



HAL
open science

“ Concurrents évincés et recevabilité des recours dans les contrats publics : un exemple de Darwinisme contentieux ”

Olivier Guézou

► **To cite this version:**

Olivier Guézou. “ Concurrents évincés et recevabilité des recours dans les contrats publics : un exemple de Darwinisme contentieux ”. Mélanges en l’honneur du Pr Laurent Richer, LGDJ, pp 651-674, 2013, Collection Mélanges, 978-2-275-03747-9. hal-04362285

HAL Id: hal-04362285

<https://hal.science/hal-04362285v1>

Submitted on 18 Jul 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Pour citer cet article :

O. Guézou, « Concurrents évincés et recevabilité des recours dans les contrats publics : un exemple de Darwinisme contentieux », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur L. Richer, LGDJ, Coll. Mélanges, novembre 2013, pp. 651-674

« Concurrents évincés et recevabilité des recours dans les contrats publics : un exemple de Darwinisme contentieux ».

« C'est à cette conservation des variations favorables et à la destruction de celles qui sont nuisibles, que j'ai appliqué le nom de "sélection naturelle" ou de "survivance du plus apte" »¹.

1. Evolutions. C'est le maître mot, celui qui caractérise peut-être le mieux l'actualité du contentieux des contrats administratifs. Le pluriel va de soi tant sont nombreuses ces (r)évolutions qui du passé font en partie table rase. Ce mouvement en profondeur, qui modifie la nature même des recours et l'office des juges, est général. Parties, préfet, tiers : « ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés ».

La présente étude n'a pas l'ambition d'embrasser l'intégralité de l'architecture contentieuse et des changements qui la redessinent, mais, par une approche plus modeste, d'analyser un élément précis, un détail du décor révélateur du style architectural, afin peut-être d'en tirer quelque enseignement plus général sur l'ensemble, un peu comme en physique lorsqu'une forme ou une loi de l'infiniment petit se retrouve, à l'identique, dans l'infiniment grand.

La question classique de la rencontre entre tiers et contrat administratif² est une bonne candidate pour mener à bien cette démarche. Et parmi les tiers, il « faudra toujours distinguer entre concurrents évincés et reste du monde »³. « Ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre », le concurrent évincé, s'il n'est pas encore cocontractant, n'est déjà plus tout à fait un tiers. Par un mouvement de « singularisation d'une catégorie de tiers »⁴, cet aspirant contractant entre « en force dans le champ du contentieux contractuel »⁵ et bénéficie de la plus grande diversité de recours possible : référés précontractuels et contractuels, recours en

¹ C. Darwin, « L'Origine des espèces », ch. IV. Source : Institut Charles Darwin International (<http://www.darwinisme.org>, sous l'entrée Biographie de Charles Darwin).

² L'étude sera centrée sur les contrats connaissant la plus grande variété de recours devant le juge administratif. Aussi, la définition des contrats de la commande publique par l'ordonnance du 7 mai 2009, éclairée par la jurisprudence et les textes relatifs aux diverses catégories de contrats administratifs, pourra assez largement servir de guide (ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JO 8 mai 2009, p. 7796).

³ N. Boulouis, *in* « Commande publique – Les contentieux de la passation : comment les gérer », 15ème colloque de l'AFAC Paris, 27 janvier 2011, http://www.avocats-afac.org/doc/c15_actes.pdf.

⁴ R. Noguellou, « L'arrêt Société Tropic Travaux Signalisation et la notion de « tiers au contrat » », RDC 1^{er} avril 2008, p. 610.

⁵ S. Braconnier, « Les recours ouverts aux tiers », AJDA 2011 p. 314.

contestation de la validité du contrat et recours pour excès de pouvoir⁶. Il est donc particulièrement intéressant de le placer au centre de l'étude et de comparer, pour ces différents recours, les conditions de recevabilité relative au requérant.

En ce domaine, comme en bien d'autres, l'instantané est réducteur et c'est de mutations dont il est question. Un mouvement apparaît : les notions employées pour qualifier le requérant recevable sont initialement différentes d'un recours à l'autre, puis elles se rapprochent et tendent vers une notion unique, commune aux recours considérés. La luxuriance des expériences, la diversification des tentatives et la variation des mutations conduisent ainsi, par un mécanisme de sélection naturelle, au triomphe de la forme la mieux adaptée à son milieu. Ce double phénomène de « foisonnement naturel » (première partie) et de « convergence évolutive » (seconde partie) ne peut manquer de faire penser à la célèbre théorie développée par Charles Darwin. Et le mot utilisé au commencement de cette introduction pour caractériser le contentieux des contrats administratifs peut perdre son pluriel et gagner une majuscule : c'est de l'Evolution dont il est question⁷.

Première partie – Du foisonnement naturel ...

A Observation : la diversité des espèces

2. Une brève observation des recours en contentieux des contrats administratifs suffit à déceler leur diversité ainsi que, corrélativement, celle des notions utilisées pour apprécier la condition de recevabilité relative au requérant : « intérêt à agir » défini par référence à la « participation à la consultation » pour le recours pour excès de pouvoir (1°), « personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par le manquement invoqué »

⁶ Les recours en indemnisation, aux finalités et aux natures spécifiques, sont laissés en dehors de l'étude mais, en pratique, il semble qu'ils soient soumis à des mouvements similaires.

⁷ Sur les évolutions de l'architecture contentieuse, les articles et commentaires sont trop nombreux pour pouvoir tous figurer ici. Voir notamment : J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, « Les grands arrêts du contentieux administratif », Dalloz, Grands arrêts, 3ème éd., 2011 – S. Braconnier, « L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires », RDP 2010. 327 et AJDA 2011, p. 314, préc. – P. Cassia, « Précisions procédurales sur le recours en contestation de la validité du contrat », AJDA 2012 p. 1109 – Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP 2010, p. 313 – O. Guézou, Partie III.60 « Le contentieux de la passation », in « Droit des marchés publics », Collection Moniteur Référence, Editions du Moniteur, 4 mises à jour par an – P. Idoux et M. Ubaud-Bergeron, « Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », JCP G 31 août 2009, Etude 201, p.44 – E. Langelier, « L'office du juge administratif et le contrat administratif », thèse, Poitiers, 2011 – H. Lepetit-Collin et A. Perrin, « La distinction des recours contentieux en matière administrative - Nouvelles perspectives », RFDA 2011, p. 813 – J.-F. Lafaix, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », RFDA 2011, p. 1089 et « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique », CMP juillet 2009, étude 8 – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le contentieux des contrats publics en mouvement », CMP mars 2011, Repère 3 – C. Marino-Philippe, « Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution », RDP 2011, p. 113 – J. Piasecki, « L'office du juge administratif des référés – Entre mutations et continuité jurisprudentielle », Faculté du Sud Toulon Var, Thèse dactyl., 13 décembre 2008 – P. Rees, « État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique », CMP janvier 2010, Etude 1, p. 6

Seront encore signalés, certains numéros spéciaux : « Contentieux contractuel : bilan de cinq années d'évolution », CP-ACCP juillet-août 2012 – « Le contentieux des contrats publics en Europe », n° spécial RFDA 2011 – « Le tiers le contrat administratif : du nouveau ! » RDC avril 2008 – « Concurrents évincés : le nouveau recours de l'arrêt Société Tropic Travaux », CP-ACCP octobre 2007. Ainsi que le colloque « Commande publique – Les contentieux de la passation : comment les gérer », 15ème colloque de l'AFAC, préc.

pour les référés précontractuels et contractuels (2°) et appartenance à la catégorie des « concurrents évincés » pour le recours en contestation de la validité du contrat (3°).

1°) Le recours pour excès de pouvoir, un proto-recours généraliste

3. Le recours pour excès de pouvoir – ce « vieillard encore vert »⁸ – est une espèce particulièrement ancienne et bien connue. C'est en quelque sorte un proto-recours, un recours premier, général quant à son champ d'application, qui dépasse le cadre contractuel pour être centré sur l'acte administratif unilatéral faisant grief⁹. Il n'est pas, contrairement au recours en contestation de la validité du contrat et aux référés précontractuels et contractuels, réservé à des tiers spécifiques appartenant à une catégorie préétablie. Lorsque le recours pour excès de pouvoir rencontre l'opération contractuelle, il conserve ses traits saillants. S'agissant du requérant, il faut, conformément au droit commun, justifier d'un intérêt à agir ; ce qui suppose d'être touché par l'acte attaqué de manière suffisamment directe, certaine et spéciale¹⁰.

Concrètement, de nombreux tiers sont susceptibles de remplir cette condition – membres d'une assemblée délibérante, usagers, contribuables... – et pas seulement ceux, un peu particuliers, qui auraient souhaité signer eux-mêmes le contrat. Pour ces derniers, même si la condition de recevabilité repose également sur l'intérêt à agir, elle y est alors lue eu égard à leur « participation à la consultation », étant entendu que cette notion n'a pas nécessairement le même sens selon que la procédure est ouverte ou restreinte¹¹.

2°) Le référé précontractuel, un recours sur mesure, et son descendant, le référé contractuel

4. Contrairement au recours pour excès de pouvoir, le référé précontractuel est un recours sur-mesure, prêt à l'emploi contractuel. Les requérants ne s'y sont pas trompés. Rapidement, le référé précontractuel est devenu une sorte de *dendrocalamus giganteus*, ce bambou à la croissance accélérée dont les botanistes nous disent qu'il est capable de pousser d'un mètre par jour. Espèce endémique du contentieux contractuel, ce référé « du troisième type »¹² est aussi une espèce invasive, en tout cas, jusqu'à l'intervention de la jurisprudence SMIRGEOMES¹³, véritable contre-feu à l'expansion du recours précontractuel.

5. Devant le juge des référés précontractuels ou contractuels, « les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées

⁸ N. Boulouis, « Les recours autour de la signature », in Colloque AFAC, préc.

⁹ L. Janicot, « Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel », RDP 2011, p. 347.

¹⁰ Voir GACA, spéc. comm. P. Cassia sous CE 14 février 1958 Abisset, p. 621 – E. Langelier, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », AJDA 2012 p. 417.

¹¹ Sur cette différence, voir ci-dessous Seconde partie, A.

¹² P. Terneyre, « - L'émergence d'un recours contentieux du troisième type, Loi n°92-10 du 4 janvier 1992 », ALD 1992, 8^{ème} cahier, p. 82.

¹³ CE Section 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, req. n° 305420, concl. B. Dacosta, BJCP décembre 2008, p. 451 et obs. T. Dal Farra, p. 394 ; concl. B. Da Costa, RFDA novembre 2008, p. 1128, comm. P. Delvolvé – Droit adm. novembre 2008, p. 47, B. Bonnet et A. Lalanne – RDI novembre 2008, p. 499, S. Braconnier – RJEP février 2009, p. 15, F. Brenet – AJDA 2008, p. 2374, P. Cassia – AJDA 2008, p. 2161, E. Geffray et S.-J. Liéber – LPA 21 novembre 2008, p. 15, S. Hul – RLCT janvier 2009, p. 37, N. Lafay – JCP A. 17 novembre 2008, p. 27, F. Linditch – AJDA 2008, p. 1855, J.-M. Pastor – LPA 24 avril 2009, p. 9, G. Pelissier – CMP novembre 2008, p. 31, J.-P. Piétri – JCP Ed. G. 17 décembre 2008, p. 29, B. Plessix – Gaz. Pal. 28 novembre 2008, p. 9, C. Roustiau. La décision SMIRGEOMES continue à susciter de nombreux commentaires qui ne peuvent pas être cités ici (pour une bibliographie détaillée, voir point-clé III.650.1, « Droit des marchés publics », préc.).

par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats »¹⁴.

Les expressions « intérêt à conclure » et « intérêt à la conclusion » (ou « intérêt à ce que le contrat soit conclu ») ne sont pas équivalentes¹⁵. Avoir « intérêt à conclure le contrat » suppose un intérêt à être partie au contrat¹⁶. En revanche, les sous-traitants, et dans certains cas, des organisations et ordres professionnels¹⁷, des associations, les contribuables locaux ou encore les usagers des services publics peuvent avoir « intérêt à la conclusion » d'un contrat, sans pour autant avoir intérêt à le « conclure » eux-mêmes. Ils n'ont donc pas accès aux juges des référés précontractuels et contractuels.

Pour être habilitées à agir, les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat doivent également être « susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué ». Dans ce texte, la préposition « *par* » indique explicitement que le manquement est la cause de la lésion. Pourtant, le juge administratif avait insidieusement glissé vers une interprétation très compréhensive de ce texte en considérant que l'entreprise candidate pouvait invoquer tous les manquements sans restriction, y compris ceux qui n'avaient pas été commis à son détriment¹⁸. La jurisprudence SMIRGEOMES a mis un coup d'arrêt à ce glissement. Désormais, ne peuvent être invoqués que les « manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent », sont susceptibles d'avoir lésé le requérant « fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». Cette jurisprudence constitue donc en réalité un retour à la lettre du texte.

Tous les requérants ne peuvent pas invoquer tous les manquements. Il ne s'agit pas d'une condition de recevabilité relative au requérant, mais de savoir si un manquement peut ou non être invoqué, au fond. Ce n'est donc pas d'intérêt à agir *stricto sensu* dont il est question (au stade de la recevabilité du recours), mais de la possibilité ou non, pour un requérant, selon sa situation, d'invoquer tel ou tel manquement (au fond). Cette solution permet de conserver l'ordre logique d'analyse contentieuse (compétence, recevabilité, fond), sans introduire, dès le stade de la recevabilité du recours, une analyse des manquements qui relève logiquement du fond¹⁹. Dès lors, la condition de recevabilité relative au requérant des

¹⁴ Articles L. 551-10 et L. 551-14 du CJA.

¹⁵ Pour une analyse des différents termes utilisés et les doutes nés, un temps, de certaines décisions (par exemple CE 19 octobre 2001, Région de la Réunion et autres, req. n° 234298, 234366, tables du Lebon – TA Paris 8 novembre 2006, Sté Forsuq Conseil, req. n° 06-15298 ; JCP A 25 juin 2007, comm. 2165, F. Linditch ; CP-ACCP mai 2007, p. 69, S. Palmier ; CMP avril 2007, comm. 118, F. Olivier), voir O. Guézou, Point-clé III.651.2, « Droit des marchés publics », préc..

¹⁶ L'intérêt à conclure en question n'est pas celui de l'acheteur public auquel les manquements peuvent être reprochés. L'acheteur public ne peut donc pas – ce serait tout de même un signe de schizophrénie avancée – saisir le juge des référés précontractuels ou contractuels contre sa propre procédure de passation. La solution est étendue aux communes membres de l'EPCI, qui ne peuvent pas saisir le juge pour contester la procédure de passation d'un contrat de cet EPCI (cf. TA Amiens 1^{er} septembre 2011, Commune de Saint-Leu d'Esserent, req. n° 1102400, pour un référé contractuel).

¹⁷ CE 8 juillet 2005, CA de Moulins, req. n° 268610, tables du Lebon : irrecevabilité du recours du Conseil régional de l'ordre des architectes.

¹⁸ CE 16 octobre 2000, Société Stereau, req. n° 213958, tables du Lebon ; CMP décembre 2000, comm. 48, F. Llorens ;

¹⁹ Le juge précise que les entreprises « ont vocation à exécuter les prestations de services objet du marché et justifient donc d'un intérêt à conclure le contrat », pour en déduire immédiatement sans autre précision « que, par suite, elles sont recevables à agir par la voie du référé précontractuel à l'encontre de la procédure de passation litigieuse » (CE 30 septembre 2011, Région Picardie, req. n° 350431, Lebon). Il suffit de faire partie de cette catégorie particulière, sans avoir à démontrer l'existence d'un droit subjectif bafoué, d'une lésion potentielle. Le fait que les manquements invoqués ne soient pas de nature à léser le requérant n'entraîne pas l'irrecevabilité de ses conclusions pour défaut d'intérêt à agir, mais uniquement l'irrecevabilité des moyens tirés de ces manquements (TA Lille 1^{er} mars 2010, req. n° 10.00971, Société Ingérop conseil et ingénierie : CMP

référés précontractuels et contractuels repose bien sur la seule notion « d'intérêt à conclure le contrat ».

3°) Le recours en contestation de la validité du contrat, création prétorienne

6. Il y a déjà cinq ans, naissait le recours en contestation de la validité du contrat (cf. CE Ass. 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation²⁰). Recours récent, il est né mature et presque abouti. Contrairement aux propositions qui lui étaient faites²¹, le Conseil d'Etat a décidé de réserver le nouveau recours à « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ». Face au recours généraliste – le recours pour excès de pouvoir – le recours en contestation de la validité du contrat est, à l'instar des référés précontractuels et contractuels, un recours dédié, et donc adapté, au contentieux contractuel.

Dans l'architecture – ou la stratégie – contentieuse, il prend chronologiquement la suite du recours pour excès de pouvoir, tout en s'en distinguant par la plénitude de juridiction et l'existence de pouvoirs diversifiés à la disposition du juge.

7. Au stade de la recevabilité du recours, s'agissant du requérant, la notion de « concurrent évincé » est exclusive de toute autre et par exemple, l'impact du manquement invoqué – une éventuelle lésion – reste sans conséquence à ce stade²². La notion même de « concurrent évincé » induit que seule l'entité en position de conclure directement le contrat est potentiellement concernée par le nouveau recours²³.

Chaque terme a son importance. La notion de concurrent suppose l'existence d'une compétition, en l'occurrence de nature économique. La notion d'éviction n'est pas moins intéressante, tout en laissant, elle aussi, une part belle à l'interprétation. Bien sûr, il a été assez facile de considérer que le titulaire du contrat, faute d'avoir été « évincé », ne peut pas saisir le juge²⁴. En revanche, les termes employés laissent entière la question de savoir si ce concurrent doit être un concurrent effectif, c'est-à-dire un candidat (donc véritablement évincé) ou s'il peut être un concurrent potentiel écarté en quelque sorte par anticipation, avant même d'avoir participé. De même, faut-il prendre en compte les chances de succès dudit candidat et notamment considérer qu'il n'y a pas réellement éviction de celui qui ne pouvait, en tout état de cause, prétendre au contrat ? La notion brute ne suffit pas à apporter la réponse à ces questions²⁵.

2010, comm. 171, 176 et 193, F. Llorens). Sur cette question voir notamment : P. Cassia, « Précisions procédurales sur le recours en contestation de la validité du contrat », AJDA 2012 p. 1109 – O. Guézou, Points-clés III.651.2 et 653.1, « Droit des marchés publics », préc.

²⁰ req. n° 291545, concl. D Casas, RJEP octobre 2007, p. 337 – AJDA 2007, p. 1577, J. Boucher et F. Lenica – AJDA 2007, p. 1497, S. Braconnier – AJDA 2007, p. 1964, P. Cassia – LPA 21 août 2007, p.3, F. Chaltiel – RJEP octobre 2007, p. 327, P. Delvolvé – Revue Lamy Concurrence, n° 13, 10-2007, G. Clamour – LPA 10 septembre 2007, p. 6, J.-M. Glatt – Gaz. du Palais 8 septembre 2007, p. 6, O. Guillaumont – JCP A 3 septembre 2007, comm. 2212, F. Linditch – CMP août-septembre 2007, repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux – CMP août-septembre 2007, comm. 254, J.-P. Piétri – Gaz. Palais 27 septembre 2007, p. 10, P. Raimbault – JCP A 10 septembre 2007, comm. 2221, M.-C. Rouault – JCP A 17 septembre 2007, p. 14, B. Seiller – AJDA 2007, p. 1777, J.-M. Woehrling – CP-ACCP, Dossier spécial, octobre 2007. La décision Tropic continue à susciter de nombreux commentaires, ils ne peuvent être tous cités ici (pour une bibliographie détaillée sur cette décision, voir O. Guézou, Point-clé III.660.1, « Droit des marchés publics », préc.).

²¹ Voir les concl. D. Casas, RJEP octobre 2007, p. 337.

²² CAA Marseille 10 octobre 2011, req. n° 09MA04637, Département de la Corse du Sud, inédit au Lebon.

²³ Comme pour les référés précontractuels et contractuels, les contribuables, usagers, sous-traitants, ordres professionnels, assureurs, élus, etc. n'entrent donc pas dans cette catégorie.

²⁴ CE 16 novembre 2009, Ministre de l'immigration et Association Collectif Respect, req. n° 328826, tables du Lebon.

²⁵ Pour les réponses apportées par la suite par le Conseil d'Etat, voir la seconde partie, A, ci-dessous.

8. Une fois le foisonnement terminologique observé, il convient d'en déterminer les raisons d'être.

B Explication : la nature a horreur du vide

9. La diversité des termes employés pour apprécier la condition de recevabilité relative au requérant résulte de plusieurs facteurs qui ont pour trait commun de reposer sur le mouvement naturel de la vie : se développer dans toutes les directions, tout explorer, tout tenter, tout expérimenter, occuper toutes les niches écologiques, satisfaire tous les besoins.

Ce phénomène peut être résumé par l'idée selon laquelle la nature a horreur du vide. En effet, sur une longue période avec plusieurs foyers de développements, la diversification des notions permet d'occuper tout l'espace (1°). Par ailleurs, la diversité des recours conduit à celle des notions, le besoin – le vide non comblé – crée l'organe (2°).

1°) Les conditions de la diversification : ères successives et foyers multiples

10. Plus de quatre-vingt dix ans se sont écoulés entre l'apparition du recours pour excès de pouvoir des tiers contre les actes détachables des contrats administratifs (1905) et celle du recours en contestation de la validité du contrat (1997). Les temps sont (presque) géologiques, et le fossé des générations, s'il n'interdit pas de se comprendre et de se respecter, n'en conduit pas moins à remarquer des différences de vocabulaire – de notions – entre les deux recours.

Entre ces deux dates, est apparu le référé précontractuel (1989/1992) dont la relation illégitime avec le recours Tropic a donné naissance au référé contractuel (2009), curieux mariage de la carpe et du lapin dont le fruit – aberration évolutive ? – devrait connaître une certaine fragilité génétique.

Le contentieux contractuel n'est pas né en une seule phase. Il y a eu stratification – notion chère aux géologues et aux juristes – créant ainsi un « empilement »²⁶, un mille feuilles contentieux, une véritable « mosaïque de recours »²⁷ ...

Non seulement le contentieux des contrats administratifs apparaît sur une longue période, mais des réformes entrecroisent les fils de la chronologie. Si le référé précontractuel est né avant le recours Tropic, la jurisprudence SMIRGEOMES lui est postérieure²⁸ et ce référé a été réformé par l'ordonnance du 7 mai 2009²⁹. De même, si le recours pour excès de pouvoir est évidemment né avant le référé précontractuel, la modernisation du rôle du juge de l'exécution (par les lois de 1995) a changé la donne.

²⁶ P. Rees, « État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique », *Revue Contrat et Marchés publics* janvier 2010, Etude 1, p. 6

²⁷ J.-D. Dreyfus, « Référé précontractuel et référé contractuel : l'ignorance prémunit contre l'irrecevabilité », *AJDA* 2011 p. 51 – D. Pouyaud, « Le contentieux des contrats publics en Europe – La France », *RFDA* 2011, p. 6.

²⁸ Et sans la décision Tropic, la jurisprudence Smirgeomes n'aurait probablement pas vu le jour car c'est parce que le nouveau recours en contestation de la validité du contrat est désormais ouvert aux concurrents évincés que le Conseil d'Etat peut se permettre de fermer aussi radicalement le référé précontractuel par la jurisprudence SMIRGEOMES.

²⁹ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JO* 8 mai 2009, p. 7796 – Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JO* 28 novembre 2009, p. 20566.

Décidément, le long fleuve du contentieux des contrats administratifs n'est pas si tranquille. Et, potentiellement, le mouvement entraîne la collision, le choc. Dans cette curieuse tectonique contentieuse, la plaque du recours en contestation de la validité du contrat semble être particulièrement mobile. Elle a heurté de plein fouet celle du référé contractuel dont elle a essayé, en quelque sorte, d'empêcher l'émergence. La collision n'a pas été moins violente avec la plaque du référé précontractuel sur laquelle elle a fait surgir la montagne SMIRGEOMES. Plus encore, cette plaque du recours Tropic écrase celle de l'excès de pouvoir qu'elle tend à enfoncer, à faire disparaître.

11. La situation est rendue plus complexe encore par la diversité d'origine des différents recours : Parlement, Conseil d'Etat, institutions de l'Union européenne, Direction des affaires juridiques. La construction du contentieux contractuel est un travail d'équipe – même si « parfois aussi on croit discerner comme une forme de rivalité ou de course de vitesse »³⁰ –, et il est difficile d'identifier un unique maître d'œuvre.

Au stade de leur apparition, la diversification des recours, et des notions utilisées pour apprécier leur recevabilité, semble ne pas reposer sur une vision d'ensemble ni révéler des plans préétablis, et encore moins un dessein intelligent global. Un certain aléa, comme une construction au fur et à mesure, semble avoir conduit à l'émergence de l'architecture contentieuse actuelle. Cette dernière, dotée d'une vie propre, gagne, indépendamment des créateurs des différents recours, ses vraies spécificités. Elle évolue en raison d'une multitude de facteurs diffus : état de la société, crise économique, état du droit, pression des entreprises et des cocontractants publics, stratégie des requérants, etc. Le contentieux ne doit pas non plus être isolé du droit matériel qu'il protège et avec le temps, l'environnement juridique se modifie, ce qui ne manque pas d'avoir un impact sur la fonction des recours et partant, sur leur recevabilité³¹.

La coexistence de plusieurs sources est un enrichissement – les gènes sont plus forts dans la diversité – et cette dernière peut conduire à des mutations positives. Toutefois, si la confrontation est plus riche, la multitude de foyers conduit aussi, par définition, à une diversification accrue.

2°) Diversité des recours, diversification des notions : le besoin crée l'organe

12. La notion utilisée pour chaque recours, pour apprécier la condition de recevabilité relative au requérant, dépend des particularités du recours en cause. La diversité des notions résulte donc de la diversité des recours. Tous les recours ouverts aux tiers n'ont pas la même nature, ni la même finalité, la première dépendant d'ailleurs largement de la seconde. Les spécificités des divers contentieux sont trop connues pour être reprises ici. Qu'il suffise de rappeler que les recours, en se cantonnant à ceux ouverts aux tiers, peuvent être présentés à travers quelques traits saillants significatifs conduisant à une double distinction³².

La première oppose d'une part, un recours classique – le recours pour excès de pouvoir renforcé par le juge de l'exécution – symbole du droit public français, relevant du

³⁰ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP octobre 2010, p. 313.

³¹ Sur une centaine d'années, c'est assez évident, mais cela reste vrai sur des périodes bien plus courtes : par exemple, la conception communautaire de l'efficacité des recours a évolué en ajoutant une dimension curative à des recours, conçus initialement comme seulement préventifs.

³² Librement inspirée des présentations traditionnelles chères à Édouard Laferrière et à Léon Duguit. Voir H. Lepetit-Collin et A. Perrin, « La distinction des recours contentieux en matière administrative - Nouvelles perspectives », RFDA 2011, p. 83.

contentieux général, le juge intervenant par une décision « binaire » d'annulation/rejet à, d'autre part, des recours plus modernes – les référés précontractuels et contractuels et le recours en contestation de la validité du contrat – d'origine communautaire plus que nationale, créés spécifiquement pour le contentieux contractuel et conférant aux juges une plénitude de juridiction et des pouvoirs variés. Le premier recours traduit surtout la nature administrative du contrat, l'aspect public du marché, en lien avec la Puissance publique, avec la légalité. Et les seconds, la nature contractuelle des actes concernés, leur dimension économique d'une relation essentiellement marchande.

La seconde distinction sépare les contentieux plus objectifs de la légalité ou de la validité relevant des formations de jugement classiques (recours pour excès de pouvoir et recours en contestation de la validité du contrat), et les contentieux plus subjectifs des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence sur lesquels il est statué en la forme des référés (référés précontractuels et contractuels). Bien sûr, il s'agit de teinte plus que de couleurs tranchées et nul recours n'est « tout objectif » ou « tout subjectif ». Les couleurs ont vocation à se diluer, à « s'arc-en-cieliser », c'est-à-dire à évoluer par touches successives, permettant de relier en fin de compte le rouge au bleu, l'objectif au subjectif.

En outre, l'inefficacité longtemps dénoncée de nombreux recours n'est pas pour rien dans les évolutions de ces dernières années. Parce que le terrain est assez inhospitalier, des formes de vie aux caractéristiques tout à fait originales ont pu éclore. Référés précontractuels, référés contractuels et recours en contestation de la validité du contrat sont ainsi largement les fruits de l'effet encore trop largement platonique de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat.

Enfin, malgré une certaine évidence, qu'il soit encore possible de préciser que les finalités des recours dépendent également des pouvoirs du juge et du moment de leur intervention : correctif pour le référé précontractuel et le recours pour excès de pouvoir, curatif en saisissant le contrat lui-même pour le recours en contestation de la validité du contrat et le référé contractuel.

Ces différences, ces particularités relevant de la nature profonde des recours, expliquent la diversité des termes initialement utilisés pour définir la condition de recevabilité relative au requérant. Les niches écologiques étant variées, la vie a pu ou dû explorer des formes différentes. Le besoin – offrir un recours à certains requérants à certains moments – a en quelque sorte créé l'organe et abouti à une certaine spécialisation des organismes.

Tout comme les pinsons de Darwin dont les caractéristiques morphologiques sont différentes – la forme de leur bec notamment – en raison de régimes alimentaires spécifiques (résultant de la végétation différente des lieux qu'ils occupent), les notions utilisées connaissent un phénomène de diversification, parce qu'elles s'adaptent à des conditions et objectifs différents.

13. Cette divergence des caractères, ce foisonnement, cette variabilité des espèces ou des notions se double, par un phénomène de sélection naturelle, d'un mouvement inverse. Il y a alors « convergence évolutive » vers l'espèce ou la notion la mieux adaptée à son environnement.

Seconde partie – ... à la convergence évolutive

A Observation : la domination d'une espèce

14. Après le foisonnement de la vie, après l'occupation de toutes les niches écologiques du milieu concerné, la coexistence des espèces conduit à favoriser certaines notions (1°) et à en faire disparaître d'autres (2°).

1°) Convergence et spécialisation

15. Lorsqu'une espèce est d'apparition récente, elle connaît *a priori* moins de mutations, faute d'avoir eu le temps de les développer. Elle est aussi mieux adaptée aux conditions actuelles, qui n'ont elles-mêmes que peu évolué. Tel est le cas, s'agissant de la condition de recevabilité relative au requérant, des référés précontractuels et contractuels et du recours en contestation de la validité du contrat.

Les textes et la jurisprudence en la matière, porteurs de recours spécialement adaptés, étaient déjà dans l'ère du temps. Pour eux, point de révolution, mais seulement des interprétations, des explications permettant la perpétuation douce de la même espèce.

a) Référés précontractuels et contractuels, l'évolution dans la continuité

16. Pour les référés précontractuels et contractuels, l'intérêt à conclure le contrat est la seule condition de recevabilité s'agissant du requérant (première partie, A, 2). Cette notion impose, pour que le recours soit recevable, qu'il ait été porté atteinte à cet intérêt, ce qui suppose d'abord que l'entreprise n'ait pas été désignée comme attributaire (pour le référé précontractuel) ou cocontractante (pour le référé contractuel)³³. Deux situations méritent alors l'attention, selon que le requérant a ou non été candidat dans la procédure de passation du contrat concerné.

17. Dès ses premières décisions rendues en matière de référé précontractuel, le Conseil d'Etat a expressément admis qu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché avait toujours « intérêt à le conclure »³⁴. Dans ce cas, il n'est pas tenu compte des chances de succès d'obtenir effectivement le contrat. Le caractère recevable de la candidature et la question de savoir si l'offre est bien appropriée, régulière et acceptable, ne sont pas pris en compte. L'intérêt à conclure le contrat est comme présumé du fait de la participation à la consultation quelle que soit la qualité de cette participation. La solution perdue après la jurisprudence SMIRGEOMES³⁵.

18. Pour les entreprises qui n'ont pas même été candidates lors de la passation, cet « intérêt à conclure » le contrat ne peut être présumé. Elles doivent l'établir et le juge glisse alors, assez insensiblement, de la notion « d'intérêt » à celle de « vocation » à conclure le contrat. Il précise ainsi que les entreprises « ont vocation à exécuter les prestations de services objet du marché et justifient donc d'un intérêt à conclure le contrat », pour en déduire immédiatement sans autre précision « que, par suite, elles sont recevables à agir par la voie du référé précontractuel à l'encontre de la procédure de passation litigieuse »³⁶. Concrètement, le

³³ CE 23 décembre 2011, Département de la Guadeloupe, req. n° 350231, tables du Lebon ; AJDA 2012 p. 442, P. Cassia.

³⁴ CE 19 mars 1997, Ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation c/ Sté Bull, req. n° 171140, tables du Lebon.

³⁵ CE 14 décembre 2009, Commune de La Roche-sur-Yon, req. n° 325830, tables du Lebon.

³⁶ CE 30 septembre 2011, Région Picardie, req. n° 350431, Lebon.

requérant doit montrer qu'il avait « vocation » à exécuter les prestations³⁷, notamment parce que le contrat relève de sa « spécialité »³⁸. Le juge administratif confronte ainsi l'activité de l'entreprise et l'objet du contrat.

Il est vrai que l'entreprise peut avoir été empêchée de présenter sa candidature et/ou son offre, justement par certains manquements de l'acheteur public à ses obligations de publicité ou de mise en concurrence. Le principe d'efficacité des recours s'accommoderait mal d'une fermeture des référés précontractuels et/ou contractuels à ces entreprises qui n'ont pas même pu participer à la consultation en raison de la violation de ses obligations par l'acheteur public. Il est souhaitable que le juge n'ait pas à prendre en considération, au stade de la condition de recevabilité relative au requérant, l'impact des manquements invoqués par l'entreprise. Cette appréciation ne doit pas relever de la recevabilité au regard de la qualité du requérant mais seulement de l'analyse des moyens invoqués.

Le requérant recevable en référé précontractuel est celui qui a été candidat à l'attribution du contrat, ou qui aurait pu l'être compte tenu de la concordance entre son objet social et l'objet du contrat.

b) Recours en contestation de la validité du contrat, la perpétuation de l'espèce

19. L'évolution de la condition de recevabilité relative au requérant a surtout consisté en des interprétations et des précisions. Il ne s'agit pas de tout mettre à bas mais d'infléchir et d'affiner. L'origine prétorienne du recours facilite probablement cette capacité d'adaptation, cette souplesse³⁹.

Assez rapidement, le juge a considéré que les personnes « qui n'apportent aucun élément justifiant qu'elles auraient pu être candidates ne sauraient être regardées comme des concurrents évincés de l'attribution de ces marchés »⁴⁰.

Mais c'est surtout avec l'avis Société Gouelle que le Conseil d'Etat a répondu aux dernières interrogations⁴¹. La Haute juridiction administrative y retient une interprétation souple de la condition de recevabilité relative au requérant. Il y procède à une lecture offensive du « concurrent évincé », devenant celui « qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable ».

L'entreprise qui avait vocation à exécuter le contrat, mais qui n'a pas été candidate peut donc saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat. Il faut, mais il suffit, pour le requérant d'être une personne « qui aurait eu intérêt à conclure le contrat ». Au stade de la recevabilité, il n'y a pas lieu de tenir compte de ce que l'entreprise non candidate a

³⁷ CE 8 juillet 2005, CA de Moulins, req. n° 268610, tables du Lebon, concl. D. Casas, BJCP 2005, n° 43, p. 436 ; CMP octobre 2005, comm. 241, W. Zimmer : Intérêt à agir de « toute personne ayant vocation à exécuter les prestations incluses dans l'objet du marché ».

³⁸ CE 8 août 2008, Région Bourgogne, req. n° 307143, tables du Lebon. Le juge souligne parfois également que l'entreprise a démontré son intérêt pour le contrat en demandant que lui soit adressé le Dossier de consultation des entreprises (CE 5 août 2009, Région Centre, req. n° 307117, Inédit au Lebon ; CMP 2009, comm. 318, F. Llorens).

³⁹ Voir sur l'intérêt d'une évolution jurisprudentielle plutôt que textuelle, O. Guézou, « Million et Tropic, Histoires parallèles et vie commune », Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex, Editions Litec, mai 2009, p. 147.

⁴⁰ CE 16 novembre 2009, Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, req. n° 328826, tables du Lebon.

⁴¹ CE Avis 11 avril 2012, Soc. Gouelle, req. n° 355446, Dr. adm. juillet 2012, p. 23, F. Brenet ; RDI 2012 p. 398, S. Braconnier ; AJDA 2012, p. 1109, P. Cassia ; CMP 2012, Repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Gaz. Palais 3 juin 2012, p. 13, B. Seiller. Voir aussi : P. Cassia, « Précisions procédurales sur le recours en contestation de la validité du contrat », AJDA 2012 p. 1109.

été « empêchée » d'être concurrente par l'acheteur public. C'est un problème de fond, en relation directe avec le manquement. En outre, cela évite d'avoir à réserver un traitement différent selon les causes de l'empêchement, et notamment si l'entreprise n'a pas pu participer à la procédure du fait du comportement de ses concurrents (pratique de boycott, entente destinée à l'exclure, promesse non tenue, désistement de dernière minute...). Si elle est sur le marché de référence, que son activité correspond au contrat, elle avait intérêt à le conclure et peut donc saisir le juge.

Le « concurrent évincé » devient la personne « qui aurait eu intérêt à conclure le contrat », ce qui ne peut manquer de faire penser à la notion utilisée, dès l'origine, en référés précontractuels et contractuels. Ce n'est pas un hasard, et cela démontre la convergence des notions de requérants recevables utilisées pour les recours en contestation de la validité du contrat et les référés précontractuels et contractuels. Elles se rejoignent dans une notion « d'intérêt à conclure le contrat », appréciée eu égard à l'idée de « vocation à le conclure » et conduisant à considérer comme des requérants recevables les opérateurs susceptibles d'offrir la prestation objet du contrat.

2°) Convergence et disparition

20. La singularité du recours pour excès de pouvoir – ce proto-recours généraliste qui n'a pas été créé pour saisir les opérations contractuelles donnant lieu à concurrence – suppose une notion d'intérêt à agir suffisamment large pour saisir tous les requérants potentiellement concernés. Ainsi, pour les tiers non opérateurs économiques, ceux qui invoquent un intérêt résultant de leur qualité de contribuable, d'usager, d'association de protection de l'environnement, etc., la condition de recevabilité relative au requérant ne peut tout simplement pas s'appuyer sur l'idée « d'intérêt » ou de « vocation à conclure le contrat ». La situation est différente pour les requérants spécifiques que sont les « concurrents évincés ». Pour eux, si une certaine convergence apparaît, elle conduit en pratique à une quasi-disparition de l'espèce du requérant devant le juge de l'excès de pouvoir.

a) Convergence : le potentiel de la notion de « participation à la consultation »

21. En matière de recours pour excès de pouvoir, le juge raisonne traditionnellement eu égard à la « participation à la consultation ». Cette notion est un premier pas intéressant vers celle de personne ayant vocation à conclure le contrat. Le raisonnement demeure centré sur l'intérêt à agir, mais la notion commune au recours en contestation de la validité du contrat et aux référés précontractuels et contractuels semble en partie transparaître dans la notion utilisée en excès de pouvoir.

C'est vrai s'agissant de l'entreprise qui a participé à la consultation, et qui présente de ce fait un intérêt à agir⁴². Il n'est pas nécessaire de réserver l'hypothèse de l'entreprise n'ayant

⁴² Sur la distinction entre procédures ouvertes (pour avoir « participé à la consultation », et donc justifier d'un intérêt à agir, il faut avoir présenté une offre ; lorsque le candidat décide de ne pas participer à la consultation, même si sa décision résulte des irrégularités commises par l'acheteur public, il se prive du même coup de la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir (cf. CE 19 février 1996, SA Aubettes, req. n° 154088, Lebon) ; ce n'est que lorsque l'entreprise a été directement empêchée de déposer son offre que son absence dans la consultation ne conduit pas nécessairement à la priver d'intérêt à agir) et procédures restreintes (le simple fait de déposer une candidature constitue, en règle générale, une participation suffisante à la consultation, étant précisé que lorsque l'entreprise n'a déposé sa candidature que sur certains lots, elle ne présente un intérêt à agir contre la décision d'attribution du contrat qu'en tant qu'elle concerne les lots en

aucune chance de succès : d'abord parce qu'elle a effectivement participé à la consultation, même si c'est de manière aberrante ; ensuite, parce qu'en tout état de cause, la question des chances de succès relève du fond et non de la recevabilité du recours⁴³.

En revanche, lorsqu'il n'y a pas eu participation effective à la consultation, le juge de l'excès de pouvoir considère le recours comme irrecevable, y compris pour les personnes qui auraient pu, au regard de leur spécialité, être candidates. L'entreprise qui a volontairement décidé de ne pas se présenter comme candidate ne peut pas déposer un recours pour excès de pouvoir contre les actes de la procédure de passation⁴⁴. C'est simplement lorsqu'elle a été « irrégulièrement empêchée de donner suite à l'intention qu'elle avait clairement manifestée de déposer une offre » que le requérant aura intérêt à agir devant le juge de l'excès de pouvoir⁴⁵. Lorsqu'il y a une véritable impossibilité matérielle de déposer une offre, la condition de l'empêchement est sans conteste remplie (délai de remise des offres trop bref ; absence totale de publicité...). Dans les autres cas, il semble difficile d'établir un degré d'exigence en dessous duquel il n'y aurait pas empêchement de participer à la consultation, mais seulement une gêne ne justifiant pas la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Suffit-il que l'entreprise ait, en raison de certaines discriminations, peu de chance d'obtenir le marché ? L'impossibilité de déposer une offre conforme suffit-elle ? Le juge sera sensible aux spécificités de chaque espèce et notamment à la gravité du vice concerné. Toutefois, faire dépendre la recevabilité de la solidité de l'argument de l'entreprise qui indique avoir été empêché de participer à la consultation n'est guère convaincant tant elle mélange conclusions et moyens.

Il serait donc préférable que le candidat potentiel soit traité comme le candidat effectif. Si telle devait être la solution retenue dans l'avenir, cela permettrait de faire converger l'intérêt à agir dans le cadre du recours pour excès de pouvoir avec la notion de personne ayant vocation à conclure le contrat, notion utilisée dans le cadre des référés précontractuels et contractuels et du recours en contestation de la validité du contrat.

22. Une telle convergence permettrait l'émergence d'un système global harmonisé mais aussi de tenir compte des liens entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en contestation de la validité du contrat. En effet, la continuité chronologique entre les deux recours crée entre eux un lien très fort. Ils s'influencent mutuellement et l'évolution de l'un ne peut rester sans conséquence sur l'autre. Les deux recours sont solidaires, interconnectés, un peu comme dans un système stellaire binaire où deux étoiles tournent autour d'un même centre de gravité en interagissant l'une sur l'autre. L'évolution du recours en contestation de la validité du contrat a ainsi, potentiellement au moins, un impact sur le recours pour excès de pouvoir. Dès lors, les précisions apportées par l'avis Société Gouelle, devraient logiquement

question : CE 23 novembre 2005, SARL Axialogic, req. n° 267494, tables du Lebon ; CP-ACCP avril 2006, p. 80, B. Brenet), voir Point-clé III.621.2, « Droit des marchés publics », préc.

⁴³ Le même raisonnement joue dans le cadre de la jurisprudence Tropic et dans le cadre de la jurisprudence SMIRGEOMES. Voir en ce sens Paul Cassia qui précise très clairement que « la circonstance que le candidat a présenté une offre non conforme au CCTP applicables au contrat est sans incidence sur son intérêt à agir [...]. C'est cette même jurisprudence, qui évite de confondre recevabilité *ratione personae* et bien-fondé de la requête, que l'on trouve s'agissant du référé précontractuel : un candidat évincé de la conclusion d'un marché public est recevable à saisir le juge de l'article L. 551-1 du CJA, mais verra sa demande rejetée « au fond » si sa candidature était irrecevable ou son offre irrégulière (CE 11 avril 2012, Syndicat ODY 1218 Newline du Lloyd's de Londres, req. n° 354652, AJDA 2012, p 790) » (AJDA 2012 p. 1109, préc.).

⁴⁴ Et si elle a été candidate elle ne peut déposer un recours pour excès de pouvoir que pour les lots sur lesquels elle a été présente : CE 24 novembre 2010 Cne de Ramatuelle, req. n° 336265, Lebon – CE 19 janvier 2011, Cne de Limoges, req. n° 323924, tables du Lebon – CAA Marseille 16 avril 2012 M. Ange A. req. n° 09MA02145, inédit au Lebon.

⁴⁵ CE 19 février 1996 SA Aubettes, req. n°148794, Lebon p. 45, concl. S. Fratacci, AJDA 1996, p. 392

s'étendre au recours pour excès de pouvoir permettant l'harmonisation de la condition de recevabilité relative au requérant entre deux recours qui ont vocation à prendre la suite l'un de l'autre. Le même requérant passerait ainsi véritablement du recours pour excès de pouvoir au recours en contestation de la validité du contrat. L'approche retenue dans l'avis Société Gouelle est d'ailleurs bien adaptée aux canons du recours pour excès de pouvoir qui se veut lui aussi un recours très objectif. Il ne serait pas dénaturé en étant ouvert à tout opérateur ayant vocation à exécuter le contrat, sans distinguer selon qu'il a ou non été effectivement candidat, dès lors qu'il aurait pu l'être.

Toutefois, cette lecture assez optimiste du devenir du recours pour excès de pouvoir ne risque guère de triompher. En effet, dans un système binaire – fut-il stellaire – il arrive que l'un des deux corps – le plus faible, le moins lourd, le moins efficace – s'écroule sur l'autre qui, en fin de compte, l'absorbe. Le risque existe que le recours pour excès de pouvoir soit, pour les requérants objets de la présente étude, confronté à une compétition tellement âpre avec les autres recours qu'elle conduise à sa disparition.

b) Disparition : le recours pour excès de pouvoir, espèce menacée ?

23. La décision Tropic précise explicitement « qu'à partir de la conclusion du contrat », le recours pour excès de pouvoir du concurrent évincé « n'est, *en revanche, plus recevable* ». La complémentarité chronologique entre les deux recours n'aboutit donc pas à proprement parler à une convergence vers une notion commune de requérant recevable, mais bien à la disparition d'une espèce : celle, dès lors que le contrat est conclu, du concurrent évincé requérant dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Un recours chasse l'autre.

Plus positivement, il est aussi possible d'envisager le phénomène comme une mutation du recours pour excès de pouvoir en recours Tropic, la chrysalide devenant papillon. S'ils sont différents sur bien des points, la chrysalide et le papillon ont le même patrimoine génétique. Le recours objectif, centré sur la légalité/validité, n'a pas disparu, il a simplement changé de parure, et les couleurs de l'office du juge Tropic sont effectivement bien plus chatoyantes que celles, somme toute assez ternes, du juge de l'excès de pouvoir.

24. Toutefois, la situation du recours pour excès de pouvoir est en réalité bien plus grave car, même avant la signature du contrat, il n'est plus l'espèce dominante, loin s'en faut.

D'abord, alors même que le recours pour excès de pouvoir aurait été initialement recevable, la conclusion du contrat en cours d'instance le prive d'objet⁴⁶. Par conséquent, au regard des délais d'intervention du juge, rares sont les recours pour excès de pouvoir qui pourront être effectivement jugés. L'espèce ne devrait plus conserver que quelques spécimens.

En outre, la question fondamentale – et qui a retenu l'attention de générations de juristes – du retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat ne pourra plus, en pratique, se poser : pour le concurrent évincé, le contrat conclu et l'annulation pour excès de pouvoir ne peuvent pas, en pratique, coexister⁴⁷.

⁴⁶ CAA Lyon 12 janvier 2012, Société Portelinha, req n° 10LY02249, inédit au Lebon.

⁴⁷ Sauf dans l'hypothèse très résiduelle où malgré l'annulation de l'acte détachable, le contrat serait par la suite signé par la personne publique : il s'agit là d'un cas d'école, car il semble difficilement concevable que la personne publique n'ait pas signé avant la décision du juge de l'excès de pouvoir, pour ensuite, une fois cette décision rendue dans un sens défavorable, signer ledit contrat...

En revanche, pour les autres tiers, ceux qui ne disposent pas du recours en contestation de la validité du contrat, le passage par le juge de l'exécution pour atteindre le contrat conserve son intérêt, même s'il est vrai que la procédure présente le plus souvent une « efficacité aussi limitée qu'hasardeuse » (S Braconnier, AJDA 2011, p. 314, préc).

Pour sauver ce qui peut encore l'être, le référé suspension peut être appelé en renfort, mais les difficultés de mise en œuvre de cette procédure en matière contractuelle sont connues⁴⁸. Là encore, le recours pour excès de pouvoir, y compris lorsqu'il est assorti d'un référé suspension, entre en compétition avec le référé précontractuel et sa suspension automatique : dès lors que le référé spécialisé est possible, le requérant aura le plus souvent intérêt à utiliser ce recours plus efficace et mieux adapté.

Et même si, en raison de la jurisprudence SMIRGEOMES ou pour les vices non constitutifs de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le référé précontractuel peinait dans certains cas à triompher du recours pour excès de pouvoir, ce dernier entrerait également en compétition avec le recours Tropic lui-même. Pour le concurrent évincé, le choix sera le plus souvent⁴⁹ assez rapide à effectuer entre un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable dont le jugement n'interviendra pas en pratique car le contrat sera signé en cours d'instance, ce qui obligera le requérant à déposer un recours en contestation de la validité du contrat, et l'action directement portée sur le terrain de la jurisprudence Tropic pour faire tomber le contrat...⁵⁰

Dans la jungle des recours, le plus fort – c'est-à-dire le plus intéressant et le plus efficace pour le requérant – triomphe. Dans cette étrange compétition entre les recours, bien fragile semble être la position du recours pour excès de pouvoir.

25. En conclusion, l'observation démontre que les différents recours étudiés sont ouverts à la personne qui a intérêt ou vocation à conclure ou exécuter le contrat selon une approche très largement objective. Cette convergence de la condition de recevabilité relative au requérant apparaît dans la notion commune employée par le recours en contestation de la validité du contrat et les référés précontractuels et contractuels. S'agissant du recours pour excès de pouvoir, malgré une certaine proximité de la notion de « participation à la consultation », l'évolution semble reposer sur la disparition de ce recours, qu'il s'agisse d'un anéantissement pur et simple ou d'une curieuse mutation du recours pour excès de pouvoir en recours en contestation de la validité du contrat.

⁴⁸ Voir not. G. Berthon, « La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre "référé suspension" et "référé contractuel" », RFDA 2009, p. 1215 – F. Brenet, « Les conséquences de la succession des recours en matière contractuelle », Dr. adm. avril 2010, p. 24 – P. Cassia, « Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse », AJDA 2007, p. 1964 – P. Delelis, « Les insuffisances des procédures de référé », AJDA 2011, p. 320 – H. Gérard, « La délicate articulation entre référé précontractuel et référé-suspension, entre l'impartialité et l'urgence à suspendre le contrat », AJDA 2010, p. 1085 – F. Linditch, « Recours Tropic : la condition tenant à l'urgence, obstacle insurmontable à l'obtention du référé-suspension », JCP A 31 mars 2008, p. 31.

Il serait peut-être judicieux de mettre en œuvre souplement les conditions de suspension en la matière, par exemple, par un jeu de présomption s'agissant de l'urgence.

⁴⁹ Le concurrent évincé peut tout de même souhaiter faire annuler une décision de rejet de sa candidature mettant en cause ses capacités, sans pour autant vouloir faire tomber le contrat au risque de déplaire gravement à l'acheteur public concerné. En outre, l'illégalité de certains actes détachables ne contamine pas nécessairement le contrat et dès lors, le recours en contestation de la validité du contrat peut parfaitement ne pas aboutir alors que l'acte détachable est bien, lui, illégal. Le même raisonnement peut être suivi si le juge de la validité du contrat décide que l'intérêt général s'oppose à son annulation alors que l'acte détachable aurait pu, sans conséquences excessives, être annulé. Faut-il, parce que le concurrent évincé bénéficie de « l'artillerie lourde » du recours en contestation de la validité du contrat, le priver de la « frappe chirurgicale » du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ?

⁵⁰ Au regard de la rareté des recours Tropic (voir P. Cassia, AJDA 2012, p. 1109, préc.), n'y a-t-il pas un curieux jeu de dupes en offrant un recours en contestation de la validité du contrat plus rutilant que le traditionnel recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ?

B Explication : l'adaptation au milieu

26. Les conditions relatives au requérant convergent donc vers une notion commune. Cette observation faite, il convient d'abord de l'expliquer – elle résulte du milieu concerné (1°) – et d'en apprécier la portée en la mettant en perspective avec un mouvement de fond qui anime tant la qualification des contrats, objet de la présente étude, que le champ d'application de leur régime concurrentiel de passation (2°).

1°) L'adaptation au milieu : la domination de la notion d'opérateur sur le marché économique

a) Le terrain favorable

27. Etrange hybride, le contrat administratif est ambivalent. Contrat, il devrait être fermé aux tiers. Administratif, il n'est pas que la chose des parties, il sert également l'intérêt général, et les tiers – ou certains tiers – doivent pouvoir, parfois, en connaître⁵¹. Le contentieux contractuel administratif est donc à la fois subjectif (contrat/stabilité) et objectif (administratif /légalité). Une approche globale et chronologique de ce contentieux conduit d'ailleurs à remarquer des mouvements d'objectivisation et de subjectivisation, « l'aspect subjectif pénétrant dans les conceptions principalement objectives, l'aspect objectif dans celles qui sont surtout subjectives »⁵². Un peu comme un balancier, avec des compensations, des contre-feux... Toutefois, la justification de l'accès du tiers au contrat ne doit pas être recherchée – pas seulement – dans la nature administrative du contrat ou publique de la situation. Sinon, pourquoi le recours pour excès de pouvoir ne serait-il pas l'espèce dominante, pourquoi n'aurait-il pas empêché, dans ce domaine, l'éclosion de nouvelles formes de vie ?

28. L'évolution est réservée à certains contrats administratifs, ceux dont la singularité même rend malaisé une qualification globale. Etranges créatures que ces « contrats d'affaires ''à procédure'' »⁵³, contrats de la commande publique, contrats publics économiques, etc. La catégorie émerge assez clairement mais la notion est encore largement à construire. Pour ces contrats, la recevabilité du recours de certains tiers semble n'être pas tant justifiée par la nature administrative du contrat que par le milieu spécifique dans lequel il évolue et avec lequel le contrat lui-même se confond. Pour eux, la relation contractuelle n'est que l'image juridique d'une relation avant tout économique, dont les acteurs sont dans une situation particulière, dans un cercle d'intérêts spécifiques.

Les liens entre ces contrats et la notion de marché de référence ont déjà été établis⁵⁴. Le milieu est donc économique et caractérisé par l'existence d'un marché pertinent relatif à un contrat qui n'est, tout bien considéré, que la traduction juridique de la rencontre de l'offre et de la demande.

⁵¹ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP octobre 2010, p. 313.

⁵² P. Delvolvé, RFDA 2011, préc. p. 1.

⁵³ S. Braconnier, AJDA 2011 p. 314, préc.

⁵⁴ Sur ces liens, voir notamment O. Guézou, « Droit des marchés publics », préc. Point-clé III.130.2 ; « Droit de la concurrence et contrats publics – Contentieux administratif et pratiques anticoncurrentielles », Etudes en l'honneur du Professeur Michel Guibal, 2006, p. 107 – « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », CP-ACCP mars 2003, p. 43.

Avant la signature du contrat, les offreurs sur ce marché sont des cocontractants potentiels et ne sont déjà plus totalement des tiers. Ils le redeviendront en n'obtenant pas le contrat, tout en conservant – image rémanente des possibilités manquées – une place à part. Point besoin d'être bien placé dans la compétition, ni même d'être un candidat effectif dans la procédure de passation. Il suffit d'être un concurrent potentiel, d'être présent en tant qu'offreur, non nécessairement dans la procédure de passation elle-même, mais sur le marché pertinent. Pour ces contrats, le requérant recevable est donc celui qui a été candidat à l'attribution du contrat, ou qui aurait pu l'être compte tenu de la concordance entre son objet social et l'objet du contrat.

Cette qualité d'offreur économique est la mieux adaptée au milieu, et le jeu de la sélection naturelle conduit en conséquence à favoriser, dans les différents recours et quelle que soit la terminologie juridique utilisée et spécialement les notions de « concurrents évincés » et « d'intérêt à conclure le contrat », une condition de recevabilité qui en tienne compte.

b) Les activateurs

29. Dans ce milieu particulier, deux éléments – il est tentant de parler de catalyseurs ou d'activateurs – renforcent la nécessité d'apprécier la recevabilité des recours en fonction de la qualité d'offreur sur le marché du requérant.

30. D'abord, les marchés en cause sont caractérisés par un demandeur lié à la puissance publique et capable de s'abstraire, au moins dans une certaine mesure, de la pression concurrentielle. Sur ces marchés, le cocontractant public ne se conduit pas spontanément comme le demandeur économique rationnel et éclairé de la théorie économique. C'est la raison d'être de l'obligation de mise en concurrence qui lui est juridiquement imposée. Cette obligation pour être effective doit bénéficier de recours efficaces, ouverts à ceux-là mêmes qui pouvaient profiter de cette mise en concurrence. Le principe d'efficacité des recours, particulièrement cher au droit de l'Union européenne mais qui est en réalité inscrit dans les gènes de toute discipline juridique, renforce les effets d'un milieu économique qui justifie la recevabilité du requérant offreur sur le marché.

Par conséquent, la logique conduit assez naturellement à considérer que peut être traitée différemment des autres tiers et doit pouvoir agir, l'entreprise qui avait vocation à exécuter le contrat objet des obligations de publicité et de mise en concurrence. Il faut prendre garde ici à ne pas inverser la cause et l'effet. Le régime spécifique de passation existe parce qu'il s'agit de contrats faisant naître un marché économique. C'est parce qu'il y a marché économique que des obligations de publicité et de mise en concurrence sont envisageables, mais il n'est pas possible de déduire de l'absence de ces obligations, l'absence d'un tel marché. Certains contrats pourront d'ailleurs échapper à ces obligations (en raison de leur montant par exemple) tout en étant des marchés économiques pour lesquels les requérants devraient pouvoir agir. C'est pourquoi, l'existence d'un marché pertinent est déterminante et non celle d'un régime d'obligations de publicité et de mise en concurrence.

31. Ensuite, les contrats en question et le marché économique auquel chacun donne lieu sont saisis par le droit de l'Union européenne qui délimite leurs contours, encadre leur régime et influe sur leurs logiques. Cette prégnance renforce la place et le rôle des offreurs sur le marché. En effet, le droit de l'Union européenne, y compris en matière de contrats publics, est essentiellement un droit de la construction du marché unique, et donc un droit de l'accès des entreprises des divers Etats membres aux différents marchés nationaux. Cette logique de

l'accès au marché renforce un mouvement conduisant à la recevabilité des recours des opérateurs bénéficiant potentiellement de cet accès.

32. Les principes de la sélection naturelle conduisent à gommer les aspérités des notions initialement diversifiées de requérant recevable pour en façonner une nouvelle, commune à tous les recours, et reposant sur la forme la mieux adaptée au milieu concerné. Ce milieu est avant tout caractérisé par sa nature de marché économique permettant la rencontre des offres et de la demande. Par conséquent, c'est de convergence évolutive, au sens biologique du terme, dont il est question : la soumission de plusieurs espèces (de requérants) à un même milieu (le marché économique, lieu de rencontre entre l'offre et la demande) les conduit à acquérir des caractéristiques semblables en réponse audit milieu (le requérant recevable est celui qui se présente comme offreur dans le processus économique matérialisé par le contrat).

2°) Un mouvement général, vers la notion de « contrats publics concurrentiels » ?

33. La convergence décelée ne peut manquer de faire penser à un mouvement général qui traverse, sous l'influence déterminée du Conseil d'Etat, le droit de ces contrats particuliers et qui concerne leur qualification mais aussi le champ d'application de leur régime de passation.

Ainsi, ces contrats sont-ils définis en partie par référence au cocontractant de la personne publique. Celui-ci a d'abord été désigné par les textes⁵⁵ et certains avis du Conseil d'Etat⁵⁶ comme un « opérateur économique » exerçant une « activité économique ». Puis la notion a été affinée par la jurisprudence pour aboutir à celle d'opérateur sur un « marché concurrentiel »⁵⁷.

La référence explicite au « marché concurrentiel » est prometteuse mais peut être comprise de manière réductrice si n'est considéré comme concurrentiel que le marché où tendent à être respectés les canons de la concurrence pure et parfaite. Il est en pratique impossible de faire dépendre la qualification du contrat – que ce soit pour le cocontractant

⁵⁵ Article 1^{er} du code des marchés publics 2006 ; Article 1^{er} des directives 2004/17 (portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE 30 avril 2004, L 134, p. 1) et 2004/18 (relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE 30 avril 2004, L 134, p. 114) qui précise néanmoins que ce terme d'opérateur économique « est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte ». Le terme « opérateur économique » apparaît également à plusieurs reprises dans la directive n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives recours, JOUE 20 décembre 2007, L 335, p. 31.

Sur ces questions, voir S. Nicinski, partie II.30, « Droit des marchés publics », préc.

⁵⁶ La notion d'activité économique est parfois utilisée par le Conseil d'Etat pour exclure le droit des marchés publics, lorsque les prestations objets du contrat « ne présentent pas, dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique » (cf. CE Avis 23 octobre 2003, Fondation Jean Moulin, req. n° 369315, CP-ACCP, juin 2004, p. 74, E. Fatôme et L. Richer ; CP-ACCP septembre 2004, p. 65, A. Ménéménis – sur la question, voir L. Richer, « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics », EDCE 2008, p. 355 – L. Richer, « Un objectif, deux systèmes », CP-ACCP mai 2010, p. 26). Voir aussi l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de code des marchés publics 2006, EDCE 2007, n° 58, p. 83.

⁵⁷ CE Section 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 284736, concl. F. Séners, RFD adm. 2007, p. 812 et RJEP 2007, p. 273 ; AJDA 2007, p. 1020, chr. F. Lenica et J. Boucher ; Dr. Adm. 2006, comm. 129, M. Bazex ; CMP 2007, comm. 191, G. Eckert ; JCP A 2007, comm. 2127, F. Linditch et comm. 2128, J.-M. Pontier.

Sur les termes employés, les étapes de leur évolution, et démontrant notamment que le critère de l'opérateur économique est largement inutile car il ne fait que traduire ce qui apparaît déjà dans la nature même du contrat et spécialement dans son caractère de contrat conclu à titre onéreux, voir L. Richer, « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics », EDCE, préc. – L. Richer, « Droit des contrats administratifs », Manuel, LGDJ, 7^è éd. spéc. § 761 – L. Richer, AJDA 2012, p. 555, préc..

public ou pour le juge – d’une appréciation subtile voire impossible de la qualité de la concurrence sur le marché concerné⁵⁸. Il est préférable de considérer que les termes de « marché concurrentiel » ont surtout vocation à éviter toute confusion entre le marché économique et le marché-contrat. Le marché concurrentiel serait alors synonyme du marché pertinent, lieu de rencontre de l’offre et de la demande (sans jugement de valeur quant à la qualité, l’intensité ou l’effectivité de la concurrence).

La qualité d’opérateur économique sur le marché concurrentiel comme « critère » de qualification du contrat n’est donc que la conséquence de l’essence même de ce contrat, de l’activité exercée et donc du milieu concerné. Cet environnement est saisi globalement, dans sa substance même et les notions d’opérateur économique sur un marché concurrentiel, de contrat conclu à titre onéreux, de contrepartie économique sont les facettes diverses d’un même milieu particulier : il y a appel aux mécanismes du marché, au libre jeu de la concurrence.

34. Cette approche est confortée par l’utilisation de la notion d’opérateur sur le marché concurrentiel comme justification pour exclure le régime de publicité et de mise en concurrence. Deux hypothèses sont au premier chef concernées.

La notion « d’opérateur économique sur le marché concurrentiel » se rencontre désormais en droit français comme fondement juridique des relations de « quasi-régie », ces relations dites « In House » qui échappent au régime de publicité et de mise en concurrence⁵⁹.

En droit de l’Union européenne, la relation « In House » repose sur l’absence d’un véritable contrat, faute pour l’entité concernée d’avoir une volonté propre, distincte de celle du pouvoir adjudicateur⁶⁰. Elle est assimilée à une situation d’auto-prestation, le pouvoir adjudicateur satisfaisant lui-même ses propres besoins.

En droit français, le mécanisme équivalent, introduit à l’article 3 du code des marchés publics, n’utilise pas la même justification puisque les relations en question sont qualifiées de « marchés » auxquels les « dispositions du présent code [des marchés publics] ne sont pas applicables »⁶¹. La théorie française en était singulièrement affaiblie par rapport à son équivalent communautaire. Le Conseil d’Etat, par la décision SNISS⁶² lui a apporté un fondement, une légitimité en la rattachant à la notion « d’opérateur sur le marché concurrentiel ». C’est désormais parce que l’entité in House ne peut être regardée comme un « opérateur sur le marché concurrentiel » que le contrat échappe aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il n’y a pas d’appel au marché économique, la situation peut être, comme en droit de l’Union européenne mais pour des raisons différentes, assimilée à de l’auto-prestation.

De manière assez voisine, la notion d’opérateur économique est également utilisée pour justifier le traitement particulier accordé à certaines hypothèses de coopération entre personnes publiques. Lorsqu’une telle coopération existe, les obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas applicables, sous la condition expresse que la prestation ne

⁵⁸ En outre, si même la concurrence n’était pas très vive, la mise en concurrence par la personne publique pourrait justement la renforcer...

⁵⁹ Sur la question voir Laurent Richer, « Droit des contrats administratifs » préc., §755.

⁶⁰ CJCE 18 novembre 1999, aff. C-107/98, Teckal, Rec. 1999 p. I-8121, points 49 et 50 : « S’agissant de l’existence d’un contrat [...] »

⁶¹ Article 3-1° du code 2006.

⁶² CE 4 mars 2009, Syndicat national des industries d’information de santé, req. n° 300481, Lebon ; JCP A 8 juin 2009, p. 40, A Courrèges et C. Devès ; CMP avril 2009, p. 19, P. Soler-Couteaux.

soit pas offerte par « un opérateur sur le marché concurrentiel »⁶³. Là aussi, l'absence d'appel au marché économique est déterminante.

Ces différents exemples démontrent que la notion « d'opérateur sur le marché concurrentiel » devient un critère général d'exclusion du régime de publicité et de mise en concurrence. En outre, le terme le plus important dans l'expression est bien celui de « marché concurrentiel », plus encore que celui d'opérateur. Ainsi, ce qui importe c'est l'existence ou l'absence de marché concurrentiel, d'appel ou d'intervention sur celui-ci⁶⁴. C'est la conclusion du contrat « dans le cadre de relations qui ne sont pas celles du marché » qui est prise en considération et devient le critère clé.

C'est donc en réalité la nature profonde de ces contrats – des contrats publics économiques ou concurrentiels⁶⁵ – qui transparait dans cette rencontre entre offre économique et demande publique.

35. La nature du contrat, consubstantielle avec l'existence d'un marché permettant la rencontre entre une offre économique et une demande publique, présuppose l'existence d'un cocontractant particulier et justifie la recevabilité du recours. Elle se retrouve d'ailleurs dans la définition des contrats entrant dans le champ de l'ordonnance du 7 mai 2009 qui est, en dernière analyse, délimitée elle aussi par référence à l'existence d'un marché économique⁶⁶.

Cette concordance entre la condition de recevabilité relative au requérant et le critère organique du contrat est heureuse car elle permet, au moins potentiellement, un parfait emboîtement entre recours, requérants et contrats.

Mais alors, n'y a-t-il pas un risque d'appauvrissement de la diversité de recours incapables de continuer à répondre aux objectifs et aux besoins particuliers qui ont présidé à leur création (et qui expliquent en partie leurs différences, voir première partie, B) ? C'est peu probable car le mouvement de convergence décelé ne concerne que la condition de recevabilité relative au requérant. L'adaptation des recours à leurs objectifs et enjeux propres est possible au stade des moyens invocables ainsi qu'à celui des pouvoirs et de l'office des juges concernés. La vigueur des évolutions du contentieux contractuel, sous la ferme baguette du Conseil d'Etat, est sur ce point assez rassurante.

36. L'étude de la condition de recevabilité relative au requérant fait donc apparaître un double mouvement, et c'est bien de Darwinisme contentieux dont il est question.

Alors que les personnes concernées sont les mêmes, il y a d'abord un foisonnement terminologique – l'infini variation de la vie – qui s'explique par une multitude de points chauds, de foyers, de sources, apparus sur des temps quasi-géologiques et sans plan de construction préétabli.

⁶³ CE 3 février 2012, Commune de Veyrier-du-Lac, req. n° 353737, Lebon ; AJDA 2012, p. 555, L. Richer.

⁶⁴ Confirmant cette lecture, le Conseil d'Etat précise que l'opérateur économique permettant de considérer le contrat comme un marché public est celui qui se voit charger « d'exercer une activité économique emportant intervention sur un marché » (cf. CE 28 mai 2010, Société Enfenconiance, req. n° 328731, tables du Lebon).

⁶⁵ Etant entendu que le terme « concurrentiel » ne préjuge pas de la qualité de la concurrence (cf. ci-dessus à propos de « l'opérateur sur un marché concurrentiel ») et que le terme « public » est ici préféré à celui d'administratif car parmi ces contrats, certains relèvent du droit privé tout en présentant, notamment en raison de la particularité de l'entité ou du pouvoir adjudicateur, une forte dimension publique.

⁶⁶ Sont visés les contrats « ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique ». Le caractère synallagmatique du contrat rejoint la rencontre de l'offre (de travaux, fournitures ou services) et de la demande sur le marché économique (l'offreur recevant la « contrepartie économique » de ses prestations).

A la diversification des notions succède un phénomène de convergence évolutive – adaptation des formes au milieu et « survivance du plus apte » – vers une notion de concurrent évincé ayant intérêt à conclure le contrat, parce qu’il a vocation à l’exécuter, parce qu’il est présent sur le marché pertinent en tant qu’offreur. Cette convergence, résultant du milieu économique et de la nature des contrats considérés, est renforcée par les particularités d’un régime d’obligations de publicité et de mise en concurrence très marqué par le droit de l’Union européenne. Elle s’intègre parfaitement au mouvement général tendant à la prise en compte des singularités substantielles de ce qu’il est tentant d’appeler – mais l’expression mérite encore d’être affinée – des « contrats publics concurrentiels », espèce en devenir dont les représentants sont déjà parmi nous...

Paris, le 15 octobre 2012
Olivier Guézou