

# Le contentieux : un levier de simplification du droit de la commande publique

Le contentieux de la commande publique, marqué par une complexité croissante, fait l'objet de tentatives de rationalisation tant jurisprudentielles que législatives. Si l'arrêt *Tarn-et-Garonne* a amorcé une unification procédurale, le récent échec du projet de loi de simplification souligne les difficultés à bâtir un bloc de compétence administrative unique.

Le contentieux de la commande publique est reconnu pour sa grande complexité, qui tient autant à la diversité qu'à l'hétérogénéité de ses voies de droit. Afin d'en améliorer la lisibilité et la maniabilité, le législateur, comme le juge administratif par une œuvre jurisprudentielle volontariste, ont engagé un mouvement de rationalisation. Celui-ci tend à simplifier les mécanismes contentieux et à en assurer une plus grande cohérence, en les structurant progressivement autour de la figure du juge administratif, et plus spécifiquement, du juge du contrat, désormais au cœur de cet édifice.

## Le juge administratif, acteur d'une simplification incertaine du contentieux de la commande publique

### Les mille et un recours du contentieux de la commande publique

Le contentieux contractuel de la commande publique se caractérise par un degré élevé de complexité, qui rend particulièrement périlleux l'exercice quasi-insurmontable de sa simplification.

Cette complexité trouve son origine dans l'accumulation de réformes et d'apports jurisprudentiels qui, loin de simplifier le paysage contentieux, en ont accru la densité. La loi du 4 janvier 1992<sup>(1)</sup> et l'ordonnance du 7 mai 2009<sup>(2)</sup>

#### Auteur

**Marie Breton**  
Avocate  
Cabinet Symchowicz-Weissberg & Associés

(1) L. n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux.

(2) Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

à l'origine de la création des référés précontractuel et contractuel, ainsi que les interprétations jurisprudentielles structurantes du Conseil d'État<sup>[3]</sup>, ont contribué à diversifier et à multiplier les voies de recours ouvertes aux justiciables. Il en résulte aujourd'hui un ensemble particulièrement étoffé, comprenant un nombre élevé de voies de droit susceptibles d'être mobilisées devant le juge administratif dans le champ de la commande publique.

Cette profusion se manifeste dès le stade de la formation du contrat. Le juge des référés peut être saisi par le biais de plusieurs recours – référés précontractuel<sup>[4]</sup> et contractuel<sup>[5]</sup> ou encore référé « secret des affaires »<sup>[6]</sup> –, tandis que le juge du contrat est compétent pour connaître de recours au fond introduits tant par les parties que par les tiers au contrat. Les premières peuvent contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses dans le cadre du recours de plein contentieux ouvert par le célèbre arrêt *Commune de Béziers*<sup>[7]</sup>. Les seconds disposent, quant à eux, d'un éventail de voies de droit comprenant notamment le déferé préfectoral<sup>[8]</sup>, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre les clauses réglementaires du contrat<sup>[9]</sup>, ainsi que le recours en contestation de validité ouvert par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*<sup>[10]</sup>.

La phase d'exécution du contrat n'échappe pas non plus à cette logique de diversification. Les parties disposent d'actions spécifiques comme le recours en reprise des relations contractuelles consacré par la jurisprudence *Commune de Béziers II*<sup>[11]</sup>, la contestation des pénalités contractuelles<sup>[12]</sup>, ou encore l'action indemnitaire permettant d'obtenir la réparation d'un préjudice né de l'exécution du contrat. Les tiers peuvent, pour leur part, saisir le juge d'un recours de plein contentieux pour contester le refus qui leur a été opposé par la personne publique à leur demande préalable de résiliation<sup>[13]</sup>. À ces recours s'ajoutent d'autres voies de droit consacrées par le Code de justice administrative, comme les référés suspension, mesures-utiles ou provision, parfois mobilisées de manière parallèle ou concomitante aux recours

d'origine jurisprudentielle, contribuant ainsi à accroître la complexité du contentieux contractuel.

## Le mirage Département de Tarn-et-Garonne : une simplification illusoire du contentieux contractuel

Quelques années seulement après la consécration des recours *Tropic* et *Béziers I*, et la réforme ouvrant les référés contractuels et précontractuels aux justiciables, la nécessité d'organiser la coexistence entre ces recours et de faire « œuvre de simplification ou de rationalisation » était déjà soulignée par la doctrine autorisée<sup>[14]</sup>.

C'est précisément l'objet de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*<sup>[15]</sup>, qui occupe une place singulière dans ce panorama jurisprudentiel. Cette décision poursuit une finalité assumée de simplification du contentieux contractuel, en offrant aux tiers à un contrat administratif le droit d'en contester la validité au sein d'un cadre procédural unifié, c'est-à-dire dans le même délai, devant le même juge, et par la même voie contentieuse<sup>[16]</sup>.

Si cette évolution marque indéniablement un progrès en termes de rationalisation des voies de droit, la simplification induite par cet arrêt demeure toutefois relative.

D'abord, parce que ce recours est verrouillé à plusieurs égards, à commencer par son champ d'application limité dans le temps. Si cette première réserve à vocation à s'estomper au fur et à mesure des années, il n'en demeure pas moins que ce recours ne concerne que les contrats conclus après le 4 avril 2014, conduisant à la coexistence de régimes juridiques distincts en fonction de la date de conclusion du contrat.

Ensuite, il existe une limite matérielle tenant à la nature des contrats susceptibles de faire l'objet d'un tel recours, qui emporte un éclatement du contentieux entre le juge du contrat et le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier demeure ainsi compétent pour connaître des recours contre les actes administratifs portant approbation du contrat<sup>[17]</sup> ainsi que ses clauses réglementaires<sup>[18]</sup>. Un requérant peut donc être obligé de contester la validité d'un contrat par le biais d'un recours de pleine juridiction, mais parallèlement, d'exercer un recours devant le

[3] Nous pensons notamment aux arrêts suivants : CE Ass. 16 juillet 2007, *Tropic Signalisation Travaux*, n° 291545 ; CE Ass. 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, n° 358994 ; CE Ass. 28 décembre 2008, *Commune de Béziers*, n° 304802 ; CE Sect. 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806 ; CE 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445.

[4] CJA, art. L. 551-1 à L. 551-12.

[5] CJA, art. L. 551-13 à L. 551-23.

[6] CJA, art. R. 557-3.

[7] CE Ass. 28 décembre 2008, *Commune de Béziers*, n° 304802.

[8] CGCT, art. L. 2131-6.

[9] CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536 ; CE 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 40498.

[10] CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

[11] CE, Sect. 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806.

[12] CE 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930.

[13] CE 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche*, n° 398445.

[14] N. Boulouis, « Vers une simplification du contentieux des contrats publics ? », *Contrats publics* n° 100, juin 2010.

[15] CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

[16] B. Dacosta, « Le point de vue du rapporteur public sur l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne, dix ans après », *AJDA* 2024, p. 942.

[17] CE 23 décembre 2016, *Association Études et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon*, n° 392815, précisé par CE 2 décembre 2022, n° 454318.

[18] CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536 ; CE 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 40498.

juge de l'excès de pouvoir pour obtenir la résiliation de certaines de ses clauses réglementaires<sup>[19]</sup>.

Enfin, une analyse approfondie de la jurisprudence rendue depuis l'introduction de cet arrêt sur l'intérêt à agir, l'opérance des moyens et l'utilisation de ses pouvoirs par le juge fait apparaître un certain nombre de verrous « trop strictement serrés »<sup>[20]</sup>, faisant de ce recours « une voie de droit à l'effectivité limitée »<sup>[21]</sup>. Ainsi, la catégorie des requérants privilégiés n'a pas été assouplie malgré les multiples tentatives de certains d'entre eux<sup>[22]</sup>. Seuls les candidats évincés faisant état d'un intérêt à agir suffisant sont admis à exercer un tel recours. Et une fois ce premier filtre passé, encore faut-il qu'ils fassent état de moyens en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent... ce parcours du combattant amenant rarement (pour ne pas dire jamais) le juge à prononcer l'annulation du contrat litigieux<sup>[23]</sup>.

Ainsi, malgré les tentatives de rationalisation, le contentieux contractuel demeure structuré autour d'un enchevêtrement de règles procédurales complexes, exposant les justiciables à un « périple contentieux chaotique » qui s'apparente à une « course d'obstacles »<sup>[24]</sup> et révélant une sophistication croissante des pouvoirs du juge du contrat.

Dans cette perspective, l'unification des compétences juridictionnelles sous l'égide du seul juge administratif est apparue comme une piste de réforme intéressante pour simplifier ce contentieux si dense.

## La simplification avortée du contentieux de la commande publique par le législateur

### Le projet de loi de simplification de la vie des entreprises : une réforme ambitieuse

Le projet de loi de simplification de la vie des entreprises ambitionnait de réduire les contraintes normatives pesant sur les acteurs économiques, en limitant les charges administratives et juridiques inutiles, en accélérant les délais de traitement des recours, en évitant les surtranspositions et en assouplissant les

procédures jugées excessivement rigides, afin de favoriser leur développement et leur compétitivité<sup>[25]</sup>.

Pour parvenir à ces objectifs, l'article 5 du projet de loi prévoyait de qualifier d'administratifs l'ensemble des contrats relevant du Code de la commande publique, y compris ceux conclus par des personnes de droit privé soumises à ce code<sup>[26]</sup>. Une telle mesure aurait notamment pour effet de transférer au juge administratif le contentieux de la passation et de l'exécution de ces contrats, jusqu'alors dévolu au juge judiciaire.

À cette fin, l'article 5 envisageait de supprimer la précision figurant à l'article L. 6 du Code de la commande publique, selon laquelle les contrats de la commande publique ne sont administratifs que « s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public ». Cette suppression aurait conduit, en application de l'article L. 2 du même code, à reconnaître un caractère administratif à l'ensemble des contrats de la commande publique. Seuls seraient ainsi demeurés de la compétence du juge judiciaire « les autres marchés publics mentionnés au livre V de la deuxième partie [du Code de la commande publique] et les autres contrats de concession visés au livre II de la troisième partie [du même code] »<sup>[27]</sup>.

L'article procédait également à une mise à jour d'un certain nombre de dispositions du Code de la commande publique impliquant, le cas échéant, la suppression de celles devenues incohérentes. Tel était notamment le cas de certaines règles relatives à la conciliation et à la médiation, fondées sur une distinction appelée à disparaître entre contrat administratif et contrat de droit privé<sup>[28]</sup>.

Enfin, l'article 5 comportait diverses modifications rédactionnelles relatives à la modification et à la résiliation unilatérales des marchés publics et des contrats de concession, ainsi qu'au régime du règlement alternatif des différends concernant les contrats dits « exclus ».

Selon l'étude d'impact, cette réforme devait poursuivre une « double simplification »<sup>[29]</sup>. D'une part, elle visait à lever toute incertitude quant à la juridiction compétente, les entreprises devant désormais saisir le juge administratif, y compris en urgence, dans des délais supposés plus brefs, notamment par le biais du recours en contestation de validité du contrat dit *Tarn-et-Garonne*<sup>[30]</sup>. D'autre part, la création d'un bloc de compétence unifié

[19] B. Dacosta, « Le point de vue du rapporteur public sur l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne, dix ans après », *AJDA* 2024, p. 942.

[20] S. Hourson, « Les gorges étroites de Département de Tarn-et-Garonne », *Dr. adm.* 2017.

[21] J.-C. Rotouille, « Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée », *AJDA* 2019, p. 412.

[22] CE 2 décembre 2022, n° 454323 [au sujet des membres des organes délibérants des établissements publics] ; CE 2 juin 2016, Ministre des affaires sociales et de la santé, n° 395033.

[23] B. Dacosta, « Le point de vue du rapporteur public sur l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne, dix ans après », *AJDA* 2024, p. 942.

[24] P. Delvolvé, « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », *RFDA* 2014, p. 438.

[25] Exposé des motifs du projet de loi de simplification de la vie économique, déposé au Sénat le 24 avril 2024, texte n° 550 [2023-2024].

[26] Projet de loi de simplification de la vie économique, déposé au Sénat le 24 avril 2024, texte n° 550 [2023-2024].

[27] CCP, art. L. 6.

[28] Les articles L. 2197-1 et L. 2197-2 du Code de la commande publique renvoient à l'application de corpus normatifs différents en fonction de la nature juridique du contrat conclu (administratif ou privé).

[29] Étude d'impact du projet de loi de simplification de la vie économique, déposé au Sénat le 24 avril 2024, texte n° 550 [2023-2024].

[30] CE Ass. 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994.

au profit du juge administratif devait renforcer la sécurité juridique, en assurant une interprétation et une application uniformes des règles de la commande publique.

## Une réforme unanimement critiquée

L'avis du Conseil d'État émis le 25 avril 2024 sur ce projet de loi s'est toutefois montré sensiblement plus nuancé<sup>[31]</sup>. S'il a écarté tout obstacle constitutionnel ou conventionnel à une telle réforme, il a invité à « ne pas surestimer les avantages de la mesure en termes de simplification pour les entreprises ». La doctrine avait, au demeurant, exprimé de manière précoce des réserves<sup>[32]</sup>. Certains auteurs ont dénoncé une réforme « inopportune », susceptible de « déformer » la notion même de contrat administratif<sup>[33]</sup> ; d'autres, tout en reconnaissant la fragilité de ses fondements, ont estimé qu'elle risquait moins de résoudre les difficultés liées au dualisme juridictionnel que de les déplacer<sup>[34]</sup>.

Le Conseil d'État a, en particulier, relevé que « le partage actuel du contentieux ne conduit que très rarement à des difficultés quant à la désignation du juge compétent, ou à des divergences d'interprétation entre les deux ordres de juridiction ». Il a également souligné que la réforme pourrait engendrer « des interrogations ou complications, pour les acheteurs et leur co-contractants, car une partie de l'activité des organismes privés concernés sera[it] désormais de la compétence du juge administratif, tandis qu'ils continuer[ai]ent de relever, pour le reste, du juge judiciaire ».

En outre, la réforme aurait soulevé des difficultés inédites pour le juge administratif, appelé à connaître de litiges relatifs à l'exécution de contrats jusqu'alors soumis au juge judiciaire. Elle aurait également nécessité l'intervention substantielle de ce juge pour définir, pour les contrats nouvellement qualifiés d'administratifs, les modalités de mise en œuvre des règles générales de la commande publique énoncées à l'article L. 6 du Code de la commande publique, notamment en matière de modification et de résiliation unilatérales, ou encore de théorie de l'imprévision.

Ces réserves ont manifestement convaincu la commission spéciale du Sénat, qui a adopté les 9 amendements appelant à supprimer l'article 5<sup>[35]</sup> pour trois raisons majeures.

En premier lieu, cette commission a regretté l'absence de consultation préalable des acteurs concernés par la réforme<sup>[36]</sup>. Eu égard à l'ampleur des évolutions envisagées et à leurs implications économiques et juridiques, cette carence est d'autant plus critiquable qu'elle n'aurait pu permettre d'anticiper – ne serait-ce qu'en partie – les difficultés concrètes soulevées par les professionnels qui, interrogés par les membres de la commission en amont de l'examen du projet de loi, se sont tous opposés à cette réforme<sup>[37]</sup>.

En deuxième lieu, la commission a estimé que la mesure, loin de l'objectif de simplification affiché, risquait de générer davantage de lourdeurs administratives et d'allonger les délais de conclusion des contrats et de règlement des contentieux, au détriment de la compétitivité des entreprises<sup>[38]</sup>.

L'application des cahiers de clauses administratives générales (CCAG) aux contrats nouvellement administratifs a été critiquée, en ce qu'elle aurait réduit la souplesse contractuelle et limité la capacité des acheteurs à recourir à des montages juridiques plus adaptés pour l'exécution de certaines missions<sup>[39]</sup>. Leur compatibilité avec certains types de contrats<sup>[40]</sup> ou de domaines d'activités<sup>[41]</sup> était, en outre, incertaine, sauf à prévoir de nombreuses exceptions et dérogations – qui n'ont, en tout état de cause, pas été prévues par la réforme – dont l'élaboration serait particulièrement longue et complexe. De nombreuses interrogations sont également restées sans réponse – on pense par exemple à la garantie décennale, au régime des avances, à celui des pénalités, ou au mode amiable de règlement des litiges –, alors qu'elles sont pourtant essentielles à une exécution sécurisée des contrats<sup>[42]</sup>.

L'octroi de prérogatives exorbitantes de droit commun à des personnes morales de droit privé, sans justification pleinement établie, a été analysé comme une source d'insécurité juridique pour les cocontractants, exposés à des modifications ou résiliations unilatérales de leur contrat par les acheteurs. Le basculement du

[31] CE 22 avril 2024, avis sur le projet de loi de simplification, n° 408246, cons. 19 et 20.

[32] En 2001, F. Moderne rappelait déjà les risques qu'une telle « conversion » pourrait faire peser sur l'intelligibilité et l'efficacité du droit des contrats publics (F. Moderne, « Faut-il vraiment administrativiser l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA* 2011, p. 707).

[33] N. Symchowicz, « Une réforme inopportune », *AJDA* 2024, p. 1197.

[34] G. Eckert, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *CMP* juill. 2024, étude 6.

[35] Texte de la commission n° 635 (2023-2024) déposé le 28 mai 2024.

[36] Amendement n° COM-136 rect. bis, 28 mai 2024.

[37] Compte rendu intégral des débats en séance publique ; amendement n° COM-316, 24 mai 2024.

[38] Amendement n° COM-137 rect. ter, 28 mai 2024.

[39] Amendement n° COM-26, 22 mai 2024. Le gouvernement le reconnaît d'ailleurs expressément dans son étude d'impact, dans laquelle il note une « limitation de la marge de manœuvre des personnes publiques dans le choix du mode d'organisation de leurs activités et des outils contractuels à leur disposition ».

[40] Amendement n° COM-316, 24 mai 2024 : la parlementaire donne l'exemple du bail réel solidaire « opérateurs » conclus par les sociétés d'économie mixte HLM, l'application des CCAG pouvant créer une entrave réelle à la passation de plusieurs des contrats de ces sociétés.

[41] *Ibid.* Les domaines de l'énergie ou de l'agriculture auraient été particulièrement touchés par cette réforme, de nombreux opérateurs du secteur de l'énergie étant des entités adjudicatrices au sens du Code de l'énergie, qu'il s'agisse de grandes entreprises publiques dans le domaine de l'électricité notamment, ou d'entreprises publiques locales plus modestes.

[42] Amendement n° COM-26, 22 mai 2024.

contentieux judiciaire vers le contentieux administratif aurait ainsi fait naître une période d'incertitude jurisprudentielle susceptible de durer plusieurs années<sup>[43]</sup>.

Enfin, l'ouverture du recours *Département de Tarn-et-Garonne*<sup>[44]</sup> à tout tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts par la passation et les clauses d'un contrat administratif, aurait conduit à une multiplication des contentieux devant le juge administratif, risquant ainsi d'allonger, plutôt que de raccourcir, les délais de

traitement des litiges<sup>[45]</sup>, et de multiplier le nombre de recours abusifs<sup>[46]</sup>.

En définitive, la commission spéciale du Sénat, saisie en première lecture, a adopté, le 10 juin 2024, neuf amendements identiques tendant à la suppression de l'article 5. La commission spéciale de l'Assemblée nationale, qui a maintenu la suppression de cette disposition, s'est inscrite dans cette même orientation. Et elles ont bien fait.

[43] Amendement n° COM-316, 24 mai 2024.

[44] CE Ass. 4 avril 2014, Département Tarn et Garonne, n° 358994.

[45] Amendement n° COM-316, 24 mai 2024 : « De même, aucune étude du Gouvernement n'a entendu mesurer l'augmentation du contentieux que pourrait engendrer l'ouverture du recours de pleine juridiction aux tiers susceptible d'être lésés par la passation et les clauses des contrats nouvellement administratifs, alors bien même que l'accélération des délais de jugement est présentée comme un des bienfaits majeurs du dispositif ».

[46] Amendement n° COM-167 rect, 28 mai 2024.