverses, a entraîné un besoin de développer les règles en la matière. Les marchés en tant que contrat administratif participant au fonctionnement du service public entrent dans ce processus. L'emploi de la terminologie « marché de service public », pour désigner les marchés de travaux publics ou les marchés de fournitures, est explicite, du fait que le lien avec le service public est un critère jurisprudentiel essentiel de la qualification juridique des marchés de travaux publics, ou des marchés de fournitures, si essentiel que le commissaire du gouvernement Corneille parle, dans ses conclusions, de « liaison intime »¹⁶⁷⁶... peut-on être plus explicite ? C'est une terminologie claire et générale, mise en avant par la jurisprudence, pour englober les contrats administratifs conclus à titre onéreux s'insérant dans la notion juridique de marché.

1018. Comme dans le cas de la terminologie de « marché administratif », celle de marché de service public est employée par la jurisprudence du Conseil d'État, pour opérer une généralisation synthétique afin d'aborder les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, deux contrats administratifs d'importance, dès le début du XIXe siècle. Cette terminologie est plus spécifique et précise que celle de « marché », qui, sortie de son contexte de droit administratif, est polysémique.

5) Le développement terminologique de la notion de « marché public »

¹⁶⁷³ CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, *op. cit.*, Rec. Lebon, 1918, pp. 122 à 127.

¹⁶⁷⁴ *Rec. Lebon*, 1918, p. 124.

¹⁶⁷⁵ JÈZE Gaston, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1918, p. 219.

¹⁶⁷⁶ *Rec. Lebon*, 1918, p. 124.

1019. La passage de la terminologie notionnelle à la terminologie conceptuelle de “marché public” est progressive, en adéquation avec leur gestation conceptuelle.

a) Les prémices terminologiques ou la première utilisation de la terminologie « marché public »

1020. La terminologie « marché public » en tant que notion attachée à celle de marché, est intéressante à analyser. En effet, l’utilisation de cette terminologie désignant explicitement la notion de droit administratif « marché », aurait pu être comprise par la doctrine administrativiste majoritaire du XIXe siècle, même si elle n’a pas employé cette terminologie précise¹⁶⁷⁷.

1021. Dans ses « *Institutes de droit administratif* », GÉRANDO cite l’article d’un texte révolutionnaire, utilisant la terminologie de « marchés publics » au sens propre d’un lieu où s’échangent les offres et demandes. Ce texte expose de manière littérale « les bâtiments et halles servant aux marchés publics (...) »¹⁶⁷⁸. Par la suite, la doctrine administrativiste majoritaire du XIXe, et celle du début du XXe siècle, n’utilisera pas la terminologie « marchés publics » au sens de l’article 1^{er} du CMP de 1964, comme nous le mettons en évidence dans la première partie. Mais, il faut aller chercher plus loin que dans les écrits des grands administrativistes du XIXe, et distinguer une doctrine administrativiste majoritaire et des doctrines plus marginales en cette même matière. Ainsi, il paraît intéressant d’aborder un groupe d’étudiants qui, dans leur thèse en vue de l’obtention de leur licence, vont utiliser la terminologie « marchés publics » pour désigner la notion de marché. Les premiers, dans la chronologie, dénommés DECAZIS-LAPEYROUSE et VERDALLE, soutiennent des thèses pour la licence en 1851. DECAZIS-LAPEYROUSE utilise la terminologie marché public dans la partie de sa thèse consacrée au droit administratif traitant des « compétence et juridiction en matière de marchés publics »¹⁶⁷⁹. Il précise que « l’on appelle marchés, dans le langage administratif, la convention qui intervient entre des particuliers et l’administration, pour la fourniture des objets divers,

¹⁶⁷⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 1.

¹⁶⁷⁸ Cité in GÉRANDO (baron de), *Institutes du droit administratif français*, op. cit., Nève éd., t. 2, 1829, p. 374.

¹⁶⁷⁹ DECAZIS-LAPEYROUSE Henri-Joseph, *Thèse pour la licence*, Faculté de droit, Toulouse, 1851, p. 26.

denrées, transports, et ouvrages que nécessitent les besoins des services publics »¹⁶⁸⁰. Pour cet auteur, la terminologie « marché public » est un synonyme de marché de fournitures, dans son acception extensive. Dans une thèse de la même année, un nommé VERDALLE, dans sa partie de droit administratif, traite « de la compétence administrative et judiciaire en matière de marchés publics »¹⁶⁸¹. Pour lui, « les marchés publics sont des adjudications de fournitures à faire pour le compte de l'État. Ils s'appliquent toujours à des objets mobiliers, à l'inverse des travaux publics qui ne touchent qu'au sol »¹⁶⁸². VERDALLE met en évidence la terminologie de « marché public », synonyme de marché de fournitures, en soulignant la différence avec les marchés de travaux publics « qui ne touchent qu'au sol ». CAMBOULIU, dans sa thèse soutenue en 1854, traite « de la compétence administrative et judiciaire en matière de marchés publics »¹⁶⁸³, en tant que problématique de droit administratif. Il appréhende cette terminologie comme « les traités passés par les ministres, les préfets, les départements, les communes, les établissements publics avec de simples particuliers ou des compagnies, soit pour fournitures à faire ou pour travaux à exécuter »¹⁶⁸⁴. Cette appréhension sous-tend une superposition de la terminologie de marchés publics, telle qu'utilisée par CAMBOULIU, à la notion de marché au sens imprécis, marquant le droit administratif des contrats, sur ce point, durant le XIXe et une partie du XXe siècle. Cette appréhension terminologique est plus large et généralisée que les deux précédents travaux universitaires de la faculté de Toulouse. Dans la lignée, CASTAGNIE, dans sa thèse pour la licence soutenue en 1855, emploie la terminologie « marché public », dans l'intitulé de sa partie de droit administratif : « de la compétence administrative et judiciaire en matière de marchés publics »¹⁶⁸⁵. À l'instar des autres, il ne fait qu'employer la terminologie, sans en donner la moindre appréhension. Ensuite, l'acte, en vue de l'obtention de la licence d'un dénommé CHABBERT, pose aussi cette terminologie, dans l'intitulé de sa partie de droit administratif : « de la juridiction administrative, gracieuse et contentieuse en matière de marchés publics »¹⁶⁸⁶. L'appréhension de CHABBERT est intéressante, dans le sens où il va critiquer des auteurs de la doctrine administrativiste de son époque, (qu'il ne nomme pas), sur leur propension à la confusion terminologique. Il dit que « la plupart des auteurs confondent les travaux publics avec les marchés publics ; mais si ces matières renferment également le caractère

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁸¹ VERDALLE Hippolyte, *Thèse pour la licence*, Faculté de droit, Toulouse, 1851, p. 25.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 25.

¹⁶⁸³ CAMBOULIU François-Romain, *Thèse pour la licence*, Faculté de droit, Toulouse, 1854, p. 21.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶⁸⁵ CASTAGNIE Bertrand, *Thèse pour la licence*, Faculté de droit, Toulouse, 1855, p. 26.

¹⁶⁸⁶ CHABBERT Jean-Louis-Camille, *Acte public pour la licence*, *op. cit.*, Faculté de droit, Toulouse, 1858, p. 30.

du contentieux, il y a entr'elles une énorme différence : c'est que les contestations qui s'élèvent sur les travaux publics sont jugées par le Conseil de préfecture, celles relatives aux marchés publics par les ministres »¹⁶⁸⁷. Cette citation permet de comprendre qu'il assimile à la terminologie marchés publics, les marchés de fournitures, de biens et services, au sens général, et qu'il exclut les marchés de travaux publics à cause de leur régime contentieux divergent de celui des marchés de fournitures. CHABBERT s'inscrit dans la lignée des trois précédents travaux universitaires abordés.

1022. Pour en finir avec ces travaux universitaires toulousains, la thèse pour la licence d'un nommé BORDES clôture ce « mouvement doctrinal marginal » intéressant par son modernisme terminologique. BORDES pose un intitulé, à sa partie de droit administratif quasi équipollent à ceux de ses camarades toulousains : « de la compétence administrative judiciaire en matière de marchés publics »¹⁶⁸⁸. Dans l'appréhension des termes de son sujet, il explique que « les marchés publics forment l'une des branches les plus importantes du contentieux administratif. Ces marchés sont relatifs aux fournitures faites à l'État par des compagnies ou simples particuliers, soit aux travaux publics exécutés pour le compte de l'État et en son nom »¹⁶⁸⁹. BORDES opère une généralisation des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics utilisant la terminologie « marché public », contrairement à CHABBERT, par exemple, qui exclut les marchés de travaux publics de cette même terminologie, sur le critère de la divergence, en matière de compétence contentieuse. BORDES insiste sur le fait « qu'il ne faut pas confondre ces deux sortes de marchés », en se basant sur le critère de la divergence de compétence contentieuse. Dans son appréhension, la première sorte de marchés est appelé « spécialement marchés de fournitures » et les compétences contentieuses afférentes échoient au ministre. Tandis que la seconde sorte de marchés « désignés sous le nom de marchés publics », voient leur contentieux échoir à la compétence des Conseil de préfecture. La terminologie de « marché public » de BORDES est difficile à appréhender car son développement semble contradictoire, concernant les marchés qu'il qualifie de marchés publics, marchés de fournitures, marchés de travaux publics. De plus, il se montre prétentieux en attaquant un grand administrativiste, CORMENIN, sans clairement exposer le contenu de sa critique. Beaucoup de confusion et de prétention dans ce travail.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶⁸⁸ BORDES Ernest-Jean-Camille, *Acte public pour la licence*, op. cit., Faculté de droit, Toulouse, 1859, p. 33.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 33.

1023. Différentes choses sont à mettre en évidence au sujet de ces thèses pour la licence. Concernant le contexte d'élaboration de ces travaux, les différents auteurs ont suivi les mêmes axes de développement, dans la même décennie, dans la même université. Leurs enseignements ont dû être dispensés par les mêmes professeurs, et leurs références bibliographiques se recoupent. Il est même probable qu'ils se soient croisés à la faculté de droit de Toulouse, et qu'ils se soient consultés mutuellement sur leurs travaux universitaires. La recherche bibliographique de cette époque était différente de celle que nous connaissons aujourd'hui. Ces éléments représentent certainement les explications les plus plausibles eu égard à la proximité de ces raisonnements universitaires. Le contenu, point qui intéresse cette étude, est l'utilisation – que nous qualifions d'anachronique en 1850 – de la terminologie de « marché public », renvoyant à la notion de marché en tant que contrat passé par l'Administration, dans un but d'intérêt général¹⁶⁹⁰. Cette terminologie de « marché public » telle qu'utilisée, dans ces thèses pour la licence, a une appréhension lacunaire et peu précise. DECAZIS-LAPEYROUSE est considéré comme le premier auteur de la doctrine administrativiste du XIXe siècle à utiliser la terminologie de « marché public », pour désigner les contrats passés à titre onéreux par l'Administration, pour assurer le fonctionnement du service public. Ses contemporains s'inscrivent dans cette lignée. Cette première utilisation anachronique de cette doctrine marginale représente un intérêt pour notre étude. Le caractère de travaux universitaires pour la licence cantonne à une relative marginalité doctrinale cette production. En effet, les informations, comme les novations doctrinales, doivent pour se diffuser, utiliser le canal adéquat, légitime et reconnu par les acteurs du droit. Cette logique est à mettre en parallèle avec la théorie de la communication du canadien Marshal MCLUHAN¹⁶⁹¹, mettant en lumière l'importance prédominante du canal par lequel passe l'information, au détriment du contenu même de ladite information. La jurisprudence, les textes, et la doctrine administrativiste majoritaire restent les canaux de diffusion reconnus du droit administratif, peu importe la qualité du message¹⁶⁹². Mais même dans le cas de l'utilisation d'un « canal adéquat », il est fort probable que la terminologie générique de marché public n'aurait pu s'imposer à ce stade, du fait du ratio de convergence entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures

¹⁶⁹⁰ CAMBOULIU, s'appuie sur CHAUVÉAU pour souligner que « toute contestation dans laquelle un intérêt spécial émanant de l'intérêt général se trouve en contact avec un droit privé, est de la compétence des tribunaux administratifs » ; cité in CAMBOULIU François-Romain, *Thèse pour la licence, op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁶⁹¹ Voir : MCLUHAN Marshal, *Théorie de la communication*.

¹⁶⁹² Cela peut rejoindre les constations de TIMON dans son célèbre pamphlet « La légomanie », *op. cit.*

encore insuffisant, notamment quant à leur régime juridique contentieux. Cet emploi est, à notre sens, un anachronisme relativement isolé, tout au plus en avance sur son temps...

b) Le développement « pré-conceptuel » de l'utilisation de la terminologie « marché public »

1024. Outre des utilisations ponctuelles de la terminologie de marché public par les acteurs du droit administratif postrévolutionnaires, durant le XIXe et le début du XXe siècle, cette terminologie voit son utilisation se développer de manière croissante dans des productions doctrinales en droit administratif, dès les années 1940 jusqu'à l'adoption du CMP de 1964.

1025. Le nombre de thèses de doctorat en droit traitant de la pratique des marchés se multiplient dans le contexte de la guerre et de ses conséquences en matière de reconstruction du pays, dans lequel l'achat public joua un rôle central, parallèlement à la construction de l'État providence français de l'après Seconde Guerre mondiale. Ainsi, certaines thèses, traitant et utilisant la terminologie de « marché public », se multiplient, dès le début des années 1940. Les exemples sont multiples : la thèse de Jacques HIRSCH sur « *Le financement des marchés publics* »¹⁶⁹³ ; une thèse de 1944 de Joseph HECKINGER sur « *Le régime administratif du financement des marchés publics* »¹⁶⁹⁴ ; la thèse de Michel QUANCARD, traitant de « *L'adjudication des marchés publics* »¹⁶⁹⁵. Ces différentes thèses universitaires témoignent que la notion de marché de l'Administration, dont les deux composantes hétérogènes, sont les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics, est en voie de généralisation autour de la terminologie de « marché public », même si ces deux composantes historiques restent toujours analysées, dans des travaux de manière distincte, comme des contrats administratifs ayant des régimes juridiques encore autonomes¹⁶⁹⁶. Ces sujets de thèse, mettent en avant la terminologie générale de marché public sur des points précis du régime juridique des marchés, qui peuvent faire l'objet d'une généralisation, comme l'adjudication et les questions de leur financement. Ces points représentent, comme l'adjudication, des points de convergence dans les régimes juridiques autonomes des marchés de fournitures et des marchés de

¹⁶⁹³ HIRSCH Jacques, *Le financement des marchés publics*, op. cit.

¹⁶⁹⁴ HECKINGER Joseph, *Le régime administratif du financement des marchés publics*, Imprimerie Wallon, Thèse droit, Strasbourg, 1944.

¹⁶⁹⁵ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, op. cit.

¹⁶⁹⁶ On peut citer la thèse de ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, op. cit.

travaux publics, déjà identifiables au XIXe siècle, mis en relief précédemment¹⁶⁹⁷. La convergence progressive des deux types de marchés autonomes, issus de la pratique administrative postrévolutionnaire, est le ressort décisif de la généralisation entre les deux composantes distinctes de la notion de marché, matérialisée par le développement de l'usage terminologique de marché public.

1026. Pour conclure ce paragraphe, il faut appréhender le caractère protéiforme des terminologies utilisées pour désigner la notion de marché, durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Le ressort de cette multiplication terminologique, autour de la notion de marché, peut s'expliquer par l'enrichissement du champ lexical juridique attaché au droit administratif, permettant une recherche de terminologie plus précise et rigoureuse, dans la qualification juridique des pratiques administratives. Que ces terminologies renvoient au marché de manière explicite ou pas, elles sont significatives d'une conception de cet objet juridique issu de la pratique administrative postrévolutionnaire, elle-même héritière de celle de la monarchie. Le développement et la multiplication des terminologies, renvoyant à la notion de marché, sont un indicateur dans l'appréhension de l'émergence progressive de marché public, en tant que concept juridique. Au-delà de ces terminologies, il faut chercher quelles appréhensions les acteurs du droit administratif des contrats qui les emploient, leur donnent par référence à la notion de marché ?

§ 2 : De la terminologie à la notion, de la notion à l'émergence du concept de marché public

1027. Le rôle d'une terminologie est de désigner un objet en fonction du degré de précision de sa définition. Il est nécessaire de parler de notion ou de concept. Cette grille d'analyse tient une place de premier plan dans notre raisonnement, visant à répondre à notre problématique centrale. L'examen des différentes terminologies et des appréhensions qui en sont faites par les acteurs de l'élaboration du droit administratif, permet de mettre en lumière l'émergence progressive des marchés publics en tant que concept.

A) Les insuffisances de définition terminologique : le marché en tant que notion

¹⁶⁹⁷ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 2.

1028. Le marché en tant qu'objet, dont l'appréhension relève plus d'une « connaissance intuitive »¹⁶⁹⁸ que d'une réelle définition juridique est appréhendée comme une notion juridique de droit administratif. Les différentes variantes terminologiques, qui renvoient à la notion de marché, sont assimilables à des notions envisagées de manière imprécise s'insérant ou recoupant la notion extensive de marché.

1) La notion de marché de service public

1029. Cette terminologie utilisée par la doctrine administrativiste, du début du XXe, par référence à la jurisprudence du Conseil d'État, est une notion au sens strict de la définition du nouveau Petit Robert parlant de « connaissance intuitive, synthétique et assez imprécise que l'on a d'une chose ». En effet, JÈZE, dans la « *RDP* » de 1918, développe ce qu'il qualifie de « régime juridique des marchés de service public »¹⁶⁹⁹ en s'appuyant sur des notes de jurisprudence. Ainsi, l'arrêt *Société des granits...* de 1912 parle des « marchés de travaux ou de fourniture ayant pour objet un travail ou une fourniture en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public »¹⁷⁰⁰, que l'on peut considérer comme l'appréhension de la notion de marché de service public.

2) La notion de marché administratif

1030. PERRIQUET, en prélude à son ouvrage sur les contrats de l'Administration, déclare que les marchés administratifs, sont « des marchés passés par les ministres dans l'intérêt des services publics »¹⁷⁰¹. Il opère une généralisation terminologique, recoupant la notion de marché, incluant les marchés de fournitures, de travaux publics, et ceux de transports.

1031. Trois décennies après PERRIQUET, JÈZE souligne que la terminologie de marché administratif révèle une connaissance de cet objet juridique plus intuitive et imprécise qu'une définition construite, faisant de cet objet une notion juridique *stricto sensu*, par opposition au concept. Ainsi, dans la « *RDP* » de 1920, il pose un intitulé, où il parle de

¹⁶⁹⁸ *Le nouveau Petit Robert de la langue française, op. cit.*, 2008, p. 1706.

¹⁶⁹⁹ JÈZE Gaston, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1918, p. 219.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 220.

¹⁷⁰¹ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État, op. cit.*, Marchal Billard et Cie, 1884, p. VII.

« marchés administratifs de fournitures et de travaux »¹⁷⁰², explicitant le marché administratif comme une notion juridique générale, englobant les marchés autonomes de travaux publics et les marchés autonomes de fournitures. C'est une appréhension terminologique intuitive des marchés administratifs, bien plus qu'une définition explicite précise, attachant à cette terminologie une notion au sens strict.

3) Le marché public en tant que notion juridique

1032. L'émergence de l'utilisation de la terminologie de « marché public » se subdivise en deux phases. Dans ce que nous qualifions de prémices de l'utilisation de la terminologie de « marché public », le degré de précision très faible de l'appréhension de l'objet juridique attaché à ce vocabulaire, fonde sa qualité de notion juridique *stricto sensu*. Les auteurs des différentes thèses pour la licence, utilisant cette phraséologie de manière inédite et anachronique dans les années 1850, la définissent de manière vague et même contradictoire. De manière globale, les marchés publics, dans ces travaux universitaires toulousains des années 1850, se définissent par le fait qu'ils englobent les marchés autonomes de travaux publics et les marchés autonomes de fournitures (CAMBOULIU, BORDES), mais plus spécialement ceux de fournitures (CHABBERT). Tandis que pour certains (DECAZIS-LAPEYROUSE, VERDALLE), la terminologie de marché public n'englobe que les marchés de fournitures de biens et services dans leur globalité (marchés de transports, etc.). Cette imprécision attache la terminologie de marché public, dans les années 1850, à une notion *stricto sensu*. Les marchés de travaux publics sont plus considérés comme des travaux publics au sens large, que comme des marchés publics, qui désignent plus spécialement dans leur appréhension les marchés de fournitures. Cet usage terminologique anachronique est à rapprocher de celui de l'usage de la terminologie de marché administratif, qui vise aussi, plus spécialement les marchés de fournitures au sens large¹⁷⁰³.

1033. La deuxième phase, dans l'émergence de l'utilisation de la terminologie de « marché public », se situe, chronologiquement, presque un siècle plus tard. C'est la phase de développement croissant de l'utilisation de la terminologie de « marché public », intervenant entre la première théorisation des contrats administratifs et la codification des

¹⁷⁰² JÈZE Gaston, « Notes de jurisprudence », *RDJ*, 1920, p. 414.

¹⁷⁰³ Voir *op. cit.* : PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État*, Marchal Billard et Cie, 1884, p. VII.

MP de 1964 qui s'amorce. Il faut bien souligner, que lorsque le développement de l'utilisation terminologique des marchés publics commence, au début des années 1940, l'objet juridique qualifié de marché public ne s'appréhende qu'en tant que notion, par le degré d'imprécision et de variante d'un acteur du droit à l'autre de l'appréhension des marchés publics, dans les années 1940. Pour illustrer, il est sans appel de se référer à des thèses de droit administratif faisant usage de la terminologie de « marché public ».

1034. La thèse de Jacques HIRSCH¹⁷⁰⁴, traitant de la question du financement des marchés publics, n'apporte pas de définition explicite de ce qu'elle qualifie de marchés publics. Cette terminologie ne peut donc être qu'une notion juridique renvoyant à une réalité juridique aux contours imprécis, dont la connaissance passe par une certaine intuition, définition *stricto sensu* de la notion. Dans le propos introductif de HIRCSH, on peut extraire une appréhension de ce qu'il entend par la notion de marché public, en lisant entre les lignes, ainsi parle-t-il du « (...) financement du travail ou de la fourniture convenue, dont le prix ne lui sera payé qu'après achèvement, (...) »¹⁷⁰⁵, permettant d'appréhender ce qu'il entend par la terminologie de « marché public », c'est-à-dire, les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, en tant que contrat administratif conclu à titre onéreux. HIRSCH opère donc une généralisation de la pratique des deux types de marchés autonomes issus de la pratique postrévolutionnaire. Le financement est un point de convergence dans le régime de passation distinct de ces deux types de marchés, permettant d'opérer une généralisation terminologique rattachée à une notion juridique générique. L'acception de cette terminologie est à rapprocher de celle de marché administratif utilisée précédemment.

1035. La thèse de Joseph HECKINGER¹⁷⁰⁶, traitant du régime administratif du financement des marchés publics, est manifeste pour ce qui est d'employer la terminologie de « marché public », sans apporter de définition explicite satisfaisante. La définition stricte de notion renvoyant à « une connaissance intuitive et imprécise d'une chose donnée » se retrouve dans l'approche de cette thèse. Il faut préciser au sujet de cette thèse, qu'elle a été soutenue en Sciences politiques et économiques. Mais contrairement à celle

¹⁷⁰⁴ HIRSCH Jacques, *Le financement des marchés publics*, op. cit.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁰⁶ HECKINGER Joseph, *Le régime administratif du financement des marchés publics*, op. cit.

de HIRSCH, elle met mieux en évidence le caractère propre du financement, du fait de la qualification juridique de contrat administratif des marchés publics de manière générale.

1036. Dans celle de Michel QUANCARD¹⁷⁰⁷ soutenue en 1945, traitant de l'adjudication des marchés publics, il n'apporte pas non plus de définition satisfaisante des marchés publics, les cantonnant à une appréhension vague et imprécise, mais déjà plus explicite que celle formulée par HECKINGER. Il parle de « marchés publics de travaux ou de fournitures »¹⁷⁰⁸ qu'il appréhende comme étant le contrat « par lequel le service public s'adresse à des particuliers entrepreneurs ou fournisseurs, avec lesquels il contracte en vue de faire construire, fabriquer ou livrer par eux les biens nécessaires »¹⁷⁰⁹. QUANCARD superpose ce qu'il qualifie de marché public à la notion de marché au sens large, qui comprend les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. Il opère une généralisation des deux types de marchés issus de la pratique administrative postrévolutionnaire, de manière explicite autour d'un des principaux points de convergence essentielle des régimes de passation de ces deux types de marchés, à savoir l'adjudication.

1037. Les premiers travaux universitaires du XXe siècle utilisant la notion de marché public, dans le sens d'une généralisation de la pratique des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, portent sur des points de convergence entre leurs deux régimes juridiques qui garde un degré de divergence suffisant pour les qualifier d'autonomes. Ainsi, des points précis concernant le régime administratif de financement des marchés, ou encore l'adjudication, sont des points de convergence importants dans les régimes juridiques de passation des marchés de travaux publics d'une part, et des marchés de fournitures d'autre part, que l'on mettait déjà en évidence, dès le début du XIXe siècle¹⁷¹⁰. Cela s'inscrit donc dans une certaine logique, que la notion générique de marché public soit appliquée en premier à certains points de convergence entre les différents types de marchés, comme l'adjudication ou les questions de financement.

¹⁷⁰⁷ QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics*, *op. cit.*

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷¹⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1 & 2, Sect. 2.

1038. L'approche, qui tend à définir les termes en prélude du sujet, à laquelle nous adhérons, ne semblait pas du tout à l'ordre du jour, dans les productions universitaires des années 1940, dans la pure lignée de l'approche des administrativistes du XIXe siècle. Mais il faut bien appréhender que l'absence de définition satisfaisante des marchés publics, en tant que notion juridique, s'explique parfaitement par le contexte d'instabilité terminologique autour de la notion de marché. Cet état du droit ne sera amélioré que par l'adoption du CMP de 1964, qui non seulement pose une définition, mais encore l'imposera à tous les acteurs du droit administratif des contrats.

1039. L'insuffisance des définitions apportées aux terminologies protéiformes, renvoyant au marché en tant que contrat administratif, conditionne que l'on ne peut pas appréhender les marchés autrement que, comme une notion aux contours mal définis. L'ensemble des terminologies, renvoyant à la notion de marché, utilisé durant le XIXe et la première moitié du XXe siècle, est assimilable à des notions, de par leur insuffisance de définitions, et au-delà de reconnaissance d'une définition bien arrêtée et reconnue par les différents acteurs du droit administratif des contrats.

B) La consolidation doctrinale de la notion juridique de marché : postulat d'une généralisation conceptuelle

1040. Le développement et la consolidation terminologique – que nous venons d'exposer – autour de la notion de marché est un élément d'importance entrant dans le processus de généralisation conceptuelle, postulat de l'émergence du concept juridique de marché public. La généralisation peut être définie *stricto sensu*, comme « l'opération par laquelle, reconnaissant des caractères communs entre plusieurs objets singuliers, on réunit ceux-ci sous un concept unique, dont ces caractères forment la compréhension »¹⁷¹¹. La définition du Petit Robert met explicitement en évidence que « l'abstraction est inséparable de la généralisation »¹⁷¹².

1) Les prémices d'une généralisation fondée sur l'imprécision de la notion de marché

¹⁷¹¹ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010, p. 1142.

¹⁷¹² *Ibid.*, p. 1142.

1041. Les prémices de généralisation tendant à englober les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures sous une terminologie générique interviennent très tôt, dès les textes des années 1830, parlant de « Tous les marchés au nom de l'Etat (...) »¹⁷¹³. Ces prémices de généralisation de la pratique administrative des marchés, en tant que contrat administratif conclu à titre onéreux, reposent sur une notion de marché dont la connaissance est intuitive et implicite, durant près d'un siècle et demi. Cette connaissance intuitive repose essentiellement sur le fait, qu'il y a peu ou pas de définition construite satisfaisante de la notion de marché, sur laquelle disposent la loi de 1833 et les ordonnances royales de 1836 et 1837. Les seules appréhensions, qui atteignent un niveau satisfaisant, sont celles des deux types de marchés ayant des régimes juridiques distincts, pris au cas par cas : les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures de biens et services. La généralisation des pratiques administratives des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures englobée par la notion de marché, repose plus sur l'imprécision des contours de cette notion que sur une appréhension claire, posant une définition construite. Entre également dans ce que l'on qualifie d'imprécision de la notion de marché, l'inconstance d'appréhension d'un acteur du droit administratif des contrats, ou d'un auteur à un autre.

1042. Ensuite, il faut souligner, que le développement protéiforme des terminologies renvoyant à la notion de marché participe grandement à ce processus d'abstraction, tendant à la généralisation de la pratique administrative des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures. L'évolution terminologique, que nous exposons précédemment, est manifeste pour mettre en évidence cette généralisation terminologique de la notion de marché : adjudication de travaux ou de fournitures, entreprises de travaux ou de fournitures, marchés administratifs, marchés de services publics et marchés publics. Cette évolution terminologique, autour de la notion progressive et étalée de marché sur un siècle et demi, cristallise parfaitement ce processus, ce lent processus d'abstraction, qui au XIXe siècle, reste mineur, jusqu'à la production doctrinale de PERRIQUET ou LAFERRIÈRE.

2) L'amorce de la généralisation conceptuelle : « pré-codification » de la notion de marché public

¹⁷¹³ Ordonnance du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État, Art. 1^{er}, *op. cit.*

1043. Après l'étape de la généralisation terminologique relative à la notion de marché, s'amorce ce que nous qualifierons de généralisation conceptuelle. Les définitions conceptuelles des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, dans les années 1940, commencent à être satisfaisantes, vu l'importance des travaux universitaires, des textes et des arrêts du Conseil d'État sur le sujet. Les notions attachées à ces objets juridiques, de par le degré de précision de leur appréhension, peuvent accéder à la qualification de concept juridique. Les deux principaux fondements conceptuels de la notion juridique de marchés publics, après la Seconde Guerre mondiale, peuvent être qualifiés de concept juridique au cas par cas.

1044. Mais la généralisation terminologique, opérant un rapprochement entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures autour de la terminologie de marché public, dès les années 1940, n'est assimilable qu'à une notion en voie de construction, de par l'imprécision et l'inconstance de ces appréhensions, comme de son emploi d'un acteur du droit administratif des contrats à un autre. À partir des années 1940, des travaux universitaires commencent à employer la notion de marché public pour traiter de points précis, concernant simultanément les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures de biens, services et autres transports. Cette phase de « pré-codification », intervenant entre la théorisation des contrats administratifs et la codification des MP, est décisive quant à la généralisation conceptuelle autour de la notion de marché public, qui se matérialise par la consolidation de diverses notions adjacentes à celle de marché public, comme les travaux publics (CE 1963, *Peyrot*, GAJA), le service public (CE 1956, *Époux Bertin*, GAJA), le contrat administratif (Théories de JÈZE, PEQUIGNOT, LAUBADÈRE ou encore LONG) etc. Toutes ces notions juridiques de droit administratif touchent à la définition conceptuelle des marchés publics disposés par le CMP de 1964. La généralisation terminologique de la notion de marchés publics se consolide et se développe progressivement, vers une généralisation conceptuelle, dont la consécration est, à notre sens, dans l'adoption du CMP de 1964¹⁷¹⁴.

1045. Pour conclure ce paragraphe, il faut souligner que le seul emploi d'une terminologie ne fonde pas un élément décisif, dans un processus d'abstraction. Il faut que

¹⁷¹⁴ Cf. *infra*, Part. II, Titre II, Chap. 2, Sect. 2.

se rattache une notion juridique à cette terminologie. Dans ce cas précis, la notion de marché va se construire autour de différentes terminologies, et celle de marché public ne commencera son développement moderne que dans les années 1940, éclipsant progressivement toutes les autres.

1046. Pour conclure cette section première : la consolidation doctrinale de la notion juridique de marché, au travers du développement de la terminologie de marché public, est un préalable incontournable, dans la naissance des marchés publics, en tant que concept juridique générique de droit administratif. Le ressort du passage des marchés publics appréhendés, comme une notion juridique de droit administratif à un concept juridique, réside dans l'augmentation du degré de précision et de reconnaissance d'une définition de la notion de marché public. Le processus d'abstraction aboutissant à la définition est le résultat de l'action de définir, qu'Olivier GOHIN appréhende comme « donner du sens et fixer une limite »¹⁷¹⁵. Mais les divers degrés de précision dans l'action de définir déterminent si l'objet peut être qualifié de notion ou de concept. Dès les années 1940, les marchés publics peuvent être assimilés à une notion, ayant un objet concret, et un contexte politique et juridique (Section 2), qui sera la matrice, permettant l'émergence des marchés publics en tant que concept. Cette synthèse des terminologies employées, pour renvoyer à la notion de marché, permet un angle d'appréhension très significatif, afin de se rendre compte des différentes phases entourant l'émergence de la qualification juridique de marché public en droit administratif. C'est une donnée clé à intégrer pour comprendre les tenants et les aboutissants de notre problématique.

Section 2 : L'effectivité de l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1964)

1047. Dans un roman, cette section se nommerait l'épilogue, car c'est l'aboutissement de notre problématique, qui s'appuie sur tous nos développements constituant les éléments de réponses. On arrive à présent à l'aboutissement de la problématique de cette étude qui se

¹⁷¹⁵ GOHIN Olivier, *Contentieux administratifs*, op. cit., p. 45.

crystallise dans la définition conceptuelle des marchés publics (§ 1), qui conditionne leur reconnaissance juridique générale, en tant que terminologie conceptuelle générique (§ 2).

§ 1 : La définition conceptuelle des marchés publics

1048. La définition conceptuelle de la notion de marché postrévolutionnaire repose, en premier lieu sur la synthèse d'apports nouveaux et antérieurs de certains articles ciblés, au premier rang desquels l'article 1^{er} (A), et en deuxième lieu, sur le bloc théorique que représente le CMP dans sa globalité (B).

A) La synthèse d'apports conceptuels nouveaux et antérieurs

1049. L'article 1er du CMP de 1964 apporte des éléments inédits fondant de manière déterminante la définition conceptuelle moderne des marchés publics, venant parachever et synthétiser les apports de définition conceptuelle des décrets précédents, repris par des articles du CMP.

1) L'apport conceptuel inédit de l'article 1^{er} du CMP de 1964

1050. « Les marchés publics sont des contrats passés, dans des conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services »¹⁷¹⁶, article 1^{er} du CMP de 1964, adopté par le décret de codification n° 64-729 du 17 juillet 1964.

1051. Cette définition conceptuelle reprend celle posée préalablement par l'article 1^{er} du décret du 13 mars 1956, avec toutefois une nuance importante. Le décret de 1956 ne vise que ce qu'il qualifie de marchés de l'État, alors que l'article 1^{er} du CMP fait la jonction entre cette définition conceptuelle et la terminologie spécifique de « marchés publics », de manière inédite. C'est en cela, que l'apport conceptuel de cet article 1^{er} est inédit dans

¹⁷¹⁶ Code des marchés publics, art. 1^{er}, *J.O de la République française*, 1964, p. 7. Cf. *infra*, Tome II, Annexe 7.

l'émergence des marchés publics. Jean KAHN le confirme, en soulignant que cet article 1^{er} « constitue une disposition nouvelle introduite lors de la codification de 1964 »¹⁷¹⁷.

1052. Cet article 1er du CMP de 1964 fait reposer la définition conceptuelle des marchés publics sur les fondements conceptuels postrévolutionnaires développés dans la première partie de cette étude. C'est-à-dire que cet article 1^{er} fonde sa définition conceptuelle des marchés publics sur leurs objets (travaux publics, fournitures, services), sachant que ces objets renvoient à des types de contrats administratifs conceptualisés de manière autonome, depuis les textes révolutionnaires. En effet, il faut bien mettre en évidence que la fondation de ce concept juridique, que sont les marchés publics, repose sur une généralisation conceptuelle, que sont le concept de marché de travaux publics, le concept de marché de fournitures, et le concept de marché de transports, pendants de ce que l'on peut qualifier de marché de fournitures de services. Les marchés publics en tant que concept générique de droit administratif unifient :

- Premièrement, ce que l'on a qualifié couramment de marchés de travaux publics, voire de travaux publics, qui deviennent une partie intégrante du concept générique, sous la qualification de marché public de travaux publics¹⁷¹⁸.
- Deuxièmement, ce que l'on a qualifié couramment de marchés de fournitures, depuis le décret de 1806, qui prennent la nouvelle qualification de marché public de fournitures¹⁷¹⁹.
- Pour compléter, deviennent les marchés publics de services, les marchés de transports, de livraisons... tout en s'intégrant dans la définition extensive de marché de fournitures et de leur régime juridique. La qualification juridique de marché public de services, s'insérant dans celle de marché public, opère une généralisation conceptuelle englobant les historiques des marchés de transports en premier lieu, et en deuxième lieu, les marchés de fournitures portant sur des prestations diverses de services, comme les marchés de livraisons concernant les fournitures multiples etc.¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁷ KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *op. cit.*, p. 39.

¹⁷¹⁸ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1.

¹⁷¹⁹ Cf. *supra*, Part. I, Titre I, Chap. 1.

¹⁷²⁰ Cf. *supra*, Part. I, Titre II, Chap. 1.

1053. Le concept générique de marché public, qui n'existe en tant que tel, qu'à partir de l'adoption du CMP de 1964, et qui parlait de marché public dans le sens qu'on lui connaît aujourd'hui, relève, à notre sens, d'un abus de langage juridique. La terminologie de marché public, employée de manière irrégulière avant 1964, ne renvoie qu'à la notion de marché, dont les terminologies ont été très protéiformes, durant un siècle et demi, faisant suite à la Révolution de 1789.

1054. L'article 1^{er} du CMP de 1964 acte la naissance conceptuelle des marchés publics, en fondant la définition moderne correspondant à la terminologie contemporaine, que nous connaissons tous en tant que juristes de droit public spécialisé ou non, mais aussi en tant que citoyens, de par l'ampleur de la publicité volontaire et involontaire autour d'eux. Même si cet article est l'article déterminant actant l'émergence conceptuelle des marchés publics, il s'appuie sur des compléments de définition conceptuelle contenus dans d'autres articles ciblés, eux-mêmes issus de textes réglementaires relatifs aux marchés des années 1956 pour l'État, et 1960 pour les collectivités locales.

2) Les éléments de définition du concept de marché public issu d'une synthèse des textes réglementaires précédents

1055. En terme d'apport conceptuel complémentaire à la définition conceptuelle des marchés publics, posé par l'article 1^{er} du CMP de 1964, il faut citer l'article 39 de ce même code : « Les marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial sont des contrats écrits dont les cahiers des charges visés au chapitre IV du titre 1^{er} sont des éléments constitutifs (...) » (al. 1^{er}).

1056. Cet article apporte des éléments de définition matérielle des marchés publics qui participent à la définition conceptuelle des marchés publics, même si ces éléments ne sont pas nouveaux mais issus de textes réglementaires précédents.

a) La définition conceptuelle des marchés publics par leur statut

1057. L'article 39 pose que les marchés publics ont pour « éléments constitutifs » des cahiers des charges. Cela revient à définir les marchés publics par leur statut, comme Jean

KAHN le souligne¹⁷²¹. Le cahier des charges est un élément de définition matérielle des marchés publics, comme il était un élément central de définition des régimes juridiques applicables aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures, durant le XIXe siècle¹⁷²², jusqu'à l'adoption du CMP de 1964. C'est donc logique qu'il soit un élément constitutif des marchés publics d'importance, car ses composantes (marchés de travaux publics, fournitures) l'intègrent de manière historique.

1058. Le CMP dispose en matière de cahiers des charges, aux articles 112 et 113, composant un chapitre particulier intitulé : « Les cahiers des charges ».

1059. L'article 112 dispose que : « Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers. Les documents généraux sont : 1° Les cahiers des clauses administratives générales qui fixent les dispositions administratives applicables à toute une catégorie de marchés ; 2° Les cahiers des clauses techniques générales qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations de même nature. Les documents particuliers sont : 1° Les cahiers des clauses administratives particulières qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ; 2° Les cahiers des clauses techniques particulières qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché. Les documents particuliers comportent l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent éventuellement ».

1060. L'article 113 pose, quant à lui, que « Les cahiers des clauses administratives générales sont établis par la section administrative dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 5. Les cahiers des clauses techniques générales sont établis par la section technique dans les conditions prévues à l'article 12. Ces cahiers sont approuvés par décret ». L'article 112, disposant en matière de cahiers des charges, est transposé de l'article 37 du décret du 13 mars 1956 relatif aux marchés de l'État.

b) La définition conceptuelle des marchés publics par leur forme

¹⁷²¹ KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *op. cit.*, p. 39.

¹⁷²² Voir : LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, pp. 120 et 139.

1061. La définition conceptuelle des marchés publics par leur forme réside dans la disposition située toujours à l'article 39, suivant laquelle les marchés publics sont des « contrats écrits ». La procédure de passation, dont font l'objet les marchés publics de travaux publics, fournitures, ou services à partir d'un certain seuil déterminé par le CMP, sous-tend logiquement le recours à une forme écrite du contrat. La forme écrite des marchés publics est donc un principe découlant de la pratique qui montre que tous les contrats passés par l'Administration sont écrits. Même si la jurisprudence administrative a pu reconnaître l'existence, de manière restrictive, de contrats administratifs verbaux¹⁷²³. La forme écrite de principe est un élément de définition important dans l'appréhension de cet objet juridique. Mais il ne faut pas perdre de vue, comme le souligne KAHN, que cette forme écrite « n'a sans doute que la valeur d'une recommandation »¹⁷²⁴. Cette définition des marchés publics par leur forme est issue de dispositions applicables aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures, de biens et services.

1062. Pour synthétiser la définition conceptuelle des marchés publics, découlant de l'article 1^{er} et d'articles complémentaires du CMP de 1964, on peut citer la définition des marchés publics mise en évidence par le maître des requêtes au Conseil d'État, Jean KAHN : « Les marchés publics sont ainsi définis :

1° Par leur objet (ils sont passés en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services) ;

2° Par leur statut (les cahiers des charges en sont des éléments constitutifs) ;

3° Par leur forme (ce sont des contrats écrits) »¹⁷²⁵.

1063. La définition par leur objet est le socle conceptuel de la définition moderne des marchés publics, intégrant dans un concept juridique générique ce que l'on a qualifié de manière distincte de marchés de travaux publics, et de marchés de fournitures, en tant que fondement conceptuel, durant près d'un siècle et demi. En effet, la définition des marchés publics, par leur statut et par leur forme, est secondaire par rapport à leur objet, car ces composantes issues de l'histoire du droit administratif – marchés de travaux publics et

¹⁷²³ CE, 10 janvier 1930, Ass., *Commune de Pointe-à-Pitre*, Rec. Lebon, p. 32 ; cité in BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, op. cit., éd. Le Moniteur, 2^e éd., 2007, Paris, p. 84.

¹⁷²⁴ KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », op. cit., p. 39.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 39.

marchés de fournitures de biens ou de services – étaient historiquement des contrats écrits reposant sur des cahiers des charges.

1064. Concernant ces trois éléments de définition des marchés publics, KAHN conclut : « On peut soutenir – et c’est l’avis d’esprits très distingués – que ces trois éléments sont des conditions à défaut desquelles le contrat ne présente en aucun cas le caractère d’un marché public, mais qui ne sauraient suffire à lui conférer ce caractère »¹⁷²⁶.

B) Le corpus du code : création d’un ensemble théorique autour des marchés publics

1065. Le CMP de 1964 ne se résume pas à son article 1er, le code dans son intégralité entre dans la conceptualisation des marchés publics, de par les conséquences importantes qu’il entraîne dans le domaine spécifique du droit administratif des contrats.

1) L’unification de régimes juridiques autonomes

1066. Le CMP de 1964, dans sa globalité, permet une unification des régimes juridiques autonomes, d’un côté, des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, et de l’autre, des marchés de l’État (de travaux publics comme de fournitures, de biens et services) et des marchés des collectivités locales (travaux et fournitures des communes et départements) des textes révolutionnaires jusqu’à la moitié du XXe siècle, rendue possible et se fondant sur ce que nous avons mis en évidence dans la première partie, par les points de convergence entre les régimes juridiques de ces deux types de contrats administratifs, au premier rang desquels le procédé de principe historique intervenant dans le choix du cocontractant de l’Administration, à savoir l’adjudication.

a) L’unification conceptuelle majeure : marchés de travaux publics/marchés de fournitures

1067. Le point de convergence majeur et historique entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures à l’échelle de l’État réside dans la différence en matière de compétence contentieuse. Les premiers relevaient en première instance, des Conseils de

¹⁷²⁶ KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *op. cit.*, p. 39. Kahn, dans le titre de cet article, part de marchés publics qu’il appréhende en tant que notion, c’est un usage terminologique inapproprié, compte tenu qu’une notion relève d’une « connaissance intuitive... » *stricto sensu*. Ainsi, la définition du CMP de 1964, qu’il met en évidence, dans sa synthèse doctrinale, fonde l’émergence des marchés publics en tant que concept juridique de droit administratif. Mettre en lumière cette émergence conceptuelle des MP est l’enjeu de cette étude.

préfecture depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, tandis que les seconds, jusqu'à l'arrêt *Cadot*, dépendaient de la théorie du ministre-juge, dont le contentieux reviendra en intégralité au Conseil d'État, dès le début du XXe siècle. La réforme de la juridiction administrative de 1953, portant création de la juridiction administrative de première instance, les Tribunaux administratifs, achèvera d'unifier le régime juridique des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, en supprimant le point de divergence entre les deux, qui fondaient auparavant ce que l'on qualifiait d'autonomie de ces deux régimes juridiques issus de textes du XIXe siècle. Le décret de 1956, relatif aux marchés de l'État, actera la fin de cette divergence de compétence contentieuse, entre ces deux types de contrats administratifs conclus à titre onéreux. Ledit décret est l'acte préparatoire du CMP de 1964, la première étape textuelle vers la rédaction et l'adoption du CMP de 1964.

b) L'unification conceptuelle mineure : marchés de l'État/marchés des collectivités locales

1068. Pour ce qui est des marchés passés à l'échelon des collectivités locales, à savoir les communes et départements, leur régime juridique peut être considéré comme autonome par rapport à ceux de l'État, sur le fondement du même critère, la compétence contentieuse. Ainsi, les « marchés » des collectivités locales, durant tout le XIXe siècle, sont des contrats que l'on qualifie comme étant de droit commun, par conséquent leurs contentieux échoient aux tribunaux, que l'on qualifiait d'ordinaire, par opposition au droit administratif dérogatoire du droit commun, et ses juridictions spéciales. Les marchés des communes et des départements, sans rentrer dans la distinction majeure, marchés de travaux publics et marchés de fournitures, divergent du régime juridique des marchés de l'État, sur ce même critère de compétence contentieuse, jusqu'au début du XXe siècle, comme le souligne JÈZE dans sa théorie. Mais la divergence entre marchés de l'État est bien plus profonde et remonte aux deux textes révolutionnaires majeurs en matière de marché, la loi du 28 pluviôse an VIII et le décret du 11 juin 1806, qui ne posent que la compétence contentieuse en matière de marchés de travaux publics et de fournitures de l'État, excluant ceux des collectivités locales, dans leurs acceptions postrévolutionnaires du XIXe siècle. Cette exclusion est certainement le fondement de ce que Charles-Henri VAUTROT-SCHWARZ qualifie de « hiatus »¹⁷²⁷ en matière de qualification juridique des contrats administratifs,

¹⁷²⁷ VAUTROT-SCHWARZ Charles-Henri, *La qualification juridique en droit administratif*, op. cit., p. 250.

dans le sens où la satisfaction de besoins en travaux ou fournitures de biens et services de l'Administration peut se faire via la passation d'un marché ou via l'utilisation d'une « autre catégorie de contrats, permettant d'atteindre le même but »¹⁷²⁸. Sachant qu'en matière de marchés locaux, des divergences de régime juridique existent entre marchés de travaux et marchés de fournitures, ainsi que des divergences, si le marché est passé par une commune ou un département. Le législateur, par la chronologie de l'adoption de textes en matière de marchés des collectivités, en atteste parfaitement, du fait que les textes d'importance sont exclusivement relatifs aux marchés de l'État, et d'autres à ceux des communes et départements. Cette situation perdure jusqu'à la fin des années 1950, avec l'adoption du décret de 1956 sur les marchés de l'État, et dans la lignée des décrets de 1957 et 1960 relatifs aux marchés des collectivités locales, dénotant une autonomie de régime juridique encore à cette période. À l'exception de la loi sur les marchés de 1833, donnant compétence réglementaire en matière de marchés de l'État comme des marchés locaux, les textes réglementaires traitant des marchés sont adoptés de manière séparée, en commençant par les textes relatifs aux marchés de l'État, puis ceux concernant les collectivités locales. Le CMP de 1964 s'inscrit complètement dans l'histoire du droit administratif des contrats, car il concerne les marchés de l'État, avant d'être complété par le décret de codification n° 66-887 du 28 novembre 1966, disposant pour les marchés publics locaux. Cet appoint achève l'unification conceptuelle totale des marchés publics, par la réunification des différents fondements conceptuels : marchés de travaux publics et marchés de fournitures, qu'ils soient passés par l'État ou par une collectivité locale.

1069. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que dans l'émergence du concept de marché public, la question des marchés des collectivités locales est au second plan, de par l'importance juridique et économique des marchés de l'État, pour les trois acteurs de l'élaboration du droit administratif. Notamment du fait que toutes les avancées, en matière de marchés, sont pensées et mises en œuvre prioritairement dans le contexte des marchés de l'État. La décentralisation amorcée en 1982, qui prévaut aujourd'hui, relativisera peut-être cet état de droit. Notre plan se doit d'en rendre compte le plus explicitement possible.

2) Une clarification de l'architecture des contrats administratifs

¹⁷²⁸ *Ibid.*, p. 250.

1070. Le procédé de la compilation, ou de la codification remonterait à l'Antiquité, dans des textes de loi, comme le Code d'Hammourabi¹⁷²⁹, de Théodose¹⁷³⁰, ou de Justinien¹⁷³¹ pour ne citer qu'eux. Un impératif de simplification du régime juridique applicable aux marchés passés par les pouvoirs publics, du fait d'une inflation de sources du droit administratif des contrats, est simultanément la cause et la conséquence de la codification des marchés publics de 1964.

1071. En effet, la codification de 1964 a entraîné des répercussions importantes dans la matière du droit administratif des contrats, et ce au-delà de la problématique de cette étude. Ces répercussions vont avoir lieu à différents niveaux dans un sens de clarification, conformément au but majeur de cette codification :

- une clarification typologique grâce à une généralisation conceptuelle regroupant les contrats administratifs conclus à titre onéreux les plus importants, marchés de travaux publics et marché de fournitures, sous une qualification juridique générique.
- une clarification dans la classification typologique des contrats administratifs de par la création d'une grande catégorie générique de contrats administratifs, face au procédé contractuel de la concession. La conceptualisation des marchés publics s'est faite essentiellement sur la base de fondements conceptuels, de matériaux et de ressorts de conceptualisation, mais aussi de manière secondaire par opposition et différenciation avec le procédé contractuel de la concession, qui revêt, lui aussi, une importance clé dans l'approvisionnement des pouvoirs publics.
- Une clarification des sources du droit relatif aux marchés, de par la compilation des principaux textes en la matière au sein d'une même codification. Cette clarification de sources s'est imposée du fait de l'inflation textuelle flagrante en matière de marché, durant les années 1950, dans la continuité des années 1940, avec l'adoption du décret du 6 avril 1942 sur les marchés de l'État, marquant l'amorce d'une réforme de fond.
- une clarification en matière de qualification juridique du contrat administratif des marchés. La codification achevée en 1966 inclut les marchés de l'État et les marchés des collectivités locales, comme étant des marchés publics, c'est-à-dire des contrats administratifs par détermination de ce code. Cela permet de mettre un terme à ce « hiatus »

¹⁷²⁹ Texte de loi babylonien dit d'inspiration divine datant approximativement de 1750 av. J.-C., conservé au musée du Louvre à Paris.

¹⁷³⁰ Recueil de décisions impériales promulgué en 438 par l'empereur romain Théodose II.

¹⁷³¹ Le code Justinien ou *Codex Iustinianus* est la plus grande compilation de droit romain antique, outil essentiel de notre connaissance du droit romain dès le Moyen Âge occidental.

de qualification juridique historique avec, d'une part, des marchés privés locaux suivant le contexte et d'autre part, des marchés de l'État ayant un caractère administratif, en partie par détermination d'un texte réglementaire ou sur le fondement du critérium jurisprudentiel des contrats administratifs.

- une clarification d'appréhension de par la définition claire et précise des marchés, dont le contour est resté imprécis, durant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Cette augmentation du degré de précision de définition de la notion de marché représente le levier central de la conceptualisation des marchés publics, qui permet une clarification salutaire dans l'appréhension de ce que sont les marchés, en tant que contrats administratifs les plus usités par l'Administration pour satisfaire ses besoins en biens et services onéreux.

1072. De manière globale, la codification des marchés publics de 1964 implique une clarification à divers degrés, dans le droit administratif des contrats des années 1960 et dans le domaine des contrats administratifs conclus à titre onéreux, de manière plus ciblée. Cette clarification est la conséquence logique, découlant du but même de cette codification, mais n'est pourtant pas la seule.

3) La création effective d'une nouvelle branche du droit administratif

1073. Au-delà de la clarification nécessaire, la codification *stricto sensu* a pour principe de compiler des textes autour d'un objet juridique déterminé, les marchés publics en ce cas précis, à savoir réunir des textes afin de créer un tout unifié regroupant toutes les composantes. Cette codification entraîne donc, la création d'un bloc important de règles appréhendées comme la fondation d'un droit à part entière au sein même du droit des contrats administratifs. Jean KAHN, maître des requêtes au Conseil d'État le souligne parfaitement, en parlant des marchés publics post-codification, comme d'un « ensemble dans la théorie générale des contrats administratifs »¹⁷³². La formation de cet « ensemble » est assimilable à la naissance d'une nouvelle branche du droit administratif. Ainsi, le droit administratif englobe le droit des contrats administratifs qui sert de matrice à un droit des marchés publics, centré sur un type générique spécifique de contrat administratif, tel un jeu de poupées russes de la plus grande à la plus petite. Le droit des marchés publics est aujourd'hui une branche importante du droit administratif qui a pour objet central le

¹⁷³² KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *op. cit.*, p. 37.

concept juridique de marché public. Le CMP de 1964 acte la naissance conceptuelle des marchés publics, qui elle-même est la première pierre d'un droit des marchés publics. Par conséquent le droit des marchés publics, en tant que branche du droit administratif centré sur le concept juridique de marché public, est issu du CMP de 1964.

1074. Pour conclure ce paragraphe premier, il faut retenir que l'adoption du CMP de 1964 marque la naissance des marchés publics en tant que concept juridique de droit administratif. La définition conceptuelle des marchés publics réside en premier lieu, dans les dispositions nouvelles introduites par l'article 1^{er} du code, et en second lieu, dans la globalité des articles du CMP, construisant un bloc théorique participant à la conceptualisation globale des marchés publics. Le CMP cristallise ainsi la formation de ce qu'on peut qualifier de bloc théorique autour de l'objet juridique conceptualisé des marchés publics, scellant la naissance du droit des marchés publics, bloc théorique s'insérant dans le droit administratif des contrats. Cela participe à la construction du droit administratif dans sa généralité. Pour terminer sur une appréciation praticienne du CMP de 1964, on peut citer le maître des requêtes KAHN et son expérience au Conseil d'État, soulignant que : « Le code lui-même, en définitive, ne serait dans son ensemble qu'une espèce de cahier des charges supérieur, dont les dispositions ne seraient obligatoires que dans la mesure où il conviendrait aux parties de s'y référer »¹⁷³³. On peut rattacher à cette constatation, celle plus « civiliste » de BALLOT-BEAUPRÉ, au sujet du Code civil, source de toutes les codifications du droit français moderne :

« Donc, PORTALIS et ses collègues n'entendaient pas régler minutieusement d'avance, en des formules abstraites, tous les cas d'application des principes qu'ils posaient. Non, dans un style concis, mais souple et compréhensif, ils posaient les principes, en abandonnant à la doctrine et la jurisprudence, le soin de déduire les conséquences pour la solution de toutes les « questions inattendues » qui viendraient à se présenter »¹⁷³⁴.

1075. Cette façon d'appréhender au plus juste le rôle du Code civil met en évidence la place de la codification en droit de manière générale. Le CMP de 1964 pose le cadre

¹⁷³³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷³⁴ BALLOT-BEAUPRÉ, Discours du premier Président de la Cour de Cassation, lors du centenaire du Code Civil, in « *Le centenaire du Code Civil : 1804-1904* », p. 25.

général des marchés publics, dont il déduit la définition et la terminologie conceptuelle, mais ce n'est pas pour autant que les rôles de la jurisprudence et de la doctrine s'en trouveront changé.

§ 2 : Une reconnaissance juridique générale des « marchés publics » en tant que qualification juridique générique emportant un régime juridique particulier

1076. La définition conceptuelle des marchés publics, actée par l'adoption du CMP de 1964, ne peut être effective que si elle bénéficie d'une reconnaissance juridique globale. Tous les acteurs du droit administratif des contrats devaient prendre acte de cette naissance conceptuelle des marchés publics sur la dépouille de la notion de marché de l'État, ou des communes et départements, pour que l'émergence conceptuelle soit effective en droit administratif. La reconnaissance juridique du concept de marché public se fait de manière différente, dans le cas du législateur **(A)**, de la doctrine **(B)**, et de la jurisprudence **(C)**, mais dans les trois cas, elle est parfaitement appréhendée.

A) Une reconnaissance immédiate du pouvoir réglementaire

1077. Dans le cas du pouvoir réglementaire, la reconnaissance du concept de marché public est immédiate, du fait que sa naissance est actée par lui-même via l'adoption du CMP de 1964. Cette reconnaissance immédiate s'inscrit dans la progression logique de la généralisation des marchés au travers des textes réglementaires jalonnant l'histoire des marchés depuis 1789.

1) La progression logique des textes réglementaires dans l'abstraction théorique des marchés

1078. La chronologie des textes d'importance relatifs aux marchés de la période révolutionnaire, suivant 1789 jusqu'à l'adoption du CMP de 1964, est représentative du rôle du pouvoir législatif et réglementaire dans l'émergence du concept de marché public. La progression est appréhendée de manière logique. Les premiers textes révolutionnaires relatifs aux marchés traitent des marchés de l'État, mais de manière distincte, pour chaque

objet de marché : travaux publics et fournitures. Sur la base de la loi du 31 janvier 1833, l'ordonnance du 4 décembre 1836 va opérer une généralisation inédite de la notion de marché, en posant un champ d'application relativement imprécis, à savoir « Tous les marchés au nom de l'Etat (...) »¹⁷³⁵. Ces textes seront le fondement du cadre textuel des marchés de l'État, et par transposition partielle, de ceux des collectivités locales, posant la compétence réglementaire traditionnelle en matière de marchés, dont l'adoption du CMP de 1964 par décret, et une continuité historique. Cette généralisation, opérée par ces textes, se limite essentiellement aux marchés de l'État, englobant les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures au sens large. Les autres textes d'importance relatifs aux marchés, adoptés jusque dans les années 1950, s'inscriront dans cette même lignée logique de généralisation. Il est important de ne pas perdre de vue que la jurisprudence et la doctrine, durant la même période, traitent les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures de biens ou services, comme deux types de contrats administratifs autonomes, comme démontré dans la première partie. Le décret de 1956 relatif aux marchés de l'État permet de franchir un cap très important, servant de texte préparatoire au CMP de 1964. Comme nous l'avons souligné plus haut, ce décret pose de manière inédite, la définition conceptuelle moderne des marchés publics reposant sur leur objet, à savoir « les marchés de travaux, de fournitures ou services au compte de l'État »¹⁷³⁶. Il faut noter qu'une modification de l'article 1^{er} de ce décret inclura les marchés d'études devant les marchés de travaux, fournitures ou services¹⁷³⁷, témoignant d'une instabilité de définition à ce stade « pré-conceptuel » des marchés publics. Cette définition conceptuelle est applicable aux marchés et plus précisément à ceux de l'État. C'est en cela que l'adoption du CMP de 1964 est le franchissement incontestable d'un palier de progression, car cette définition conceptuelle des marchés par leur objet est à présent reliée à la terminologie spécifique moderne de « marchés publics », c'est-à-dire celle usitée couramment de nos jours. Ce palier de progression, majeur dans l'abstraction des marchés, à savoir la conceptualisation des marchés publics, est une étape s'inscrivant complètement dans une progression historique des textes relatifs à cette matière.

¹⁷³⁵ Ordonnance du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État, Art. 1^{er}, *op. cit.*

¹⁷³⁶ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956, *op. cit.*, Titre I, art. 1^{er}, *Journal officiel de la République Française*, 16 mars 1956, p. 2563.

¹⁷³⁷ Projet de modification du décret du 13 mars 1956, *in* Séance n°33 du 25 octobre 1961, Commission centrale des marchés, Section économique, Centre des archives économique et financière, Boîte à archive n° B 55546. Art. 1^{er} « Les marchés d'études, de travaux, fournitures ou services sont soumis (...) ».

1079. Les textes relatifs aux marchés, qui interviennent dans la continuité du CMP de 1964 et de ses apports, sont des textes intégrant le concept de marché public, aussi bien en matière de définition que de terminologie. Cette avancée semble irréversible au vu de l'évolution des textes en la matière. Le mouvement d'abstraction va de l'avant, en aucun cas, en arrière. C'est en cela que le pouvoir réglementaire opère une reconnaissance immédiate de l'avancée conceptuelle du CMP de 1964, de façon logique et cohérente, étant l'instigateur de ladite avancée conceptuelle.

2) La modification du champ d'application des textes réglementaires sur les marchés du fait de la conceptualisation des marchés publics

1080. De la période révolutionnaire à l'adoption du CMP de 1964, les textes relatifs aux marchés de manière générale, ont un champ d'application qui a varié en fonction des avancées de généralisation du pouvoir législatif et réglementaire. Ainsi, les textes révolutionnaires s'appliquent de manière distincte aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures. Dès les ordonnances de 1836 et 1837 sur les marchés sont distingués deux types de textes : ceux applicables aux marchés de l'État, et ceux applicables aux marchés des collectivités locales, sachant que les marchés des communes et des départements font l'objet de textes différents, jusqu'au XXe siècle. Ce double champ d'application des textes relatifs aux marchés, sur le critère du niveau de passation État/collectivités locales (communes, départements) reste le principe, jusqu'à l'adoption du CMP de 1964, à l'image des décrets préparatoires de 1956 et 1957, l'un relatif aux marchés de l'État, l'autre à ceux des collectivités locales.

1081. Ainsi, l'adoption du CMP de 1964 et la conceptualisation des marchés publics qu'il acte, conditionnent un changement de champ d'application des textes réglementaires en matière de marchés. Le concept de marché public s'avère plus global que les notions de marché de l'État ou de marché des collectivités locales, communes ou départements. Le Code des marchés publics englobe les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, les marchés de services (article 1^{er}), et dès 1966, il inclut des dispositions applicables aux marchés publics de l'État et aux marchés publics des collectivités locales. L'addition au CMP de 1964 de dispositions relatives aux marchés des collectivités locales,

par les décrets du 28 novembre 1966¹⁷³⁸, cristallise parfaitement cette reconnaissance immédiate par le pouvoir réglementaire de la conceptualisation des marchés publics. Ce complément acte également que les marchés des collectivités locales s'intègrent complètement dans le concept générique de marché public, car c'est la première fois de l'histoire du droit administratif postrévolutionnaire que les marchés de l'État, et des collectivités locales (départements et communes) sont réglementés simultanément par un même texte. On peut dire, qu'en 1966, les marchés publics en tant que concept juridique de droit administratif, revêtent leur acception actuelle.

B) Une reconnaissance doctrinale de la conceptualisation des marchés publics progressive

1082. La reconnaissance doctrinale, à la différence du pouvoir réglementaire, n'opère pas une reconnaissance immédiate des marchés publics, en tant que concept, mais opère, ce qu'on qualifiera d'assimilation progressive.

1) Une terminologie conceptuelle progressivement adoptée par la doctrine pour fonder un bloc théorique

1083. La reconnaissance par la doctrine administrativiste de la conceptualisation des marchés publics, au travers de la codification de 1964, ne peut pas être instantanée. Les auteurs de cette doctrine ont nécessairement besoin d'un temps de « digestion », afin de prendre la mesure de l'avancée cristallisée par la codification des marchés publics. C'est en cela que la reconnaissance des marchés publics, dans leur forme moderne, est obligatoirement progressive par rapport à la reconnaissance instantanée du pouvoir réglementaire, du fait qu'il en est l'auteur, alors que la doctrine doit l'analyser de l'extérieur.

1084. Comme nous l'avons souligné plus haut, la conceptualisation des marchés publics par la codification de 1964 est la première pierre d'un nouveau bloc théorique, au sein du droit administratif général et du droit des contrats administratifs en particulier. Ainsi, le

¹⁷³⁸ Décrets n° 66-887 et 66-888 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 (modifié) portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics. Création du Code des marchés publics au sens moderne du terme (livres III et IV : insertion, dans le Code des marchés de l'Etat adopté par décret de 1964, des dispositions relatives aux marchés des collectivités locales).

droit des marchés publics, en tant que matière composante du droit administratif des contrats, est né de la consolidation conceptuelle de l'objet juridique générique que sont les marchés publics. La reconnaissance juridique des marchés publics par la doctrine se matérialise par des productions doctrinales traitant des marchés tels que définis et appréhendés par le CMP de 1964. Ces productions vont de l'article au traité. Avant la codification de 1964, il n'y a pas de traité des marchés publics, que ce soit en terme de forme, ou de fond. Par contre, la doctrine administrativiste, depuis le XIXe siècle, produit des traités de travaux publics en nombre (PERRIQUET, CHRISTOPHLE & AUGER,...), des traités de marchés de fournitures moins nombreux (PERRIER, TÉTREAU, ARRIGHI), pour ce qui est des composantes conceptuelles fondant les marchés publics modernes. De manière globale, les traités portant sur les contrats administratifs se multiplient, dès le XIXe siècle, matérialisant une incontestable progression dans l'abstraction de cet objet juridique : leur conceptualisation sous la plume de FOUCART¹⁷³⁹, leur théorisation sous celle de JÈZE¹⁷⁴⁰, en passant par l'étape intermédiaire d'Eugène PERRIQUET et d'Édouard LAFERRIÈRE. Ainsi, la conceptualisation et la théorisation des objets juridiques périphériques – travaux publics, marchés de fournitures, contrats administratifs – aux marchés publics ont atteint, au début des années 1960, un niveau d'abstraction important.

1085. Dans ce « terreau doctrinal », le code acte une naissance conceptuelle des marchés publics, ouvrant à la doctrine administrativiste un nouveau champ théorique à cultiver, sur la base d'un objet juridique consolidé par le CMP : les marchés publics. Dans la lignée logique, les premiers traités des marchés publics voient le jour, quelques années après 1966, année de parachèvement du CMP, matérialisant ce que nous qualifions de reconnaissance doctrinale progressive. À titre d'illustration, Henri PRIEUX publie, dès 1959, un « *traité pratique du droit des travaux publics* »¹⁷⁴¹. Cet ouvrage sera réédité plusieurs fois, dans la décennie 1960, afin notamment de s'adapter à l'apport majeur du CMP de 1964. En ce sens LONG-DEPAQUIT¹⁷⁴², dans l'introduction de la sixième édition de ce traité, précise que « des textes extrêmement importants ont été publiés, et notamment, un code des marchés publics (1964) ; »¹⁷⁴³. La sixième édition de ce traité

¹⁷³⁹ Voir sur ce point : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Quand le juge administratif ré-embrasse son contentieux », *op. cit.*

¹⁷⁴⁰ Cf. *supra*, Part. II, Titre I, Chap. 2, Sect. 1.

¹⁷⁴¹ PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics*, éd. Moniteur, 1959.

¹⁷⁴² Ingénieur en chef des Ponts et Chaussées ayant rang et prérogatives d'ingénieur général.

¹⁷⁴³ PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics*, *op. cit.*, p. 36.

classique s'intitule d'ailleurs « *Traité du droit des travaux publics et des marchés publics* »¹⁷⁴⁴, comme pour souligner l'interpénétration de ces deux blocs théoriques issus du droit administratif des contrats. L'importance des répercussions du CMP est ainsi reconnue par les auteurs de la doctrine des contrats administratifs, de manière incontestable, dès la fin des années 1960, au travers de rééditions de traités classiques nécessitant des mises à jour, à cause de l'apport du CMP de 1964.

1086. En 1969, un « *traité théorique et pratique des marchés publics* »¹⁷⁴⁵ est publié, dans le cadre d'une approche de droit comparé européen. L'auteur Maurice-André FLAMME, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles, écrit un traité pertinent, mettant en exergue les différentes conceptions des contrats administratifs en Europe occidentale, incluant les contrats administratifs français. La proximité des droits des contrats administratifs français et belges est flagrante, en témoigne sa bibliographie du traité des marchés publics¹⁷⁴⁶. Son appréhension des marchés publics est intéressante, dans le sens où il produit une définition des marchés publics très aboutie, par rapport aux définitions produites par la doctrine administrativiste française de la même époque. Il est ainsi difficile d'identifier si l'auteur parle des marchés publics français ou belges, tant la proximité est tangible¹⁷⁴⁷. FLAMME définit les « marchés publics » comme des « contrats ayant acquis une relative autonomie et sur le plan de la terminologie et sur le plan législatif »¹⁷⁴⁸. Par cette définition, il traduit bien le détachement progressif des marchés publics en bloc théorique distinct au sein du droit administratif des contrats. Cette affirmation s'applique autant pour les marchés publics belges que français. Sur le plan de la terminologie, FLAMME précise que « la doctrine – surtout française – réserve le mot « marchés » aux conventions passées dans les formes du droit public (...) »¹⁷⁴⁹. La question de la terminologie « marché » est complètement absente des approches juridiques françaises en matière de contrats administratifs conclus à titre onéreux. Il est intéressant de noter la pertinence de la définition de cet administrativiste belge qui a, sans doute, plus de

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 36.

¹⁷⁴⁵ FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles–Bruylant, 2 vol., 1969.

¹⁷⁴⁶ Voir : FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles–Bruylant, t. 1, 1969, p. XI à XXI.

¹⁷⁴⁷ La différence la plus aisément réparable réside dans le fait que les marchés publics belges relèvent du domaine législatif (exemple de la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'État), alors que les marchés publics français relèvent du domaine réglementaire.

¹⁷⁴⁸ FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, *op. cit.*, t. 1, p. 173.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, t. 1, p. 173.

recul ou du moins, un point de vue différent, par rapport à ses homologues français sur la question des marchés publics français¹⁷⁵⁰.

1087. Aujourd'hui, il est très courant de trouver un ouvrage spécialisé dans le domaine des marchés publics. On peut en citer certains titres de renom : le précis de BRACONNIER¹⁷⁵¹, les marchés publics de LINDITCH¹⁷⁵², les fondements du droit des marchés publics de BRISSON¹⁷⁵³, les éléments... de SCHULTZ¹⁷⁵⁴ ; les ouvrages plus praticiens d'EMERY¹⁷⁵⁵, de MICHON¹⁷⁵⁶, ou encore sur les questions de contentieux spécifiques aux marchés publics de BERGEAL et LENICA¹⁷⁵⁷, etc. Tous ces ouvrages fondent la matière du droit des marchés publics dans son aspect doctrinal, et par conséquent, entrent dans la reconnaissance progressive par la doctrine administrativiste de la conceptualisation des marchés publics.

1088. Pour conclure sur ce point, la coïncidence des dates de publication des premiers ouvrages de doctrine administrativiste, se posant comme des traités des marchés publics, étaye parfaitement notre affirmation, suivant laquelle la conceptualisation des marchés publics actée par le CMP de 1964, implique la naissance du droit des marchés publics, dans son acception moderne. La naissance de cette branche du droit administratif au sein des contrats administratifs cristallise la reconnaissance des marchés publics en tant que concept juridique par la doctrine administrativiste de la deuxième moitié du XXe siècle.

2) Une utilisation intemporelle de la terminologie « marché public » par la doctrine administrativiste moderne discutable

¹⁷⁵⁰ La définition des marchés publics produite par Flamme repose en premier lieu sur les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, et de manière complémentaire, sur les marchés de services. La « notion de marchés de services » repose, comme Flamme le met en avant, sur les contrats de transports en premier, viennent ensuite les contrats d'entretien, les commandes d'œuvres d'art.... Cette définition est détaillée, notamment par rapport à celle des administrativistes français de cette même époque ; FLAMME Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, op. cit., t. 1, pp. 174-176.

¹⁷⁵¹ BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, op. cit.

¹⁷⁵² LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, op. cit.

¹⁷⁵³ BRISSON Jean François, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, 2004.

¹⁷⁵⁴ SCHULTZ Patrick, *Eléments du droit des marchés publics*, 2e édition, LGDJ, 2002.

¹⁷⁵⁵ EMERY Christophe, *Passer un marché public*, 2^e éd., Le Moniteur, 2004.

¹⁷⁵⁶ MICHON Jérôme, *Les marchés publics en 100 questions*, 2e édition, Le Moniteur, 2007.

¹⁷⁵⁷ BERGEAL Catherine, LENICA Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, op. cit., Imprimerie Nationale, Éditions techniques, 2004.

1089. Cette reconnaissance juridique progressive de la conceptualisation des marchés publics par la doctrine administrativiste d'aujourd'hui va au-delà de la juste mesure. Ainsi, les auteurs incontournables de la doctrine des contrats administratifs, qui font la matière du droit des marchés publics, ont tendance à utiliser la terminologie conceptuelle de marché public de manière intemporelle.

1090. À titre d'illustration, « le *droit des contrats administratifs* » de Laurent RICHER, ouvrage de référence en la matière, semble adhérer à cette tendance doctrinale actuelle, à savoir, considérer les marchés publics comme intemporels. Dans le préluce de son chapitre sur les marchés publics, RICHER replace ce type de contrats administratifs dans un contexte historique. Il souligne, à cet effet, que « la réglementation des marchés publics remonte à l'Ancien Régime »¹⁷⁵⁸. Cette affirmation n'est pas fondamentalement fautive, dans le sens où la passation des marchés de travaux publics par le procédé de l'adjudication est déjà posée, sous l'Ancien Régime¹⁷⁵⁹, mais elle est erronée si on la comprend comme une affirmation de l'existence des marchés publics déjà sous l'Ancien Régime. Cette deuxième interprétation serait pour le coup rigoureusement fautive, et matérialiserait une conception intemporelle des marchés publics. La substitution de la terminologie conceptuelle moderne de « marchés publics », pour la terminologie imprécise de « marché », réglerait tout débat doctrinal.

1091. Dans une moindre mesure, BRACONNIER utilise la terminologie conceptuelle de « marché public », comme si elle était intemporelle. Ainsi, il parle des marchés publics, comme si cette terminologie conceptuelle est déjà usitée couramment par les acteurs de l'élaboration du droit administratif postrévolutionnaire. Les marchés publics, selon son analyse, puisent leur origine dans les textes de la Monarchie de Juillet, sans préciser que les marchés publics, tels que nous les entendons depuis l'article 1^{er} du CMP de 1964, sont encore loin d'être conceptualisés¹⁷⁶⁰ au XIX^e siècle.

1092. Ainsi, certains auteurs incontournables du droit des contrats administratifs modernes, et au-delà du droit des marchés publics, laissent flotter une impression selon

¹⁷⁵⁸ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 338.

¹⁷⁵⁹ Voir : MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, op. cit.

¹⁷⁶⁰ BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, op. cit., p. 15.

laquelle le concept de marché public et sa terminologie précise sont littéralement intemporels, comme si les marchés publics avaient un objet juridique bien délimité, dès le début du XIXe siècle, alors que ce n'est pas le cas. Nous relevons ce point précis dans certains traités du fait de notre problématique d'étude très ciblée. Toute notion juridique, en voie de consolidation conceptuelle, a des origines et un point d'émergence plus ou moins facilement identifiables, mais les deux doivent être explicitement distingués au risque d'impliquer des confusions erronées.

C) Une reconnaissance jurisprudentielle progressive de la conceptualisation des marchés publics

1093. La reconnaissance des marchés publics, en tant que concept par la jurisprudence, interviendra de manière progressive, mais pas tout à fait comme dans les productions doctrinales. La matérialisation de cette reconnaissance jurisprudentielle de la conceptualisation des marchés publics est appréhendée dans les arrêts administratifs au cas par cas, ainsi que dans les différents recueils.

1) Le développement de l'usage de la terminologie « marché public » dans le contentieux des contrats administratifs

1094. Des textes révolutionnaires à la codification des marchés publics de 1964, les qualifications juridiques de marchés de travaux publics et de marchés de fournitures, incluant les marchés de transports, livraisons et services divers, accaparent l'essentiel des qualifications juridiques de contrats administratifs rattaché à la notion de marché. La conceptualisation des marchés publics, actée par le CMP de 1964, n'entraîne pas de changements explicites immédiatement. La reconnaissance de cette conceptualisation par la jurisprudence est donc plus longue et surtout moins explicite que celle opérée par la doctrine administrativiste.

1095. Dans les arrêts des juridictions administratives, la terminologie conceptuelle de marché public est assimilable à une qualification juridique générique, englobant celles de marchés de travaux publics et de marchés de fournitures, qui ont primé durant près d'un siècle et demi, depuis la naissance du Conseil d'État. À titre d'illustration, la table des matières du *Rec. Lebon* 1970, dans la catégorie « marchés et contrats administratifs »,

répertorie une affaire impliquant le titulaire d'un marché de travaux publics et un sous-traitant, synthétisant la solution de l'arrêt en disant que « les litiges opposant le titulaire d'un marché public à son sous-traitant échappe à la compétence de la juridiction administrative »¹⁷⁶¹. Ainsi, dans certains cas d'espèce tranchés par les juridictions administratives, la terminologie conceptuelle de marché public s'impose progressivement, comme une qualification juridique générique, englobant les qualifications juridiques traditionnelles de marchés de travaux publics et de marchés de fournitures.

2) L'indexation de la catégorie « marché public » dans les recueils de jurisprudence

1096. L'indexation, dans une table des matières de recueil d'une terminologie, dénote un développement en terme d'emploi et de renvoi à un objet juridique, aux contours ayant atteint un certain niveau d'aboutissement. C'est en ce sens que l'examen des matières répertoriées, dans les index généraux en fin de recueil, est le plus pertinent, afin d'appréhender la reconnaissance juridique d'un objet et la réalité praticienne.

1097. Pour ce qui est de la reconnaissance jurisprudentielle stricte, de la conceptualisation des marchés publics par les juridictions administratives, il faut se référer au *Recueil Lebon*. Ce *Recueil*, jusqu'en 1945, répertorie les « marchés de fournitures »¹⁷⁶² et les « travaux publics »¹⁷⁶³, qui englobent tout d'abord les marchés. Ainsi, jusqu'en 1945, les marchés de fournitures et ceux de travaux publics sont répertoriés de manière bien distincte. Par contre, dès 1947, le recueil répertorie, dans son index, une catégorie générale intitulée : « marchés et contrats administratifs »¹⁷⁶⁴. Cette indexation restera selon cette terminologie jusqu'à nos jours, n'adoptant pas la terminologie conceptuelle de marché public, comme d'autres recueils. La formulation de « marchés et contrats administratifs » dénote parfaitement l'importance des marchés à l'échelle des contrats administratifs dans leur globalité.

1098. Pour ce qui est de la reconnaissance jurisprudentielle plus générale de la conceptualisation des marchés publics, il faut citer tout d'abord, le *Recueil Dalloz de*

¹⁷⁶¹ *Rec. Lebon*, 1970, table des matières, p. 1095.

¹⁷⁶² *Rec. Lebon*, 1945, table analytique des matières, p. 330. À noter que la catégorie « fournitures et marchés » est également répertoriée renvoyant aux marchés de fournitures (voir p. 329).

¹⁷⁶³ *Rec. Lebon*, 1945, table analytique des matières, p. 354.

¹⁷⁶⁴ *Rec. Lebon*, 1947, table des matières 1947, p. 641.

législation et de jurisprudence. Pour 1965, la table alphabétique et analytique des décisions de jurisprudence répertorie les « marchés de fournitures et de travaux »¹⁷⁶⁵. Pour l'année 1966, la table des décisions de jurisprudence répertorie la catégorie « marchés »¹⁷⁶⁶. Et à partir l'année 1967, la même table des décisions de jurisprudence répertorie la catégorie générique « marchés publics »¹⁷⁶⁷, qui englobe ce qu'elle répertoriait comme étant les « marchés de fournitures et de travaux », avant l'entreprise de codification des marchés publics entre 1964 et 1966. Cela amorce un usage terminologique et conceptuel des marchés publics sur le long terme. L'année 1966 est l'année où le CMP de 1964 est complété par le volet concernant les marchés des collectivités locales, en d'autres termes, l'œuvre de codification s'achève dans sa première et plus pérenne mouture en 1966. Le *Recueil Dalloz* en prend acte, dès 1967, matérialisant la reconnaissance de la conceptualisation des marchés publics la plus réactive possible. Cette réactivité de reconnaissance de ce *Recueil* peut s'expliquer, par le fait qu'il traite simultanément « de doctrine, de jurisprudence et de législation ».

1099. Aux antipodes d'une reconnaissance jurisprudentielle rapide, le cas de la *Semaine juridique* est plus atypique. Comme nous l'avons déjà souligné *supra*, elle met en évidence, dans ses tables alphabétiques générales, la terminologie non conceptualisée de « marchés administratifs », durant quasiment toute la seconde moitié du XXe siècle. La non définition de la notion de marché administratif permet simplement d'appréhender qu'elle recouvre une réalité juridique plus large que les marchés publics, incluant également les concessions en général. La reconnaissance tardive de la terminologie conceptuelle des marchés publics s'amorce, à la fin des années 1990. Ainsi, la table alphabétique générale de l'année 1999 répertorie simultanément les « marchés administratifs », et pour la première fois, les « marchés publics », en tant que catégorie à part entière, même s'ils renvoient aux marchés administratifs¹⁷⁶⁸. Cette double indexation dure de 1999 à 2005, et dès l'année 2006, l'indexation « marchés publics » est exclusive pour renvoyer aux marchés publics. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que « *La semaine juridique* » reste isolée quant à cette utilisation terminologique spécifique.

¹⁷⁶⁵ *Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1965, t. 2, table alphabétique et analytique de jurisprudence, p. 21.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, table alphabétique et analytique de jurisprudence, p. 21.

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*, table alphabétique et analytique de jurisprudence, p. 21.

¹⁷⁶⁸ *La Semaine Juridique*, 1999, t. 2, table alphabétique générale, p. 106.

1100. Pour clore ce paragraphe, il faut simplement rappeler que la conceptualisation des marchés publics ne peut pas être réellement effective sans sa reconnaissance juridique par les différents acteurs du droit administratif des contrats, qui n'ont pas assimilé les apports de la codification des marchés publics de la même manière. Alors que le pouvoir réglementaire reconnaît immédiatement le concept de marché public, logiquement issu d'une de ses productions, la doctrine et la jurisprudence opèrent une reconnaissance plus progressive, mais non moins effective.

1101. Pour conclure ce chapitre, la naissance du concept de marché public en droit administratif passe par une symbiose entre une terminologie conceptuelle progressivement arrêtée – celle de marché public – et une définition conceptuelle correspondante à ce même objet arrêté de manière réglementaire. La dernière étape de la construction conceptuelle, la naissance effective des marchés publics en tant que concept de droit administratif réside en cela.

1102. Pour clore ce titre dernier, l'émergence du concept de marché public s'articule autour d'un processus de gestation conceptuelle, résidant dans la superposition complémentaire d'un contexte politique, et même économique, amenant un contexte juridique décisif. La Commission centrale des marchés et sa nébuleuse représentent la matrice directe d'élaboration du premier CMP de 1964, qui lui-même cristallise la naissance effective du concept de marché public en droit administratif. Le premier CMP de 1964 opère cette symbiose entre la terminologie conceptuelle de marché public et la définition juridique conceptuelle donnée par l'art. 1^{er} de celui-ci, tandis que l'intégralité du code relie cette terminologie et cette définition à un régime juridique propre aux marchés publics, par rapport au contrat administratif dans leur globalité. La conceptualisation des MP réside dans l'intégralité de ce processus décrit. Cette conceptualisation est actée de manière réglementaire – dans la tradition historique découlant de la loi du 31 janvier 1833 – via une codification de textes essentiellement réglementaires. Il est pertinent de le noter car la conceptualisation des contrats administratifs – élément majeur de la construction conceptuelle de ces mêmes MP – est actée au travers d'une synthèse doctrinale

(FOUCART), consolidée par la doctrine suivante (LAFERRIÈRE, HAURIOU, DUGUIT) et théorisée (JÈZE, PEQUIGNOT, LAUBADÈRE).

1103. Au terme de cette deuxième et dernière partie : la construction conceptuelle des MP, opérée sur leurs fondements conceptuels (**Partie I**), est arrivée à son terme grâce à une dynamique conceptuelle en deux temps. Le processus d'abstraction du contrat administratif, qui est assimilable à un « supraparadigme » de la notion de marché en tant que paradigme. La notion postrévolutionnaire de marché est un élément majeur des étapes d'abstraction du contrat administratif. En effet, pour conceptualiser et ensuite théoriser les contrats administratifs, cela implique de monter inévitablement le niveau d'abstraction des marchés *lato sensu*, car les marchés représentent le procédé contractuel par excellence, et regroupent les types de contrats administratifs les plus importants (marchés de travaux publics, marchés de fournitures, de transports). L'étape décisive de l'émergence des marchés publics en tant que concept de droit administratif ne peut intervenir que dans la suite de ce processus d'abstraction englobant la notion de marché. Ces deux étapes sont imbriquées l'une dans l'autre, le droit et ses évolutions progressives ne laissent pas de frontières chronologiques parfaitement tranchées. La conceptualisation et la théorisation des contrats administratifs servent de base, de ressort à la gestation conceptuelle des marchés publics. La naissance conceptuelle effective des marchés publics n'a pu intervenir qu'au terme de ce processus.

1104. Ce développement est l'aboutissement du raisonnement, qui subsume la notion juridique de marché dans le concept de marché public, lui-mêmes englobés dans le champ du droit administratif des contrats. Cette évolution est issue avant tout du contexte politique et juridique de la première moitié du XXe siècle. Ces ressorts – fondamentaux et dynamiques – ont entraîné cette conceptualisation, car des matériaux et une dynamique théorique ne préexistaient pas. La mutation de cet objet juridique n'a pas été mise en lumière jusqu'ici par la doctrine administrativiste, prouvant que le domaine de l'histoire du droit administratif a encore beaucoup d'études à offrir. Le domaine des contrats administratifs, et plus précisément des marchés publics, est occupé en grande majorité par des spécialistes, qui analysent quasi exclusivement les aspects techniques de cette matière. Ceci n'est pas une critique, mais la genèse conceptuelle des marchés publics revêt une

importance capitale, pour une meilleure compréhension globale de cet objet du droit administratif, trop connu pour l'image de corruption qu'il véhicule auprès de l'opinion publique.

Conclusion générale

1105. La problématique de cette étude réside dans la mise en évidence du processus d'abstraction juridique à l'origine de la conceptualisation des marchés publics en droit administratif postrévolutionnaire. L'apport de sa résolution semble toucher deux branches du droit public, l'histoire du droit administratif postrévolutionnaire (§ 1), et par extrapolation, le droit administratif général (§ 2).

§ 1 : L'apport de cette étude à l'histoire du droit administratif

1106. L'Ancien Régime fournit la base conceptuelle au travers de la pratique par l'Administration royale de commande de travaux publics et de fournitures diverses à titre onéreux. La Révolution marque le début de notre étude pour le symbole qu'elle incarne du passage d'un Ancien Régime à un nouveau, dont nous connaissons aujourd'hui la continuité, beaucoup plus que pour ce qu'elle a dû être en réalité. La Révolution de 1789, présentée comme une table rase, est de l'ordre de l'utopie. Ainsi, les textes révolutionnaires, comme la loi du 28 pluviôse an VIII ou le décret du 11 juin 1806, n'ont pas créé *ex nihilo* les notions juridiques de travaux publics, fournitures, marchés... Les précédents lointains des conventions passées par les pouvoirs publics, dès l'Antiquité et les pratiques de la Monarchie française, constituent des bases conceptuelles d'importance dans l'émergence des marchés publics. Les notions juridiques de travaux publics, de fournitures, de marchés sont posées par ce que l'on peut qualifier d'ancien droit administratif¹⁷⁶⁹.

1107. Sur ces bases conceptuelles, vont prendre appui les fondements conceptuels des marchés publics. La hiérarchie de ces fondements est importante à observer. À titre principal, les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures sont les deux types de contrats administratifs les plus importants pour satisfaire les besoins de l'Administration en biens immobiliers, mobiliers et prestations de services. La présence de deux régimes

¹⁷⁶⁹ Le professeur Benoît PLESSIX regrette qu'on ne souligne pas assez le soutien de l'École historique du droit dans le développement du droit administratif. Dans l'émergence du concept de marché public, il est difficile de ne pas le mettre en lumière, ou du moins cela relèverait d'une mauvaise foi certaine. Voir : PLESSIX Benoît, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *op. cit.*, p. 113.

juridiques distincts applicables à ces deux contrats, conditionne leur autonomie réciproque. La convergence progressive de leur régime juridique, du début du XIXe siècle jusqu'aux années 1960, en combinaison avec leur conceptualisation juridique progressive, apparaît comme un ressort fondamental principal de l'émergence du concept de marché public.

1108. À titre complémentaire, les marchés de services et les marchés des collectivités locales représentent des fondements conceptuels incontournables, mais beaucoup moins bien définis que les marchés de travaux publics et de fournitures. Les marchés de services ne dépassent pas le stade notionnel d'abstraction juridique, du fait de leur rattachement à la définition juridique *lato sensu* des marchés de fournitures. Les marchés des collectivités locales voient leur définition s'appuyer de manière transversale sur les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, car les départements et les communes passent des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures (ou de services), mais en revanche, le caractère administratif reste à déterminer, il n'est pas de principe. Sur ce postulat, les marchés des collectivités locales ne dépassent pas non plus un stade notionnel d'abstraction juridique. Les notions de droit administratif de marchés de services et de marchés des collectivités locales constituent un ressort fondamental complémentaire dans l'émergence du concept de marché public.

1109. Tout fondement appelle une construction... Le concept de marché public ne fait pas exception. Les fondements conceptuels des marchés publics ne suffisent pas à leur conceptualisation juridique. Une construction conceptuelle des marchés publics intervient nécessairement sur les fondements analysés dans la première partie. Cette construction s'appréhende comme une dynamique qui va conditionner l'émergence du concept de marché public. La dynamique conceptuelle se met en mouvement au niveau de l'abstraction du contrat administratif, en tant que matrice englobant le marché. Pour synthétiser les étapes d'abstraction du contrat administratif, le début du XIXe est assimilable à la naissance de la notion juridique moderne, l'œuvre de FOUCART considérée comme cristallisant sa conceptualisation. Puis l'accumulation de matériaux théoriques, notamment chez LAFERRIÈRE, HAURIOU, DUGUIT... permet à Gaston JÈZE de mettre en forme la « primo-théorie » des contrats administratifs qui ne connaîtra que des évolutions plus ou moins importantes jusqu'à nos jours. Cette théorisation permet de positionner, explicitement, les marchés de travaux publics, de fournitures et de

transports simultanément dans leur matrice théorique. Cela sous-tend de consolider les définitions juridiques conceptuelles de ces types de marché, afin de les faire entrer dans une typologie rigoureuse, permettant leur classification générique autour de la notion encore mal définie de marché, que certains appellent, à ce stade, marché administratif.

1110. Le processus global d'abstraction juridique – essentiellement doctrinal – du contrat administratif, de la Révolution de 1789 à la première codification des marchés publics, est assimilable à la dynamique conceptuelle s'étalant durant près d'un siècle et demi, et représente un ressort décisif dans l'émergence conceptuelle des marchés publics. Ladite émergence conceptuelle des marchés publics se réalise à peu près sur les deux décennies précédant leur première codification de 1964. Elle s'articule autour de ressorts conceptuels assimilables à une gestation, qui s'articule autour d'un contexte politique marqué par la Seconde Guerre mondiale et ses répercussions. La reconstruction de l'Après-guerre voit l'État prendre un rôle clé, comme après la « Grande guerre », et cela passera par le procédé du marché.

1111. Un contexte juridique de modernisation du socle réglementaire applicable aux marchés se met en place, dès les années 1940, avec l'adoption du décret du 6 avril 1942 sur les marchés de l'État. De cette matrice conjoncturelle va germer une idée qui s'imposera, codifier les marchés, afin de réunir tous les textes réglementaires leur étant applicables. Les travaux de la CCM abonde en ce sens. La simplification d'une nébuleuse réglementaire semble apparaître comme la cause à court terme de la codification des marchés publics. La conceptualisation qu'elle entraîne entre dans cet objectif. Il est plus simple d'appréhender un concept juridique bien défini, qu'une notion définie de manière imprécise. L'émergence conceptuelle du marché public se fait dans une approche kantienne du concept, lequel, dans cette acception subsume un singulier, celui de marché public, à partir d'une notion juridique plurielle, reposant sur les marchés de travaux publics, de fournitures, de services, de transports... et les marchés des collectivités locales.

1112. L'apport de cette étude à l'histoire du droit administratif réside dans la mise en lumière du caractère anachronique d'une utilisation de la qualification juridique de « marché public », en tant que concept de droit administratif, avant la première codification

de 1964. Nombre d'écrits tendent à utiliser le terme « marché public » de manière intemporelle, du plus rigoureux « *Traité des contrats administratifs* » de RICHER à la plus vulgaire page Wikipédia des Conseils de préfecture, comme si ce concept de droit administratif postrévolutionnaire existait depuis toujours. Cette étude a pour objectif d'apporter de la matière doctrinale nécessaire à la rectification de cette tendance, et de répondre à la question : à partir de quand peut-on parler de « marché public » au sens administrativiste moderne ? Notre réponse est 1964.

§ 2 : L'apport de notre étude au droit administratif général

1113. Le fait d'éclairer les conditions d'émergence du concept de marché public en droit administratif permet de mieux appréhender ce que sont les marchés publics dans le droit administratif contemporain. A notre sens, le droit est la science humaine la plus propice à la conceptualisation car un concept sous tend une stabilité de définition ayant une large reconnaissance. A ce titre, le législateur pose des définitions s'imposant à tous, permettant – plus que dans aucune autre science humaine – d'imposer la reconnaissance d'une définition unique, car la loi est la seule chose sur cette terre que nous ne sommes pas censés ignorer. Il ne faut pas non plus perdre de vue que le droit communautaire entraîne de profondes mutations dans le droit des marchés publics, l'importance de régler la question de leur émergence conceptuelle est importante pour la compréhension du droit administratif actuel, soumis à des mutations d'envergure depuis plus de vingt ans. Le concept de marché public se voit à présent englobé dans une notion générique en voie de conceptualisation : la commande publique. Ce processus de conceptualisation générique englobant les marchés publics est similaire au processus de conceptualisation des marchés publics que notre étude analyse. Dans les prochaines années, la Direction des affaires juridiques du MINEFI décidera peut-être l'initiation d'une vaste codification de la commande publique, à l'image de celle des MP en 1964. Toutefois, il faut à présent prendre en compte que la source de cette mutation ne se trouve plus dans la construction du droit administratif français, mais dans l'acculturation juridique du droit administratif français à un droit d'influence essentiellement anglo-saxonne : le droit communautaire. De manière générale, on peut lire l'avenir des marchés publics dans l'histoire de leur émergence, d'où l'apport important de cette étude d'histoire juridique au droit administratif actuel.

1114. Cette étude permet de compléter l’appréhension juridique des marchés publics en droit administratif, donc de consolider leur définition juridique globale. La consolidation de ce point important du droit administratif des contrats, revêt une importance exacerbée (à notre sens) du fait de ce mouvement de mutation qui le frappe depuis le début des années 1990, et plus encore dans les années 2000. Un concept juridique a une faculté de résistance aux mutations profondes de la matière plus élevée qu’une notion juridique en déficit de définition. Les travaux universitaires sur les marchés publics sont (ultra) positivistes pour une combinaison de raisons : leur caractère praticien, leur proximité avec l’économie, leur caractère très changeant ces dix dernières années... à tel point que la majorité des études parle des marchés publics comme s’ils étaient conceptualisés en tant que tels depuis toujours, comme s’il n’y avait pas de point de départ.

1115. Cette question s’est présentée, lors de la rédaction introductive du mémoire de master 2 intitulé « *La publicité des marchés publics* »¹⁷⁷⁰, sans pouvoir trouver d’études apportant un début de réponse. Quelques trois années plus tard, cette étude tente de résoudre cette question. D’autres études porteront leur pierre à l’édifice, car plusieurs thèses sont déjà en préparation sur ce point de l’histoire du droit administratif français, témoignant d’un intérêt croissant concernant ces interrogations. Cependant, le regain d’intérêt que connaît actuellement l’histoire du droit administratif – intégrée dans la matière du droit administratif général – doit être appréhendé comme un moyen de mieux comprendre le droit administratif du XXI^e siècle et ses concepts fondamentaux, et non pas comme un désintérêt pour un avenir du droit administratif national des plus incertains, ou même une sorte de nostalgie d’un droit portant aux nues une conception franco-française de l’État, de l’Administration et de son droit. Le remarquer n’est t-il pas déjà un aveu de culpabilité ?

1116. Encore faut-il pour décoder le droit administratif du XXI^e siècle et ses concepts, réapprendre son histoire depuis 1789.

1117. D’où cet essai administrativiste...

¹⁷⁷⁰ Voir : SARLANDIE de LA ROBERTIE Aloys, *La publicité des marchés publics*, op. cit.

Bibliographie générale sélective :

I/ Ouvrages :

ANTOINE Michel, Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV, Droz, Genève.

AUCOC Léon, Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'Ecole des Ponts et Chaussées, Dunod, 1870, 3 vol.

AUCOC Léon, Conférences sur l'administration et le droit administratif faite à l'Ecole des Ponts et Chaussées, Dunod, 1870, t. 3.

AUCOC Léon, Conférences sur l'administration et le droit administratif, Dunod éditeur, 2e éd., 1879.

AUCOC Léon, Des autorités administratives préposées à la direction des travaux publics et spécialement des ingénieurs des Ponts et Chaussées, Dunod, Paris, 1886.

BACHELARD Gaston, La formation de l'esprit scientifique, Librairie philosophique J. VRIN, Paris.

BATBIE Anselme, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, Paris, 7 vol., 1861.

BATBIE Anselme-Polycarpe, Introduction générale au droit public et administratif, Cotillon, Libraire du Conseil d'État, t. 1, Paris, 1861.

BEAUD Michel, Histoire du capitalisme 1500-2010, Éd. Du Seuil, 6ème édition, avril 2010.

BENOIT Francis-Paul, Le droit administratif français, Dalloz, 1968.

BERGEAL Catherine, LENICA Frédéric, Le contentieux des marchés publics, Imprimerie Nationale, Editions techniques, 2004.

BEZANÇON Xavier, Essai sur les contrats de travaux et de services publics, LGDJ, 2001.

BIGOT Grégoire, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 1e éd., 2002, Paris.

BIGOT Grégoire, L'administration française, LITEC, t. 1 (1789-1870), 2010.

BONNIN Charles-Jean, Principes d'administration publique, RENAUDIÈRE, 3e éd., 3 vol., 1812.

BORDES Maurice, L'administration provinciale et municipale en France au XVIIIe siècle, Sedes, 2001.

BRACONNIER Stéphane, Précis du droit des marchés publics, éd. Le Moniteur, 2e éd., 2007, Paris.

BRISSON Jean François, Les fondements juridiques du droit des marchés publics, 2004.

BRUNOT André, COQUAND Roger, Le corps des Ponts et Chaussées, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1982.

CABANTOUS Louis-Pierre-François, Répétitions écrites sur le droit administratif, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, Marescq, 3e édition, 1863.

CHAYROU, De l'art d'acheter à l'art d'agir, Charles Lavauzelle & Cie, Éditeurs militaires, Paris, 1926.

CHEVALIER Jean-Jacques, CONAC Gérard, Histoire des institutions et des régimes politiques de France de 1789 à nos jours, Dalloz, 8ème éd., 1991.

CHRISTOPHLE & AUGER, Traité théorique et pratique des travaux publics, 1889-1890.

CORNU Gérard, Le vocabulaire juridique, PUF, 1987.

COTELLE Toussaint-Ange, Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics : contenant l'organisation administrative de la France, l'organisation du service des Ponts et Chaussées, les règles de la comptabilité, Dalmont et Dunod, 1859-1862, 4 vol.

COTELLE Toussaint-Ange, Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics : contenant l'organisation administrative de la France, l'organisation du service des Ponts et Chaussées, les règles de la comptabilité, Dalmont et Dunod, 1859, t. 1, Livre I.

COTELLE Toussaint-Ange, Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics (...), 3e éd., 1859-1862, t. 2.

COTELLE Toussaint-Ange, Des dommages et intérêts en matière de transports, Marchal & Billard éditeurs, Paris, 1891.

DARESTE de LA CHAVANNE Rodolphe, Justice administrative en France, ou traité du contentieux de l'administration, 1862.

DEBAUVE Alphonse, Les travaux publics et les ingénieurs des Ponts et Chaussées depuis le XVIIIe siècle, Dunod, Paris, 1893.

DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, Droit administratif, ECONOMICA, 8e éd., 2007.

DEMOGUE René, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, A. Rousseau, 1911.

DES CILLEULS Alfred, Origines et développement du régime des travaux publics en France, Imprimerie nationale, 1895.

Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd., version numérique, 1992.

Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 1992.

Dictionnaire “Le nouveau Petit Robert de la langue française“, 2009.

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993.

Dictionnaire encyclopédique, Le Petit Larousse, grand format, 1997.

Dictionnaire de la culture juridique, ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), Lamy, PUF, 1 volume.

Le dictionnaire des sciences humaines, MESURE Sylvie & SAVIDAN Patrick (dir.), PUF, 2006, pp. 196 à 198.

DUFOUR Gabriel, Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence, Cotillon, 2e édition, Paris, 1854-1857, 7 vol.

DUFOUR Gabriel, Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence, Cotillon, 2e édition, Paris, 1857, t. 7.

DUVERGIER, Collection des Lois, 1829.

ELIAS Norbert, La dynamique de l’Occident, Pocket, Coll. Agora, 2003.

EMERY Christophe, Passer un marché public, 2e éd., Le Moniteur, 2004.

Encyclopédie Dalloz, 1957.

ENOU Louis, Traité théorique et pratique de droit administratif, Librairie nouvelle de droit et jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1903, t. 1.

FAVIER Louis-Joseph, Examen des conditions du mode d’adjudication des travaux publics, Bachelier éd., 1824.

FLAMME Maurice-André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruylant, 1969, 2 volumes.

FLEINER Fritz, Principes généraux du droit administratif allemand, trad. Eisenmann, Paris, 1933.

FOUCART Émile-Victor, Éléments de droit public et administratif, A. Marescq E. Dujardin, Libraires-éditeurs, 4e éd., Paris, 1855, 3 vol.

FOUCART Émile-Victor, Éléments de droit public et administratif, A. Marescq E. Dujardin, Libraires-éditeurs, 4e éd., Paris, 1855, t. 2.

FOURMEL Henri, Examen de quelques questions de travaux publics, Ladrangue libraire, 1838.

Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 14e éd., 962 pages.

GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, L.G.D.J, 16e édition, t. 1.

GÉRANDO Marie-Joseph de, Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif, Nève, Paris, 1829-1830, 4 vol.

GÉRANDO Marie-Joseph de, Baron, Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif, Nève, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1830, t. 4.

GOHIN Olivier, Contentieux administratifs, Litec, 5e éd., 2007.

GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, PUF, Thémis droit, 2004.

HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif et de droit public général, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 4e éd., 1900.

HAURIOU Maurice, Droit administratif, 9e éd., 1919.

HAURIOU Maurice, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, Librairie du Recueil Sirey, 1929, t. 2.

JESTAZ Philippe, JAMIN Christophe, La doctrine, Dalloz, 2004.

JÈZE Gaston, Éléments de la science des finances et de la législation financière française, Giard et Brière, Paris, 1896.

JÈZE Gaston, Cours de sciences des finances, 6e édition.

JÈZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, Giard, Paris, 1914, t. 1.

JÈZE Gaston, Les finances de guerres de l'Angleterre, M. Giard & E. Brière, Libraire-éditeur, Paris 5e, 1916.

JÈZE Gaston, Théorie générale des finances publiques, 1922.

JÈZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, 3e éd., 1925, t. 1.

JÈZE Gaston, Les finances de guerres de la France, PUF, 1926.

JÈZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics, Marcel GIARD Libraire-éditeur, 3e éd., 1926, Paris, t. 3.

JÈZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, théorie générale des contrats de l'administration, Marcel Giard, Libraire-éditeur, Paris, 1934, t. 4.

JÈZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, Dalloz, 3e éd., 2005, 2 volume.

LAFERRIÈRE Firmin, Cours de droit public et administratif, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 2e éd., Paris, 1841-1846.

LAFERRIÈRE Édouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault, 2e éd., t. 2, 1896.

LAHAYE, Louis Marie de, Vicomte de CORMENIN, Questions de droit administratif, Impr. De Giraudet, Paris, 1837.

LAUBADÈRE André de, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, LGDJ, 1956, t. 1.

LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, Traité des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 1983, t. 1.

Les grands arrêts administratifs, 1er éd., Dalloz, 1956.

LEPOINTE Gabriel, L'histoire des marchés de l'État en France, Dalloz, 1962.

Lexique des termes juridiques 2010, Dalloz, 17ème édition.

LINDITCH Florian, Le droit des marchés publics, Dalloz, 5e éd., 2009.

LONG Marceau, Cours de marchés et concessions, 2e éd., ENAC.

LUMBROSO Giacomo, Économie politique de l'Égypte sous les Lagides, Bocca frère éditeurs, 1870.

MACAREL Louis-Antoine, Éléments de jurisprudence administrative, 1818, 2 vol.

MACAREL Louis-antoine, Recueil des Arrêts du Conseil, ou Ordonnances royales, rendues en Conseil d'État, sur toutes les matières du contentieux de l'administration, Antoine BAVOUX éditeur, Paris, 1821.

MADIOT Yves, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, LGDJ, 1971.

MALLEIN Jules-Antoine, Considérations sur l'enseignement du droit administratif, Librairie de Henri PLON, Paris, 1857.

MALLEVOÛE Felix de, Les actes de Sully passés au nom du Roi de 1600 à 1610 par devant Maître Simon Fournyer, notaire au Chatelêt de Paris, Imprimerie nationale, Paris, 1911.

MARQ Paul, Louis Marie de La Haye de Cormenin (1788-1868), Les biographies gâtinaises, Société d'émulation de l'arrondissement de Montargis, mars 2009.

MAYER Otto, Le droit administratif allemand, V. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, Paris, 1903-1906, 4 volumes.

MERLIN Philippe-Antoine, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4e éd., Paris, 1812 à 1825, 17 volumes.

MICHEA Jean-Claude, L'empire du moindre mal, Flammarion, Champs essais.

MICHON Jérôme, Les marchés publics en 100 questions, 2e édition, Le Moniteur, 2007.

MONSARRAT Gaston, Marchés de travaux et de fournitures des communes et établissements communaux de bienfaisance, Bibliothèque municipale et rurale , 2e éd., 1926.

MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois, A. Belin, Imprimeur-Libraire, 1817.

MONTMERLE Jacques, Adjudications et marchés de gré à gré de travaux, fournitures et transports, Recueil Sirey, Paris V, 1938.

MOURRE Michel, *Le Petit Moure*, Dictionnaire de l'histoire, Bordas, 1994, 991 pages.

Nouveau dictionnaire d'économie politique, sous la dir. de M. Léon Say et de M. Joseph Chailley, Guillaumin, Paris, 1900.

PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, Paris, 1945.

PEQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, Librairies techniques, Extrait du jurisqueuseur administratif, 1954.

PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, E. Plon et Cie, Paris, 1876.

PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Marchal, Billard et Cie, Paris, 1883, 2 volumes.

PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'Etat, traité comprenant notamment les règles en matière de ventes domaniales, ventes des coupes de bois de l'État, fournitures et marchés, concessions de mines*, Marchal, Billard et Cie, Paris, 1884.

PERRIQUET Eugène, *Contrat de l'Etat et travaux publics*, 2e édition, 1890, t. 1.

PETOT Jean, *Histoire de l'administration des Ponts et Chaussées 1599-1815*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1958.

PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003.

PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics*, éd. Moniteur, 1959.

PROST DE ROYER Antoine-François, BRILLON Pierre-Jacques, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Aimé de La Roche, Lyon, 1781-1788, 7 Volumes.

Recueil Lebon.

Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation, 1965, t. 2.

Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Dalloz, Paris, 1912, t. 3.

Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence, Dalloz, t. VIII, 1920.

REY Alain, *La terminologie noms et notions*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1978.

Trésor de la langue française, *Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle (1789-1960)*, Gallimard, Nancy.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2010.

SAUNIER Sébastien, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2007, 2 volumes.

SCHULTZ Patrick, *Eléments du droit des marchés publics*, 2e édition, LGDJ, 2002.

SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, éd. Durand, libraire-éditeur, Paris, 1854.

TARBÉ de VAUXCLAIRS Jean-Bernard, Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence, Carilian-Goeury, 1835.

TÉTREAU Louis, Des marchés de fournitures, Librairie administrative et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1921.

THIOT Louis, PORTIEZ de l'OISE, sa vie, ses travaux (1765-1810), Imprimerie départementale de l'Oise, 1907.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, Éléments d'histoire du droit public : la contribution du Doyen Foucart (1799-1860), LGDJ, 2007.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu., La doctrine publiciste 1800-1880, éléments de patristique administrative, éd. La Mémoire du droit, 2009.

TRIEPEL Heinrich, Droit international et droit interne, éd. Panthéon-Assas.

TROPER Michel, La philosophie du droit, PUF, Paris, 2003.

TRUCHET Didier, Droit administratif, PUF, 2010.

VALIER Jacques, Brève histoire de la pensée économique, Flammarion, Champs essais.

VEDEL Georges, DELVOLVE Pierre, Droit administratif, PUF coll. Thémis, 12e éd., t. I, 1992, Paris.

VIGNON Eugène-Jean-Marie, Études historiques sur l'administration des voies publiques en France aux VIIe et XVIIIe siècle, Dunod éditeur, 1862, Paris, 3 volumes.

II/ Thèses, mélanges, et travaux universitaires :

AMSELEK Paul, Études de droit public, éd. Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, LGDJ, 2009.

ARRIGHI Pascal, Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures, Thèse droit, Imprimerie R. Foulon, Paris, 1945.

BENARD André, Du contrat de marché, ou entreprise de travaux tant publics que privés, Thèse, Faculté de droit de Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897.

BLONDEAU Ange, La concession de service public, Étude d'histoire du droit administratif, Thèse droit, Grenoble, 1929.

BORDES Ernest-Jean-Camille, Acte public pour la licence, Faculté de droit, Toulouse, 1859.

BRESSOT Joseph, Des marchés de fournitures passés avec l'État et plus spécialement des marchés de fournitures passés par l'administration de la Guerre, thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Montpellier, 1896.

CAMBOULIU François-Romain, Thèse pour la licence, Faculté de droit, Toulouse, 1854.

CASTAGNIE Bertrand, Thèse pour la licence, Faculté de droit, Toulouse, 1855.

CHABBERT Jean-Louis CAMILLE, Acte public pour la licence, Soutenu à la faculté de droit de Toulouse, Imprimerie de Troyes ouvriers réunis (Toulouse), 1858.

Colloque des 28, 29 et 30 septembre 2011 « La constitution administrative de la France », Centre de Recherche en Droit Administratif (CRDA), Paris II Panthéon-Assas.

DAHYS Jean-Pierre, La mise en place du dispositif de lutte contre la corruption et les fraudes dans les marchés publics, Thèse droit public, Paris II, 1998.

DARESTE de LA CHAVANNE Pierre, Des contrats passés par l'État en droit romain et en droit français, A. Derenne éditeur, thèse de droit, Faculté de Paris, 1875.

DARESTE de LA CHAVANNE Rodolphe, « Mémoire sur les entreprises de travaux publics chez les Grecs », in « Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques en France », 1877.

DECAZIS-LAPEYROUSE Henri-Joseph, Thèse pour la licence, Faculté de droit, Toulouse, 1851.

DELAPORTE Vincent, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, Thèse droit privé, Paris I.

FOULQUIER Norbert, Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe, Thèse droit, Université Paris 1 : Panthéon-Sorbonne, 2001.

GONOD Pascale, Édouard Laférierre un juriste au service de la république, LGDJ, 1997.

HECKINGER Joseph, Le régime administratif du financement des marchés publics, Imprimerie Wallon, Thèse droit, Strasbourg, 1944.

HIRSCH Jacques, Le financement des marchés publics, LGDJ, Thèse droit, Paris, 1941.

HUBRECT Hubert-Gérald, Les contrats de service public, thèse Bordeaux, 1980.

KALFLECHE Grégory, Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, Thèse droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2004.

La loi du 28 pluviôse an VIII deux cent ans après : survivance ou pérennité, PUF, 2000.

Les Conseils de préfecture (an VIII– 1953), sous la dir. GOJOSSO E., LGDJ, Université de Poitiers, Coll. de la faculté de droit et des sciences sociales, 2005.

Les grands arrêts administratifs, 1er éd., Dalloz, 1956.

MOENECLAHEY Pierre, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse droit, Lille, 1914.

MONNIER François, Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIII^e siècle, LGDJ, Thèse droit, Paris, 1984.

NOEL, La notion de travail public, Thèse, Paris, 1924.

PETOT Jean, Histoire de l'administration des ponts et chaussées : 1599-1815, Thèse droit, Paris, 1956.

PLESSIX Benoît, La doctrine publiciste des contrats, Mémoire, Université Paris II : Panthéon-Assas.

QUANCARD Michel, L'adjudication des marchés publics, Thèse droit, Paris, 1945.

ROLIN Frédéric, « Doctrine et pratique », in « La doctrine en droit administratif », Actes du colloque organisé les 11 et 12 juin 2009 par l'AFDA, LEXISNEXIS-LITEC.

ROUVIÈRE Jean, A quels signes reconnaître les contrats administratifs, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1930.

SARLANDIE de LA ROBERTIE Aloys, La publicité des marchés publics, Mémoire pour l'obtention du master II droit public recherche, Université de Perpignan Via Domitia, 2007/2008.

SFEZ Lucien, Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français, Thèse droit - Paris, LGDJ, 1966.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, Le doyen FOUCART (1799-1860), un père du droit administratif moderne, Thèse droit administratif, Université Paris II : Panthéon-Assas, 2007.

VAUTROT-SCHWARZ Charles-Henry, La qualification juridique en droit administratif, LGDJ, 2009.

VERDALLE Hippolyte, Thèse pour la licence, Faculté de droit, Toulouse, 1851.

VLACHOGIANIS Apostolos, Les juges de la Cour Suprême et la living constitution, Thèse droit, Paris II : Panthéon-Assas, 2011.

III/ Articles :

ADAMCZEWSKI Georges, « Qu'est-ce qu'un concept ? », EISTI, Laboratoire Lassi, version numérique, Juin 2004.

BARBICHE Bernard, « Le Conseil du Roi dans tous ses états », La Revue Administrative, numéro spécial le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat, 1999.

BIELSA, Rafael, « Le Professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre », Extrait de La Ley, Buenos-Aires, 28 août 1953, Traduction MURACCIOLE Luc, in RDP, 1953.

BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », Revue administrative, n° spécial, 1997.

BIGOT Grégoire, « La difficile distinction droit public / droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », Revue Droits, n° 38, 2003.

BONNARD Roger, « La conception juridique de l'État », RDP, 1922.

BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », RDP, 1943.

BOSC André, « Notes de jurisprudence », RDP, 1921.

BOULET-SAUTEL Marguerite, « Le principe d'un contentieux administratif au Conseil du Roi », Revue administrative, Dossier spécial : le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat, 1999.

BRUÈRE Jean-Christophe, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP, 1996.

CAPITANT, « La double notion de travail public », RDP, 1929.

CARBONNIER Jean, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », Droits, n° 11/2, "définir le droit", PUF, 1990.

CHARTRAND Suzanne, DE KONINCK Godelieve, « La clarté terminologique pour plus de cohérence et de rigueur dans l'enseignement du français (suite) », Revue Québec français, Été 2009, n° 154, version numérique.

CHAUCHARD Jean-Pierre, LE CROM Jean-Pierre, « Les services entre droit civil et droit du travail », Le Mouvement Social, n° 211, 2005, in <http://www.cairn.info> .

COLLIARD Claude-Albert, « Gaston Jèze, théoricien des finances publiques », in Hommage à Jèze, Revue de science et de législation financière, n° 1, LGDJ, 1954.

DELALLEAU, « Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux publics », Rev. de législation et de jurisprudence (Wolowski), t. 1, 1834-1835.

DELPEUCH Thierry, « L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques : un état de l'art, Centre d'études et de recherches internationales », Science-Po., in <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.hdm>.

DESGRANGES Emile, « Définition du marché de fournitures, Etude de jurisprudence », RDP, LGDJ, 1942.

DRAGO Roland, « Paradoxe sur les contrats administratifs », in *Études offertes à Jacques Duflour*, Defrénois, 1979.

DUBOIS de CARRATIER Laurent, « L'influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative du XIXe siècle », *Droit écrits*, n° 1, 2001.

DUGUIT Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP*, 1907.

DUVERGER Maurice, « Gaston Jèze, juriste financier », in "Hommage à Jèze", *Revue de science et de législation financière*, n° 1, LGDJ, 1954.

GAUDEMET Yves, « *Revue de jurisprudence administrative* », *RDP*, 1982.

GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, n° 2, 2010.

GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *Droits*, n° 12, 1990.

GILBERT Simon, « Portiez de l'Oise (1765-1810) », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 2 avril-juin 2007.

HAURIOU Maurice., « De la formation du droit administratif français depuis l'an VII », *Revue générale d'administration*, 1892, version numérique.

JACOMET Robert, « Le marché public envisagé comme un instrument de politique économique », *Dalloz-Sirey (D.S.)*, 1947.

JÈZE Gaston, « La réforme des Conseils de préfecture », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1910.

JÈZE Gaston, « La guerre et les concessionnaires de service public », *RDP*, 1916.

JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *Note de jurisprudence*, *RDP*, 1918.

JÈZE Gaston, « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922.

JÈZE Gaston, « La notion de marché de fourniture de l'État », in *Note de jurisprudence*, *RDP*, 1923.

JÈZE Gaston, « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP*, 1923.

JÈZE Gaston, « contrats administratifs », *Répertoire de droit administratif*, 1929, n° 495.

JÈZE Gaston, « Théorie générale des contrats de l'administration », *RDP*, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, et 1936.

KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *Marchés publics*, n° 78, oct. 1968.

LACHAUME Jean-François, « Le formalisme », *AJDA*, 20 juin 1995, num. spécial.

LEMESLE Hélène, « Réglementer l'achat public en France (xviiiie-xixe siècle) », *Genèses* 3/2010 (n° 80).

MESTRE Jean-Louis, « Aux origines de l'enseignement du droit administratif : le « cours de législation administrative » de Portiez de l'Oise (1808) », *RFDA*, 1993.

MOLFESSIS Nicolas, « Remarque sur la doctrine en droit des contrats », *RDA*, n° 3, Février 2011.

PETIT Jacques, « A propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », communication in “Colloque sur l'office du juge“ du 29 et 30 septembre 2006.

PLESSIX Benoît, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Revue Droits*, n°38, 2003.

PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *RDA*, n° 4, Octobre 2011.

RAINAUD Jean-Marie, « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public », *RDP*, 1985.

REGLADE Marc, « De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités judiciaires et administratives », *RDP*, 1924.

ROUQUETTE Rémi, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, Juillet/août 1995.

SALON Georges, « Gaston Jèze et la théorie des contrats administratifs », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 12, 1991.

SERIAUX Alain, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994.

SINKONDO Marcel, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », *RTD civ.*, avril 1993.

STRANG David, MEYER John W., « Institutional Conditions for diffusion », *Theory and Society*, vol. 22, n°4, 1993.

TIMON, « La Légomanie », PAGNERRE éditeur, Paris, 1844.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Quand le juge administratif ré-embrasse l'histoire de son contentieux contractuel », *Revue historique de droit français et étranger*, Dalloz, n° 4, oct. déc., 2007.

WALINE Marcel, « L'œuvre de Gaston Jèze en droit public », *RDP*, 1953.

IV/ Textes officiels :

Arrêté du 10 mars 1803.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Traduction commentée du Code civil allemand, Dalloz, Juriscope.

Code Napoléon, édition originale et seule officielle, Imprimerie Impériale, Paris, 1807.

Code Civil, Dalloz, 103e éd., 2004.

Constitution du 22 frimaire an VIII.

Décret de la Convention nationale du 6 décembre 1793.

Décret du 11 juin 1806 portant sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État, Recueil de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics, 1er série, t. II, année 1805 à 1816, pp. 38-39.

Décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique.

Décret du 24 avril 1864.

Décret du 31 mai 1869.

Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

Décret du 12 juillet 1893 portant règlement sur la comptabilité départementale ; Bull. des lois de la République française, n°1570, p. 213.

Décret du 10 août 1899.

Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État, J. O., 11 avril 1942, p. 1370.

Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953.

Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, J.O.R.F. du 16 mars 1956, p. 2562.

Décret n° 57-250 du 28 février 1957 relatif à la passation des marchés départementaux.

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.

Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant co-définition des textes réglementaires relatifs aux marchés publics de l'État.

Décret n° 66-887 et 66-888 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 (modifié) portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics.

Loi du 7-11 septembre 1790.

Loi du 27 mai 1791.

Loi du 28 pluviôse an VIII.

Loi du 31 janvier 1833, portant règlement définitif du budget de l'exercice 1829, Bulletin des lois de la République française, 1833, n° 83, p. 3.

Loi du 18 juillet 1837.

loi du 10 mai 1838.

Loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux ; Bull. des lois de la République française, n°61, p. 93.

Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, Bull. des lois de la République française, n°1835, p. 369.

Loi du 28 décembre 1904, D. P., 1905.

Loi du 31 décembre 1987.

Ordonnance du 29 mai 1830.

Ordonnance royale du 4 décembre 1836, portant règlement des marchés passés au nom de l'État, Bulletins des lois de la République française, 1836, n° 470, p. 674.

Ordonnance royale du 14 novembre 1837 portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance, bull. des Lois du Royaume de France, IXe série, 2e semestre de 1837, t. XVe, p. 723.

Ordonnance du 31 mai 1838, portant règlement général sur la comptabilité publique, Bulletin des lois de la République française, 1838, n° 579, p. 829.

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 et d'assistance ; modifiée par la loi n° 47-1626 du 15 septembre 1947, codifiée par le décret n° 57-657 du 22 mai 1957 relatif au Code de l'administration communale.

Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

V/ Sites Internet :

Site Internet du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr>

Site de publication d'articles juridiques : <http://www.cairn.info>

Site de publication de Science-Po Paris : <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.hdm>

site Internet du Service des archives économiques et financières :
<http://www.minefe.gouv.fr>

Site Internet de la BNF, Gallica : <http://gallica.bnf.fr/>

Site Internet Googlebooks : <http://books.google.fr/>

VI/ Bibliographie complémentaire sur la mise en forme de cette étude :

BEAUD Olivier, L'art de la thèse : comment préparer et rédiger un mémoire de master, une thèse de doctorat ou tout autre travail universitaire à l'ère du net, éd. La Découverte, 2005.

JAILLARDON Édith, ROUSSILLON Dominique, Outils pour la recherche juridique, éd. des archives contemporaines, Agence universitaire de la Francophonie, 2007.

ROMI Raphaël, Méthodologie de la recherche en droit, LexisNexis, Litec, 2008.

Index des matières

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

Acte administratif unilatéral : 87 et suiv.

Adjudication : 216 et suiv., 347 et suiv., 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 518, 565, 566

Appel d'offres : 229 et suiv.

Biens immobiliers : 803

Biens mobiliers : 372 et suiv.

Cahier des charges : 189 et suiv., 327 et suiv., 522, 523, 524, 525, 569, 570, 571

Cocontractant : 200, 201, 202, 203, 204, 331, 332, 759, 760, 761

Codification : 1055 et suiv., 1065 et suiv.

Commission centrale des marchés : 941 et suiv.

Compétence : 183 et suiv., 322 et suiv., 465, 466, 467, 468, 514, 515, 516

Compétence contentieuse : 205 et suiv., 333 et suiv., 469, 470, 471, 472, 528 et suiv., 572 et suiv.

Conceptualisation : 626 et suiv., 640, 641 et suiv.

Consession : 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 762, 763, 770 et suiv., 775 et suiv., 837, 838

Contrat de marché : 1011

Entrepreneur : 200, 201, 202, 203, 204, 759, 760, 761

Entreprise de travaux ou de fournitures : 1002, 1003

Formalisme : 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619

Fournisseur : 331, 332

Fournitures : 370 à 389

Gré à gré : 226 et suiv., 357 et suiv., 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 519, 520, 521, 567, 568,

Marchés administratifs: 396, 397, 1012, 1013, 1014, 1015, 1030, 1031

Marchés composés : 1009, 1010

Marchés de fournitures : 236 et suiv., 538 et suiv., 731 et suiv., 839 et suiv., 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901

Marchés de livraisons : 449, 459

Marchés de service : 367 et suiv.

Marchés de service public : 1016, 1017, 1018, 1029

Marchés de transports : 408 et suiv., 738 et suiv., 845, 902, 903, 904, 905

Marchés de travaux publics : 108 et suiv., 499 et suiv., 749 et suiv., 830 et suiv., 888, 889, 890, 891

Marchés locaux : 495 et suiv., 599, 600, 601, 842

Marchés mixtes : 297, 298, 299, 300

Ministre-juge : 335, 336, 337, 338, 339

Offre de concours : 787, 788, 789, 835, 836

Passation : 215 et suiv.

Ponts et Chaussées : 137, 138

Prestation de services : 390 et suiv., 448

Services : 402, 403, 404, 405, 406

Théorisation : 650 et suiv., 726 et suiv.

Travaux publics : 133, 134, 135, 136

Index des noms

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

ARRIGHI Pascal : 430, 431, 432, 433

AUCOC Léon : 159, 160, 166, 275, 656

BATBIE Anselme-Polycarpe : 155, 156, 272, 273, 274

BERTHELEMY Henry : 329

BIENVENU Jean-Jacques : 638

BIGOT Grégoire : 602, 606

BONNIN Charles-Jean-Baptiste : 146

CABANTOUS Louis-Pierre-François : 593

CHENOT Bernard : 673

CORMENIN Louis-Marie de LAHAYE : 147, 264, 265, 266, 655

COTELLE Toussaint-Ange : 61, 157, 368

DARESTE Rodolphe : 38, 206

DE GERANDO (DE RATHSAMHAUSEN) Joseph-Marie : 145, 146

DEBAUVE Alphonse : 167

DUFOUR Gabriel-Michel : 158, 593, 667

DUGUIT Léon : 11, 89, 799

DUVERGER Maurice : 274

FOUCART Emile-Victor : 151, 152, 153, 154, 269, 270, 271

GAUDEMET Yves : 89, 458, 986,

HAURIOU Maurice : 171, 172, 173, 174, 284, 285, 286, 287

JEZE Gaston : 728 et suiv.

KAHN Jean : 1062

LACHAUME Jean-François : 617

LAFERRIÈRE Firmin : 9, 11

LAFERRIÈRE Édouard : 168, 169, 170, 276 à 283, 658

LAUBADERE (de) André : 884 et suiv.

MACAREL Louis-Antoine : 602, 648

MESTRE Jean-Louis : 607, 864

PEQUIGNOT Georges : 827 et suiv.

PERIER Arsène : 289, 290

PERRIQUET Eugène : 163, 164, 165, 291, 292, 426, 427, 428, 657

PLESSIX Benoît : 85, 103, 622, 648

PORTIEZ de l'OISE Louis-François-René : 146, 602, 607, 667

SERRIGNY Denis : 149, 150, 267, 268, 543

TÉTREAU Louis : 293, 294, 295, 296, 429, 456, 459, 593

TOUZEIL-DIVINA Mathieu : 607, 668, 673

TROPER Michel : 301, 303

WALINE Marcel : 728, 845, 850

Index de jurisprudence administrative et du Tribunal des conflits

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

I/ Les décisions des Conseils de préfecture

- CPréf., 15 août 1839, Ruiz c/ Laliberté : 213
- CPréf., 30 mars 1842, Deschamps c/ le Trésor public : 213
- CPréf., 31 août 1849, Commune de Vicq c/ Beldon : 208
- CPréf., 24 février 1853, Vernay : 213
- CPréf., 28 mars 1853, Commune de Dancevoir : 213
- CPréf., 4 février 1858, Maugeant : 213
- CPréf., 15 avril 1858, Sarrat : 213
- CPréf., 30 juillet 1863, Commune de Saint-Cyr : 210
- CPréf., 7 avril 1864, Jean : 213
- CPréf., 7 février 1867, Vidal : 208
- CPréf., 23 juillet 1868, Nachon : 213
- CPréf., 7 mars et 6 juin 1873, Chemin de fer de l'Est : 437
- CPréf., 7 août 1875, Chérel c/ Département de l'Eure : 213

II/ Les décisions du Conseil d'État

- CE, 27 mai 1816, Levacher-Duplessis : 153, 317
- CE, 2 février 1821, Niel et Consorts c/ le Ministre de l'Intérieur : 440
- CE, 24 octobre 1821, Chambaud : 593
- CE, 6 novembre 1822, Rambourg : 893
- CE, 3 juin 1831, Saint-Brix c/ le Ministre de la Marine : 222
- CE, 28 février 1834, Méjan : 222

CE, 7 avril 1835, Schoenngunn et cons. : 593
CE, 18 décembre 1839, Lecour c/ Ville de Paris : 153
CE, 22 janvier 1840, Méjan : 280
CE, 21 mai 1840, Gouffier : 317
CE, 1er septembre 1841, Département de Seine-et-Oise : 570
CE, 9 décembre 1842, Mirabel-Chambaud : 459
CE, 19 mai 1843, Caget : 440
CE, 21 février 1845, Giraud : 570
CE, 21 août 1845, Lagrange et Vinet c/ Geay et Auger : 165
CE, 18 août 1847, Min. de la guerre c/ Chabot : 317
CE, 25 janvier 1851, Morhéry : 440
CE, 5 avril 1851, Compagnie Hérout et de Handel : 440
CE, 2 août 1851, Jackson : 440
CE, 22 novembre 1851, Lauvernay c/ la Commune de Lacelle-sur-Nièvre : 208
CE, 18 juin 1852, Chapot : 193, 208
CE, 10 mars 1853, Ramée : 208
CE, 23 juin 1853, Nougaret : 193
CE, 21 juillet 1853, Commune de Gesté c/ Royer : 193
CE, 21 décembre 1854, Dubois et Pinchon : 208
CE, 29 mars 1855, Rembaux-Brielman : 208
CE, 22 novembre 1855, Lebrun : 208
CE, 17 mars 1857, Luard : 441
CE, 17 mars 1857, Mallebay : 441
CE, 25 juin 1857, Folsch et comp. : 441
CE, 28 janvier 1859, Delpy c/ Commune de Cintegabelle : 313
CE, 11 août 1859, Duvoir-Leblanc : 531
CE, 8 décembre 1859, Lottero : 208
CE, 1 mars 1860, Bonnard : 208
CE, 13 juin 1860, Commune de Rigny-la-Salle : 593
CE, 13 juillet 1860 : 531
CE, 20 décembre 1860, Cavailé : 313
CE, 10 janvier 1861, Barwer et Palmer : 441
CE, 10 janvier 1861, Wood : 441
CE, 22 janvier 1863, Lenormand : 208

CE, 28 janvier 1865, Pollet : 376
CE, 9 février 1865, Fouque : 531, 593
CE, 4 août 1866, Dufils : 441
CE, 9 janvier 1867, Dencausse : 531
CE, 17 janvier 1867, Boulingre : 317
CE, 7 février 1867, Vidal : 193
CE, 27 décembre 1867, Goussel : 531, 593
CE, 7 mars 1868, Bastien : 208
CE, 12 décembre 1868, Clément : 593
CE, 19 décembre 1868, Compagnie générale transatlantique : 282
CE, 7 septembre 1869, Commune de Maxey-sur-Vaise : 317, 593
CE, 15 décembre 1869, Joret : 208
CE, 1er juin 1870, Souberbielle : 442
CE, 7 décembre 1870, Souberbielle : 442
CE, 21 octobre 1871, Conflit du Rhône : 573
CE, 21 octobre 1871, Delhopital : 278
CE, 15 novembre 1872, Lamblé : 280
CE, 13 décembre 1872, Beck : 325
CE, 20 décembre 1872, Valéry frères et Cie : 282
CE, 3 janvier 1873, Ville de Champagnole c/ Fumey : 317
CE, 14 février 1873, Vilorgeux : 317
CE, 9 avril 1873, Remi de Montigny : 208
CE, 2 mai 1873, Ministre des Finances c/ Barliac : 165
CE, 20 juin 1873, Lageste : 280
CE, 1er août 1873, Abadie : 787
CE, 8 août 1873, Robert et Ambrosius : 280
CE, 13 février 1874, Dussaussoy et autres c/ Ville de Lille : 164
CE, 27 février 1874, Kulin : 280
CE, 8 mai 1874, Faist : 280
CE, 8 mai 1874, Valéry frères et fils : 282
CE, 26 juin 1874, Chérel et Bourguignon c/ Département de l'Eure : 208
CE, 7 août 1874, Hotchkiss et Coolidge : 280
CE, 12 février 1875, Sparre et Grizard-Delaroue : 280
CE, 3 mars 1876, Dencausse c/ la Commune de Bernac-Dessus : 317

CE, 28 juillet 1876, Commune de Giry : 210
CE, 17 novembre 1876, Garcin c/ le Ministre de la Guerre : 442
CE, 2 février 1877, Dame veuve Lefèvre-Deumier c/ Commune des Eaux-Bonnes : 317
CE, 13 juillet 1877, Hospices de gray c/ le Département de la Haute-Saône : 210, 546
CE, 27 juillet 1877, Sénard c/ Ville de Brionne : 208
CE, 17 mai 1878, Charpentier c/ le Ministre de la guerre : 317
CE, 14 novembre 1879, Bourgeois : 208
CE, 21 mai 1880, Ministre des Affaires étrangères c/ héritiers Vitalis : 208
CE, 7 mai 1881, Perot c/ Commune de Germaine (Marne) : 593
CE, 20 mai 1881, Ville de Crest : 779
CE, 16 décembre 1881, Commune de Plaisance de Tasque et de Lasserade c/ Castagnon :
208
CE, 17 novembre 1882, Compagnie des eaux : 779
CE, 6 juillet 1883, Ministre du Commerce : 277
CE, 7 août 1883, Ville d'Angers c/ le Département de Maine-et-Loire : 546
CE, 21 novembre 1884, Compagnie générale transatlantique c/ le Ministre de la Guerre :
442
CE, 27 mars 1885, Hutel, Garnier et autres : 849
CE, 18 novembre 1887, Compagnie générale transatlantique : 282
CE, 28 mars 1888, Commune de Saissac : 592
CE, 7 décembre 1888, Ponthas : 777
CE, 25 janvier 1889, Société Morelli et Compagnie : 442
CE, 19 juillet 1889, Collin : 318
CE, 13 décembre 1889, Cadot c/ Ville de Marseille : 342, 471, 588, 707
CE, 10 janvier 1890, Lorin : 754
CE, 21 mars 1890, Caillette : 210
CE, 23 novembre 1894, La Panclastite : 314
CE, 17 juillet 1895, Clouzard : 897
CE, 6 décembre 1895, Compagnie générale transatlantique : 443
CE, 11 mars 1898, Sieur Blanqui (1^{ere} espèce) : 573
CE, 11 mars 1898, Sieur Lagauche (2^e espèce) : 573
CE, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen : 970, 974
CE, 6 février 1903, Térrier : 591, 592, 593, 821, 971
CE, 4 mars 1904, Société du chemin de fer funiculaire de Rouen-Eauplet : 777

CE, 30 mars 1906, Ballande : 476
CE, 27 juillet 1906, Permanne : 754
CE, 12 juillet 1907, Ministre des Travaux publics : 832, 891
CE, 8 mars 1908, Commune de Saint Jean : 836
CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes : 747, 903, 972
CE, 29 janvier 1909, Compagnie générale transatlantique et compagnie de navigation mixte c/ l'État : 903
CE, 7 août 1909, Winkel : 785
CE, 24 décembre 1909, Société bayonnaise de navigation : 443
CE, 4 mars 1910, Thérond : 591, 766, 769, 770, 838, 859, 973
CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways : 974
CE, 1er juillet 1910, Ville de Pau : 780
CE, 13 janvier 1911, Roginsky : 476
CE, 5 juillet 1911, Commune de Céron : 836
CE, 8 novembre 1911, Labeye : 747
CE, 31 juillet 1912, Société des Granits Porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille : 298, 593, 840, 975
CE, 6 novembre 1912, Société des forges et chantiers de la Méditerranée : 900
CE, 22 novembre 1912, Commune de Gours : 836
CE, 7 février 1913, Bihari : 314
CE, 19 février 1913, Compagnie de navigation mixte : 443
CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure : 866
CE, 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer de France : 770
CE, 30 mars 1916, Compagnie d'éclairage de Bordeaux : 135, 759, 772, 773, 813, 976
CE, 7 avril 1916, Astruc : 751
CE, 23 mars 1917, La Rochelle : 476
CE, 20 juillet 1917, Compagnie générale des automobiles postales : 747
CE, 8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy : 383, 384, 386, 732, 736, 813, 839, 1017
CE, 26 avril 1918, Société française d'armement Frisch : 743
CE, 19 juin 1918, Société des voiliers français : 867, 904
CE, 17 juillet 1918, Boë : 832
CE, 16 octobre 1918, Cie des chargeurs français : 900
CE, 4 février 1920, Bory : 459
CE, 20 février 1920, Thérés : 898, 919

CE, 30 juin 1920, Lucas c/ Ministre de la Guerre : 459
CE, 2 juillet 1920, Dame veuve Lenoir et autres c/ Ministre des Travaux publics : 838
CE, 15 décembre 1920, Grandjouan c/ Ministre de la Guerre : 459
CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur : 176, 177, 178, 751, 832, 982
CE, 16 décembre 1921, Sassey : 766, 770
CE, 31 mars 1922, Sieur Goyard : 847
CE, 17 mai 1922, Société des Eaux de Cambrai : 833
CE, 15 novembre 1922, Sieur Bocandé : 314
CE, 22 décembre 1922, Sieur Lassus : 849, 907
CE, 26 janvier 1923, Robert Lafreygère : 860
CE, 7 mars 1923, Société Hellenic Transport Steamship Company : 860, 904
CE, 7 mars 1923, Sieur Iossifoglu : 904
CE, 23 mars 1923, Sieur Tristant : 907
CE, 6 juillet 1923, Sieur de Salaberry : 900
CE, 14 mai, 1924, Sieur de Lambilly : 898, 919
CE, 12 décembre 1924, Ville de Dieppe c/ Sieur Dufour : 767
CE, 18 mars 1925, Sieur Moutard : 904
CE, 30 octobre 1925, Dame Bigon et Sieur Enjolras : 833
CE, 27 juillet 1927, Randeger : 907
CE, 22 juin 1928, Époux de Sigalas : 838
CE, 11 juillet 1928, Société France-Indochine : 904
CE, 2 novembre 1928, Sieur Meilleureux c/ Ministre de la Guerre : 898, 919
CE, 13 février 1929, Établissement Victor Malsan : 907
CE, 22 mars 1929, Sect., Sieurs Lefèvre et Lemann : 459, 900, 1012
CE, 4 mai 1929, Sieurs Chabal et Cie c/ Ministre chargé des Régions libérées : 907
CE, 11 mai 1929, Sieur Séguiniol : 907
CE, 10 janvier 1930, Ass., Commune de Pointe-à-Pitre : 1061
CE, 15 janvier 1930, Société des ateliers et chantiers de la Loire : 891
CE, 17 janvier 1930, Sieur Benedic : 900
CE, 21 mai 1930, Sieur Santoni : 460
CE, 12 décembre 1930, Société des moteurs Gnôme et Rhône c/ Ministre de l'Air : 386
CE, 19 décembre 1930, Sieur Favaron : 866
CE, 14 janvier 1931, Sieur Conquy : 900, 1012
CE, 6 mai 1931, Sieur Hertz : 907

CE, 8 juillet 1931, Sieur Fraisse c/ Ministre de la Guerre : 840
CE, 28 juin 1932, Dame veuve Roty : 386
CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg : 978
CE, 13 janvier 1933, Sieur Mironneau c/ Ville d'Aix-les-Bains : 838
CE, 4 mai 1934, Sect., Époux Heiser : 907
CE, 23 novembre 1934, Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence : 476
CE, 19 décembre 1934, Société des chantiers et ateliers Augustin Normand : 460
CE, 15 février 1935, Sect., Société française de construction mécanique : 860
CE, 13 mars 1935, Syndicat des contribuables d'Aix : 591, 899
CE, 20 juillet 1935, Société des mines et carrières : 906
CE, 8 novembre 1935, Sieur Benoist : 847
CE, 13 novembre 1935, Cie des eaux minérales de Royat : 833
CE, 22 novembre 1935, Sieurs Chouard, Lévy, Chausson, Jaubert et Cader : 838
CE, 26 février 1936, Sieur Fabre : 838, 907
CE, 19 juin 1936, Département de l'Eure : 838
CE, 1er juillet 1936, Sieur Maitrôt : 906
CE, 18 décembre 1936, Sect., Sieur Prade : 838
CE, 21 janvier 1938, ass., Bureau international de l'édition Musico-Mécanique : 864
CE, 4 février 1938, Sieur Quaeghebeur : 907
CE, 29 avril 1938, Sieur de Lestrac : 847
CE, 29 juin 1938, Sieur Séneca : 839
CE, 22 juillet 1938, Sect., Sieur Verchère : 860
CE, 13 janvier 1939, Sieur Villette : 907
CE, 5 mai 1939, Bureau international de l'édition musico-mécanique et sieur Piriou : 308, 309
CE, Sect., 14 mai 1943, Commune de Joinville-le-Pont : 909
CE, 23 février 1944, Trahand : 199, 856
CE, 16 mai 1944, Société Detroye, Giraud et Cie : 907
CE, 10 novembre 1944, Société Nord-africaine d'industrie et de commerce : 831
CE, 13 juin 1945, Sieur Gasnot : 460
CE, 27 juin 1945, Sieur Simon : 460
CE, 24 janvier 1947, Joly : 860
CE, 29 janvier 1947, Michaux : 850, 860
CE, 27 juillet 1947, Boulouis : 840

CE, 21 janvier 1948, Société Penaroya : 847, 864
CE, 4 février 1948, Chassaing : 864
CE, 13 février 1948, Grange : 859, 860
CE, 25 février 1948, Souman : 864
CE, 19 mars 1948, Les amis de l'opérette : 838
CE, 14 mai 1948, Jacquin : 860
CE, 21 mai 1948, Bureau : 864
CE, 9 juin 1948, Ville de Digne : 833, 836
CE, 8 décembre 1948, Pasteau : 860
CE, 21 janvier 1949, Compagnie générale frigorifique : 854
CE, 8 juin 1949, Sieur Devicq et Compagnie saharienne automobile : 907
CE, 12 juillet 1949, Sieur Perez : 840, 854
CE, 10 mars 1950, Département de Seine : 838
CE, 22 mars 1950, Territoire des Iles de Saint-Pierre-et-Miquelon c/ Morazé : 199, 843, 856, 899
CE, 21 avril 1950, Consorts Nuncie : 865
CE, 28 avril 1950, Société pour le traitement industriel des produits de l'Océan : 854
CE, 16 juin 1950, Établissements Batle : 848
CE, 20 octobre 1950, Sieur Stein : 864
CE, 9 février 1951, Ministre des Armées c/ Société Entreprises Bornhauser, Molinari et Cie : 891
CE, 11 mai 1956, Société Gondrand : 919
CE, 20 avril 1956, Époux Bertin : 985
CE, 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/Consorts Grimouard : 986
CE, Ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval : 979
CE, 7 octobre 1966, Ville de Bordeaux : 977
CE, Sect., 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant : 977
CE, 24 janvier 1973, Spiteri et époux Krehl : 977

III/ Les décisions du Tribunal des conflits

TC, 24 avril 1850, Roger : 530
TC, 19 juin 1850, Baudrey : 530
TC, 8 juin 1850, Recolin : 317

TC, 1er juillet 1850, de Gouvello c/ l'État : 789
TC, 18 novembre 1850, Mazet : 530
TC, 10 janvier 1851, Bergadieu : 530
TC, 31 mai 1851, Duhamel : 789
TC 8 février 1873, Blanco : 208, 341, 707
TC, 11 janvier 1873, Damours : 212
TC, 17 mai 1873, Michallard et Marillier c/ Ville de Roanne : 212
TC, 24 juin 1876, Bienfait c/ l'Etat : 893
TC, 23 novembre 1878, Sébélín c/ Montessuy et Chomer : 213
TC, 26 juin 1880, Valette c/ commune de Lucenay-les-Aix : 208
TC, 11 décembre 1880, Grandin et autres c/ Membres du Syndicat du canal de Beaucaire :
212
TC, 26 mars 1881, Commune de Pézilla-la-Rivière c/ Jambert : 593
TC, 7 mai 1881, Pérot c/ Commune de Germaine : 317
TC, 30 juillet 1887, Guillaumin c/ Commune de Saint-Maur : 787, 836
TC, 20 juillet 1889, Jumel de Noireterre : 893
TC, 11 janvier 1890, Veil c/ Commune de Bône : 787, 836
TC, 27 juillet 1895, La Panclastite : 314
TC, 28 janvier 1899, Sieur Lagauche : 588, 900
TC, 11 mai 1901, Sieur Casadavant c/ Commune de Lisle : 588
TC, 8 novembre 1902, Sieur Faillette c/ Sieur Chardin et Comm. de Charpentry : 906
TC, 7 novembre 1917, Bailly c/ Carques et Servagent : 900
TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire
: 823, 977
TC, 28 mai 1921, Sieur de la Rouillère c/ Guignonnet : 900
TC, 25 mars 1922, Sieur de Malglaive c/ Ministre de la Guerre : 904
TC, 7 novembre 1922, Sieur Manon c/ Ministre de la Marine : 845, 860, 900, 904
TC, 9 juin 1923, Sieurs Vimont et Cie c/ Ministre de la Marine : 904
TC, 17 juillet 1923, Société des magasins généraux c/ Ministre de la Guerre : 898, 919
TC, 23 mai 1927, Devisse c/ Boulet et Fourrier : 833
TC, 1er mai 1928, Sieur Templier c/ Commune de Sempigny : 900
TC, 21 novembre 1928, Sieur Lagarde c/ Ville de Montpellier : 833
TC, 4 juin 1930, Cie d'assurance « le soleil » : 859
TC, 18 décembre 1933, Berry-Croes : 225, 355, 855, 907

TC, 5 mars 1934, Sieurs Worms et Cie et Société d'affrètements c/ Port autonome de Bordeaux : 861

TC, 11 janvier 1937, Sieur Chavon et Selles : 861

TC, 15 janvier 1938, Eric de Mare : 860

TC, 13 juillet 1938, Sieur Batté : 906

TC, 12 décembre 1938, Guérin : 867

TC, 12 décembre 1942, Société méditerranéenne de combustible : 848, 854

TC, 20 janvier 1945, Sieur Suchet c/ Exposition internationale de 1937 : 832

TC, 12 juillet 1945, Société « Les docks frigorifique du Havre » c/ Etat français : 840, 857

TC, 6 avril 1946, Société franco-tunisienne : 857, 860

TC, 6 avril 1946, Debray : 857

TC, 6 avril 1946, Etat c/ Société des établissements frigorifiques lyonnais : 861

TC, 27 juillet 1950, Sieur Peulabeuf : 861, 864

TC, 28 mars 1955, Effimieff : 177, 178, 179, 832, 983

TC, 14 novembre 1960, Société agricole de stockage de la région d'Ablis : 977

TC, 14 novembre 1960, Société anonyme commerciale et agricole : 977

TC, 14 novembre 1960, Société Vaudroy-Jaspar : 977

TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot c/ Société de l'Autoroute Esterel Côte-d'Azur : 150, 987

TC, 3 mars 1969, Société Interlait : 97

TC, 24 avril 1978, Société boulangerie de Kourou : 977

Table des matières :

Introduction générale	11
Section 1 : L'épistémologie de l'émergence du concept de « marché public » en droit administratif.....	12
§ 1 : Du marché au marché public : de l'économie politique au droit administratif postrévolutionnaire	12
§ 2 : L'appréhension des connaissances fondamentales dans le processus d'émergence des marchés publics.....	18
Section 2 : La grille d'analyse de l'émergence du concept de marché public en droit administratif.....	20
§ 1 : Les dichotomies d'analyses de l'émergence conceptuelle des marchés publics.....	21
A) La dichotomie d'analyse principale.....	21
B) La dichotomie d'analyse secondaire	23
§ 2 : L'imbrication du raisonnement.....	24
Chapitre introductif : La maturité juridique de la passation des travaux publics prérévolutionnaires.....	27
Section 1 : Les travaux publics dans l'Antiquité	27
§ 1 : Les travaux publics dans la Grèce antique.....	27
A) Les travaux publics dans la Grèce antique sous la plume de PLATON.....	28
B) Les travaux publics de la Grèce antique « gravés dans les roches ».....	29
§ 2 : Les travaux publics dans la Rome antique.....	30
Section 2 : Les travaux publics sous l'Ancien Régime en tant que source originaire des marchés publics français	33
§ 1 : L'appréhension des travaux publics sous l'Ancien Régime, source juridique des travaux publics postrévolutionnaires	34
A) Les caractéristiques générales des contrats de travaux publics sous l'Ancien Régime dans la Généralité de Paris	34
1) Le formalisme de l'Administration royale	36
2) Le choix de l'entrepreneur de travaux par l'Administration	38
B) Une pratique précocement moderne des marchés de travaux publics sous l'Ancien Régime.....	40
§ 2 : Les modes d'attribution des marchés de travaux publics sous l'Ancien Régime en tant que source originaire des modes de passation des marchés publics.....	40
A) L'adjudication publique sous l'Ancien Régime.....	41
1) Des fondements coutumiers et réglementaires très ancrés.....	41

2) Le procédé de l'adjudication publique avant 1789	42
B) Les marchés de gré à gré sous l'Ancien Régime	44

Partie I : Les fondements conceptuels des marchés publics en droit administratif.....47

Titre I : Les fondements conceptuels principaux dans l'émergence des marchés publics.....48

Section préliminaire : Les caractères communs fondant les qualifications juridiques postrévolutionnaires de marché autonome de travaux publics et de marché autonome de fournitures

§ 1 : Le caractère contractuel des marchés autonomes de travaux publics et de fournitures postrévolutionnaires..... 49

A) Une définition du contrat de droit commun : l'article 1101 du Code civil

B) Les marchés de travaux publics et de fournitures : entre « acte administratif par soumission » et contrat exorbitant de droit commun

1) Les marchés de travaux publics et de fournitures en tant qu' « acte administratif par soumission » ?

2) Les marchés de travaux publics et de fournitures en tant que contrats exorbitants de droit commun.....

§ 2 : Le caractère administratif des marchés autonomes de travaux publics et des marchés autonomes de fournitures

A) La détermination textuelle du caractère administratif des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures

B) Les compétences contentieuses : fondement matériel du caractère administratif. 58

§ 3 : Le caractère autonome des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures postrévolutionnaires.....

A) Des régimes juridiques autonomes

B) Des régimes contentieux distincts

Chapitre 1 : Les marchés de travaux publics de l'État62

Section 1 : La recherche d'une définition matérielle moderne de la notion de travaux publics par les acteurs du droit administratif

§ 1 : Une absence de définition matérielle législative et réglementaire des marchés de travaux publics de l'État.....

A) Le socle textuel des marchés de travaux publics de l'État ou la détermination d'une compétence réglementaire.....

1) La législation révolutionnaire concernant les marchés de travaux publics ou l'affirmation de leur caractère administratif.....	64
2) La base législative et réglementaire des marchés applicable aux travaux publics	66
B) La consolidation réglementaire du régime applicable aux marchés de travaux publics de l'État	68
1) Le décret de mai 1862 relatif aux marchés de l'État	68
2) Le décret du 18 novembre 1882	68
3) Le décret du 6 avril 1942 : l'amorce d'un renouveau.....	69
4) La première définition matérielle réglementaire du marché incluant celui de travaux publics	70
§ 2 : La matérialisation d'une définition des marchés de travaux publics par la doctrine administrativiste	71
A) Les confusions terminologiques entre les notions différentes de « travaux publics » et de « marchés de travaux publics »	72
B) Le dénominateur commun de l'histoire des travaux publics en France : l'Administration des Ponts et Chaussées	73
C) La progressive maturation d'une définition matérielle du marché de travaux publics par la doctrine administrativiste.....	74
1) Le marché de travaux publics dans la vision doctrinale révolutionnaire	74
2) la doctrine administrativiste et les marchés de travaux publics sous la Restauration	75
a) Le baron de GÉRANDO, un précurseur	76
b) L'appréhension des marchés de travaux publics dans les écrits de CORMENIN	77
3) La IIe République et le second Empire : leurs travaux publics	77
a) Les travaux publics chez Denis SERRIGNY.....	78
b) La maturité d'une appréhension : les travaux publics dans les écrits du doyen FOUCART	79
c) Les travaux publics chez Anselme-Polycarpe BATBIE.....	80
d) Les travaux publics dans les écrits de Toussaint-Ange COTELLE.....	81
e) Les travaux publics chez Gabriel DUFOUR.....	83
f) Léon AUCOC et les travaux publics sous le second Empire	83
5) Les travaux publics dans la doctrine et la jurisprudence de la IIIe République à la Première Guerre mondiale, ou l'inflation doctrinale relative aux travaux publics..	84
a) Le développement d'une doctrine administrativiste spécialisée sur les travaux publics : l'œuvre d'Eugène PERRIQUET.....	85
b) Les travaux publics de la IIIe République chez Léon Aucoc	87
c) Les travaux publics chez Alphonse DEBAUVE	88

d) La conceptualisation des marchés de travaux publics dans le traité d'Édouard LAFERRIÈRE : une étape franchie dans la définition matérielle des marchés de travaux publics.....	89
e) Une consolidation du concept de marché de travaux publics dans les écrits de Maurice HAURIOU	91
§ 3 : Définition jurisprudentielle des travaux publics dans les grands arrêts administratifs.....	93
A) La définition des travaux publics de l'arrêt du Conseil d'État <i>Monségur</i>	94
B) La définition des travaux publics de l'arrêt du Conseil d'État <i>Effimieff</i>	94
Section 2 : Les éléments de définition formelle de la qualification juridique de marchés de travaux publics en droit administratif.....	96
§ 1 : Les compétences intervenant dans la passation des marchés de travaux publics	97
A) Les autorités compétentes dans la passation des marchés de travaux publics en tant que critère organique des contrats exorbitants du droit commun	98
1) Les autorités compétentes dans la passation des marchés de travaux publics de l'État.....	98
2) L'expression de la compétence de l'État dans la passation des marchés de travaux publics : le cahier des charges.....	100
a) La composante centrale du cahier des charges : le cahier des clauses et des conditions générales	101
b) Le devis ou cahier des charges spéciales	103
c) Le bordereau des prix d'application.....	103
d) L'avant-métré facultatif.....	104
3) Le destinataire de la compétence étatique : l'entrepreneur de travaux publics et son statut juridique.....	105
B) Les compétences contentieuses propres aux marchés de travaux publics : marqueur de l'autonomie de ce type de contrat administratif.....	108
1) La pratique d'un contentieux administratif propre aux marchés de travaux publics	109
2) La théorie d'un contentieux judiciaire des marchés de travaux publics.....	113
§ 2 : Les modes de passation des marchés de travaux publics.....	116
A) L'adjudication, élément central des marchés de travaux public.....	116
1) L'appréhension doctrinale de l'adjudication des marchés de travaux publics..	117
a) L'adjudication postrévolutionnaire théorique	117
b) Les limites de l'adjudication théorique	117
2) Les textes fixant le principe de l'adjudication dans la passation des marchés de travaux publics	118
B) Les marchés de travaux publics de l'État conclus de gré à gré.....	120
C) Vers la fin de l'adjudication, le procédé de l'appel d'offre	122

1) Une modernisation nécessaire des procédés de passation des marchés de travaux publics : l'apport du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés de l'État	122
2) La victoire de l'intérêt administratif sur l'intérêt financier : l'avènement de l'appel d'offres.....	123
Chapitre 2 : Les marchés de fournitures de l'État.....	126
Section 1 : La construction d'une définition matérielle moderne des marchés de fournitures de l'État.....	127
§ 1 : Une absence de définition matérielle législative et réglementaire des marchés de fournitures de l'État	128
A) L'appréhension des marchés de fournitures de l'État par le législateur.....	128
1) La détermination par le législateur révolutionnaire du caractère administratif des marchés de fournitures	128
2) La clarification du régime juridique des marchés de l'État durant le règne de Louis-Philippe (1830-1848)	131
a) La base législative du cadre juridique des marchés de fournitures de l'État : la loi du 31 janvier 1833.....	131
b) Une clarification relative du régime de passation des marchés de fournitures de l'État : l'ordonnance du 4 décembre 1836.....	132
3) La construction d'un cadre juridique général concernant les marchés de l'État par le législateur	133
a) Une inflation législative et réglementaire désordonnée	133
b) La montée du militarisme de 1890 à la Première Guerre mondiale : levier de la construction d'un cadre juridique des marchés de fournitures	136
4) Le décret du 6 avril 1942 : amorce d'une modernisation d'envergure.....	138
5) Vers une définition matérielle des marchés publics de fournitures.....	139
§ 2 : L'apport postrévolutionnaire de la doctrine administrativiste à la définition du marché de fournitures : un rôle d'analyse abstractive entre législation et jurisprudence	140
A) Les marchés de fournitures chez les auteurs de la doctrine administrativiste « généraliste » du XIXe et début du XXe siècle.....	141
1) Les marchés de fournitures chez CORMENIN	141
2) Les marchés de fournitures chez Denis SERRIGNY.....	143
3) Les marchés de fournitures dans l'appréhension du doyen FOUCART.....	143
4) Les marchés de fournitures chez Anselme-Polycarpe BATBIE.....	145
4) Léon AUCOC et son appréhension des marchés de fournitures	146
5) La conceptualisation des marchés de fournitures par Édouard LAFERRIÈRE ..	147
6) La consolidation conceptuelle des marchés de fournitures : Maurice HAURIUO	152

B) Les marchés de fournitures dans la doctrine administrativiste plus spécialisée sur les contrats administratifs.....	154
1) Les marchés de fournitures dans le traité d’Arsène PÉRIER.....	154
2) Les marchés de fournitures chez Eugène PERRIQUET.....	155
3) Une définition des marchés de fournitures de spécialiste : Louis TÉTREAU.....	157
C) La question des marchés mixtes de fournitures et de travaux publics dans la doctrine administrativiste.....	159
§ 3 : Une construction jurisprudentielle postrévolutionnaire d’une définition matérielle des marchés de fournitures de l’État.....	161
A) Le rôle majeur de la jurisprudence postrévolutionnaire dans l’appréhension de la pratique juridique des marchés de fournitures.....	162
1) Le rôle de la jurisprudence en matière de marchés de fournitures.....	162
2) La définition des marchés de fournitures par la jurisprudence.....	163
B) La « qualité » et la « quantité » de la jurisprudence postrévolutionnaire en matière de marché de fournitures.....	166
1) Les arrêts de principe dans la définition jurisprudentielle du marché de fournitures.....	166
2) Les arrêts de la jurisprudence administrative : un apport central à l’appréhension des marchés de fournitures.....	168
Section 2 : La passation des marchés de fournitures : élément de définition formelle des marchés autonomes de fournitures postrévolutionnaires.....	171
§ 1 : Les compétences intervenant dans la passation des marchés de fournitures de l’État.....	172
A) L’autorité compétente dans la passation des marchés de fournitures : critère organique en tant que point de convergence avec les marchés de travaux publics....	173
1) La compétence administrative dans la passation des marchés de fournitures de l’État.....	173
2) L’expression formelle de la compétence administrative dans la passation des marchés de fournitures : le cahier des charges.....	174
3) Le fournisseur et son statut juridique dans la compétence administrative de passation des marchés de fournitures.....	177
B) Les compétences contentieuses dans les marchés de fournitures de l’État.....	178
1) La théorie du « ministre-juge » : fondement du contentieux administratif de premier degré des marchés de fournitures de l’État au XIXe siècle.....	178
2) La réunification des deux degrés de juridiction des marchés de fournitures devant le Conseil d’État.....	181
3) Le décret du 30 septembre 1953 : les Tribunaux administratifs, juge de premier degré du contentieux des marchés de fournitures.....	183
§ 2 : les procédés juridiques intervenant dans le choix des cocontractants de l’Administration.....	183

A) Le procédé juridique de l'adjudication : dénominateur commun au choix des fournisseurs et entrepreneurs de l'Administration	184
1) Le principe de l'adjudication appliqué aux marchés de fournitures de l'État	185
2) Les limites du procédé de l'adjudication des marchés de fournitures de l'État	186
B) L'exception au principe : le marché de fournitures de l'État passé de gré à gré.....	188
1) Le procédé du marché de gré à gré	189
2) Les cas de marchés de fournitures de l'État passés de gré à gré.....	189

Titre II : Les fondements conceptuels complémentaires des marchés publics..... 194

Chapitre 1 : La notion juridique de « marché de services ».....	195
Section 1 : La recherche d'une définition matérielle des marchés de services.....	196
Sous-section 1 : Les prestations entrant dans le champ des marchés de fournitures <i>lato sensu</i>	196
§ 1 : Les objets matériels en finalité des marchés de fournitures : socle d'une définition cohérente	197
A) Les prestations mobilières : premier objet matériel des marchés de fournitures.	197
1) Des prestations mobilières pour assurer le bon fonctionnement des services de l'État.....	198
2) Le cas des fournitures en prestations mobilières de la Défense nationale : amplificateur de l'importance des marchés de fournitures.....	199
B) Les fournitures isolées et multiples : deuxième objet matériel des marchés de fournitures.....	201
1) Les fournitures isolées : socle d'une sous-catégorie jurisprudentielle de marchés de fournitures.....	201
2) Les fournitures multiples : trait d'union entre biens mobiliers et prestations de services	202
§ 2 : Les objets immatériels en finalité complémentaire des marchés de fournitures : éléments d'une définition matérielle extensive	205
A) La construction d'une définition extensive des marchés de fournitures.....	205
1) Une construction fondamentalement doctrinale et jurisprudentielle.....	205
2) La notion de marchés administratifs : une volonté d'adaptation terminologique à une notion de « fourniture difforme »	208
B) Une appréhension des « marchés de services » postrévolutionnaires : entre éclatement et non autonomie.....	209
1) Un objet de services morcelé dans diverses conventions entre différents contrats publics et privés	209
2) La question du sens du mot « services » dans l'histoire du droit des contrats administratifs	212

Sous-section 2 : La multiplication de sous-catégories de marchés de services non autonomes, vecteur de consolidation notionnelle.....	214
§ 1 : Des marchés de transports : levier de la naissance des marchés publics de services	215
A) Les marchés de transports dans les textes du législateur	215
1) La reconnaissance du caractère administratif des marchés de transports de l'État : un caractère administratif en héritage des marchés de fournitures de l'État	216
2) Une reconnaissance textuelle limitée des marchés de transports, en tant qu'objet de marché.....	217
3) Une non définition des marchés de transports : une attitude constante du législateur à l'égard de ses marchés	221
B) Les marchés de transports dans la doctrine administrativiste et la jurisprudence	223
1) L'appréhension des marchés de transports, chez les auteurs de la doctrine administrativiste du XIXe et de la première moitié du XXe siècle.....	223
a) Les marchés de transports chez Eugène PERRIQUET	224
b) Les marchés de transports dans les écrits de Louis TÉTREAU	225
c) Les marchés de transports dans les écrits de Pascal ARRIGHI.....	226
2) L'appréhension des marchés de transports par la jurisprudence.....	228
a) Le rôle de la jurisprudence administrative dans la reconnaissance des marchés de transports.....	228
b) Une part conséquente des décisions jurisprudentielles en rapport avec les marchés de transports.....	229
§ 2 : Une inflation de sous-catégories de marchés de fournitures, conséquence d'un manque de théorisation.....	234
A) Des prestations de services s'intégrant dans les marchés de fournitures : les sous-catégories de marchés de fournitures de services.....	234
1) La multiplicité des prestations de services.....	235
2) Les marchés de services de livraisons, de fournitures de main d'œuvre, de fabrication etc.	235
B) Une appréhension des sous-catégories de marchés de fournitures de services par les différents acteurs du droit administratif.....	236
1) Les différents objets de marchés de fournitures de services dans les textes du législateur	236
2) Les sous-catégories de marchés de fournitures de services dans la doctrine et la jurisprudence	238
a) Une approche doctrinale mal délimitée	238
b) Une approche jurisprudentielle au cas par cas	239
Section 2 : La définition formelle de la notion de marché de services.....	243

§ 1 : Des compétences de passation similaires à celle des marchés de fournitures.....	244
A) Les compétences dans la passation des marchés procurant des services à titre onéreux à l'État : un point de convergence à tous les types de marchés	244
B) Les compétences en matière de contentieux des marchés procurant des services à titre onéreux à l'État.....	246
§ 2 : Des modes de désignation des cocontractants de l'Administration communs aux différents objets de marchés	248
A) L'adjudication des marchés procurant des services à titre onéreux	248
1) L'appréhension doctrinale de l'adjudication des marchés de fournitures de services	248
2) L'adjudication : un procédé de principe dans l'attribution des différents types de marchés sans différenciation d'objet.....	251
3) Des limites au principe de l'adjudication communes à tous les objets de marchés	252
B) Les marchés procurant des services à titre onéreux passés de gré à gré	252
1) Une appréhension doctrinale des marchés de fournitures de services passés de gré à gré	253
2) Le procédé du gré à gré : trait d'union entre tous les objets de marchés.....	255
 Chapitre 2 : La notion juridique de « marché local »	262
Section 1 : Les marchés de travaux publics des collectivités locales.....	263
§ 1 : La qualification de marché de travaux publics des collectivités locales.....	264
A) Une qualification de contrat administratif par détermination de la loi.....	264
1) Les textes spécifiques applicables aux marchés de travaux publics des collectivités locales : un déficit de définition matérielle	265
a) Les textes applicables aux marchés de travaux publics communaux.....	265
b) Les textes applicables aux travaux publics départementaux.....	267
c) Vers une notion de « marchés de travaux publics des collectivités locales »	268
2) Les éléments de définition formelle des marchés de travaux publics des collectivités locales	269
a) Les autorités compétentes dans la passation des marchés de travaux publics des collectivités locales : élément de définition formelle.....	270
b) Les modes de désignation de l'entrepreneur par les collectivités locales : élément de définition formelle.....	273
c) Le cahier des charges des collectivités locales : élément de définition formelle	275
B) L'homogénéité administrativiste de la qualification de marché de travaux publics	276

§ 2 : Un contentieux administratif des marchés de travaux publics des collectivités locales.....	277
A) Un contentieux administratif spécifique	278
B) L'unité contentieuse des marchés de travaux publics.....	280
Section 2 : Les marchés de fournitures des collectivités locales	282
§ 1 : Les marchés de fournitures des collectivités locales postrévolutionnaires : une qualification juridique postrévolutionnaire entre droit commun et droit administratif	282
A) Le marché de fournitures des collectivités locales postrévolutionnaire : contrat de droit commun et contrat administratif sur le critère de la simplicité de la fourniture	282
1) Le marché de fournitures local : contrat de droit commun.....	282
2) Le marché de fournitures local : vers la qualification de contrat administratif	284
B) Les fondements matériels et formels du marché de fournitures local.....	285
1) La non définition matérielle du marché de fournitures local en tant que contrat de droit commun.....	286
a) Les textes applicables au marché de fournitures communal	286
b) Les textes applicables au marché de fournitures départemental	287
2) Une définition formelle administrative du marché de fournitures local.....	288
a) La compétence dans la passation du marché de fournitures local	288
b) Les modes de désignation des fournisseurs locaux de l'Administration	290
c) Le cahier des charges locales : expression d'une compétence spécifique	293
§ 2 : De la compétence contentieuse de droit commun à la compétence contentieuse administrative en matière de marché de fournitures des collectivités locales.....	294
A) Le contentieux de droit commun de principe des marchés de fournitures des collectivités locales postrévolutionnaires	295
1) Les raisons d'une incohérence posée par les textes	296
2) Les solutions esquissées par la doctrine administrativiste du XIXe siècle	298
B) Le basculement progressif vers un contentieux administratif du marché de fournitures des collectivités locales	300
1) Un long processus jurisprudentiel	300
2) Une normalisation du marché de fournitures local en tant que contrat administratif	304

Partie II : La construction conceptuelle des marchés publics en droit administratif..... 312

Titre I : La matrice conceptuelle des marchés publics ou l'abstraction progressive du contrat administratif..... 313

Section préliminaire : Les objets de recherche d'une doctrine administrativiste
postrévolutionnaire313

§ 1 : La pratique juridique de l'Administration.....314

§ 2 : Du formalisme juridique de l'activité administrative à celui plus spécifique des
contrats administratifs.....318

A) Le développement d'un formalisme administratif au-delà d'une simple pratique
administrative : ressort de l'élaboration du droit administratif au XIXe siècle318

B) Le formalisme juridique spécifique d'une pratique de l'activité administrative : les
contrats administratifs conclus à titre onéreux.....320

Chapitre 1 : Les écrits de la doctrine administrativiste au XIXe siècle en tant que
matériaux théoriques des « contrats administratifs» 324

Section 1 : Les carences théoriques de la doctrine administrativiste des deux premiers tiers du
XIXe siècle : matrice d'une conceptualisation des contrats administratifs.....326

§ 1 : Une doctrine administrativiste des deux premiers tiers du XIXe siècle enfermée
dans une analyse descriptive de l'activité contractuelle administrative327

A) La question de la généralisation des pratiques administratives par la doctrine....327

1) La description de la pratique contractuelle administrative courante par la
doctrine.....327

2) Une absence de rapprochement entre différents types de convention : une non
généralisation de la pratique contractuelle habituelle de l'Administration par la
doctrine administrativiste du XIXe siècle329

a) L'absence d'une volonté de synthèse de la doctrine administrativiste des
contrats postrévolutionnaires329

b) Une absence de capacité doctrinale de généralisation en matière de contrats
administratifs330

B) Une production doctrinale en mal de conceptualisation globale des contrats
administratifs333

1) Les raisons internes de la déficience de conceptualisation globale de la doctrine
administrativiste en matière de contrats.....334

2) Les raisons externes d'une non conceptualisation des contrats administratifs
par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire des deux premiers tiers du
XIXe siècle335

§ 2 : Une incapacité de théorisation des contrats administratifs par la doctrine
administrativiste postrévolutionnaire (1789-1927).....337

A) L'insuffisance de généralisation et de conceptualisation globale des contrats
administratifs : une « primo-théorie » des contrats administratifs impossible.....337

1) L'émergence progressive de la terminologie conceptuelle de « contrats administratifs » dans la doctrine administrativiste du XIXe siècle.....	338
2) La corrélation d'insuffisance terminologique et de déficit de définition conceptuelle : la cristallisation d'un stade d'évolution de la doctrine.....	341
B) La production d'une doctrine administrativiste postrévolutionnaire en tant que matrice théorique des contrats administratifs.....	343
1) Le travail de compilation et de description de l'activité contractuelle de l'Administration par la doctrine administrativiste postrévolutionnaire	343
2) Des insuffisances doctrinales récurrentes en matière de contrats de l'Administration : matrice de la première théorisation des contrats administratifs	344
Section 2 : Le concept de contrat administratif et ses fondements.....	346
§ 1 : Le « marché » en droit administratif : fondement conceptuel général du contrat administratif.....	347
A) L'appréhension doctrinale de la notion de « marché » en tant que fondement conceptuel du contrat administratif.....	348
1) Une terminologie notionnelle habituelle : le « marché »	348
a) La terminologie notionnelle de « marché » chez le législateur	348
b) La terminologie notionnelle de « marché » dans la jurisprudence	349
c) La terminologie de « marché » dans la doctrine administrativiste postrévolutionnaire	350
2) Une définition conceptuelle du « marché » impossible au XIXe siècle	351
B) Les démembrements de la notion de « marché » : fondements conceptuels du contrat administratif.....	353
1) Un démembrement notionnel des « marchés » : le marché de travaux publics en tant que fondement conceptuel premier du contrat administratif.....	353
2) Deuxième démembrement notionnel : le marché de fournitures de biens et services en tant que fondement conceptuel secondaire du contrat administratif.....	354
§ 2 : Le positionnement des démembrements typologiques de la notion de « marché » dans la classification des contrats administratifs au XIXe siècle.....	356
A) Une typologie approximative, une définition conceptuelle composite du contrat administratif « pré-théorique ».....	357
1) L'interaction typologique du marché et de la concession.....	357
2) Les « contrats administratifs autres que les marchés » et concessions	361
B) Une classification d'envergure impossible des contrats administratifs par la doctrine administrativiste du XIXe siècle	363
1) L'insuffisance typologique de la pratique des contrats de l'Administration par la doctrine administrativiste du XIXe siècle	363
2) L'identification de critères typologiques : condition préalable d'une classification doctrinale	364

Chapitre 2 : La théorisation du contrat administratif en tant que matrice de conceptualisation du marché public.....	372
Section 1 : La première théorisation générale du contrat administratif français : la théorie de Gaston JÈZE (1927-1934).....	373
§ 1 : La composition typologique du contrat administratif en tant que fondement de la théorie de Gaston JÈZE.....	374
A) Le marché de fournitures chez Gaston JÈZE.....	374
1) Les « éléments essentiels » du marché de fournitures chez Gaston JÈZE	375
2) La « classification des marchés de fourniture » chez Gaston JÈZE	376
B) Le contrat administratif de transports ou marché de transports	378
1) Les caractères essentiels du marché de transports dans la théorie de Gaston JÈZE.....	378
2) La classification des marchés de transports dans la théorie de Gaston JÈZE	380
C) Le marchés de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE	382
1) Le marché de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE : un contrat à caractère administratif.....	382
2) L'objet du marché de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE.....	383
3) Le mode de rémunération du marché de travaux publics dans la théorie de Gaston JÈZE	384
4) L'élément essentiel de la responsabilité de l'entrepreneur de travaux publics	386
D) Le contrat de concession de service public.....	387
1) Les éléments essentiels du contrat de concession de service public dans la théorie de Gaston JÈZE	387
a) L'élément essentiel du caractère administratif du contrat de concession de service public.....	387
b) L'objet du contrat de concession de service public.....	390
c) L'élément essentiel de la responsabilité du concessionnaire	392
d) L'élément essentiel de la rémunération dans la concession de service public	392
e) L'élément essentiel de la durée du contrat de concession de service public	393
2) La classification des contrats de concession de service public dans la théorie de Gaston JÈZE	393
a) La concession d'un service public monopolisé.....	393
b) La concession de service public avec monopole de pur fait.....	394
c) La concession de service public à titre exclusif.....	395
d) La concession de service public sans titre exclusif, ni monopole de fait	395
E) Les types complémentaires dans la typologie des contrats administratifs de Gaston JÈZE.....	396

1) Le contrat administratif d'emprunt public d'État.....	397
2) Le contrat administratif de louage de services personnels.....	397
3) L'opération administrative d'offre de concours.....	398
§ 2 : La mise en lumière d'une classification typologique moderne dans la théorie des contrats administratifs de Gaston JÈZE.....	401
A) Le critérium ressortant de la typologie des contrats administratifs de Gaston JÈZE	401
1) Le critère central de l' « administrativité » du contrat.....	401
2) Le critère matériel de l'objet du contrat administratif.....	404
3) Le critère matériel du moyen de paiement.....	406
4) Le critère classique de la compétence contentieuse.....	407
5) Le critère de la responsabilité du cocontractant de l'Administration	408
B) La classification déductible des contrats de l'Administration de Gaston JÈZE.....	409
1) Le procédé contractuel administratif du marché : le contrat administratif conclu à titre onéreux.....	409
2) Le procédé contractuel administratif de la concession.....	411
3) Les contrats de droit civil de l'Administration.....	412
Section 2 : La consolidation théorique du contrat administratif dans la phase de « pré- codification » des marchés publics.....	415
Sous - section 1 : Le point de vue théorique de Georges PEQUIGNOT en matière de contrat administratif (1945-1953).....	415
§ 1 : La classification typologique des contrats de l'Administration de Georges PEQUIGNOT	416
A) Les contrats administratifs qualifiés <i>a priori</i> par la loi.....	416
1) Le marché de travaux publics : une qualification juridique « attractive »	416
2) L'offre de concours.....	419
3) Les concessions.....	420
4) Les marchés de fournitures.....	422
a) Les marchés de fournitures de l'État : le modèle.....	422
b) Les marchés de fournitures des collectivités locales.....	424
c) Les marchés de fournitures des territoires d'outre-mer.....	424
5) Les marchés de transports.....	425
6) Les contrats administratifs complémentaires dans l'approche typologique de Georges PEQUIGNOT.....	426
a) Les emprunts publics de l'État.....	426
b) Les contrats sur le domaine public.....	426
c) Les ventes domaniales.....	427
d) Les contrats d'engagement militaire	427
B) « Le contrat administratif par nature » et leur critérium jurisprudentiel.....	428
1) L'insuffisance du critère organique	428

2) Les critères jurisprudentiels matériels	430
a) « La relation du contrat administratif avec le service public » : premier critère matériel.....	430
b) « Les clauses exorbitantes de droit commun » : deuxième critère matériel	433
§ 2 : Le critérium de classification des contrats administratifs chez Georges PEQUIGNOT	437
A) Les critères des contrats de l'Administration dans la théorie de Georges PEQUIGNOT	437
1) La mise en avant de critères extérieurs au contrat administratif par Georges PEQUIGNOT.....	438
2) La mise de côté de critère interne au contrat par Georges PEQUIGNOT.....	439
B) Une classification générale des contrats administratifs explicitement binaire chez Georges PEQUIGNOT	440
1) Les contrats administratifs par détermination <i>a priori</i> de la loi	440
2) Le contrat administratif par nature ou sur critères jurisprudentiels	440
Sous - section 2 : La théorie des contrats administratifs par André de LAUBADÈRE (1956)	442
§ 1 : La classification typologique des contrats administratifs dans la théorie d'André de LAUBADÈRE	443
A) Les définitions typologiques des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE	443
1) Les définitions typologiques des principaux contrats administratifs chez André de LAUBADÈRE.....	444
a) Les marchés de travaux publics	444
b) « Les contrats comportant occupation du domaine public »	446
c) Les ventes d'immeubles de l'État.....	446
d) Les marchés de fournitures dans la typologie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE	447
e) Les marchés de transports	451
f) Les contrats d'achat et de vente.....	453
g) Les typologies complémentaires des contrats administratif sur application de critères jurisprudentiels	454
2) Une typologie classique avec des définitions variables mais synonymes.....	455
a) Une typologie des contrats administratifs classique	456
b) Une appropriation des définitions typologiques des contrats administratifs par André de LAUBADÈRE.....	456
B) Une classification typologique classique et distincte dans la théorie d'André de LAUBADÈRE.....	456
1) Une classification classique	457

2) Une classification distincte : la requalification jurisprudentielle des marchés de fournitures de l'État.....	457
§ 2 : Le critérium de classification typologique dans la théorie des contrats administratifs d'André de LAUBADÈRE.....	460
A) Le critère de l'origine de la détermination du caractère administratif du contrat : un critère classique de classification des contrats administratifs	460
B) La mise en retrait de critères plus matériels dans la lignée de Georges PEQUIGNOT	461

Titre II : L'émergence du concept administrativiste de « marché public »..... 465

Chapitre 1 : La gestation du concept de « marché public ».....	466
Section 1 : Une matrice politique d'élaboration du CMP	466
§ 1 : Une prise de conscience politique de l'importance du marché public.....	466
A) Une prise de conscience politique précoce par le pouvoir législatif et réglementaire	466
B) La retranscription de cette prise de conscience politique par la doctrine administrativiste.....	467
C) La retranscription jurisprudentielle de cette prise de conscience politique.....	469
§ 2 : La maîtrise d'œuvre du ministère des Finances : la mise en place de la Commission centrale des marchés, génitrice du CMP de 1964	470
A) La genèse de la Commission Centrale des marchés (CCM)	470
B) Le rôle déterminant de la Commission centrale des marchés (CCM).....	472
Section 2 : Le contexte juridique de l'élaboration du CMP	476
§ 1 : Les textes préalables à la codification des marchés publics.....	476
A) Le décret-loi du 12 novembre 1938 : vers une unification du régime juridique....	476
B) L'amorce d'une réforme de fond de l'achat public : le décret du 6 avril 1942.....	477
C) L'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux marchés des communes	477
D) Le tournant du décret du 30 septembre 1953 : la création des Tribunaux administratifs	478
E) Le décret du 13 mars 1956 concernant les marchés de l'État : la première ébauche de définition de la notion de marché	478
F) Le décret du 28 février 1957 concernant les marchés des départements.....	479
G) Le décret du 25 juillet 1960 concernant les marchés des collectivités locales : une harmonisation de la notion de marché de l'État et des collectivités locales.	480
H) Les textes complémentaires intervenant dans la phase de « pré-codification » des marchés publics	480
§ 2 : Les avancées jurisprudentielles intervenant dans l'émergence du concept de marché public	481

A) La base jurisprudentielle de la gestation conceptuelle de marché public.....	481
B) La jurisprudence ayant une influence particulière sur les marchés	487
C) Les caractéristiques d'une doctrine des contrats administratifs dans la période de « pré-codification » des marchés publics.....	492
1) L'amorce d'une inflation théorique autour des contrats administratifs.....	492
2) L'interdépendance des acteurs juridiques de l'émergence du concept de marché public.....	493
 Chapitre 2 : La naissance du concept de « marché public ».....	496
Section 1 : La synthèse terminologique de la notion juridique protéiforme de marché (1789- 1964)	496
§ 1 : Terminologie protéiforme de la notion de marché de 1789 à 1964	496
A) Les terminologies implicites.....	497
1) Les terminologies à dénotation économique : « entreprises de travaux ou de fournitures »	497
2) Les terminologies renvoyant à un élément de la procédure de passation	498
B) Les terminologies explicites	499
1) La terminologie foucartienne de « marchés composés ».....	499
2) Les contrats de marché	500
3) Les marchés administratifs	500
4) Les marchés de service public.....	502
5) Le développement terminologique de la notion de « marché public ».....	503
a) Les prémices terminologiques ou la première utilisation de la terminologie « marché public »	504
b) Le développement « pré-conceptuel » de l'utilisation de la terminologie « marché public »	508
§ 2 : De la terminologie à la notion, de la notion à l'émergence du concept de marché public	509
A) Les insuffisances de définition terminologique : le marché en tant que notion	509
1) La notion de marché de service public	510
2) La notion de marché administratif	510
3) Le marché public en tant que notion juridique.....	511
B) La consolidation doctrinale de la notion juridique de marché : postulat d'une généralisation conceptuelle.....	514
1) Les prémices d'une généralisation fondée sur l'imprécision de la notion de marché.....	514
2) L'amorce de la généralisation conceptuelle : « pré-codification » de la notion de marché public.....	515

Section 2 : L'effectivité de l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1964)	517
§ 1 : La définition conceptuelle des marchés publics	518
A) La synthèse d'apports conceptuels nouveaux et antérieurs.....	518
1) L'apport conceptuel inédit de l'article 1 ^{er} du CMP de 1964	518
2) Les éléments de définition du concept de marché public issu d'une synthèse des textes réglementaires précédents	520
a) La définition conceptuelle des marchés publics par leur statut	520
b) La définition conceptuelle des marchés publics par leur forme.....	521
B) Le corpus du code : création d'un ensemble théorique autour des marchés publics	523
1) L'unification de régimes juridiques autonomes	523
a) L'unification conceptuelle majeure : marchés de travaux publics/marchés de fournitures	523
b) L'unification conceptuelle mineure : marchés de l'État/marchés des collectivités locales	524
2) Une clarification de l'architecture des contrats administratifs	525
3) La création effective d'une nouvelle branche du droit administratif.....	527
§ 2 : Une reconnaissance juridique générale des « marchés publics » en tant que qualification juridique générique emportant un régime juridique particulier	529
A) Une reconnaissance immédiate du pouvoir réglementaire	529
1) La progression logique des textes réglementaires dans l'abstraction théorique des marchés	529
2) La modification du champ d'application des textes réglementaires sur les marchés du fait de la conceptualisation des marchés publics	531
B) Une reconnaissance doctrinale de la conceptualisation des marchés publics progressive.....	532
1) Une terminologie conceptuelle progressivement adoptée par la doctrine pour fonder un bloc théorique.....	532
2) Une utilisation intemporelle de la terminologie « marché public » par la doctrine administrativiste moderne discutable	535
C) Une reconnaissance jurisprudentielle progressive de la conceptualisation des marchés publics	537
1) Le développement de l'usage de la terminologie « marché public » dans le contentieux des contrats administratifs.....	537
2) L'indexation de la catégorie « marché public » dans les recueils de jurisprudence	538

Conclusion générale..... 543

§ 1 : L'apport de cette étude à l'histoire du droit administratif.....	543
§ 2 : L'apport de notre étude au droit administratif général.....	546

Bibliographie générale sélective :	548
Index des matières	563
Index des noms	565
Index de jurisprudence administrative et du Tribunal des conflits.....	567
Table des matières :	577