

REGARDS CROISES : Cet ouvrage est réalisé à l'occasion des 60 ans de l'APASP, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public

Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur.

Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation

Un code de la commande publique est-il indispensable ?

Guillaume DELALOY

Premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel
Adjoint au sous-directeur du droit de la commande publique à la
Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances

*
* *
*

Après plus de vingt ans d'attente, le code de la commande publique est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019¹. Présenté comme un outil de simplification et de modernisation du droit de la commande publique², il est le fruit d'un long processus de rationalisation et de codification destiné à renforcer l'accessibilité et l'intelligibilité du droit. Pour autant, l'aboutissement de ce chantier de plus cinq ans, mené en concertation avec l'ensemble des parties prenantes et passé entre les mains de la Commission supérieure de codification et du Conseil d'Etat³, n'a pas fait taire toutes les critiques dirigées contre notre droit de la commande publique, jugé encore souvent trop complexe.

Trois ans après l'entrée en vigueur du code, la célébration des 60 ans de l'Association Pour l'Achat dans les Services Publics, créée à l'origine sous l'égide du ministère de l'économie et dont la qualité de l'action en faveur de la professionnalisation de l'achat public n'est plus à démontrer, est donc l'occasion de revenir sur l'utilité, si ce n'est la nécessité, d'un tel corpus juridique. En fait, la question qui constitue le titre du présent papier, suggérée judicieusement mais non sans une pointe de malice par le président de l'APASP, recèle deux questions sous-jacentes.

D'une part, dès lors que le droit qu'il codifie serait principalement le fruit de la transposition, voire de la surtransposition des directives européennes relatives aux marchés publics et aux contrats de concession, un code national de la commande publique ne serait-il pas superfétatoire et source de complexité inutile ?

D'autre part, était-il bien nécessaire d'élaborer un nouveau code alors que le travail de « remise en ordre » du droit français des contrats publics d'affaires avait déjà été réalisé à l'occasion de la rédaction des textes de transposition des directives européennes de 2014 et qui avait conduit à l'abrogation du précédent code des marchés publics ?

On tentera donc de démontrer ici que le code de la commande publique n'est pas le doublon inutile des directives européennes mais la réponse à un besoin de sécurisation des acheteurs en rassemblant les diverses sources du droit des marchés publics et des contrats de concession. S'il doit beaucoup à la rationalisation de l'architecture du droit de la commande publique à laquelle a procédé le chantier de transposition qui s'est achevé en 2016, il se veut plus ambitieux car c'est bien tout le droit de la commande publique qui, cette fois, gagne en cohérence⁴.

¹ Il résulte, pour sa partie législative, de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et, pour sa partie réglementaire, du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018.

² Rapport au Président de la République (*JORF* du 5 décembre 2018, texte n° 19).

³ Les travaux de codification du droit de la commande publique ont nécessité 19 séances de la Commission supérieure de codification et 21 réunions de travail au Conseil d'Etat (C. Frackowiak et S. de La Rosa, « La genèse du code de la commande publique, *AJ contrat* 2019, p. 156).

⁴ C. Frackowiak, « Des ordonnances de transposition au code de la commande publique », *AJDA* 2019, p. 395.

I. Une réponse à un besoin de sécurité juridique des acheteurs et des opérateurs économiques

Les appels à la simplification du droit de la commande publique, notamment des procédures de passation des marchés publics, se font régulièrement entendre, tant de la part des acheteurs que des fédérations professionnelles représentant les entreprises, et le gouvernement tente autant qu'il peut d'y répondre, comme en témoignent notamment les relèvements successifs du seuil de dispense de procédure. Toutefois, ces demandes de simplification se heurtent bien souvent, de façon paradoxale, au besoin de sécurité juridique des parties prenantes qui implique clarté et précision de la norme applicable, d'autant que le droit de la commande publique ne se limite pas aux règles issues des directives européennes.

A. La difficile conciliation entre les demandes de simplification du droit et le besoin de sécurité juridique

Dans une tribune publiée le 17 septembre 2021 sur le site achatpublic.info, le président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) lançait un appel à la « disruption » face à la logique d'un « pur formalisme juridique » qui constituerait un carcan inutile empêchant le développement de véritables stratégies d'achat. Selon lui, le droit des marchés publics doit être fondé sur le principe de confiance a priori dans les acheteurs publics, qui ne devrait s'effacer qu'en cas de faux ou usages de faux, ce qui impliquerait de supprimer les seuils nationaux et de transformer le code de la commande publique en simple guide de bonnes pratiques⁵. Cette position est le reflet des critiques suscitées par le droit des marchés publics perçu comme « hypocrite, contre-productif, ruineux et insensé »⁶, certains allant jusqu'à se demander « pourquoi garder le code des marchés publics, chronophage et superfétatoire puisqu'il fait doublon avec le droit européen ? »⁷.

En réalité, l'idée n'est pas nouvelle. Le président Alain Lambert avait déjà suggéré en 2013 de supprimer le code des marchés publics au motif que le droit européen « suffisait » pour encadrer la commande publique, reprenant ainsi la proposition formulée par le groupe de travail chargé, dans le cadre de la révision générale des politiques publiques entreprise par le gouvernement en 2007, de réfléchir aux relations entre l'Etat et les collectivités locales et qui n'avait pas hésité à présenter les conclusions suivantes : « L'analyse menée par les services du Sénat suggère que le souci du détail et de la réglementation peut devenir contre-productif dans la lutte contre l'insécurité juridique tout en générant des coûts administratifs supplémentaires (exemple du formalisme imposé aux documents de la consultation). Dès lors, pourquoi ne pas se contenter du seul droit communautaire relatif aux marchés publics évitant ainsi un code national des marchés publics en permanente modification ? »⁸.

Il est vrai qu'on a tendance à considérer que ce qui est ajouté en plus des directives est une surtransposition et que l'efficacité de l'achat public gagnerait à sa suppression. Mais il s'agit le plus souvent des conséquences d'une imbrication des normes internes et européennes, ce que le Professeur de La Rosa qualifie « d'hybridation normative »⁹. En effet, contrairement à certains de nos voisins européens qui ont commencé à réglementer les procédures de passation des contrats publics sous l'effet du droit européen dérivé, le droit français de la commande publique a préexisté aux directives européennes. Un arrêt du Conseil du roi du 4 juin 1668 explique par exemple comment doivent être faites les adjudications de travaux. Sous la monarchie de Juillet, la réglementation des marchés publics va être organisée dans un souci à la fois de moralisation de l'achat public et de bon usage des deniers publics : les ordonnances du 4 décembre 1836 relative à la passation des marchés de l'Etat et du 14 novembre 1837 étendant les mêmes obligations aux communes et aux établissements publics, qui consacrent l'obligation de concurrence et de publicité, ont servi de fondement au droit des marchés publics jusqu'au milieu du XXe siècle¹⁰. De même, le régime juridique des conventions de délégation de service public a été défini par la loi du 29 janvier 1993, et renforcé par les lois des 2 et 8 février 1995, avant que le droit de l'Union européenne ne s'y intéresse en tant que tel. Cette préexistence a ainsi

⁵ A. Lambert, « Commande publique : Oser enfin la disruption », *achatpublic.info*, 17 septembre 2021.

⁶ A. Lambert, cité par F. Linditch, « La suppression du code des marchés publics envisagée ? », *Contrats et marchés publics* 2007, alerte 37.

⁷ D. Lisnard, *Le Point*, 2 septembre 2021, p. 35.

⁸ Groupe de travail sur « Les relations entre l'Etat et les collectivités locales », RGPP décembre 2007, cité par G. Eckert, « Faut-il supprimer le code des marchés publics ? », in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 263.

⁹ S. de La Rosa, *achatpublic.info*, 3 juin 2022, à l'occasion de la parution de l'ouvrage collectif *Les principes des contrats publics en Europe*, sous la dir. de S. de La Rosa et P. Valcárcel Fernández, Bruylant, 2022.

¹⁰ Voir H. Lemesle, « Réglementer l'achat public en France (XVIIIe-XIXe siècle) », *Genèses*, 2010/3, pp. 8 à 26.

conduit le gouvernement, lors de la transposition de la directive relative aux contrats de concession, à ne pas « déréglementer » certains pans du droit, notamment le secteur de l'eau et de l'assainissement, pourtant exclus de la directive.

Ainsi, le droit européen n'est pas la seule source du droit français de la commande publique. Il s'agit d'un cadre d'harmonisation des législations nationales pour permettre la réalisation du marché intérieur et garantir l'égalité concurrence entre les opérateurs économiques lorsque les contrats présentent un intérêt transfrontalier, notamment en raison de leur montant. Or, à cet égard, au-dessus des seuils européens, le droit de la commande publique est très proche des dispositions européennes, les administrations centrales étant chargées d'éviter les surtranspositions, voire de désurtransposer¹¹.

Pour les contrats qui ne sont pas couverts par les directives, notamment ceux qui ont un montant inférieur aux seuils européens, ou dans le cadre des secteurs dits « non prioritaires », les principes fondamentaux de la commande publique, qui ont pris un relief particulier depuis que le Conseil constitutionnel a reconnu leur valeur constitutionnelle¹², s'appliquent également. Lorsque, afin de faire bénéficier les acheteurs publics des souplesses du droit européen, les auteurs du code des marchés publics de 2004 avaient repris intégralement le régime dérogatoire prévu par la directive de 1992 s'agissant des marchés de services de l'annexe IB en ne les soumettant qu'aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes ainsi que, lorsque leur montant atteignait le seuil européen applicable aux marchés de services, à l'envoi d'un avis d'attribution, le Conseil d'État a censuré ces dispositions au motif que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures posés à l'article 1^{er} du code et auxquels il avait donné une portée générale dans son avis contentieux du 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*¹³, s'opposaient à ce que ces marchés puissent être conclus sans aucune formalité préalable¹⁴. De même, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le projet de réforme de 2004 prévoyait qu'en dessous des seuils communautaires, l'autorité contractante déterminerait elle-même des modalités de publicité et de mise en concurrence dans le respect des principes fondamentaux. Les auteurs du projet pensaient ainsi satisfaire à la demande de flexibilité ; ils se sont heurtés à une forte résistance. Laurent Richer et François Lichère rappellent que élus, chefs d'entreprises, hommes politiques ont alors protesté, notamment par voie de presse, contre l'insécurité juridique liée à l'absence de règle nationale et dénoncé le risque de favoritisme et de corruption¹⁵. Il est vrai qu'en l'absence de code, compte tenu notamment du risque contentieux et surtout du risque pénal, les acheteurs publics se sentiraient démunis et seraient contraints de créer pour leurs propres achats des règlements internes pour préciser les modalités de mise en œuvre des principes de la commande publique, si bien qu'« on a le sentiment que les acheteurs publics cherchent davantage la protection contre les risques que la liberté »¹⁶.

La crise sanitaire liée au covid-19 et l'impact de la flambée des prix des matières premières sur les contrats en cours ont récemment mis en lumière le besoin des acheteurs d'avoir des règles précises pour les accompagner dans la gestion de situations inédites engendrées par des circonstances exceptionnelles. Une enquête menée récemment auprès de plusieurs dizaines d'acteurs par la Chaire de droit des contrats publics de l'université Jean Moulin Lyon III révèle que les dispositions du code de la commande publique ne sont pas jugées assez sécurisantes et laissent parfois une place trop importante à des considérations subjectives¹⁷. Ainsi, « la demande de simplification trouve ses limites : une certaine complexité est inévitable pour respecter l'égalité tout en s'adaptant à la diversité des situations ; comme le relevait Thouret en 1790, il ne faut pas confondre simplification et simplicité »¹⁸.

¹¹ Aux termes de la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise des textes réglementaires et de leur impact, « toute mesure allant au-delà des exigences minimales de la directive est en principe proscrite » (*JORF*, 28 juillet 2017, texte n° 3).

¹² Cons. const. déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 (loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit), *JO* du 3 juillet 2003, p. 11205 ; *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *Dr. adm.* 2003, comm. n° 188, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publics* 2003, doctr. n° 18, obs. F. Linditch ; *RD publ.* 2003, p. 1163, note F. Lichère.

¹³ CE avis 29 juillet 2002, *Société MAJ blanchisserie de Pantin*, n° 246921, *Lebon*, p. 297 ; *BJCP* 2002, p. 427, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *CJEG* 2003, p. 163, note J. Gourdou et A. Bourrel ; *Contrats et marchés publics* 2002, comm. n° 207, note Llorens.

¹⁴ CE 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres, n° 264712, *Lebon*, p. 71 ; *AJDA* 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publics* 2005, comm. n° 107, note G. Eckert.

¹⁵ L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 12^e édition, 2021, p. 371, n° 801.

¹⁶ J.-M. Peyrical, « Faut-il supprimer le Code des marchés publics ? », 20 novembre 2013, <https://www.banquedesterritoires.fr/faut-il-supprimer-le-code-des-marches-publics>.

¹⁷ Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III, *Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*, octobre 2021, p. 122.

¹⁸ L. Richer et F. Lichère, *précité*, p. 369, n° 797.

B. Le droit de la commande publique ne se réduit pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence

Si les règles de publicité et de mise en concurrence visent avant tout à assurer un égal accès des entreprises à la commande publique, qu'elles soient nationales ou européennes ou même originaires d'États tiers ayant conclu un accord de libre-échange avec l'Union européenne, le code contient également d'autres règles issues de législations non saisies par le droit européen et qui poursuivent d'autres objectifs. On pense notamment aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, au paiement direct des sous-traitants, aux avances et acomptes ou encore au règlement amiable des différends.

La suppression du code pour ne conserver que les directives conduirait à la disparition de ces règles qui ont pourtant été adoptées dans un souci de protection de l'intérêt général et des intérêts des entreprises ou à ressusciter ces textes au risque d'un retour vers une situation d'éparpillement normatif à laquelle l'exercice de codification avait justement vocation à mettre un terme.

Par ailleurs, compte tenu du poids qu'elle représente dans l'économie, la commande publique est désormais perçue comme un levier majeur pour poursuivre des objectifs stratégiques de politique publique¹⁹. Dès lors, de plus en plus d'obligations sectorielles pèsent sur les acheteurs pour faire évoluer leurs pratiques dans le sens d'une politique d'achat plus « responsable » ou « durable »²⁰. Mais des obligations transversales sont également insérées directement dans le code, notamment afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique (obligation de faire exécuter au moins 10% des marchés globaux par des petites et moyennes entreprises ou des artisans²¹) ou de mieux tenir compte des enjeux sociaux et environnementaux (obligation de prévoir des clauses environnementales et sociales dans les marchés et les contrats de concessions et de choisir les cocontractants sur la base d'un critère environnemental²²). La démarche n'est pas nouvelle. Les décrets Millerand du 10 août 1899 imposaient déjà dans les marchés publics des clauses sociales relatives aux conditions de travail, notamment en termes de rémunération, de repos hebdomadaire et de durée de travail, dans le but de « favoriser une amélioration sociale par le truchement du droit des marchés publics »²³.

Les objectifs de politique publique que les pouvoirs publics assignent à la commande publique ne sont pas sans susciter des réserves. Ils conduisent à douter de plus en plus de l'efficacité des procédures d'achat public sur lesquelles pèsent des coûts de transaction importants et croissants, voire à en déduire que le droit de la commande publique constitue en soi un frein à la performance de l'achat public²⁴. En ce sens, une note du Conseil d'analyse économique publiée en avril 2015 intitulée « Renforcer l'efficacité de la commande publique » souligne que l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus, estimant en conséquence que charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation serait inefficace²⁵. Mais pour le professeur Richer, la note du CAE est « décalée », dès lors que les directives de 2014 ont fondamentalement modifié les termes du débat. Désormais, « elles placent sur le même plan, celui des objectifs fondamentaux, l'ouverture à la concurrence, d'une part, et l'utilisation de "l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs", d'autres part »²⁶.

¹⁹ Voir notamment, E. Muller (dir.), *La commande publique : un levier pour l'action publique*, Paris, Dalloz, 2018.

²⁰ Voir par exemple la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* du 18 août 2015, texte n° 1), la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (« loi EGALIM », *JORF* du 1^{er} novembre 2018, texte n° 1) ou encore la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (« loi AGECE », *JORF* du 11 février 2020, texte n° 1).

²¹ Art. 131 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (*JORF* du 8 décembre 2020, texte n° 1).

²² Art. 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (*JORF* du 24 août 2021, texte n° 1).

²³ N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617.

²⁴ Voir not. F. Linditch, « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA* 2014, p. 403.

²⁵ J. Tirole et S. Saussier, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 22, avril 2015.

²⁶ L. Richer, « Une analyse décalée », *AJDA*, 2015, p. 1065.

Longtemps présentés comme des « objectifs secondaires »²⁷, les objectifs de développement durable ont d'ailleurs trouvés leur place dans le titre préliminaire du code au même niveau que les principes fondamentaux destinés à garantir une libre et égale concurrence entre les entreprises. En insérant dans le code un nouvel article L. 3-1 disposant que « la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code », l'article 35 de la loi « Climat et Résilience » du 22 août 2021 les a consacrés comme principes directeurs de la commande publique, au même titre que les principes fondamentaux de l'article L.3, appelant ainsi les acheteurs et autorités concédantes à les concilier au mieux dans un objectif d'efficacité globale ou macro-économique de la dépense publique.

Si l'obligation du lien entre les clauses ou critères sociaux ou environnementaux et l'objet du marché constitue toujours, pour reprendre la formule de Denis Piveteau dans ses conclusions sur la décision *Commune de Gravelines*, « l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »²⁸, la conception du meilleur achat et la finalité de la commande publique ont bien évolué depuis cette décision. Comme le rappelle Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision *Département de l'Isère* du 25 mars 2013, à propos des clauses d'insertion professionnelle dans les marchés de travaux, « la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne recouvre plus uniquement des aspects économiques au sens strict, à supposer qu'elle ne l'ait jamais fait. Une offre est économiquement plus avantageuse lorsqu'elle répond le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, en termes quantitatifs (notamment le prix) mais aussi qualitatifs, ce que les critères esthétique, environnemental ou social permettent de révéler »²⁹.

Cette « instrumentalisation du droit de la commande publique »³⁰ vise à promouvoir une utilisation stratégique des contrats publics et optimiser les politiques d'achat. Dans une communication récente, la Commission européenne exhortait les Etats membres à utiliser le droit de la commande publique « d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public et d'apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive »³¹. Toutefois, bien que cette démarche soit désormais incontournable, la multiplication des textes et des injonctions, parfois contradictoires, qui pèsent sur l'acheteur renforcent le sentiment de complexité souvent décrié. Technique, le droit des marchés publics apparaît pour certains comme « un labyrinthe procédural »³², d'où la nécessité de lui redonner de la cohérence grâce à la codification.

II. Une œuvre de mise en cohérence et d'unification du droit de la commande publique

Pendant longtemps, le droit de la commande publique a été caractérisé par une multiplication des formules contractuelles, plus ou moins inspirées du droit privé et découlant de la liberté contractuelle progressivement reconnues aux personnes publiques. Souhaitant offrir aux collectivités des outils dérogatoires au droit des marchés publics et aux règles encadrant la maîtrise d'ouvrage publique, le législateur a créé une variété considérable de contrats qui sont venus s'ajouter les uns aux autres, sans cohérence d'ensemble³³. Face à un droit des contrats publics « en miettes »³⁴, fait de catégories incertaines et de règles parcellaires, aux origines diverses et répondant souvent à des besoins purement conjoncturels, une rationalisation de l'architecture des contrats publics apparaissait comme une exigence impérieuse. En réorganisant le droit de la commande publique, la codification lui a permis de retrouver son unité et sa cohérence.

A. Une exigence impérieuse pour mettre fin à l'éparpillement des sources du droit de la commande publique

²⁷ M. Karpenschif, « Le contrat au service des politiques publiques : contrat public et Union européenne », *RFDA* 2014, p. 418.

²⁸ D. Piveteau, concl. sur CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *BJCP* 2001, p. 490.

²⁹ G. Pellissier, concl. sur CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950, *BJCP* 2013, p. 269.

³⁰ F. Llorens et W. Zimmer, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, juin 2014, repère 10.

³¹ Commission européenne, « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », 3 octobre 2017, COM(2017) 572 final.

³² S. Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 3^e édition, 2009, p. 11.

³³ Voir not. G. Eckert, « Réflexions critiques sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006. 238.

³⁴ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », *Contrats et marchés publics* 2005, repère 1.

Les premières initiatives visant à la codification du droit des contrats publics remontent au milieu des années 1990. C'est en effet en 1994 qu'un groupe de travail de l'Assemblée nationale a invité, pour la première fois, le gouvernement à solliciter du Parlement une habilitation législative en vue d'opérer une refonte d'ensemble des textes relatifs à la « commande publique », dont la caractère « juxtaposé et dispersé » lui a paru de nature à « obscurcir les lignes de forces »³⁵. Sur la base de cette invitation, relayée par le Conseil d'Etat dans son rapport public de 1995³⁶, une circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 prévoyait, dans le cadre d'un ambitieux chantier de codification de l'ensemble des lois et règlements dans un délai de cinq ans, d'élaborer un « code des marchés publics et autres contrats d'intérêt général »³⁷. Dans cette optique, un projet de loi était déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 25 mars 1997 mais n'a pu aboutir en raison de la dissolution de l'Assemblée par le Président de la République.

Quelques années plus tard, l'article 84 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit autorisait le gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative d'un « code de la commande publique ». Si le projet a été délaissé pour faire place au chantier de transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004, il a refait surface lors de la discussion de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés. Une nouvelle disposition d'habilitation y a été insérée par voie amendement mais dont le champ était défini de façon particulièrement étonnante : l'article 33 du texte définitivement adopté par le Sénat le 29 janvier 2009 prévoyait en effet que ce futur code devait contenir « les dispositions de nature législative applicables aux contrats de toute nature, à l'exception de ceux régis actuellement par le code des marchés publics »³⁸. Cette disposition a toutefois été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-575 DC du 12 février 2009 comme cavalier législatif.

Malgré ces différentes tentatives avortées, la nécessité d'un code de la commande publique était régulièrement rappelée par la doctrine et les praticiens³⁹. Elle figure également dans le rapport public de 2008 du Conseil d'Etat, lequel « recommande au Gouvernement (...) pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité, dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration d'un code de la commande publique »⁴⁰.

La doctrine était en effet unanime pour constater que le droit des contrats de l'administration était « à bout de souffle »⁴¹. Ainsi, le professeur Yves Gaudemet, concluant le colloque de l'Association française pour le droit de la construction sur les contrats de partenariat public-privé, n'avait pu que relever « un grand désordre dans l'état du droit » et souligner que celui-ci « avait un coût et, finalement, compliquait, renchérisait la commande et l'investissement publics, rendait ces opérations vulnérables »⁴².

Si les causes d'une telle situation sont multiples, l'une d'entre elles réside dans le caractère uniquement réglementaire des différents codes des marchés publics qui se sont succédé depuis 1964. En effet, en ce qui concerne les marchés publics de l'Etat, le Conseil constitutionnel, voyant dans le code des marchés publics un simple code de procédure administrative, a estimé que « *ni l'article 34 de la Constitution, ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'Etat soient définis par la loi* »⁴³. La question se posait néanmoins en des termes différents pour les collectivités territoriales au regard de l'article 72 de la Constitution. Or, si le Conseil d'Etat n'a pas contesté que les bases constitutionnelles de la décentralisation imposaient la

³⁵ Philippe Seguin, Groupe de travail sur la clarification des rapports entre la politique et l'argent, Assemblée nationale, Les documents d'information, 1994, 443 p.

³⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public 1995*, EDCE, n° 47, Paris, La doc. française, 1996, p. 148.

³⁷ Circulaire relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, NOR : PRMX9601534C, *JORF* du 5 juin 1996, p. 8263.

³⁸ Sénat, texte n° 44 (2008-2009).

³⁹ Voir not. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Pour un code de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2006, repère 2 ; G. Alberton, « Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, vol. 1, p. 761 ; F. Tiberghien, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », *AJDA* 2008, p. 1228.

⁴⁰ Conseil d'Etat, *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n°59, Paris, La doc. française, 2009, p. 254.

⁴¹ N. Symchowicz, « Pour un code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2007, étude n° 4.

⁴² Y. Gaudemet, « La commande publique et le partenariat public-privé : Quelques mots de "synthèse" », *RDI* 2003, p. 534.

⁴³ Cons. constit. déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002 (loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure), *JORF* du 30 août 2002, texte n° 3.

compétence du législateur, il a admis, au terme d'un raisonnement sophistiqué voire « acrobatique »⁴⁴ fondé sur un décret-loi du 12 novembre 1938, que celui-ci avait délégué sa compétence au pouvoir réglementaire⁴⁵.

Cette solution, si elle permettait au gouvernement de garder la main sur les modifications du code des marchés publics, a eu pour effet d'exclure de son champ d'application toute disposition nouvelle, même étroitement liée à la matière, du simple fait qu'elle était de nature législative. Cela, ajouté à la différence entre les définitions nationales et européennes de pouvoir adjudicateur ou de marché public de travaux, a contribué à la dispersion des textes relatifs à des contrats qui, sans entrer dans le champ du code des marchés publics, étaient néanmoins des marchés publics au sens des directives. On citera notamment l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et ses décrets d'application n° 2005-1308 et n° 2005-1742 relatifs aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et de nombreux textes sectoriels autorisant la passation de « contrats complexes » ou de « troisième type »⁴⁶ fondés sur des titres d'occupation domaniale adossés à des conventions de mise à disposition (BEA ou AOT dits « aller-retour »). Outre qu'il est résulté de cette multiplication des textes que « le code des marchés publics [n'était] que le code de certains marchés publics »⁴⁷, la diversité des formules contractuelles était particulièrement préjudiciable à la sécurité juridique, avec des différences de régime dont on peinait à trouver la raison d'être⁴⁸ et qui n'étaient bien souvent pas compatibles avec le droit de l'Union européenne, ce qui a pu conduire le juge administratif à les requalifier et censurer leur procédure d'attribution⁴⁹.

La transposition du nouveau paquet législatif européen sur les marchés publics et les contrats de concession, adopté par le Parlement européen et le Conseil le 26 février 2014⁵⁰, a donc été l'occasion de remettre l'ouvrage sur le métier⁵¹. Toutefois, le chantier se révélait ambitieux et de grande ampleur et ne pouvait raisonnablement pas s'inscrire dans le délai de transposition de 24 mois fixé par les directives. Les expériences antérieures et les difficultés techniques inhérentes à l'exercice de codification incitaient à privilégier une codification à droit constant.

C'est pourquoi, comme l'avait annoncé le ministre de l'économie Pierre Moscovici dès le 12 mars 2014, la transposition a été pensée comme une première étape afin de repenser l'architecture de la commande publique en collant au plus près des notions européennes⁵². Pour mettre fin au « millefeuille des contrats publics »⁵³ et à la « complexité structurelle de la typologie des contrats publics d'affaires »⁵⁴, le droit de la commande publique se devait, avant d'être codifié, d'être rationalisé et organisé autour de la *summa divisio* consacrée par les directives entre les marchés publics et les contrats de concessions⁵⁵.

Ainsi, s'agissant des marchés publics, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 a, d'une part, unifié le régime applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, y compris les personnes morales de droit privé, en mettant fin à la dichotomie entre les marchés publics soumis au code des marchés publics

⁴⁴ L. Favoreu, « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'exécutif », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz 1991, p. 237.

⁴⁵ CE, 5 mars 2003, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, n° 238039 ; CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics, n° 264712 ; CE, 9 juillet 2007, EGF-BTP, n° 297711.

⁴⁶ F. Llorens et W. Zimmer, « Les marchés publics de travaux du "troisième type" à l'épreuve du droit interne », *Contrats et marchés publics* 2016, repère 2.

⁴⁷ G. Eckert, « Faut-il supprimer le code des marchés publics ? », *précité*, p. 270.

⁴⁸ F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2005, étude n° 7.

⁴⁹ Voir par exemple à propos des baux emphytéotiques administratifs : CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, n° 141633 ; TA Paris, 3 février 2009, Sté Ken Club, n° 0900393 ; TA Nice, 6 décembre 2006, Société Cirmad Grand Sud, n° 0605880 ; TA Bordeaux, 26 novembre 2007, Société Norbail-Immobilier, n° 0704671.

⁵⁰ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession – Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE – Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

⁵¹ C. Frackowiak, « De la transposition à la codification : cent fois sur le métier... », *BJCP* 2016, p. 177.

⁵² Pierre Moscovici, Discours de clôture du colloque organisé par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances le 12 mars 2014 sur la transposition des directives européennes. Voir « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », *Dalloz Actualité*, 14 mars 2014.

⁵³ A. Cabanes, « Une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *CP-ACCP* 2004, p. 68.

⁵⁴ S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014. 832.

⁵⁵ C. Frackowiak et G. Delaloy, « Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », *BJCP* 2014, p. 239.

et ceux régis par l'ordonnance du 6 juin 2005 et, d'autre part, remis à plat le régime des contrats complexes, en consacrant le marché de partenariat comme formule unique de partenariat public-privé. L'apport de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession n'est pas moins fondamental : elle a complété le paysage contractuel interne par la reconnaissance, à côté de la concession de travaux déjà bien connue, de la concession de services comme catégorie contractuelle à part entière englobant désormais les délégations de service public. La notion de concession de services a en outre permis de combler un vide juridique pour les contrats de type concessif portant sur des prestations de services sans délégation de service public, qui pouvaient être qualifiés, de manière aléatoire, soit de délégation de service public grâce à une interprétation quelque peu extensive de la notion afin d'éviter qu'ils n'échappent à tout encadrement⁵⁶, soit de marché public⁵⁷ ou de convention d'occupation du domaine public⁵⁸.

Lorsque, à l'issue de chantier de rationalisation, la rédaction d'un code de la commande publique a été relancée par l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi « Sapin 2 »), l'objectif n'était donc pas d'apporter une nouvelle réforme. C'est parce que celle-ci avait été préalablement réalisée dans le cadre de la transposition des directives que la codification de la matière a été rendue possible, à droit constant. Le code de la commande publique s'inscrit donc dans la catégorie des codes qui reforment et non des codes qui réforment, selon la célèbre formule du président Braibant⁵⁹. Toutefois, « toute codification, même à droit constant, a une fonction de révélateur »⁶⁰. En effet, Mathias Guyomar expliquait que « de même que le jardin "à la française" domestique la végétation grâce à son plan géométrique et au dessin de ses parterres, la codification appréhende le droit positif de manière systématique et rationnelle. D'une certaine manière, elle vise l'établissement d'un ordre juridique parfait, c'est-à-dire à la fois complet et cohérent »⁶¹.

Ainsi, au-delà de la nouvelle présentation formelle des règles découlant du plan retenu, le code contient « une part d'innovation »⁶² qui vient de ce qu'il ne se borne pas à juxtaposer des « textes épars »⁶³ mais les organise selon une structure qui donne à l'ensemble une incontestable unité.

B. La révélation de l'unité de la commande publique

La seconde étape du processus qu'a constitué la rédaction proprement dite du code ne s'est pas limitée à une simple compilation des ordonnances de 2015 et 2016 et de leurs décrets d'application. En effet, ont également été intégrés d'autres textes relatifs notamment à l'exécution des contrats mais aussi certaines règles jurisprudentielles, opérant ainsi une véritable « consolidation des sources du droit de la commande publique »⁶⁴.

Ainsi, d'une part, le code de la commande publique rassemble, en les organisant selon un plan logique et cohérent, des règles précédemment contenues dans une trentaine de textes qui jusqu'à présent régissaient, de manière disparate et partielle, les marchés publics et les contrats de concession, mais aussi, sans être exhaustif, la loi MOP du 12 juillet 1985, une partie de la loi de 1975 sur la sous-traitance, les textes relatifs à la lutte contre les retards de paiement dans la commande publique, au développement de la facturation électronique, aux comités de règlement amiable des différends ou encore à l'arbitrage. Si certaines règles applicables à certains marchés ou contrats de concession spécifiques n'ont pas été intégrées dans le nouveau code car déjà présentes dans d'autres codes, comme les délégations de service public conclues par le secteur local, les concessions d'aménagement,

⁵⁶ Voir par ex. CE 19 mars 2012, *SA Partouche*, n°341562, à propos des conventions d'exploitation de casinos, ou CE 7 mars 2014, *CHU de Rouen*, n°372897, à propos des contrats de mise à disposition de moyens de communication aux patients des hôpitaux.

⁵⁷ Voir par ex. CE 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298 et CE 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593, à propos des contrats de mobilier urbain, ou CE 6 novembre 2009, *Prest'Action*, n° 297877 à propos des contrats de régie publicitaire.

⁵⁸ CE Sect. 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis*, n° 338272 ; *AJDA* 2011. 18, obs. S. Nicinsli et E. Glaser ; *AJCT* 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publics* 2011, comm. n° 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. n° 17, note F. Brenet et F. Melleray ; *RDI* 2011. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou.

⁵⁹ G. Braibant, « La problématique de la codification », *RFAP*, n° 82, avr.-juin 1997, p. 165.

⁶⁰ F. Moderne, « À propos de la codification du droit des contrats publics, réflexions sur l'expérience française », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 413.

⁶¹ M. Guyomar, « Y compris à droit constant, la codification revêt une dimension non seulement formelle mais aussi substantielle », *JCP G* 2015, 1271.

⁶² M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA* 2019, p. 219.

⁶³ F. Brenet, « La codification des textes "épars" du droit de la commande publique », *AJDA* 2019, p. 389.

⁶⁴ G. Eckert, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats et marchés publics* 2019, repère 1.

les concessions d'autoroute ou encore les concessions de plage, la cohérence des régimes est assurée par des jeux de renvois entre codes. Au total, ce sont donc bien tous les marchés et toutes les concessions au sens du droit de l'Union européenne qui sont soumis au code de la commande publique.

Ce travail de compilation a d'ailleurs été l'occasion d'affiner la répartition entre la loi et le règlement. Si une réflexion sur le niveau de norme avait déjà été menée lors de la rédaction des textes de transposition des directives, elle nécessitait d'être actualisée au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 14 août 2015 aux termes de laquelle « la définition des procédures de passation des marchés et accords-cadres passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics locaux, celle des règles et modalités encadrant l'usage de ces procédures et la définition des critères en fonction desquels des seuils peuvent être retenus sont au nombre des principes qui relèvent du domaine de la loi »⁶⁵.

D'autre part, en l'habilitant à regrouper et organiser « les règles relatives aux différents contrats de la commande publique », le législateur a permis au gouvernement de codifier non seulement des dispositions écrites, mais également des règles de nature jurisprudentielle. C'est le cas de certaines règles de fond, comme le régime des biens de retour dans les contrats de concession, la possibilité de passer en urgence un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence ou encore la définition de l'offre anormalement basse. Mais c'est surtout l'intégration des certaines « règles générales applicables aux contrats administratifs », rassemblées au côté des principes fondamentaux de la commande publique au sein d'un titre préliminaire, qui contribue à « dessiner l'ADN de la commande publique »⁶⁶.

Ce titre préliminaire, ajouté à l'initiative du Conseil d'Etat⁶⁷, répond ainsi au souhait de la Commission supérieure de codification qui soulignait dès 2011 que l'apport de la création d'un code de la commande publique « ne peut se limiter à la codification des règles applicables à chaque type de contrat public... Il devrait, sans se limiter à une pure juxtaposition des types de contrats..., en faire ressortir les principes organisateurs et fixer les délinéaments d'une théorie juridique des contrats publics »⁶⁸.

Dans cet objectif, le titre préliminaire pose, en premier lieu, une définition commune des contrats de la commande publique. Si l'expression de « commande publique » est apparue dans la doctrine avant d'être révélée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la célèbre décision du 26 juin 2003⁶⁹, ses contours restaient mal définis⁷⁰. En affirmant que « sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques », l'article L. 2 du code parachève l'entreprise de rationalisation par les textes de transposition de 2015-2016 qui ont permis de « subsumer sous la *summa divisio* européenne une pluralité de contrats auparavant très disparates »⁷¹.

Cette définition, qui continue de distinguer acheteur et autorité concédante et qui estime nécessaire de préciser dans l'alinéa suivant que « les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre I^{er} de la première partie », conduit certains auteurs à préférer voir dans ce nouveau code un code des contrats de la commande publique plutôt qu'un code de la commande publique⁷². Il est toutefois certain que la notion de commande publique est enfin incarnée et que cette définition prend acte de ce que les marchés et les concessions ont bien pour objet de répondre au besoin de la personne publique qui les passe⁷³ et qu'ils ont suffisamment en commun pour relever d'un même code, même s'ils sont suffisamment différents pour qu'on maintienne deux régimes juridiques distincts.

En deuxième lieu, en les plaçant dans un article L. 3, au frontispice du code, le codificateur a expressément affirmé que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de

⁶⁵ Cons. constit. déc. n° 2015-257 L du 14 août 2015, *JORF* du 18 août 2015 page 14428. Voir F. Lombard, « Constitution et contrats publics : développements récents », *Constitutions*, avril-juin 2016-2, p. 277.

⁶⁶ C. Maugué et S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA* 2019, p. 213.

⁶⁷ Sur l'apport du Conseil d'Etat dans le processus d'élaboration du code, voir N. Boulouis et B. Dacosta, « L'élaboration du code de la commande publique : cinq actes sans tragédie », *RDFA* 2019, p. 197.

⁶⁸ Commission supérieure de codification, *Rapport annuel 2011*, p. 20 et 21.

⁶⁹ Décision n° 2003-473 DC précitée.

⁷⁰ J.-D. Dreyfus et B. Basset, « Autour de la notion de "droit commun de la commande publique" », *AJDA* 2004, p. 2257.

⁷¹ E. Muller, « Les ambitions raisonnées du code de la commande publique », *Dr. adm.* 2019, étude 9.

⁷² A. Ménéménis, « Le code de la commande publique existe-t-il ? Quelques remarques sur son champ d'application et sur son plan », *RFDA* 2019, p. 202.

⁷³ P. Delvolvé, « Les contrats de la commande publique », *RFDA* 2016, p. 200.

traitement des candidats et de transparence des procédures s'appliquent à tous les contrats soumis au code, y compris aux « autres marchés » et « autres concessions », antérieurement qualifiés de « contrats exclus » compte tenu de leur exclusion du champ d'application des directives européennes⁷⁴. Si la jurisprudence avait déjà pu rappeler que les contrats exclus des procédures de publicité et de mise en concurrence restaient soumis aux principes fondamentaux de la commande publique⁷⁵, des incertitudes demeuraient néanmoins sur leurs modalités de mise en œuvre. A cet égard la rédaction de l'article L. 3 apporte des éléments de réponse bienvenus : en disposant que « les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique » et « mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code », le texte affirme la prééminence du principe d'égalité et admet qu'il puisse être dérogé aux deux autres, notamment lorsque leur mise en œuvre est impossible ou inutile. Il donne ainsi aux acheteurs, dans une logique de sécurité juridique, une grille de lecture permettant de concilier ces principes avec les différentes hypothèses permettant de conclure des marchés de gré à gré sans aucune formalité.

Enfin, la codification de « règles générales applicables aux contrats administratifs » apparaît également comme un vecteur d'unité du droit de la commande publique. L'article L. 6 énumère ainsi les principales règles d'origine jurisprudentielle qui caractérisent le régime des marchés publics et des contrats de concessions : le pouvoir de contrôle de l'autorité contractante sur l'exécution du contrat, le respect du principe de continuité du service public, la théorie de l'imprévision, le pouvoir de modification et de résiliation unilatérales du contrat avec, en contrepartie, le droit à indemnisation du cocontractant même si le principe du droit au maintien de l'équilibre financier du contrat est seulement mentionné aux articles L. 2194-2 et L. 3135-2 du code. On peut certes regretter que l'intégration des règles jurisprudentielles ait été réalisée avec « parcimonie et prudence »⁷⁶. Mais ces choix manifestent la volonté du codificateur de ne cristalliser que les jurisprudences « les plus solidement éprouvées » afin de préserver la plasticité de la règle jurisprudentielle⁷⁷.

On notera que ces « règles générales » n'ont vocation à s'appliquer qu'aux marchés publics et aux contrats de concession qui sont des contrats administratifs soit en raison de leur qualification législative soit en raison de leur objet ou de leurs clauses, alors même que les contrats de la commande publique ne sont pas tous des contrats administratifs. Toutefois, comme le souligne Marion Ubaud-Bergeron⁷⁸, leur intégration dans le titre préliminaire s'imposait afin de faire le lien nécessaire entre droit de la commande publique et droit des contrats administratifs, qui, sans se recouper, se rejoignent : ainsi, derrière le droit des contrats de la commande publique « dominé par le droit de l'Union européenne, n'a pas disparu la spécificité de ceux que reconnaît le droit administratif français »⁷⁹.

*
* *

Au terme de ces réflexions, on peut sans difficulté répondre par l'affirmative à la question posée en titre de cet article : oui, un code de la commande publique est indispensable, sur le fond comme dans sa forme. Certes, il n'est pas parfait. Il n'a pas mis fin à l'instabilité du droit puisqu'il a été modifié dès après sa publication puis à plusieurs reprises déjà. Mais ces évolutions témoignent du besoin d'adaptabilité de la norme pour répondre au mieux aux préoccupations concrètes de ses utilisateurs dans une logique à la fois d'efficacité de l'achat public et d'attractivité de la commande publique pour les entreprises.

Sans vouloir rigidifier le droit de la commande publique, la codification est de nature à renforcer substantiellement la sécurité juridique des procédures de passation et de l'exécution des marchés publics et des contrats de concession. En réunissant les différents régimes applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique au sein d'un corpus juridique unique et cohérent, elle constitue un moyen essentiel de renforcer l'accessibilité du droit. On retrouve là la finalité principale de la codification contemporaine à droit constant qui, en rendant les règles plus accessibles, répond aux objectifs de valeur

⁷⁴ Voir not. H. Hoepffner et P. Terneyre, « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA* 2019, p. 206.

⁷⁵ CE, 17 décembre Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit, n° 413193, *Lebon T.* p. 668 ; *AJDA* 2017. 2495 ; *BJCP* 2018, p. 106, concl. O. Henrard, obs. S.N. ; *Contrats et marchés publics* 2018, comm. n° 46, obs. P. Devillers – CE, 5 février 2018, CNRS, n° 414846, *Lebon T.* p. 2018 ; *JCP A* 2019, 2041, chron. J. Martin et G. Pellissier ; *Contrats et marchés publics* 2018, comm. n° 78, note M. Ubaud-Bergeron ; *BJCP* 2018, p. 143, concl. O. Henrard.

⁷⁶ E. Muller, « Les ambitions raisonnées du code de la commande publique », *Dr. adm.* 2019, étude 9. Voir aussi F. Melleray et R. Noguellou, « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019. 381.

⁷⁷ Sur les critères qui ont guidé les auteurs du code dans le choix des jurisprudences à codifier, voir C. Maugué et S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA* 2019, p. 213.

⁷⁸ M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA* 2019, p. 219.

⁷⁹ P. Delvolvé, « Les contrats de la commande publique », *RFDA* 2016, p. 200.

constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁸⁰. Le code de la commande publique fixe dorénavant un cadre général, global et cohérent, de nature à renforcer la performance de l'achat public, dans un cadre sécurisant pour les acheteurs, les autorités concédantes et les entreprises.

Une brèche subsiste néanmoins dans cette belle unité : la distinction au sein du code entre les contrats de la commande publique de droit administratif et les contrats de la commande publique de droit privé. Cette dichotomie n'est pas sans créer des différences importantes en termes de régime juridique (référence aux cahiers des clauses administratives générales, règles d'exécution financière, recours à la médiation ou à l'arbitrage). Mais surtout elle soumet ces contrats à des juges différents, ce qui a pu être vu comme créant une inégalité entre les opérateurs économiques au regard du droit au juge, compte tenu de l'hétérogénéité des recours ouverts aux candidats évincés devant les juridictions administratives ou judiciaires, comme en témoigne la QPC posée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation en juillet 2020⁸¹. Une question se pose alors : l'unité de la commande publique voulue par le codificateur implique-t-elle d'aller plus loin en unifiant également le contentieux des contrats de la commande publique ?

⁸⁰ Cons. constit., déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 (loi portant habilitation du gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de certains codes), *JO* du 22 décembre 1999, p. 19041 ; *AJDA* 2000. 31, note J.-E. Schoettl ; *RTD civ.* 2000. 186, obs. N. Molfessis.

⁸¹ Cons. constit. déc. n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020 (Société Bâtiment mayennais), *JORF* du 3 octobre 2020, texte n° 105 ; *JCP G* 2020, p. 1992, obs. E. Muller ; *JCP A* 2020, p. 3, obs. S. Hul ; *AJDA* 2020. 2281, note M. Karpenschif ; *RFDA* 2021, p. 1, note P.-Y. Gahdoun et M. Ubaud-Bergeron ; *RFDC* 2021, p. 227, obs. P. Bon.