

Les contrats particuliers

L'ordonnance du 23 juillet 2015 regroupe sous le vocable de « contrats particulier » certains marchés de travaux ou de services subventionnés à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur et, surtout, les contrats mixtes, relevant de plusieurs régimes juridiques pour lesquels des règles d'articulation ont dû être prévues par les directives, règles que l'ordonnance transpose avec une remarquable concision.

Le chapitre III du Titre 1^{er} « Champ d'application » de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est consacré aux « Contrats particuliers », catégorie qui recouvre les « Contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs » (section 1 ; article 21) et surtout les « Contrats mixtes » (section 2 ; articles 22 à 25, auxquels on peut ajouter l'article 5, qui permet de faire le départ entre travaux, fournitures et services). Eu égard à la plus grande importance de ces derniers, nous traiterons donc d'abord des contrats mixtes^[1].

Les contrats mixtes

Les contrats dits mixtes^[2], si l'on en retient une acception large, sont les contrats mêlant plusieurs objets (travaux, fournitures, services et, dans le cas de ces derniers : services sociaux et autres services), ou soumis à plusieurs régimes (marché, concession, défense/sécurité, autre), ou conclus pour les besoins de plusieurs activités (exercées en qualité de pouvoir adjudicateur et en qualité d'entité adjudicatrice) ; bref des contrats susceptibles d'entrer dans le champ d'application de plusieurs textes ou de n'y entrer que partiellement.

Observations générales

On se trouve aujourd'hui en présence de quatre directives^[3], qui ont dû prévoir les modalités de leur articulation,

[1] Du reste, les contrats subventionnés étant une spécificité des marchés publics, le chapitre III du Titre 1^{er} « Champ d'application » de l'actuel projet d'ordonnance relative aux contrats de concession s'intitule directement « Contrats mixtes ».

[2] F. Linditch, « Les marchés mixtes », *Contrats-Marchés pub.*, juin 2014, dossier 9.

[3] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ; directive 2014/23/UE du Parlement

Auteur

Philippe Proot

Avocat au barreau de Paris
AdDen avocats

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 21 et s.

Mots clés

Marchés publics • Concessions • Contrats mixtes • Objet principal • Défense et sécurité • Pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

ainsi que l'hypothèse de contrats qui pour partie entrent dans leur champ d'application et pour partie n'entrent dans celui d'aucun autre texte, y compris pour les cas de figure les plus improbables⁽⁴⁾.

Même si l'ordonnance n° 2015-899 régit à la fois les marchés des pouvoirs adjudicateurs et ceux des entités adjudicatrices et traite également de ceux de défense ou de sécurité, les règles n'en restent pas moins différentes ; l'ordonnance est toutefois d'une particulière concision sur ce point en regard des directives⁽⁵⁾.

Il est vrai que les directives précisent systématiquement, lorsque les différentes parties d'un contrat sont objectivement séparables, que les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent toujours passer des contrats distincts et que la décision concernant le régime juridique applicable à chacun d'entre eux est alors adoptée sur la base des caractéristiques des différentes parties concernées⁽⁶⁾. L'ordonnance n° 2015-899 ne reprend pas ce qui peut apparaître comme une évidence⁽⁷⁾.

À cet égard – et c'est une innovation, les précédentes directives n'évoquant pas expressément cette distinction⁽⁸⁾ – les nouvelles directives distinguent en de nombreuses hypothèses le cas où les différentes parties du contrat sont « objectivement séparables » ou, au contraire,

« objectivement inséparables »⁽⁹⁾. Le caractère objectivement séparable des différentes parties d'un contrat n'interdit pas nécessairement la conclusion d'un contrat unique et donc mixte. Bien plus, le régime qui lui sera alors applicable pourra être, selon le cas, et quel que soit l'objet principal du contrat, le plus rigoureux⁽¹⁰⁾ ou, au contraire, lorsque sont en cause des prestations de défense ou de sécurité, le moins contraignant⁽¹¹⁾. Dans ce dernier cas, il est toutefois requis que « la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives ». De fait, l'application des règles relatives aux contrats mixtes appelle le maniement de concepts spécifiques : parties objectivement (in)séparables, objet principal, raisons objectives.

S'agissant des premières, les trois directives fournissent quelques indications : « Dans le cas de marchés mixtes, les règles applicables devraient être établies eu égard à l'objet principal du marché lorsque les différentes parties qui le composent ne sont objectivement pas séparables. Il convient dès lors de préciser la manière dont les pouvoirs adjudicateurs devraient déterminer si les différentes parties sont séparables ou non. Cette précision devrait se fonder sur la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. L'appréciation du caractère séparable ou non des différentes parties devrait être faite au cas par cas, les intentions exprimées ou présumées du pouvoir adjudicateur de considérer les différents aspects d'un marché mixte comme indivisibles ne devant pas suffire, mais devant être corroborées par des éléments de preuve objectifs de nature à les justifier et à établir la nécessité de conclure un marché unique. Ce besoin justifié de conclure un marché unique pourrait, par exemple, exister dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties serait destinée à être utilisée directement par le pouvoir adjudicateur concerné et l'autre à être exploitée sur la base d'une concession, par exemple pour offrir des emplacements de stationnement au public. Il convient de préciser que la nécessité de conclure un marché unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques »⁽¹²⁾.

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

(4) Ainsi du contrat de concession passé par une entité adjudicatrice pour satisfaire à la fois les besoins de son activité d'opérateur de réseaux et ceux d'une activité couverte par l'article 346 TFUE, autrement dit la production et le commerce d'armes de guerre (v. article 23 de la directive 2014/23).

(5) Sans même évoquer la directive 2014/23, relativement prolix sur cette question.

(6) Ex : directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 20 § 3 ; directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 3 § 4 et 16 § 2 ; directive 2014/25/UE du 26 février 2014, art. 6 § 1.

(7) De la même manière, la détermination du régime applicable en cas de marché portant à la fois sur des services sociaux et d'autres services (directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 3 § 2, les services sociaux étant soumis, à compter du seuil de 750 000 euros HT, à un régime spécifique ; cf. art. 4-d et 74 et suivants de la directive 2014/24/UE) n'est pas précisée et devrait figurer dans le décret d'application.

(8) Hormis, sur un tout autre plan, pour la question des marchés négociés sans mise en concurrence en cas de prestations techniquement ou économiquement inséparables de celles du contrat initial ou séparables mais strictement nécessaires à son perfectionnement (directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, art. 31 § 4 et 61 ; directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, art. art. 40 § 3).

(9) La directive 2014/23 emploie pour sa part les expressions « objectivement dissociables » et « objectivement indissociables », sans qu'il faille *a priori* y attacher une différence de sens. La notion est d'ailleurs explicitée de façon quasi-identique dans les considérants des trois directives (cons. 29 directive 2014/23/UE ; cons. 11 directive 2014/24/UE ; cons. 13 directive 2014/25/UE).

(10) Ex : application de la directive 2014/24/UE (ou de l'ordonnance) pour le contrat portant sur des achats en relevant et des achats ne relevant d'aucune autre directive, à moins qu'il ne porte en partie sur des prestations de défense ou de sécurité (art. 3 § 3 et § 4 directive 2014/24/UE ; et – implicitement – art. 22-I et 23-I ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015). Possibilité dès lors contraignante puisque ce qui doit relever de la directive n'y échappera pas et ce qui aurait pu y échapper en relèvera.

(11) Ex : exclusion de la directive 2014/24/UE (ou de l'ordonnance) pour le contrat portant sur des achats en relevant et des achats ayant trait à la défense ou à la sécurité relevant de l'article 346 TFUE (directive 2014/24/UE, art. 3 § 3 et 16 § 1 et § 2 ; ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 21-III et 25-I).

(12) Cons. 11 de la directive 2014/24/UE. V. aussi cons. 29 de la directive 2014/23/UE et cons. 13 de la directive 2014/25/UE.

Ainsi que l'illustre ce considérant et que cela a été souligné⁽¹³⁾, le critère du caractère objectivement séparable ou non des prestations précède la mise en œuvre, le cas échéant éventuelle, de l'objet principal du contrat. La « jurisprudence pertinente de la Cour de justice » à laquelle il est par ailleurs renvoyé ne fournit cependant guère d'indications quant à celle de ce critère premier⁽¹⁴⁾.

S'agissant du critère de l'objet principal, il est davantage explicite. En cas de marché portant sur des services et des fournitures (ou sur des services sociaux et d'autres services), on tiendra simplement compte de la plus élevée des valeurs estimées respectives⁽¹⁵⁾, y compris en cas de « marchandises qui sont fabriquées et adaptées individuellement en fonction des besoins de chaque client, et sur l'utilisation desquelles chaque client doit être individuellement conseillé »⁽¹⁶⁾, méthode également applicable aux contrats de services ambulanciers mêlant services de transports d'urgence exclus lorsqu'ils sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et services ambulanciers de transport de patients soumis au régime assoupli⁽¹⁷⁾.

Lorsque le contrat mixte comporte une composante de travaux, l'appréciation est plus délicate car en partie qualitative : le marché n'est un marché de travaux que s'il vise spécifiquement à réaliser des travaux ou un ouvrage⁽¹⁸⁾, le critère de la valeur respective des travaux et des services ne pouvant à cet égard constituer qu'un critère parmi d'autres sans pouvoir remplacer en toutes circonstances celui de l'objet principal, sous peine de soustraire aux directives certains marchés mixtes dans

lesquels le montant des travaux, bien qu'accessoires, représente plus de 50 % du prix total, ce dernier restant inférieur au seuil fixé par la directive pour les travaux, mais atteignant celui retenu pour les services⁽¹⁹⁾. Il est ainsi notamment tenu compte de l'existence ou non de l'ouvrage objet des travaux, le contrat mixte portant sur la gestion d'un ouvrage existant pouvant être un contrat de services même s'il s'accompagne de travaux⁽²⁰⁾, tandis qu'à l'inverse, celui portant sur la location d'un ouvrage dont « la réalisation [n'a] pas encore été entamée » a pour objet principal une telle réalisation « que présuppose [...] nécessairement [sa] mise en location ultérieure »⁽²¹⁾.

S'agissant des raisons objectives justifiant la passation d'un contrat unique comportant un volet objectivement séparable en matière de défense ou de sécurité, les textes et notamment la directive 2009/81⁽²²⁾ ne les explicitent nullement. Dans la mesure où cette notion n'aura vocation à jouer qu'en présence de parties objectivement séparables, de telles raisons ne devraient être que rarement avérées.

On doit enfin préciser que les textes reprennent comme un leitmotiv le fait que le choix d'un contrat unique ne peut être effectué dans le but de le soustraire à l'application d'une ou plusieurs directives⁽²³⁾.

Les différents cas de figure envisagés par l'ordonnance

L'article 22 de l'ordonnance n° 2015-899 envisage essentiellement trois cas de figure et renvoie ensuite pour la règle à leur appliquer aux trois articles suivants⁽²⁴⁾.

(13) E. Fatôme et L. Richer, « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », *AJDA* 2015, p. 1577. Voir aussi F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « À la recherche de l'objet principal du contrat », *Contrats-Marchés pub.* 2015, repère 3.

(14) CJCE 5 décembre 1989, Comm. CE c/ Italie, aff. C-3/88, point 19 ; CJUE 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki AE, aff. jointes C-145/08 et C-149/08, *Contrats-Marchés pub.* n° 262, note W. Zimmer, points 47 et 50-54 ; CJUE 22 décembre 2010, Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy, aff. C-215/09, *Contrats-Marchés pub.* n° 38, note W. Zimmer, points 38-46 : arrêt requérant des éléments objectifs en sus des intentions exprimées ou présumées des parties et relevant en l'espèce que l'inséparabilité alléguée était démentie dans les faits ; CJUE 3 juillet 2012 UsedSoft GmbH, aff. C-128/11, point 44 : arrêt rendu dans un autre domaine que la commande publique mais renvoyant à la jurisprudence y afférente et laissant entrevoir un lien de nécessité logique.

(15) Directive 2014/24/UE, art. 3 § 2 ; ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 5-IV.

(16) CJCE 11 juin 2009, Hans et Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, aff. C-300/07, points 60-66.

(17) Cons. 36 de la directive 2014/23/UE ; cons. 28 de la directive 2014/24/UE ; cons. 36 de la directive 2014/25/UE.

(18) CJCE 19 avril 1994, Gestion Hotelera Internacional, aff. C-331/92, points 25-27 ; S. Alber, concl. sur CJCE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, aff. C-470/99 ; CJCE 18 janvier 2007, Auroux, aff. C-220/05, points 42, 46-47, et concl. J. Kokott, points 37-41 ; CJUE 6 mai 2010, préc., points 55-57 ; CJUE 26 mai 2011, Comm. CE c/ Espagne, aff. C-306/08, points 90-97. V. aussi F. Llorens et P. Soler-Couteaux, précités.

(19) CJCE 21 février 2008, Comm. CE c/ Italie, aff. C-412/04, points 48-51. V. aussi CJCE 29 octobre 2009, Comm. CE c/ Allemagne, aff. C-536/07, points 60-61, *Contrats-Marchés pub.* 2010, n° 129, note W. Zimmer, *AJDA* 2010, p. 257, note M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; CJUE 10 juillet 2014 Impresa Pizzarotti, aff. C-213/13, points 49-50, *Contrats-Marchés pub.* n° 255, note W. Zimmer, *JCP A* 2015, n° 2031, note P. Proot.

(20) Selon l'exemple des services de gestion de propriété issu du préambule de la directive 92/50 et systématiquement repris depuis (cf. aujourd'hui cons. 8 de la directive 2014/24/UE) ou celui des « travaux connexes à la gestion exclusive du service intégré de l'eau » (CJCE 15 octobre 2009, Acoset SpA, aff. C-196/08, point 45 ; V. aussi CJCE 10 avril 2003, Comm. CE c/ Allemagne, aff. C-20/01, point 52).

(21) CJUE 10 juillet 2014, préc., point 42. Sur la notion de construction « entamée », voir E. Fatôme et L. Richer, préc., *AJDA* 2015, p. 1577, spéc. p. 1581. V. aussi l'avis n° 383668 du 16 mars 2010 (DA 2011, n° 83, note Proot), par lequel le Conseil d'État considère implicitement mais nécessairement que l'objet principal d'une concession autoroutière est la réalisation de travaux puisque, interrogé sur la possibilité de conclure un avenant, il examine d'emblée des dispositions qui ne sont applicables qu'aux concessions de travaux.

(22) Cons. 24.

(23) Ex : art. 22 §2 de la directive 2014/23/UE ; art. 22-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

(24) Lorsque le caractère mixte procède uniquement du mélange travaux et fournitures et/ou services, la règle est celle de l'objet principal et est fixée aux II à IV de l'article 5 de l'ordonnance (et transpose : art. 3 § 2 de la dir. 2014/24/UE ; art. 5 § 2 de la directive 2014/25/UE).

● **Le contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de l'ordonnance et des besoins qui n'en relèvent pas (articles 22-I et 23)**

La première sous-hypothèse est celle du contrat portant sur des prestations relevant de l'ordonnance et des prestations n'en relevant pas et ne relevant pas non plus du régime des concessions ou des prestations de défense ou de sécurité^[25] : l'ordonnance sera exclue si les prestations n'en relevant pas constituent l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables, cette règle transposant les directives^[26] qui, elles-mêmes, retranscrivent la jurisprudence^[27]. Toutefois, ajoute l'ordonnance, elle est applicable lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat. Il faut en outre comprendre, *a contrario*, que lorsque les différentes parties sont objectivement séparables, l'ordonnance s'applique^[28].

La seconde sous-hypothèse est celle où « le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent du régime juridique des marchés publics et des prestations qui relèvent du régime juridique des contrats de concession »^[29]. L'ordonnance sera applicable « lorsque les prestations sont objectivement inséparables et que celles qui relèvent du régime juridique des marchés publics constituent l'objet principal du contrat^[30] ou lorsqu'il est impossible de déterminer l'objet principal du contrat ». De même « lorsque les prestations sont objectivement séparables et que celles qui relèvent du régime juridique des marchés publics constituent l'objet principal du contrat ou lorsque la valeur estimée hors taxe de ces prestations est égale ou supérieure aux seuils européens »^[31].

On peut s'interroger sur l'articulation entre les articles 22-I et 23 d'une part, qui admettent respectivement la conclusion d'un « contrat unique » nonobstant la présence de « parties » ou de « prestations » « objectivement séparables », et l'article 32 de l'ordonnance d'autre part, qui impose, sauf en matière de défense ou de sécurité, que le contrat soit en principe alloti en présence de « prestations distinctes »^[32]. La possibilité énoncée à l'article 22-I de conclure un contrat unique pourrait être lue

comme dérogeant implicitement mais nécessairement à l'article 32, mais les dérogations à celui-ci sont expressément prévues^[33]. De même pourrait-on penser que les articles 23 et 32 emploient des notions ne recouvrant pas la même réalité ; mais alors pourquoi l'article 23 utilise-t-il également le terme « prestations » quand les directives n'emploient que les termes « parties », « achats » et « éléments » ? En réalité, les deux règles ne sont sans doute pas au même niveau : l'une admet la possibilité de conclure un marché unique alors même que tout ne relèverait pas de l'ordonnance en cas de contrats distincts et détermine le régime juridique applicable, mais elle ne préjuge pas, si l'ordonnance lui est alors applicable, de l'obligation de devoir, en aval, renoncer à cette faculté en application de l'autre règle si l'on peut bien identifier des prestations distinctes et si les exceptions de l'article 32 ne peuvent jouer. Et si l'article 32 ne joue que dans un second temps, on devra donc respecter l'ordonnance pour tous les lots, y compris ceux portant sur des prestations qui auraient pu y échapper, ce qui n'est pas le cas si l'on opte d'emblée pour la faculté – rappelée par les directives – de conclure des contrats distincts en présence de parties objectivement séparables, chaque contrat suivant alors le régime dicté par la partie auquel il se rapporte.

● **Le marché public unique destiné à satisfaire à la fois des besoins liés à l'activité de pouvoir adjudicateur et des besoins liés à l'activité d'entité adjudicatrice (articles 22-II et 24)**

Le marché soumis aux règles applicables aux entités adjudicatrices étant celui destiné à l'exercice de l'une des activités visées par la directive 2014/25/UE^[34], dont le champ d'application est circonscrit et ne laisse pas place à la « théorie de la contagion »^[35], une entité adjudicatrice n'appliquera lesdites règles que si le marché qu'elle passe l'est bien pour les besoins de son activité d'entité adjudicatrice. À défaut, et si elle est par ailleurs un pouvoir adjudicateur, elle appliquera les règles résultant de cette dernière qualité. Déterminer l'activité de rattachement est parfois délicat ; ainsi des parcs de stationnement des aéroports, qui ont appelé l'intervention du juge^[36] et un considérant spécifique dans (curieusement) la seule directive concessions^[37]. Néanmoins, une personne pourra donc exercer plusieurs activités relevant de régimes distincts.

[25] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 23-I.

[26] Art. 3 § 6 de la directive 2014/24/UE et art. 5 § 5 de la directive 2014/25/UE.

[27] CJCE 19 avril 1994, préc., et de façon très claire : CJUE 6 mai 2010, préc., point 49.

[28] Cas expressément prévu dans les directives : art. 3 § 3 et § 4 al. 2 de la directive 2014/24/UE ; art. 5 § 3 et § 4 al. 2 de la directive 2014/25/UE.

[29] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 23-II.

[30] Art. 20 § 5 de la directive 2014/23/UE ; art. 3 § 6 de la directive 2014/24/UE ; art. 5 § 5 de la directive 2014/25/UE.

[31] Art. 20 § 4 de la directive 2014/23/UE ; art. 3 § 4 al. 3 de la directive 2014/24/UE ; art. 5 § 4 al. 3 de la directive 2014/25/UE.

[32] Art. 32-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015. Ce que les directives n'imposaient pas ; cf. L. Givord et A. Scaillierez, « L'allotissement et les nouvelles directives européennes », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 155, juin 2015, p. 55.

[33] Art. 21-I, 32-I et 66 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

[34] Art. 1^{er} § 2 de la directive 2014/25/UE ; art. 7 de la directive 2014/24/UE ; CJCE 16 juin 2005, Strabag AG, aff. C-462/03 et C-463/03, *Contrats-Marchés publ.* n° 129, note W. Zimmer.

[35] CJCE 10 avril 2008, Ing. Aigner, aff. C-393/06, points 23-33, *Contrats-Marchés publ.* n° 124, note Zimmer, *Lamy Droit public des affaires*, juin 2008, note Cattier et Proot.

[36] CE 10 avril 2015, CCI d'Ajaccio et de Corse-du-Sud, req. n° 387128, *BJCP* 2015/101, p. 262, concl. B. Dacosta, *JCP A*, n° 2252, note J. Martin.

[37] Cons. 25 de la directive 2014/23/UE.

Les directives envisagent dès lors le cas de figure du marché couvrant plusieurs activités^[38], que transposent les articles 22-II et 24 de l'ordonnance. Les règles applicables à l'acheteur qui « décide de conclure un marché public unique destiné à satisfaire un besoin concernant à la fois ses activités de pouvoir adjudicateur et ses activités d'entité adjudicatrice » seront déterminées au regard de l'activité à laquelle est principalement lié le besoin à satisfaire ou, s'il est impossible de déterminer à quelle activité ce marché public est principalement destiné, celles propres aux pouvoirs adjudicateurs.

● Le contrat unique portant en partie sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité ou de l'article 346 TFUE (articles 22-III et 25)

Les contrats en matière de défense ou de sécurité bénéficient de longue date d'un régime quelque peu spécifique^[39]. Actuellement, certains entrent dans le champ de la commande publique, tout en étant soumis à un régime propre^[40] ; d'autres font l'objet d'exclusions spécifiques prévues par les mêmes textes^[41] ; d'autres enfin en sont exclus sur le fondement de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)^[42].

Lorsqu'un contrat unique porte en partie sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité ou de l'article 346 TFUE, l'article 22-III de l'ordonnance renvoie à l'article 25, qui envisage trois sous-hypothèses. Le premier cas est le contrat portant à la fois sur des prestations relevant de l'ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas en vertu de son article 16 ou qui relèvent de l'article 346 TFUE : l'ordonnance est exclue, « quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives »^[43]. Le deuxième cas est celui où

le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des contrats de concession : l'acheteur a le choix entre les règles applicables aux unes ou aux autres, là encore si le contrat unique est justifié^[44]. Et lorsque le marché public unique porte à la fois sur des prestations relevant des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations relevant des autres marchés, on applique les règles propres aux premiers, « quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives »^[45].

Les contrats subventionnés

L'article 21 de l'ordonnance prévoit que les contrats passés par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs mentionnés à l'article 9 (pouvoirs adjudicateurs) et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs, à l'exception des articles 59 à 64 (relatifs à l'exécution des marchés) de l'ordonnance, lorsque la valeur estimée HT du besoin atteint les seuils européens et que le contrat a pour objet : ou bien des travaux se rapportant à des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1^o du I de l'article 5 (publiée au *JORF*) ou à des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ; ou bien des prestations de services liés auxdits travaux. Si ces contrats peuvent ne pas être allotés, le pouvoir adjudicateur qui octroie des subventions doit veiller au respect des règles de l'ordonnance.

Il s'agit là de la transposition de l'article 13 de la directive 2014/24/UE, reprenant la règle énoncée à l'article 8 de la directive 2004/18/CE et actuellement (succinctement) transposée à l'article 35 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

À notre connaissance, cette règle n'a pas donné lieu à de la jurisprudence, hormis une mention dans une note de bas de page des conclusions d'un avocat général^[46], et n'est que très rarement étudiée en doctrine^[47].

[38] Art. 3 § 5 de la directive 2014/24/UE ; cons. 16 et art. 6 de la directive 2014/25/UE.

[39] C. Bergeal, « Entre spécificité et droit commun : la nouvelle réglementation de certains marchés de défense », *CP-ACCP* n° 32, avril 2004, p. 40.

[40] Art. 2 de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 ; art. 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

[41] Art. 13 de la directive 2009/81/CE ; art. 16 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

[42] Ex art. 296 TCE. Lequel prévoit que le traité ne fait pas obstacle aux règles selon lesquelles « 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 », le point b) s'appliquant aux matériels fixés dans la décision 255/58 du Conseil du 15 avril 1958, rendue publique en 2001 (*JOCE* C 364 E, p. 85).

[43] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 25-I. Art. 16 § 2 et 4 de la directive 2014/24/UE.

[44] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 25-II. Art. 21 § 2-b et § 3 et art. 23 § 2-b de la directive 2014/23/UE.

[45] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 25-III. Art. 16 § 2 et § 4 de la directive 2014/24/UE.

[46] P. Léger, concl. sur CJCE 15 janvier 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria AG, aff. C-44-96, note 54.

[47] L. Richer, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, 2009, n° 300-304.