

Les contrats mixtes : un inventaire à la Prévert ?

En première lecture, il est difficile d'appréhender les articles 20 à 24 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 portant sur les contrats mixtes. Cette difficulté résulte du fait que les critères utilisés pour définir le régime applicable aux différents contrats mixtes diffèrent en fonction des hypothèses.

L'objectif des articles 20 à 24 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession – transposant les articles 20 à 22 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 – est simple : dresser la liste des règles de répartition entre les différents contrats de concession, d'une part, entre les contrats de concession et les autres contrats, d'autre part.

Mais la mise en œuvre pratique de ce principe est bien plus complexe, tant les situations sont différentes.

Et pour appréhender la diversité des situations, l'ordonnance multiplie les critères de détermination : nature des activités concernées, caractère dissociable ou non des activités, objet principal du contrat... tant et si bien qu'en première lecture, les articles 20 à 24 paraissent relever d'un inventaire à la Prévert.

C'est la raison pour laquelle, après avoir présenté les différentes situations appréhendées par l'ordonnance : règles applicables lorsqu'un même contrat de concession comporte plusieurs activités, règles applicables lorsqu'un contrat comporte des prestations relevant de l'ordonnance « concessions » et des prestations qui n'en relèvent pas, il a paru utile de résumer ces différentes hypothèses dans le cadre de tableaux récapitulatifs.

Règles applicables lorsqu'un même contrat de concession comporte plusieurs activités

Cette hypothèse correspond au cas où toutes les prestations que comporte le contrat de concession concourent avec la qualification de concession au sens de l'ordonnance.

Or, certaines règles diffèrent selon que l'autorité concédante doit être qualifiée de pouvoir adjudicateur⁽¹⁾ ou

(1) Définies à l'article 9 de l'ordonnance.

Auteur

Marion Terraux

Avocat à la Cour – Cabinet Seban et Associés

Stella Flocco

Elève Avocat

Références

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 20 et s.

Mots clés

Activité de réseau • Entité adjudicatrice • Marché de défense
• Objet principal • Pouvoir adjudicateur

d'entité adjudicatrice, c'est-à-dire exerçant une activité de réseau⁽²⁾.

On notera, par exemple, que les règles diffèrent en matière d'exclusion, (article 14), de contrats conclus avec une entreprise liée ou une coentreprise (articles 18 et 19), de droits d'entrée pour certains secteurs (article 31), ou de durée pour certains secteurs (article 34).

La question du régime applicable a donc tout son sens.

Dans ce cas, la principale clé de répartition est celle de l'activité de réseau considérée.

Si l'activité de réseau considérée porte sur le service public de production, de transport ou de distribution d'eau potable, sur l'évacuation ou le traitement des eaux usées, sur des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage (dans certaines conditions) ou sur une activité de transports⁽³⁾, il convient d'appliquer le régime le plus strict, c'est-à-dire, celui qui s'applique au pouvoir adjudicateur. Et cette règle s'applique même lorsqu'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le contrat est principalement destiné.

Si l'activité de réseau ne porte pas sur l'un de ces services les règles applicables seront celles correspondant à l'objet principal du marché.

Se pose alors la question des critères de qualification de l'objet principal d'un contrat.

L'ordonnance ne le précise pas.

Cependant, la notion d'objet principal est une notion connue en droit communautaire et en droit interne, qui permet aux juridictions de déterminer si un marché public doit respecter les règles applicables aux marchés

publics de travaux ou aux marchés publics de services et de fournitures.

Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que : « L'objet principal du contrat [...] doit être déterminé dans le cadre d'un examen objectif de l'ensemble du marché sur lequel porte ce contrat. Cette détermination doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat, le montant respectif des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte aux fins de ladite détermination. On peut déduire de ce qui précède, que le montant des travaux ne saurait constituer, en toutes circonstances, le critère exclusif [...] alors que ces travaux ne sont qu'accessoires »⁽⁴⁾.

Autrement dit, il convient de rechercher « l'objectif primaire » des parties ou encore, leur commune intention.

Ainsi, par exemple, la CJUE a eu à connaître d'un contrat aux termes duquel une société privée construisait des halls d'exposition et les mettait à la disposition de la commune de Cologne moyennant le versement d'un loyer. Et elle a jugé que ce contrat devait être soumis aux règles applicables aux marchés publics de travaux en constatant que les ouvrages avaient été réalisés conformément aux spécifications très détaillées de la ville. Et le fait que le montant des travaux soit inférieur au montant total des loyers ne devait pas remettre en cause cette qualification⁽⁵⁾.

Au total, donc, la répartition sera la suivante :

Régime applicable lorsqu'un même contrat de concession comporte des activités d'opérateur de réseau et des activités qui ne sont pas des activités d'opérateurs de réseaux		
	Application des dispositions relatives aux pouvoirs adjudicateurs	Application en fonction de l'objet principal du marché
Un contrat de concession + une activité d'opérateur de réseaux autre que eaux usées, eaux potables et transports + une autre activité (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 20-I-a)	Non	Oui

(2) Définies à l'article 10 de l'ordonnance.

(3) Soit plus précisément, les points 3 et 6 du I de l'article 11 de l'ordonnance.

(4) CJCE 21 février 2008, Commission c/Italie, aff. C-412/04.

(5) CJCE 29 octobre 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-536/07.

Régime applicable lorsqu'un même contrat de concession comporte des activités d'opérateur de réseau et des activités qui ne sont pas des activités d'opérateurs de réseaux

	Application des dispositions relatives aux pouvoirs adjudicateurs	Application en fonction de l'objet principal du marché
Un contrat de concession + une activité d'opérateur de réseaux eaux usées, eaux potables et transports + une autre activité (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 20-I-b)	Oui	Non
Un contrat de concession + une activité d'opérateur de réseaux + une autre activité + Il est objectivement impossible d'établir à quelle activité il est principalement destiné (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 20-II)	Oui	Non

Règles applicables lorsqu'un contrat comporte des prestations relevant de l'ordonnance « concessions » et des prestations qui n'en relèvent pas

Détermination des règles applicables lorsque les prestations ne portent sur aucune activité de réseau et lorsqu'elles portent toutes sur une activité de réseau

La clé de répartition utilisée ici présente une certaine logique.

En principe, comme le rappelle l'article 4 de l'ordonnance, les autorités concédantes sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter les travaux ou gérer des services.

En particulier, lorsqu'une autorité concédante souhaite confier des prestations relevant du régime des concessions et des prestations qui n'en relèvent pas, elles ont la possibilité de conclure deux contrats distincts ou un seul et même contrat.

Ainsi, par exemple, un même contrat peut tout à la fois porter sur l'exploitation d'un service dans les conditions

fixées par l'ordonnance « concessions » et l'acquisition de fournitures entrant en principe dans le champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Il peut également porter sur l'exploitation d'un service soumis à l'ordonnance « concessions » et sur l'acquisition d'un bien, qui n'est soumise à aucune procédure.

Mais la liberté donnée quant au montage contractuel choisi n'entraîne pas une liberté dans le choix de la procédure de mise en concurrence à mettre en œuvre et dans le régime à appliquer.

C'est la raison pour laquelle le principe est le suivant : lorsque les prestations envisagées sont objectivement dissociables, il convient d'appliquer la procédure et le régime les plus contraignants.

Ainsi, par exemple, un contrat dont certaines prestations relèvent du Code des marchés publics et d'autres de l'ordonnance « concessions » et dont les prestations sont objectivement dissociables sera soumis au Code des marchés publics. De même, un contrat dont certaines prestations relèvent de l'ordonnance « concession » et d'autres ne relèvent d'aucune autre disposition sera soumis à l'ordonnance « concessions ».

Inversement, lorsque ces activités sont objectivement indissociables, on peut légitimement considérer que l'autorité concédante ne pouvait pas faire autrement que de conclure un seul et même contrat.

Dans ce cas, c'est le critère de l'objet principal qu'il convient d'appliquer : le régime applicable sera celui de l'objet principal du contrat en question.

Et lorsque l'objet principal ne peut pas être déterminé, il convient de faire à nouveau application de la règle la plus contraignante. Ainsi, par exemple, si le contrat

porte sur des prestations relevant à la fois de l'ordonnance « marchés publics » et des prestations relevant de l'ordonnance « Concessions », ce sont les règles de l'ordonnance « marchés publics » qu'il conviendra d'appliquer.

Régime applicable lorsque le contrat ne comporte aucune activité de réseau			
	Application de l'ordonnance « Marchés »	Application des dispositions relatives aux pouvoirs adjudicateurs de l'ordonnance « Concessions »	Application en fonction de l'objet principal du contrat
Contrat comporte des éléments objectivement dissociables + Prestations relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-I-1)	Oui	Non	Non
Contrat comporte des éléments objectivement dissociables + Certaines prestations relèvent des contrats de concession et d'autres relèvent ni des contrats de concession, ni des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-I-2)	Non	Oui	Non
Contrat comporte des éléments objectivement indissociables + Objet principal peut être objectivement identifié (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-II)	Non	Non	Oui
Contrat comporte des éléments objectivement indissociables + Objet principal ne peut pas être objectivement identifié + Prestations relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-II et 23-II-1°)	Oui	Non	Non
Contrat comporte des éléments objectivement indissociables + Objet principal ne peut pas être objectivement identifié + Certaines prestations relèvent des contrats de concession et d'autres relèvent ni des contrats de concession, ni des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-II et 23-II-2°)	Non	Oui	Non

Régime applicable lorsque le contrat porte exclusivement sur des activités de réseaux			
	Ordonnance « Marchés »	Application des dispositions relatives aux entités adjudicatrices de l'ordonnance « Concessions »	Application en fonction de l'objet principal du marché
Contrat comporte des éléments objectivement dissociables + Prestations relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-I-1)	Oui	Non	Non
Contrat comporte des éléments objectivement dissociables + Certaines prestations relèvent des contrats de concession et d'autres relèvent ni des contrats de concession, ni des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-I-2)	Non	Oui	Non
Contrat comporte des éléments objectivement indissociables + Objet principal peut être objectivement identifié (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-II)	Non	Non	Oui
Contrat comporte des éléments objectivement indissociables + Objet principal ne peut pas être objectivement identifié + Prestations relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-II et 23-II-1°)	Oui	Non	Non
Contrat comporte des éléments objectivement indissociables + Objet principal ne peut pas être objectivement identifié + Certaines prestations relèvent des contrats de concession et d'autres relèvent ni des contrats de concession, ni des marchés publics (Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 22-II et 23-II-1°)	Non	Oui	Non

Le cas particulier des contrats comportant certaines activités d'opérateurs de réseaux et certaines activités ne constituant pas des activités d'opérateur de réseaux

Il aurait pu paraître logique que le régime applicable à ce type de contrats suive le régime étudié ci-avant relatif aux contrats ne comportant aucune activité d'opérateurs

de réseaux et aux contrats comportant exclusivement des activités d'opérateurs de réseaux. Mais ce n'est pas le cas.

En particulier, la règle de la dissociabilité des activités ne trouve pas à s'appliquer dans ce cas.

Le premier critère à prendre en compte sera celui de l'objet principal du contrat. Ainsi, si l'objet principal du

contrat peut être objectivement identifié, c'est le régime applicable à cet objet qui trouvera à s'appliquer.

Et s'il ne peut pas être objectivement identifié, il conviendra de faire application du régime le plus contraignant.

Ainsi, la répartition sera la suivante :

Régime applicable lorsque le contrat porte partiellement sur des activités de réseaux			
	Ordonnance « Marchés »	Ordonnance « Concessions »	Application en fonction de l'objet principal du marché
Objet principal du contrat peut être objectivement identifié	Non	Non	Oui
Objet principal du contrat ne peut pas être objectivement identifié + Le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics	Oui	Non	Non
Objet principal du contrat ne peut pas être objectivement identifié + Le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois des contrats de concession et des prestations qui ne relèvent ni des marchés publics, ni des concessions	Non	Oui	Non

Le cas particulier des marchés liés à la défense

Enfin, l'article 24 de l'ordonnance prévoit une autre exception, celle-là aisément compréhensible, lorsque le contrat en question est relatif à la défense.

Plus précisément, le premier alinéa de l'article 24 prévoit que lorsque le contrat relève pour partie de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne⁽⁶⁾, l'ordonnance ne trouve pas à s'appliquer à la condition, toutefois, que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

(6) « 1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après : a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité, b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires. 2. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent ».

Et le second alinéa de cet article dispose que lorsque le contrat porte, pour partie, sur des marchés de défense ou de sécurité, l'autorité concédante choisit de le soumettre soit à la présente ordonnance, soit à l'ordonnance applicable aux marchés publics de défense ou de sécurité. À nouveau, l'ordonnance ajoute la même condition. Cette dérogation ne vaut que si la passation d'un contrat unique est justifiée par des raisons objectives.

Conclusion

On comprend aisément le souci d'exhaustivité et le souhait d'adapter au mieux les clés de répartition aux différentes situations.

Cependant, un certain nombre de notions restent à définir ; que sont des prestations indissociables ? Quand l'objet principal d'un contrat ne peut-il pas être défini ?

Et au-delà, l'imagination des autorités concédantes est sans limite et il y a fort à parier que toutes les hypothèses n'ont pas été envisagées.

Ainsi, par exemple, quel sera le régime applicable si un contrat comporte une prestation qui ne relève ni de l'ordonnance « marchés », ni de l'ordonnance « concessions », une activité d'opérateur de réseau et une activité soumise à la directive concession mais qui ne constitue pas une activité d'opérateur de réseaux ?