

## MARCHÉS PUBLICS ET AUTRES CONTRATS

Les contrats de la commande publique se divisent en deux catégories : les marchés publics, définis à l'article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et les contrats de concessions, définis à l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 transposent le nouveau paquet législatif sur les marchés publics composé des directives 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics (dite « secteurs classiques ») et 2014/25/UE 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 (dite « secteurs spéciaux »).

L'ordonnance fixe les grands principes de niveau législatif régissant les marchés publics. Les aspects concrets de passation et d'exécution sont précisés dans les textes réglementaires. L'ordonnance vient simplifier la répartition du contentieux en rendant automatique la qualification des contrats passés par les personnes morales de droit public et clarifie la définition des marchés publics.

La notion de contrat de concession est consacrée dans la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et transposée dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016. L'ensemble de ces textes consacre à la fois la définition du contrat de concession et sa spécificité par rapport aux marchés publics.

Tous les contrats publics conclus par les acheteurs publics ne sont pas des marchés publics ou des contrats de concession.

### 1. Les marchés publics

Un marché public consiste en un contrat, conclu à titre onéreux entre un acheteur public ou privé et un opérateur économique, portant sur la réalisation de travaux, l'achat de fournitures ou la réalisation d'une prestation de services répondant aux besoins de l'acheteur.

Les marchés publics sont soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>1</sup>.

Les marchés publics sont les marchés et les accords-cadres, conformément à l'[article 4](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Les marchés de partenariat sont des marchés publics<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> [Article 1<sup>er</sup>](#) de l'[ordonnance n° 2015-899](#) du 23 juillet 2015 ; Cons. const., Déc. n° 2003-473 du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

<sup>2</sup> Nous vous invitons à consulter la [fiche technique relative aux « marchés de partenariat »](#).

### **1.1. Les marchés publics relevant du champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs**

L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que les marchés publics relevant de son champ d'application et conclus par les personnes morales de droit public, sont des contrats administratifs.

La définition de marché public suppose l'existence d'un contrat. À l'inverse, la dévolution strictement unilatérale ne peut être qualifiée de marché public. En effet, l'investiture par voie unilatérale d'un opérateur, même pour accomplir une mission d'intérêt général, n'implique pas de lien contractuel<sup>3</sup>.

Afin de déterminer l'existence d'un tel acte unilatéral, il convient de vérifier si cet acte manifeste le fait d'imposer à un opérateur des conditions qui se départissent sensiblement des conditions normales de l'offre commerciale de l'opérateur économique. Pour déterminer en pratique si cet opérateur est ou non en capacité de négocier le contenu de ses missions, la Cour de justice de l'Union européenne énumère deux conditions<sup>4</sup> cumulatives :

- l'absence de capacité de négocier le contenu concret des prestations ainsi que les tarifs applicables ;
- et l'absence de faculté de se libérer des obligations découlant de l'accord, moyennant le respect du préavis prévu par celui-ci.

Dans cette hypothèse, cette dévolution unilatérale s'apparenterait à un simple transfert de compétences.

Ainsi, les règles de la commande publique et les principes en matière de passation des marchés publics ne trouvent pas à s'appliquer pour de telles dévolutions unilatérales.

### **1.2. Les marchés publics sont des contrats passés entre un acheteur public ou privé soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et un opérateur économique**

Un marché public est un contrat conclu entre un acheteur public ou privé et un opérateur économique public ou privé.

#### **1.2.1. Les acheteurs publics ou privés**

Les définitions des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont traitées dans la fiche technique « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices »<sup>5</sup>.

Les pouvoirs adjudicateurs sont les personnes morales de droit public tels que, par exemple, l'État et ses établissements publics administratifs et industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux, les groupements d'intérêts publics, etc.

Sont aussi pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé » qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont :

- « a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
- « b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
- « c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur »<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> [CE, 13 juillet 2007, Commune de Rosny-sous-Bois](#), n° 299207 et considérant 34 de la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics.

<sup>4</sup> [CJUE, 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administracion General del Estado \(Correos\)](#), Aff. C-220/06, point 55 ; [conclusions de l'avocat général J. Mazak sur CJUE, 8 mai 2013, Éric Libert et autres contre Gouvernement flamand et All projects & Developments NV e.a. contre Vlaamse Regering](#), Aff. C-197/11 et C-203/11 ; voir également [rép. min. n° 41108 : JOAN Q 22 décembre 2015](#), p. 10525.

<sup>5</sup> Nous vous invitons à vous reporter vers la [fiche technique « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices »](#).

<sup>6</sup> [2° de l'article 10](#) de l'ordonnance n° 2015-899. Cette définition recouvre l'ancienne notion « d'organisme de droit public » employée par le code des marchés publics et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Le terme de « droit public » était en effet source de confusion dès lors que le droit de l'Union européenne considère que les qualifications nationale son inopérantes pour apprécier la nature d'un organisme au regard du droit des marchés publics : [CJUE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG](#), Aff. C470/99.

De même, on intègre dans cette définition les organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun<sup>7</sup>.

Enfin, les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux<sup>8</sup>, les « entreprises publiques »<sup>9</sup> qui exercent une des activités d'opérateur de réseau, et les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité<sup>10</sup>.

### 1.2.2. L'opérateur économique

L'opérateur économique est toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes, doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services<sup>11</sup>.

#### 1.2.2.1. L'opérateur économique, personne privée

Le considérant 14 de la directive 2014/24 précise que la notion d'opérateur économique doit être interprétée de manière extensive, de sorte que des sociétés, des succursales, des filiales, des associations, des sociétés coopératives, des sociétés anonymes, des universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de « personnes morales », en toutes circonstances.

Cette interprétation large de la notion d'opérateur économique reprend la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui considère que toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné revêt un caractère économique<sup>12</sup> et que « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » doit être considérée comme entreprise.

#### ► La notion d'opérateur économique est d'interprétation large

À titre d'illustration, les associations sont considérées comme des opérateurs économiques. À cet égard, la circonstance qu'elles ne poursuivent pas de but lucratif et qu'elles puissent proposer des prix sensiblement inférieurs à ceux d'autres opérateurs est sans incidence sur le caractère économique de l'activité ou de l'opérateur<sup>13</sup>.

La notion d'opérateur économique peut donc comprendre des organismes qui ne poursuivent pas une finalité lucrative et n'ont pas de structure d'entreprise<sup>14</sup>.

#### ► La notion d'activité non-économique est interprétée strictement

Pour clarifier la distinction entre activités économiques et activités non économiques, la CJUE a jugé de façon constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>15</sup>.

<sup>7</sup> 3° de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899.

<sup>8</sup> Dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux.

<sup>9</sup> Au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015, une entreprise publique est « tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateur exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ».

<sup>10</sup> Article 11 de l'ordonnance n° 2015-899.

<sup>11</sup> Article 13 de l'ordonnance n° 2015-899.

<sup>12</sup> CJUE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a. contre Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Aff. C-180/98 ; CJUE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz*, Aff. C-475/99.

<sup>13</sup> CJUE, 29 novembre 2007, *Commission contre République italienne*, Aff. C-119/06.

<sup>14</sup> CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) contre Regione Marche*, Aff. C-305/08.

<sup>15</sup> CJUE, 16 décembre 2010, *AceaElectrabel Produzione SpA contre Commission européenne*, Aff. C-480/09.

Cette définition extensive de la notion d'activité économique est reprise en droit national et recouvre ainsi toute offre de biens ou de services sur un marché, quel que soit le secteur d'activité concerné, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que l'activité soit de nature sociale ou que l'entité qui l'exerce ne poursuive pas un but lucratif.

La question de savoir s'il existe un marché pour des services déterminés peut dépendre de la manière dont ces services sont organisés dans l'État membre concerné<sup>16</sup> et peut donc varier d'un État membre à un autre. En outre, la qualification d'une activité donnée peut varier dans le temps en fonction de choix politiques ou d'une évolution économique. Ce qui ne constitue pas une activité économique aujourd'hui peut le devenir demain et inversement.

Le caractère non économique de certaines activités a été reconnu de manière très limitative.

- En règle générale, à moins que l'État membre concerné n'ait décidé d'introduire des mécanismes de marché, les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'État ne constituent pas des activités économiques. Il en est par exemple ainsi des activités suivantes :

- a) l'armée ou la police<sup>17</sup> ;
- b) la sécurité et le contrôle de la navigation aérienne<sup>18</sup> ;
- c) le contrôle et la sécurité du trafic maritime<sup>19</sup> ;
- d) la surveillance antipollution<sup>20</sup> ;
- e) l'organisation, le financement et l'exécution des peines d'emprisonnement<sup>21</sup> ;
- f) la valorisation et la revitalisation de terrains publics par des autorités publiques<sup>22</sup> ;
- g) la collecte de données à utiliser à des fins publiques sur la base d'une obligation légale pour les entreprises concernées de communiquer de telles données<sup>23</sup>.

- Ont également été qualifiées d'activités non-économiques les régimes de sécurité sociale obligatoire. Les régimes de sécurité sociale fondés sur le principe de solidarité qui ne relèvent pas d'une activité économique présentent généralement les caractéristiques suivantes :

- a) l'affiliation au régime est obligatoire<sup>24</sup> ;
- b) le régime a un objectif exclusivement social<sup>25</sup> ;
- c) le régime est à but non lucratif<sup>26</sup> ;
- d) les prestations versées sont indépendantes du montant des cotisations<sup>27</sup> ;
- e) le montant des prestations versées n'est pas nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré<sup>28</sup> ;
- f) et le régime est soumis au contrôle de l'État<sup>29</sup>.

<sup>16</sup> CJUE, 16 juin 1987, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, Aff. 118/85.

<sup>17</sup> Décision de la Commission du 7 décembre 2011 concernant l'aide d'État SA.32820 (2011/NN) *Royaume-Uni - Aid to Forensic Science Services*.

<sup>18</sup> CJUE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol*, Aff. C-364/92

<sup>19</sup> Décision de la Commission du 16 octobre 2002 concernant l'aide d'État N 438/02 *Belgique - Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique*.

<sup>20</sup> CJUE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, Aff. C-343/95.

<sup>21</sup> Décision de la Commission du 19 juillet 2006 concernant l'aide d'État N 140/06 *Lituanie - Subventions aux entreprises publiques opérant dans les établissements pénitentiaires*.

<sup>22</sup> Décision de la Commission du 27 mars 2014 relative à l'aide d'État SA.36346 *Allemagne GRW land development scheme for industrial and commercial use*.

<sup>23</sup> CJUE, 12 juillet 2012, *Compass-Datenbank GmbH contre Republik Österreich*, C-138/11.

<sup>24</sup> CJUE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>25</sup> CJUE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venzano & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, Aff. C-218/00.

<sup>26</sup> CJUE, 6 mars 2004, *AOK Bundesverband*, Aff. C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01.

<sup>27</sup> CJUE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>28</sup> CJUE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venzano & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, Aff. C-218/00.

- Les hôpitaux publics font partie intégrante d'un service de santé national et leur fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité<sup>30</sup>. Ces hôpitaux sont financés directement par les cotisations de sécurité sociale et d'autres ressources d'État et fournissent leurs services gratuitement sur la base d'une couverture universelle<sup>31</sup>. Les juridictions de l'Union ont confirmé que lorsqu'une telle structure existe, les organismes en question n'agissent pas en qualité d'entreprises<sup>32</sup>.
- L'enseignement public organisé dans le cadre du système d'éducation nationale financé et supervisé par l'État peut être considéré comme une activité non économique. La Cour de justice a ainsi jugé que l'État : *« en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, [...] n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population »*<sup>33</sup>
- L'organisation de certaines activités ayant trait à la culture, au patrimoine et à la protection de la nature, compte tenu de la spécificité de celles-ci, peut ne pas revêtir de caractère commercial et, de ce fait, ces activités peuvent être de nature non économique. Leur financement public peut donc ne pas constituer une aide d'État. La Commission considère que le financement public d'une activité ayant trait à la culture ou à la conservation du patrimoine accessible au public gratuitement remplit une mission purement sociale et culturelle qui n'est pas de nature économique. De même, le fait que les visiteurs d'une institution culturelle ou les participants à une activité culturelle ou de conservation du patrimoine ouverte au grand public, y compris de protection de la nature, doivent acquitter une contribution financière qui ne couvre qu'une partie des coûts réels ne modifie pas la nature non économique de cette activité, car ces contributions ne sauraient être considérées comme une véritable rémunération pour le service fourni.

De plus, de nombreuses activités culturelles ou de conservation du patrimoine sont objectivement non substituables (la gestion d'archives publiques détenant des documents uniques, par exemple) et, de ce fait, elles excluent l'existence d'un véritable marché. La Commission européenne considère que ces activités pourraient également être considérées comme ne revêtant pas de caractère économique.

Il convient de distinguer entre les fonctions d'organisation de ces missions et les fonctions d'exercice des missions. La jurisprudence de la Cour citée ci-dessus porte sur l'organisation même de ses missions. Il n'en demeure pas moins que lorsque la personne publique, après avoir organisé le service ou les missions, souhaite en déléguer l'exercice à un tiers, moyennant rémunération ou souhaite acquérir de façon onéreuse, des prestations ou des fournitures, lui permettant d'exercer elle-même ses missions, elle intervient alors comme cliente sur un marché de nature économique.

La [communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107 paragraphe 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne \(TFUE\)](#) détaille les éléments sur lesquels se fonde l'Union européenne pour juger du caractère économique ou non des activités, ci-dessus rappelés.

#### 1.2.2.2. L'opérateur économique, personne publique

La conclusion d'un marché public peut se faire tout aussi bien avec une personne privée qu'avec une personne publique<sup>34</sup>. Sous réserve que le contrat conclu entre les entités appartenant au secteur public ne soit pas qualifié de « quasi-régie » ou de « coopération public-public »<sup>35</sup>, des marchés publics sont conclus entre personnes publiques en application des règles de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

<sup>29</sup> CJUE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>30</sup> CJUE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, Aff. C-205/03.

<sup>31</sup> En fonction des caractéristiques générales du système, la perception de montants ne couvrant qu'une fraction limitée du coût réel du service peut ne pas affecter sa qualification en tant que régime non économique.

<sup>32</sup> CJUE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, Aff. C-205/03.

<sup>33</sup> CJUE, 11 septembre 2007, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-318/05.

<sup>34</sup> Voir en ce sens CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208 ; CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156.

<sup>35</sup> Voir la fiche technique « les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public ».

### 1.2.2.3. Le cas particulier du mandat

Un contrat conclu entre deux personnes privées non soumises à l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne peut être qualifié de marché public. Néanmoins, dans l'hypothèse où une personne privée agit sur le fondement d'un mandat (express ou tacite) délivré par un acheteur soumis à l'ordonnance, elle doit respecter les règles posées par cette ordonnance<sup>36</sup>. Il convient par ailleurs de relever que les contrats de mandat conclus par l'acheteur à titre onéreux sont des marchés publics<sup>37</sup>.

### 1.2.2.4. Le cas particulier des contrats subventionnés

L'[article 21](#) de l'ordonnance prévoit que les personnes de droit privé non soumis au champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 soumettent néanmoins les contrats qu'elles concluent avec des tiers, aux règles de l'ordonnance, à l'exception de ses articles 59 à 64, lorsque les conditions suivantes sont cumulativement réunies :

- ce contrat est subventionné directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance ;
- la valeur estimée hors taxe du contrat est supérieur aux seuils européens publiés au journal officiel de la République française (JORF) ;
- l'objet du contrat relève des activités de génie civil ou 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 de prestations de services liés à ces travaux.

Ainsi, les personnes de droit privé devront procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence pour ces contrats. Le pouvoir adjudicateur qui octroie les subventions est chargé de veiller au respect des dispositions de cette ordonnance.

## 1.3. Les marchés publics sont conclus à titre onéreux

La qualification de marché public se trouve notamment subordonnée à la satisfaction d'un critère financier : le contrat doit être conclu à titre onéreux<sup>38</sup>.

*A contrario*, les contrats conclus à titre gratuit sont exclus du champ d'application de l'ordonnance. Le mode de rémunération permet ainsi de distinguer le marché public d'autres contrats passés par des acheteurs.

En principe, le caractère onéreux d'un marché public implique que l'acheteur verse un prix en contrepartie de la prestation dont il bénéficie en exécution du contrat<sup>39</sup>. Il ne se traduit cependant pas nécessairement par le versement d'une somme d'argent par l'acheteur. L'onérosité est constituée dès lors qu'existe une contrepartie ou un avantage direct dont procède l'autorité publique pour obtenir la prestation commandée<sup>40</sup>.

La jurisprudence a longtemps considéré que sont conclus à titre onéreux non seulement les contrats dans lesquels le cocontractant perçoit un prix, mais encore ceux dans lesquels sa prestation se trouve rétribuée par d'autres formes de contreparties. En effet, le caractère onéreux peut résulter d'un abandon par l'acheteur d'une recette née à l'occasion de l'exécution du marché public ou de la renonciation à percevoir une recette.

#### Exemples d'autres formes de contreparties :

- Il peut s'agir de l'autorisation donnée au titulaire du contrat de mobilier urbain de percevoir des recettes publicitaires auprès de tiers et de l'exonération de la redevance pour occupation du domaine public<sup>41</sup> : le contrat ayant pour objet la fourniture, l'installation et l'entretien d'abribus publicitaires permettant l'affichage de plans ou d'informations municipales, dans lequel le cocontractant tire sa rémunération des recettes issues de la

<sup>36</sup> CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la Région Île-de-France*, n° 143438.

<sup>37</sup> CE, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, n° 233372.

<sup>38</sup> 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 4 de l'ordonnance n° 2015-899.

<sup>39</sup> CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, n° 55972.

<sup>40</sup> CJUE, 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti et Leopoldo Freyrie contre Comune di Milano*, Aff. C-399/98.

<sup>41</sup> CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298.

vente des encarts publicitaires et de l'exonération de la redevance pour occupation du domaine public est un marché public ;

- Il peut s'agir de l'abandon par l'acheteur d'une recette née à l'occasion de la vente des espaces publicitaires d'un marché d'édition de bulletin municipal<sup>42</sup> : un contrat qui charge le cocontractant de rechercher des annonceurs en vue de la commercialisation d'espaces publicitaires dans certaines publications municipales, se rémunérant ainsi sur l'exploitation du service rendu est un marché public.

Cette conception extensive de la notion de prix est néanmoins nuancée par des décisions récentes du Conseil d'État.

En effet, il a pu être considéré que la seule circonstance qu'un occupant exerce une activité économique sur le domaine public ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de l'acheteur<sup>43</sup>. Toutefois, la renonciation de l'acheteur à percevoir de son cocontractant des recettes certaines et indépendantes de l'exploitation des droits accordés pourrait représenter l'équivalent d'un prix versé par lui en contrepartie de la prestation<sup>44</sup>.

#### **1.4. Les marchés publics ont pour objet l'exécution de travaux, l'achat de fournitures ou la prestation de services**

L'[article 5](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit les différentes catégories de marchés publics.

##### **1.4.1. Les marchés publics de travaux**

Les marchés publics de travaux ont pour objet :

- soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au JORF<sup>45</sup> ;
- soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Dans ces deux hypothèses, le marché public de travaux suppose la réalisation de travaux à caractère immobilier. Ainsi, la notion de travaux concerne les prestations dont l'objet direct est la réalisation matérielle de constructions neuves, la réhabilitation ou l'entretien structurel de biens immobiliers par nature ou par destination. Les prestations d'entretien et de réparation deviennent des travaux dès lors qu'elles concernent et affectent le caractère immobilier du bien lui-même<sup>46</sup>. L'emprise au sol peut donc être déterminante pour emporter la qualification de marché public de travaux.

L'ouvrage, lui, est défini dans l'ordonnance comme « *le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique* »<sup>47</sup>. Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil. Il convient d'ajouter que, pour la CJUE, un ouvrage peut résulter de travaux lancés par plusieurs entités<sup>48</sup>.

La présence d'un ouvrage public ne suffit pas non plus à qualifier le marché de marché de travaux. Pour qu'il y ait marché public de travaux, l'objet du marché public doit être :

- soit la réalisation ou la conception et la réalisation d'un ouvrage ;

<sup>42</sup> [CE, 10 février 2010, Société Prest'action](#), n° 301116.

<sup>43</sup> [CE, 15 mai 2013, Ville de Paris](#), n° 364593 : en l'espèce, la convention entre la Ville de Paris et la société JC Decaux ne prévoyait ni renonciation de la Ville à percevoir des redevances ni perception de redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire autorisé à occuper le domaine public aux fins d'y installer des supports publicitaires.

<sup>44</sup> [CE, 15 mai 2013, Ville de Paris](#), précité ; [CE, 7 mars 2014, Centre hospitalier universitaire - Hôpitaux de Rouen](#), n° 372897.

<sup>45</sup> Voir l'[avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique](#), publié le 27 mars 2016 au JORF.

<sup>46</sup> Pour un exemple, voir la [CAA de Bordeaux, 30 décembre 1991, Société Alarme Video System](#), n° 91BX00338 : le juge administratif a ainsi considéré que le contrat de vente d'un système de téléalarme à un centre communal d'action sociale (CCAS) constituait un marché de travaux et non de fournitures, dans la mesure où le dispositif comportait l'incorporation d'une partie du matériel dans l'immeuble.

<sup>47</sup> [Deuxième alinéa du 2° du I de l'article 5](#) de l'ordonnance n° 2015-899.

<sup>48</sup> [CJUE, 5 octobre 2000, Commission contre France](#), Aff. C-16/98.

- soit l'exécution de prestations de travaux sur cet ouvrage, ce qui, en application des activités mentionnées par l'[avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique](#), suppose qu'à la prestation de main d'œuvre soit associée l'enlèvement de matière ou l'assemblage de matériaux ayant pour objectif, soit l'amélioration technique, soit la préservation ou la conservation du bien immobilier dans sa structure.

Enfin, alors que le code des marchés publics définissait un marché public de travaux en référence à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne retient plus le critère de la maîtrise d'ouvrage.

Le droit de l'Union européenne ignore la notion de maîtrise d'ouvrage dans la définition du marché public de travaux<sup>49</sup>. Sont ainsi considérés comme des marchés de travaux au sens du droit de l'Union européenne les contrats ayant pour objet « *la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* »<sup>50</sup>.

La définition de marché public de travaux au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015 rejoint donc cette acception en ne retenant plus le critère de la maîtrise d'ouvrage, celle-ci énonçant que les marchés publics de travaux « *ont pour objet 1° soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République Française ; 2° soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* ».

Désormais, le critère essentiel est que l'ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par l'acheteur, les moyens utilisés (marché public classique, marché de partenariat, contrat de concession de travaux mais aussi, le cas échéant, vente en l'état futur d'achèvement, etc.) en vue de cette réalisation étant indifférents<sup>51</sup>. L'ouvrage est considéré être réalisé conformément aux besoins de l'acheteur lorsque ce dernier a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou encore a exercé une influence déterminante sur la conception de celui-ci<sup>52</sup>. Ainsi, si la réalisation de l'ouvrage projeté répond à des spécifications définies de manière suffisamment détaillée par l'acheteur, ce montage sera donc qualifié de marché public de travaux au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

#### 1.4.2. Les marchés publics de fournitures

Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.

L'ordonnance précise également que les marchés publics comportant des travaux de pose et d'installation de fournitures acquises par l'acheteur sont considérés comme des marchés publics de fournitures.

#### 1.4.3. Les marchés publics de services

Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Il n'existe pas de définition précise de la notion de « services ». Cette catégorie de marché public recoupe un ensemble de services très hétérogènes (prestations intellectuelles, prestations matérielles, etc.).

Dans cette catégorie de marchés public de services, on retrouve les services entièrement soumis aux règles de l'un des décrets d'application de l'ordonnance (soumis au régime général de passation des marchés

<sup>49</sup> Voir [CJUE du 25 mars 2010, Helmut Muller GmbH contre Bundesanstalt für Immobilienaufgaben](#), Aff. C-451/08, points 49 et suivants.

<sup>50</sup> c) du 6 de l'article 2 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

<sup>51</sup> [CJUE, 29 octobre 2009, Commission contre Allemagne](#), Aff. C-536/07, point 55.

<sup>52</sup> [CJUE, 29 octobre 2009, Commission contre Allemagne](#), Aff. C-536/07 ; [CJUE, 18 janvier 2007, Jean Auroux et autres contre Commune de Roanne](#), aff. C-220/05 ; [CJUE du 25 mars 2010, Helmut Muller GmbH contre Bundesanstalt für Immobilienaufgaben](#), Aff. C-451/08 ; [CJUE, 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti & C. Spa contre Comune di Bari et autres](#), Aff. C-213/13, points 46 à 48.

publics), les services soumis à un régime assoupli<sup>53</sup> et les services exclus du champ d'application de l'ordonnance<sup>54</sup>.

#### 1.4.4. Les contrats hybrides

Les « contrats hybrides » sont des contrats uniques pour lesquels, parce qu'ils sont composés de parties relevant de règles juridiques distinctes ou par des acheteurs qui ne sont pas soumis aux mêmes règles de passation, la question du régime juridique applicable se pose.

Les contrats hybrides recouvrent quatre hypothèses particulières :

- les « contrats mixtes » des [articles 22 à 25](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (point 1.4.4.1. de la présente fiche) ;
- les « marchés publics mixtes », qui relèvent des hypothèses traitées soit au IV de l'article 5 de l'ordonnance n° 2015-899, soit au III de l'article 28 du décret n° 2016-360, soit au II de l'article 29 du décret n° 2016-360, soit au II de l'article 25 du décret n° 2016-361 (point 1.4.4.2. de la présente fiche) ;
- les « marchés publics composites » correspondant, pour partie, à des marchés et pour partie à des accords-cadres (point 1.4.4.3. de la présente fiche) ;
- les marchés publics passés par un groupement d'achat composés de personnes qui ne sont pas soumises aux mêmes règles de passation (point 1.4.4.3. de la présente fiche).

##### 1.4.4.1. Le cas des contrats mixtes

Des « contrats mixtes »<sup>55</sup> peuvent être conclus par les acheteurs publics ([articles 22 à 25](#) de l'ordonnance relative aux marchés publics<sup>56</sup>). Les contrats mixtes sont les contrats passés par un même acheteur qui :

- sont destinés à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des besoins qui n'en relèvent pas ou ;
- sont destinés à satisfaire à la fois des besoins liés à l'activité de pouvoir adjudicateur et des besoins liés à l'activité d'entité adjudicatrice du même acheteur ou ;
- portent sur des prestations qui relèvent à la fois des marchés publics de défense ou de sécurité et :
  - des prestations qui relèvent de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou des exclusions propres aux marchés publics de défense ou de sécurité (les exclusions de l'article 16 de l'ordonnance du 23 juillet 2015) ;
  - des prestations qui relèvent des contrats de concession ;
  - des prestations qui relèvent des marchés publics autres que de défense ou de sécurité.

Un contrat mixte est donc un contrat unique passé par un acheteur unique pour lequel, se pose l'une des questions suivantes :

- Est-il soumis à l'ordonnance n° 2015-899 dans la mesure où une partie de ce contrat mixte porte sur des prestations qui sont exclus de son champ d'application (exclusion prévue par l'ordonnance ou découlant de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou comportant une partie correspondant à un contrat de concession) ?;
- Est-il soumis au décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics ou au décret n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité ?;

<sup>53</sup> Voir les marchés publics de services sociaux à l'[article 28](#) du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics et les marchés publics de services juridiques de représentation à l'[article 29](#) du même décret mais aussi les services de l'[article 25](#) du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>54</sup> [Articles 14](#) et suivants de l'ordonnance n° 2015-899 – voir en ce sens la [fiche technique relative aux « exclusions de l'article 14 de l'ordonnance »](#).

<sup>55</sup> À ne pas confondre avec les « marchés publics mixtes », cf. 1.4.4.2 de la présente fiche.

<sup>56</sup> Le même régime s'applique pour les contrats de concession : voir les [articles 21](#) et suivants de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

- Est-il, s'il est soumis au décret n° 2016-360<sup>57</sup> et passé pour satisfaire aux besoins d'un même acheteur, passé en tant que pouvoir adjudicateur ou en tant qu'entité adjudicatrice ?

Les acheteurs peuvent conclure un contrat unique dans ces situations. Néanmoins, l'ordonnance précise que le recours à ces contrats mixtes ne doit pas s'effectuer dans le but de les soustraire du champ d'application de l'ordonnance.

Ces contrats mixtes ne relèvent pas nécessairement du champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics.

Pour déterminer le régime applicable au contrat mixte, plusieurs considérations sont à prendre en compte, selon les composantes différentes de ce contrat, tel que, par exemple, l'objet principal de ce contrat ou le caractère séparable ou non des prestations qui le composent. Ces règles sont développées dans les schémas qui suivent.

La détermination de l'objet principal du contrat s'opère dans son ensemble selon une analyse multicritères tant quantitative que finaliste, et non sur le seul montant respectif des prestations composant son objet. Son appréciation doit avoir lieu au regard des « obligations essentielles » qui prévalent et qui caractérisent le contrat, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire<sup>58</sup>.

L'appréciation du caractère séparable ou non des prestations s'effectue au cas par cas<sup>59</sup>. L'acheteur devra justifier la nécessité du recours au contrat unique au regard d'éléments objectifs<sup>60</sup>. Les justifications au caractère indissociable peuvent être des raisons techniques, économiques, ou encore l'impossibilité pour l'acheteur d'assurer lui-même l'organisation, le pilotage ou la coordination du projet, objet du contrat. Par exemple, le recours au contrat unique pourrait se justifier dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties serait destinée à être utilisée directement par l'acheteur concerné et l'autre à être exploitée sur la base d'un contrat de concession, par exemple pour offrir des emplacements de stationnement au public. Il convient de préciser que la nécessité de conclure un contrat unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques<sup>61</sup>.

Le tableau suivant constitue la grille de lecture des développements qui suivent.

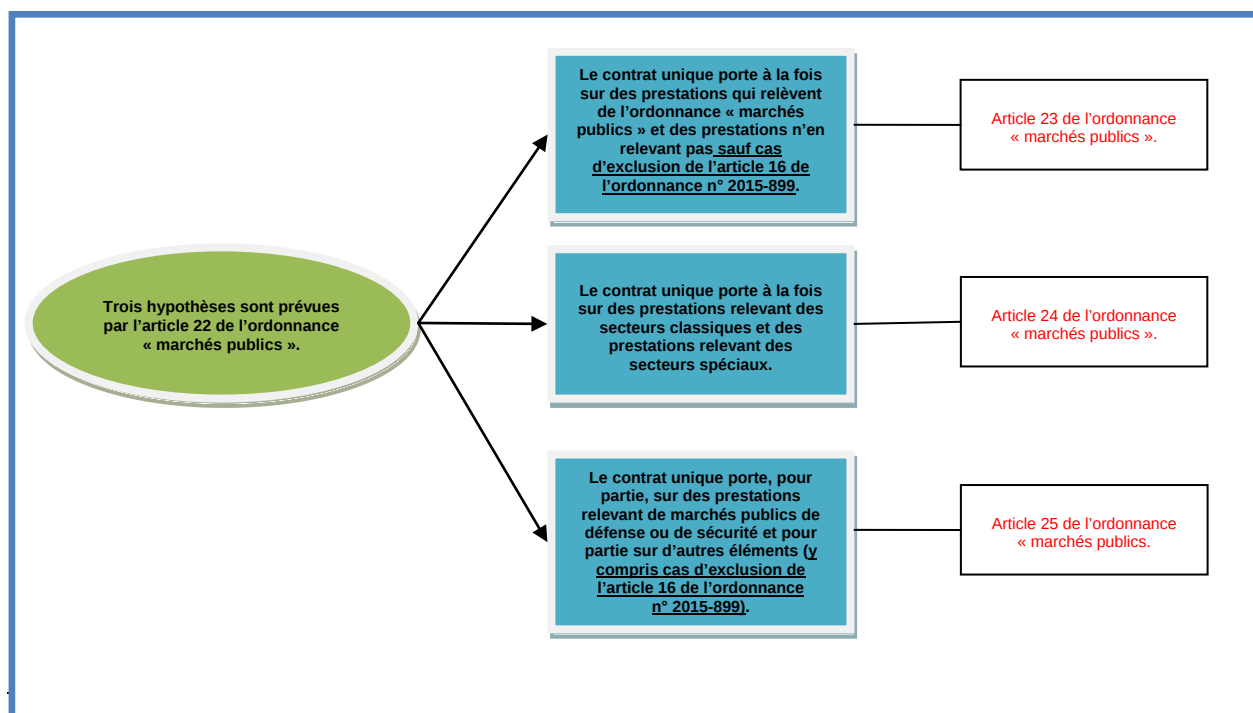
<sup>57</sup> La qualification d'entité adjudicatrice ou de pouvoir adjudicateur est indifférente lorsqu'il s'agit de marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>58</sup> CJUE, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA contre Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria et Gran Casino de Las Palmas SA*, Aff. C-331/92, point 26 ; CJUE, 29 octobre 2009, *Commission contre Allemagne*, Aff. C-536/07, points 57, 58 et 61. CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633 ; CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, n° 311798.

<sup>59</sup> Pour une illustration d'une opération inséparable, voir CJUE, 15 septembre 2009, *Commission contre Allemagne*, Aff. C-536/07, point 28 ; CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633.

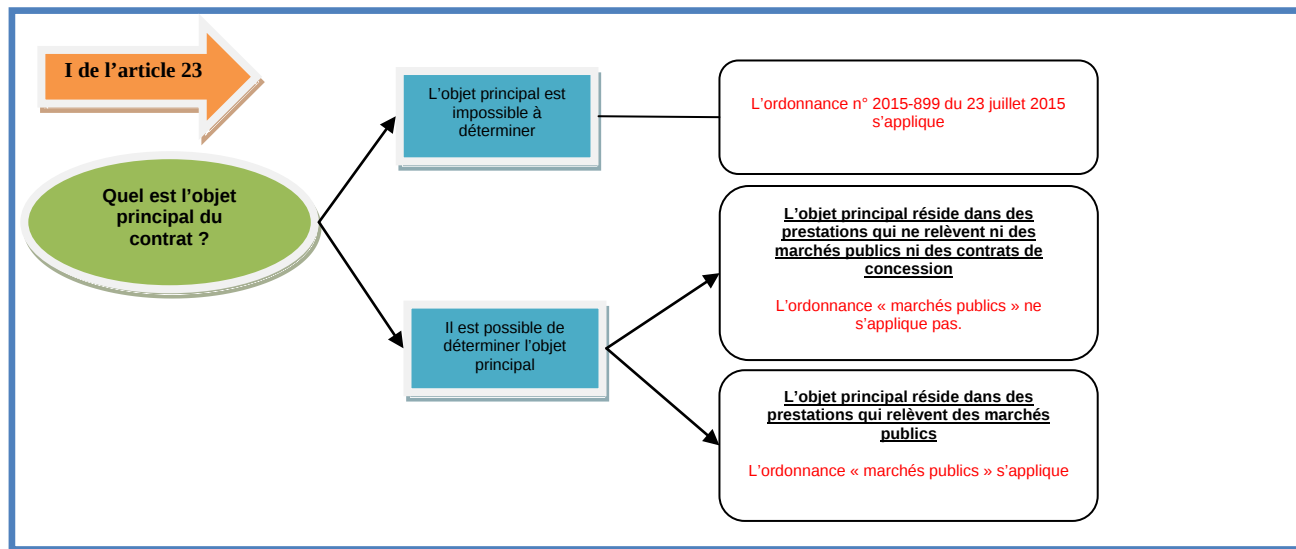
<sup>60</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy, contre Oulun Kaupunki*, Aff. C-215/09, point 39.

<sup>61</sup> Considérant 11 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

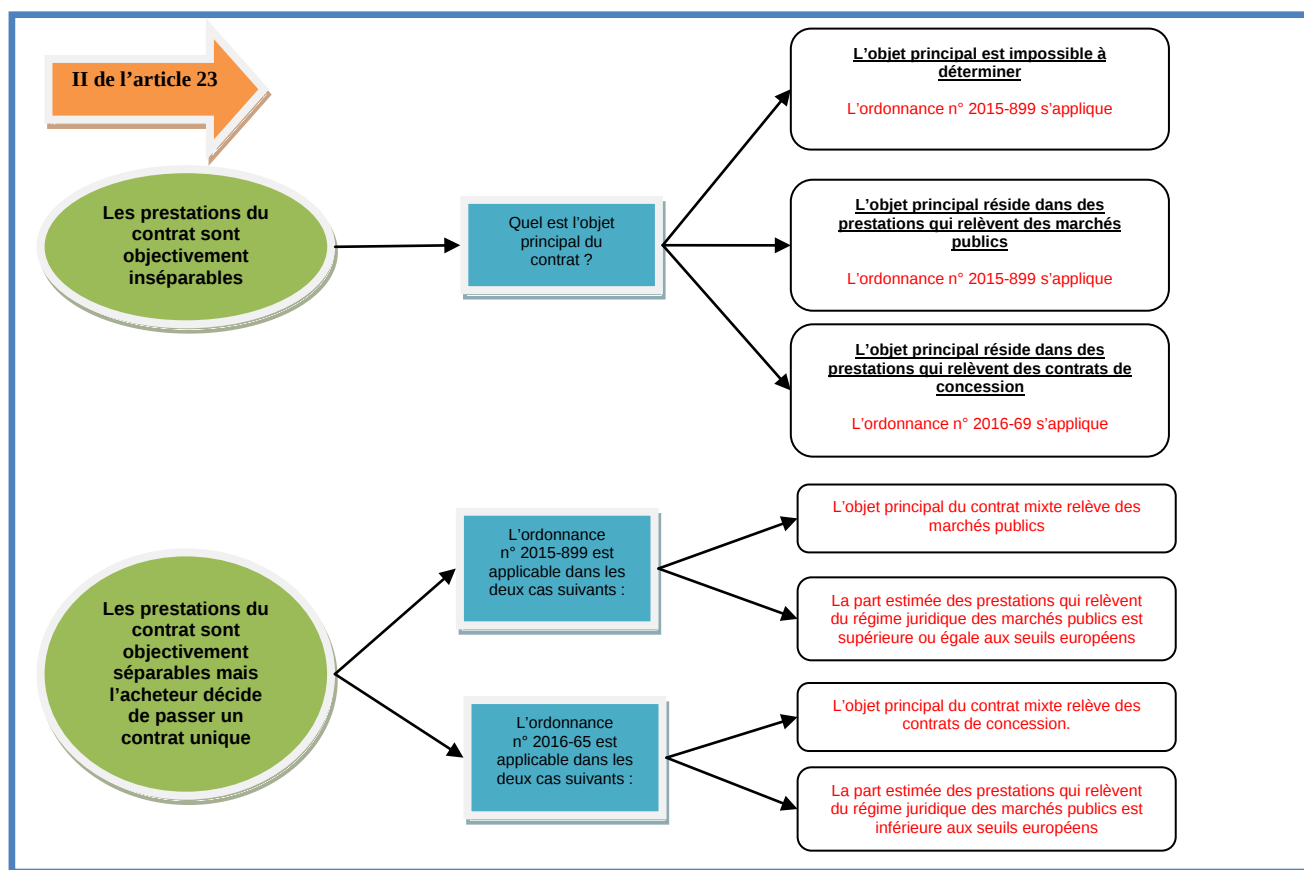


► Les contrats mixtes de l'article 23 de l'ordonnance

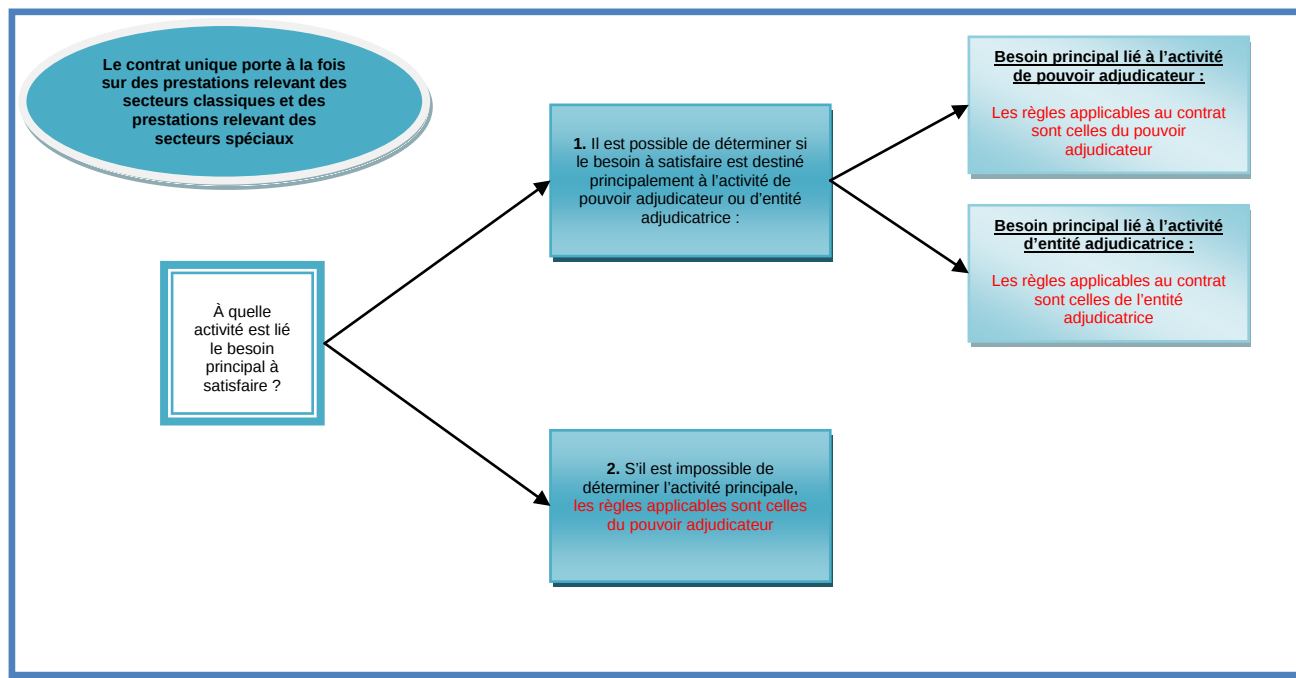
**1<sup>er</sup> cas** : le contrat mixte porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance n° 2015-899 (à l'exclusion des marchés publics de défense ou de sécurité) et des prestations qui ne relèvent ni de cette ordonnance relative aux marchés publics ni de l'ordonnance n° 2016-69 relative aux contrats de concession :



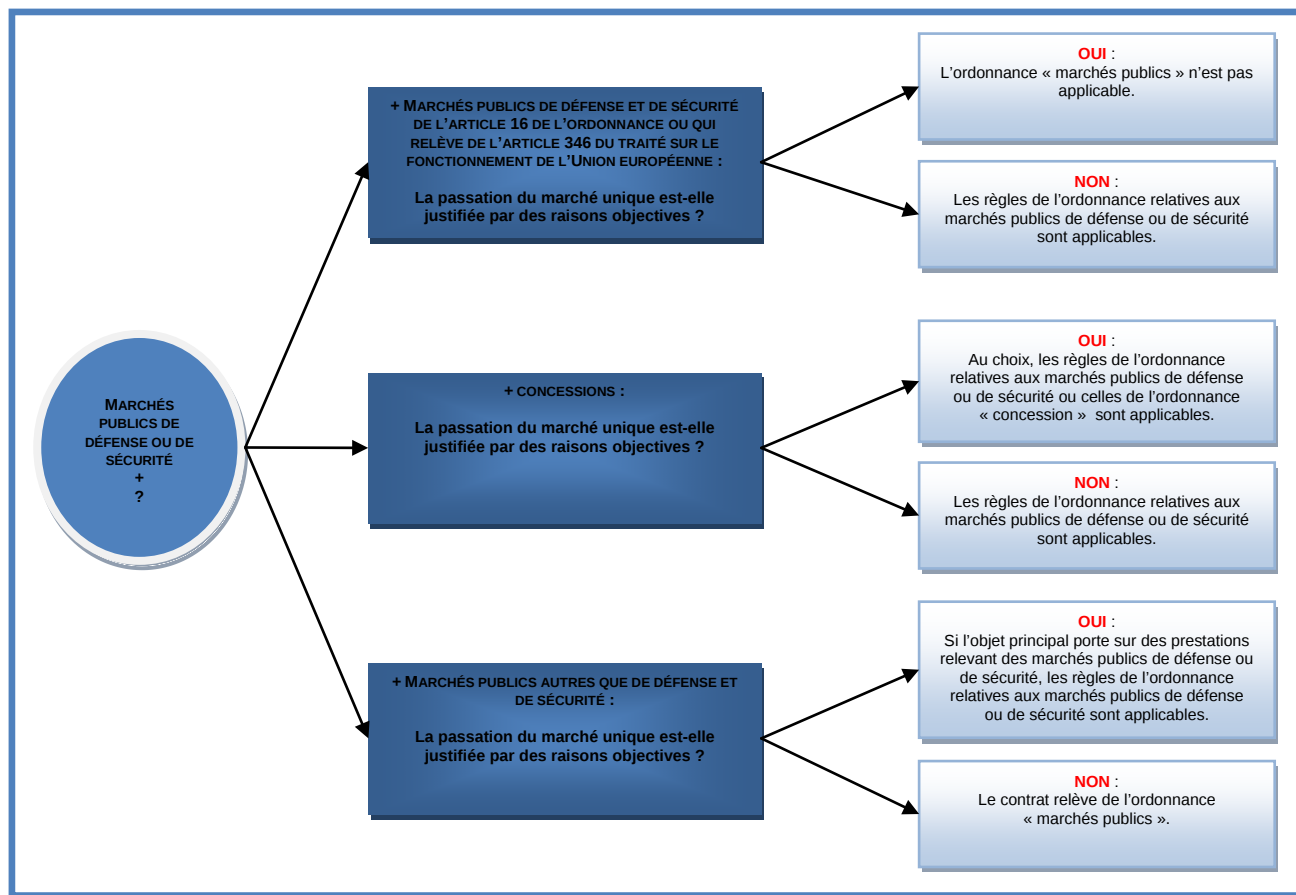
**2<sup>ème</sup> cas** : le contrat mixte porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance n° 2015-899 (à l'exclusion des marchés publics de défense ou de sécurité) et des prestations qui relèvent de l'ordonnance n° 2016-69 relative aux contrats de concession :



► Les contrats mixtes de l'article 24 de l'ordonnance



► Les contrats mixtes de l'article 25 de l'ordonnance



#### 1.4.4.2. Les marchés publics mixtes

Les « marchés publics mixtes » doivent être distingués des contrats mixtes des [articles 22 à 25](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Ils supposent que, le cas échéant, les dispositions relatives aux contrats mixtes aient déjà été mises en œuvre pour déterminer :

- qu'ils relèvent de l'ordonnance relative aux marchés publics<sup>62</sup> et du même décret d'application<sup>63</sup> ;
- s'ils sont passés en tant que pouvoir adjudicateur ou en tant qu'entité adjudicatrice<sup>64</sup>.

Les marchés publics mixtes sont des contrats passés par un même acheteur et dont il reste à déterminer le régime de passation applicable parce que :

- soit ils comportent des prestations diverses de travaux et de fournitures ou de services<sup>65</sup> ;
- soit ils comportent des prestations de fournitures et de services<sup>66</sup> ;
- soit ils comportent des prestations de services diverses relevant de régimes juridiques de passation différents<sup>67</sup>.

##### ► Les marchés publics mixtes qui portent à la fois sur des travaux et sur des fournitures ou services

En présence d'un tel marché public, il convient de considérer l'objet principal du marché public pour distinguer un marché public de travaux d'un marché public de fournitures ou d'un marché public de services<sup>68</sup>.

Cette qualification de marché public de travaux ou de marché public de fournitures ou de services a une conséquence sur la détermination des seuils applicables au marché public en cause, le seuil de déclenchement des procédures formalisées pour les marchés publics de travaux étant sensiblement plus élevé que celui des marchés publics de fournitures ou de services.

De même, dans cette hypothèse mêlant la livraison de fournitures ou de services et l'exécution de travaux, il appartient à l'acheteur de choisir le cahier des clauses administratives générales qui lui paraît le plus adapté aux prestations principales objet du marché public.

##### ► Les marchés publics mixtes qui portent à la fois sur des fournitures et sur des services

Dans ce cas, il convient de considérer la valeur de chacune des prestations lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures. Ainsi, il est un marché public de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées. Inversement, si la part de fournitures est plus importante que celle des services, le marché public est un marché public de fournitures<sup>69</sup>.

Cette qualification de marché public de fournitures ou de marché public de services peut avoir une conséquence sur la détermination de la procédure de passation applicable. En effet, si l'analyse aboutit à qualifier le marché public en cause de marché public de services, le régime de passation peut être différent

<sup>62</sup> Un marché public destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et des besoins qui n'en relèvent pas est :

- si l'exclusion n'est pas un cas prévu à l'article 16 de cette ordonnance, un contrat mixte de l'article 23 de l'ordonnance n° 2015-899 ;
- si une partie du contrat mixte correspond à un marché public de défense ou de sécurité, un contrat mixte de l'article 25 de l'ordonnance n° 2015-899.

<sup>63</sup> Un marché public dont l'objet relèverait à la fois du décret n° 2016-360 et du décret n° 2016-361 est un contrat mixte de l'article 25 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>64</sup> Un marché public 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 de l'acheteur est un contrat mixte de l'article 24 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>65</sup> [Cas traité par le 1<sup>er</sup> alinéa du IV de l'article 5](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>66</sup> [Cas traité par le 2<sup>nd</sup> alinéa du IV de l'article 5](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>67</sup> Cas traités par des dispositions spécifiques des décrets d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>68</sup> [Alinéa 1<sup>er</sup> du IV de l'article 5](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ; [CJUE, 18 janvier 2007, Jean Auroux et autres contre Commune de Roanne](#), Aff. C-220/05, points 37 et 46 ; [CJUE, 21 février 2008, Commission contre République italienne](#), Aff. C-412/04, points 47 à 49.

<sup>69</sup> [Alinéa 2 du IV de l'article 5](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

selon que le marché public relèvera des marchés publics de services soumis à un régime normal de passation ou des marchés publics de services soumis à un régime allégé<sup>70</sup>.

Il est important de rappeler que la qualification de marché public de fournitures ou de marché public de services une fois opérée, n'est pas remise en cause par la présentation d'une variante qui aboutirait, si elle était retenue, à conclure un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services<sup>71</sup>.

#### ► Les marchés publics de services qui portent sur des services relevant de régimes de passation différents

Trois cas doivent être distingués.

- *Les marchés publics de services soumis au décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et qui portent à la fois sur des services soumis à un régime normal de passation et des services relevant de la catégorie des services de l'article 28 de ce décret*

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des « services sociaux et autres services spécifiques » du [I de l'article 28](#) du décret du 25 mars 2016<sup>72</sup> et d'autres services à l'exception des services juridiques de représentation définis à l'[article 29](#) du même décret, il est passé conformément aux règles applicables à celle de ces deux catégories de services dont la valeur estimée est la plus élevée<sup>73</sup>.

Lorsqu'il est impossible de déterminer la catégorie à laquelle correspond la valeur estimée la plus élevée, il convient d'appliquer les règles les plus strictes, soit le régime normal de passation des marchés publics de services.

- *Les marchés publics de services soumis au décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et qui portent à la fois sur des services juridiques de représentation de l'article 29 de ce décret et sur d'autres services<sup>74</sup>*

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services juridiques de représentation définis au [I de l'article 30](#) du décret du 25 mars 2016 et d'autres services, les dispositions de l'article 30 s'appliquent si les services juridiques de représentation constituent l'objet principal du marché public et si les différentes parties du marché public sont objectivement inséparables.

Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché public, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services composant ce marché public mixte<sup>75</sup>.

Lorsque ces deux types de services sont objectivement séparables et que l'acheteur décide tout de même de passer un marché public unique, la celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services composant ce marché public mixte.

- *Les marchés publics de services soumis au décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 et qui portent à la fois sur des services mentionnés à l'article 24 de ce décret et des services relevant de l'article 25 de ce décret*

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des prestations de services énumérées à l'[article 24](#) du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées<sup>76</sup>, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont la valeur estimée est la plus élevée<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> Voir point suivant de la présente fiche.

<sup>71</sup> [IV de l'article 58](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et [dernier alinéa de l'article 55](#) du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>72</sup> La liste limitative de ces services est déterminée par l'[avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques](#) publié au JORF.

<sup>73</sup> [II de l'article 28](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>74</sup> Peu importe alors qu'il s'agisse de services soumis à un régime normal de passation ou de services sociaux et autres services spécifiques, la règle est alors identique.

<sup>75</sup> [II de l'article 29](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>76</sup> Il s'agit alors de services relevant du régime de passation déterminé par l'[article 25](#) du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>77</sup> [II de l'article 25](#) du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la catégorie à laquelle correspond la valeur estimée la plus élevée, il convient d'appliquer les règles les plus strictes, soit le régime de passation des marchés publics de services prévu par l'article 24 du décret n° 2016-361.

#### **1.4.4.3. Les marchés publics composites et les marchés publics passés par un groupement d'achat**

Le cas des « marchés publics composites », définis comme ceux qui comportent des parties correspondant à la fois à des marchés et des accords-cadres, est traité dans la fiche technique relative aux accords-cadres<sup>78</sup>.

Le cas des marchés publics passés par un groupement d'achat composés de personnes qui ne sont pas soumis aux mêmes règles de passation est, quant à lui, traité dans la fiche technique relative à la coordination des achats<sup>79</sup>.

## **2. Les contrats de concession**<sup>80</sup>

La directive 2014/23/UE<sup>81</sup> consacre et encadre les contrats de concession par l'adoption de règles communes. Cette directive est aujourd'hui transposée en droit interne par l'ordonnance du 29 janvier 2016<sup>82</sup> et son décret d'application du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>83</sup>.

Désormais, les contrats de concession sont regroupés dans un régime commun : les contrats de concession de travaux et les contrats de concession de services. Ces derniers se divisent en contrats de concession de service public ou délégation de service public pour les collectivités territoriales et en contrat de concession de services simples<sup>84</sup> (point 2.1. de la présente fiche).

Ainsi, la transposition de la directive 2014/23/UE a été l'occasion de clarifier le régime juridique applicable aux concessions sectorielles qui se trouvent alignées sur le droit commun (l'ordonnance et le décret relatif aux contrats de concession) tout en étant régies par des dispositions complémentaires sectorielles<sup>85</sup> (point 2.2. de la présente fiche).

Enfin, les concessions d'aménagement et les contrats de revitalisation artisanale et commerciale peuvent être des contrats de concession ou des marchés publics (point 2.3. de la présente fiche).

### ***2.1. Les contrats de concession de travaux ou de services***

Les contrats de concession de travaux et de services sont des contrats conclus par écrit et à titre onéreux par lesquels un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice (« autorités concédantes ») confie l'exploitation de travaux pour les premières ou la prestation et la gestion de services pour les secondes, à un ou plusieurs opérateurs économiques (« concessionnaires ») à qui est transféré le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service et dont la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou services, soit dans ce droit accompagné d'un prix<sup>86</sup>. Ainsi, deux éléments cumulatifs permettent d'identifier une concession : son objet et l'existence d'un transfert de risque.

Le champ d'application organique du contrat de concession ne fait pas de difficulté. Il est une convention conclue entre un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice<sup>87</sup> et un opérateur économique.

<sup>78</sup> Voir en ce sens la fiche technique relative aux « accords-cadres » qui paraîtra prochainement.

<sup>79</sup> Voir en ce sens la fiche technique relative à « la coordination des achats » qui paraîtra prochainement.

<sup>80</sup> La présente fiche étant consacrée aux marchés publics et autres contrats de la commande publique, la présente fiche ne traite que des questions de distinction entre les marchés publics et les contrats de concession.

<sup>81</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

<sup>82</sup> Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

<sup>83</sup> Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.

<sup>84</sup> Article 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

<sup>85</sup> Exemple : article L.521-1 du code de l'énergie pour la passation et l'exécution des contrats de concession d'énergie hydraulique.

<sup>86</sup> Article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

<sup>87</sup> Nous vous invitons à vous reporter, pour ces notions, aux points 1.2.1 et 1.2.2 de la présente fiche ainsi qu'à la fiche technique relative aux « pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ».

### 2.1.1. L'objet des contrats de concession

L'objet du contrat de concession est :

- l'exécution, ou la conception et l'exécution de travaux<sup>88</sup>, ou encore la réalisation ou la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante<sup>89</sup> ;
- ou bien la gestion d'un service<sup>90</sup>.

#### 2.1.1.1. Les notions de travaux et d'ouvrage

La notion de travaux est traitée au point 1.4.1 de la présente fiche.

La notion d'ouvrage désigne « *le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique* »<sup>91</sup>. Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil.

Il convient d'ajouter que, pour la CJUE, les travaux doivent obligatoirement porter sur un ouvrage, puisque le concessionnaire devra ensuite pouvoir exploiter celui-ci pour en tirer tout ou partie de sa rémunération<sup>92</sup>. Enfin, le caractère non-rentable d'un ouvrage ne fait pas obstacle à la qualification de contrat de concession : il suffit que le résultat des travaux remplisse une des deux fonctions (économique ou technique) pour constituer un ouvrage qui puisse faire l'objet d'un contrat de concession<sup>93</sup>.

#### 2.1.1.2. La notion de services

Le point b) du 1) de l'article 5 de la directive sur l'attribution de contrats de concessions définit le contrat de concession de services comme « *un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux [...] à un ou plusieurs opérateurs économiques [...]* ». Le [II de l'article 6](#) de l'ordonnance du 29 janvier 2016 dispose que « *les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service* » et précise qu'ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public.

Les autorités concédantes sont libres de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix, conformément au droit de l'Union européenne.

### 2.1.2. Le transfert de risque

La rémunération du concessionnaire est liée aux résultats de l'exploitation, ce que traduit la notion de « transfert de risque ».

Le transfert de risque constitue le critère de distinction entre un marché public et un contrat de concession.

Le caractère onéreux d'un marché public réside soit dans le versement d'une somme d'argent par l'acheteur, soit dans la rétribution par d'autres formes de contreparties (contreparties en nature, exonération de charges, autorisations de percevoir des recettes auprès de tiers, etc.). À cet égard, l'origine des recettes perçues par le prestataire (redevances versées par l'utilisateur ou paiement d'une somme par la collectivité) est en elle-même sans incidence sur la qualification de marché public ou de contrat de concession<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Dont la liste des travaux est publiée au JORF : [avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique](#).

<sup>89</sup> [I de l'article 6](#) de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

<sup>90</sup> [II de l'article 6](#) de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

<sup>91</sup> Voir 8) de l'article 5 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et 2° du [I de l'article 6](#) de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

<sup>92</sup> [CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH contre Bundesanstalt für Immobilienaufgaben](#), Aff. C-451/08, points 70 à 80.

<sup>93</sup> [CJUE, 27 octobre 2005, Commission contre Italie](#), Aff. C-187/04 et C-188/04, points 26 à 29.

<sup>94</sup> [CE, 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures »](#), n° 359389.

Dans le cadre d'un contrat de concession, la rémunération du concessionnaire est liée aux résultats de l'exploitation de l'ouvrage ou du service. Un tel lien est reconnu dès lors que le contrat fait peser sur le cocontractant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice une part du risque lié à l'exploitation. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier<sup>95</sup>.

Ainsi, si l'acheteur continue à supporter l'intégralité du risque, en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'opération constitue un marché public<sup>96</sup>.

## ***2.2. Le régime des concessions de secteurs particuliers a été aligné sur le régime de l'ordonnance et du décret relatifs aux contrats de concession***

Sont concernées les concessions hydroélectriques et les concessions aéroportuaires.

### ***2.2.1. Les concessions hydroélectriques***

À l'origine, la concession portant exploitation d'énergie hydraulique (exploitation d'une chute d'eau) ne recevait aucune qualification juridique<sup>97</sup>.

Le Conseil d'État a estimé, en 2010, qu'une concession d'énergie hydraulique pouvait, en définitive, recevoir, l'une des trois qualifications suivantes en fonction de son objet :

- une concession de travaux publics, lorsqu'elle a pour objet principal de réaliser des travaux et pour objet accessoire d'exploiter la chute d'eau ;
- une concession de service au sens du droit communautaire et de délégation de service public au sens de la loi Sapin, lorsqu'elle a pour principal objet d'exploiter une chute d'eau existante et de revendre l'électricité produite directement aux usagers ou à un service public de distribution d'électricité ;
- une concession domaniale lorsque son objet principal est d'exploiter une chute d'eau existante pour répondre aux besoins propres en énergie de l'exploitant.

En outre, quelle que soit leur qualification, les concessions d'énergie hydraulique se voyaient soumises au même régime de passation<sup>98</sup>.

Désormais, conformément aux articles [69](#) et [70](#) de l'ordonnance du 29 janvier 2016, la passation et l'exécution des concessions d'énergie hydraulique entrent dans son champ d'application.

Ces contrats de concession sont attribués par une personne publique qui est propriétaire des installations ou du domaine fluvial, à un concessionnaire qui est un opérateur économique. Ce contrat a pour objet la réalisation de travaux ou l'exploitation d'un service.

Le concessionnaire se rémunère sur la vente de l'électricité produite. Il acquitte une redevance comportant une part fixe, une part proportionnelle au nombre de kilowattheures produits et une part proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés. Il supporte ainsi un risque économique puisqu'il n'y a aucune obligation de rachat par l'État du surplus d'électricité produit.

Le concessionnaire est soumis à des obligations en termes de performance environnementale, de sécurité et de réserve d'eau.

<sup>95</sup> [CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée](#), n° 291794.

<sup>96</sup> [CJUE, 13 novembre 2008, Commission des Communautés européennes contre République italienne](#), Aff. C-437/07, points 23 et 30.

<sup>97</sup> Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.

<sup>98</sup> *L'eau et son droit*, rapport public 2010 du Conseil d'État, EDCE, La documentation française, Paris, 2010, annexe 16 « la nature juridique de la concession d'énergie hydraulique », pages 371 et suivants.

### 2.2.2. Les concessions aéroportuaires

À l'origine, les concessions aéroportuaires étaient organisées autour de deux outils contractuels : les concessions de travaux publics et les conventions de délégations de service public. Avec l'ordonnance et le décret relatif aux contrats de concession qui prévoient les concessions de travaux et les concessions de services, lesquelles se divisent en délégation de service public et en concession de service simple, les concessions aéroportuaires relèvent désormais du champ d'application des deux textes.

L'exploitation des aérodromes d'intérêt national, international ou nécessaires à l'exercice des missions étatiques relèvent de la compétence de l'État<sup>99</sup>, sauf pour Aéroports de Paris et aéroport de Bâle-Mulhouse. Leur exploitation peut être assurée en régie ou confiée à un tiers<sup>100</sup>. Dans cette dernière hypothèse, l'[article R. 223-2](#) du code de l'aviation civile fixe les modalités d'attribution des concessions accordées par l'État<sup>101</sup> pour la construction, l'entretien et l'exploitation des aérodromes. Sauf dérogation, elles doivent notamment respecter les dispositions du cahier des charges type prévu par le décret n° 2007-244 du 23 février 2007<sup>102</sup>. Ainsi, à l'échéance des concessions actuelles, l'État devra, au regard de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession, choisir l'exploitant aéroportuaire et conclure le contrat d'exploitation au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Par ailleurs, en dehors des aérodromes relevant de l'État et à statut spécifique (Aéroports de Paris et de Bâle-Mulhouse), l'[article L. 6321-2](#) du code des transports permet à toute personne publique ou privée de créer et d'exploiter un aérodrome ouvert à la circulation publique sous réserve toutefois de conclure à cette fin une convention avec l'État. Cette personne, propriétaire de l'aérodrome, peut choisir soit de l'exploiter en régie, soit d'en confier l'exploitation à un tiers. Dans l'hypothèse où le propriétaire est une collectivité territoriale qui décide de confier l'exploitation de son aérodrome à un tiers, celle-ci doit alors respecter les dispositions du livre IV du code général des collectivités territoriales. Parmi elles, figurent notamment les dispositions relatives aux délégations de service public, aux concessions de travaux publics et aux marchés publics dont les contrats de partenariats.

Le contrat de concession aéroportuaire est donc couvert par l'ordonnance et le décret relatif aux contrats de concession :

- il est conclu entre l'État, pour les grands aéroports régionaux et les aéroports d'intérêt national ou international, et un opérateur économique (société anonyme) ;
- il est conclu entre les collectivités et un exploitant pour les aéroports locaux lorsque ceux-ci ne sont pas exploités en régie.

Ce contrat présente un intérêt économique direct pour l'autorité concédante dans la mesure où elle perçoit des redevances d'occupation du domaine et le concessionnaire prend en charge l'exécution des travaux ou l'exploitation du service aéroportuaire pour son compte.

Le concessionnaire se rémunère sur les taxes d'aéroports prélevées sur les passagers, redevances<sup>103</sup>, aériennes et domaniales, prélevées sur les compagnies aériennes, les opérateurs d'assistance en escale et d'autres entreprises de l'aéronautique ainsi que d'un impôt, la taxe locale d'aéroport et sur l'exploitation commerciale des locaux et infrastructures durant toute la durée du contrat. Il exploite le service à ses risques et périls puisque ces recettes dépendent étroitement de l'attractivité de l'aéroport et de sa fréquentation.

<sup>99</sup> [Article L. 6311-1](#) du code des transports.

<sup>100</sup> [Article L. 6321-1](#) du code des transports ; la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports a prévu la possibilité de déléguer leur gestion à des sociétés anonymes.

<sup>101</sup> L'État étant autorité concédante, il reste propriétaire des infrastructures nécessaires à l'exercice des activités de service public aéroportuaire.

<sup>102</sup> [Décret n° 2007-244 du 23 février 2007](#) relatif aux aérodromes appartenant à l'État et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes.

<sup>103</sup> [Article R. 224-1](#) du code de l'aviation civile.

## 2.3. Deux type de contrats peuvent, sous une même dénomination, constituer soit des marchés publics soit des contrats de concession

### 2.3.1. Les concessions d'aménagement de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme

Les concessions d'aménagement, prévues aux articles [L. 300-4](#) et suivants et [R.\\* 300-4](#) et suivants du code de l'urbanisme, permettent à l'État, aux collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, de concéder à un tiers, aménageur, sous sa maîtrise d'ouvrage, la réalisation d'une opération ayant pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels<sup>104</sup>.

L'aménageur assure la réalisation des travaux et équipements concourant à l'opération prévue dans la concession d'aménagement, ainsi que les études et toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut également être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation ou de préemption. Le concessionnaire se rémunère en procédant à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

Le critère de distinction entre les concessions d'aménagement qui relèvent du droit des marchés publics et celles qui relèvent du droit des concessions réside dans la question de savoir si un risque d'exploitation est supporté par l'aménageur. Le juge précise ainsi que l'existence d'un risque assumé par l'aménageur « *doit s'apprécier au regard de l'ensemble des stipulations du contrat s'agissant du mode de rémunération retenu, de l'importance des apports et subventions des collectivités publiques, du sort des biens non commercialisés en fin de contrat et des garanties consenties par la personne publique contractante* »<sup>105</sup>.

Le régime des concessions d'aménagement emportant transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement<sup>106</sup> est aligné sur le régime des contrats de concession de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession. Ainsi, l'[ancien article R.\\* 300-11-7](#) du code de l'urbanisme prévoyait un régime de procédure et de publicité adaptés aux caractéristiques de chaque contrat pour les concessions d'aménagement d'un montant inférieur au seuil européen. Cet article a été abrogé. Le décret relatif aux contrats de concession maintient toutefois une garantie procédurale<sup>107</sup> pour la passation de ces concessions d'aménagement qui présentent les caractéristiques des contrats de concession. En effet, quelle que soit la valeur estimée du contrat de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice organise la procédure en respectant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>108</sup>.

À l'inverse, les concessions d'aménagement qui n'emportent pas transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement relèvent du droit des marchés publics<sup>109</sup>. Dans ce cas, l'ordonnance n° 2015-899 et son décret d'application n° 2016-360 s'appliquent, sous réserve des règles spécifiques édictées par les articles [R.\\* 300-11-2](#) et [R.\\* 300-11-3](#) du code de l'urbanisme.

### 2.3.2. Les contrats de revitalisation artisanale et commerciale

L'[article 19](#) de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises prévoit la mise en œuvre par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, à titre expérimental et pour une période de cinq ans, de contrats de revitalisation artisanale et commerciale.

Ces contrats de revitalisation artisanale et commerciale ont pour objet de favoriser la diversité, le développement et la modernisation des activités commerciales dans des zones marquées par le développement de la mono-activité, la dégradation ou la disparition de l'offre commerciale de proximité.

<sup>104</sup> [Article L. 300-1 du code de l'urbanisme.](#)

<sup>105</sup> [CAA Nantes, 2 février 2015, SARL les Farfadets](#), n° 13NT02139.

<sup>106</sup> S'il n'existe pas de transfert de risque, le contrat sera soumis au régime des marchés publics.

<sup>107</sup> [Article R.\\* 300-12 du code de l'urbanisme](#) ; [articles 9-2°](#) et [10](#) décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.

<sup>108</sup> [Article R.\\* 300-4 du code de l'urbanisme](#) ; article 9 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.

<sup>109</sup> [Articles R.\\* 300-11-1 et suivants du code de l'urbanisme.](#)

L'adoption de cette disposition résulte du constat de l'inadaptation de la formule de la concession d'aménagement pour dynamiser le commerce en ville, lorsque la mission confiée par la collectivité ne relève pas d'une opération globale d'aménagement comprenant des équipements publics.

Ces contrats, attribués après mise en concurrence, autorisent l'opérateur à acquérir les biens nécessaires à leur mise en œuvre, le cas échéant, par voie de préemption. Il peut, de plus, procéder à la vente ou à la location des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre d'intervention.

Le critère de distinction entre les contrats de revitalisation artisanale et commerciale qui relèvent du droit des marchés publics et ceux qui relèvent du droit des concessions réside dans la question de savoir si un risque d'exploitation est supporté par le cocontractant.

Le régime des contrats de revitalisation artisanale et commerciale emportant transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement est aligné sur le régime des contrats de concession de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession<sup>110</sup>. Quelle que soit la valeur estimée du contrat de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice organise la procédure en respectant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>111</sup>.

À l'inverse, lorsqu'il n'y a pas de transfert de risque de l'opération, ce contrat sera qualifié de marché public et soumis à l'ordonnance n° 2015-899 et à son décret d'application n° 2016-360, sous réserve des dispositions spécifiques de l'article 4 du décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale.

### **3. Les contrats ne relevant pas du droit de la commande publique**

Tous les contrats publics conclus par les acheteurs ne sont pas des marchés publics.

L'acheteur peut, par exemple, conclure des conventions non pour satisfaire ses propres besoins mais pour aider financièrement des projets dont il n'a pas l'initiative.

#### **3.1. Les subventions**

Les subventions sont, au sens de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000<sup>112</sup>, des « *contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent* ».

Elles ne constituent pas des marchés publics<sup>113</sup>. Une subvention est une somme d'argent, attribuée par une collectivité publique à un bénéficiaire public ou privé, afin de soutenir une activité, dont elle n'a pas pris l'initiative, mais qui doit entrer dans une compétence lui appartenant ou dans un intérêt local. Elle se distingue de la notion de prix versé à un opérateur économique, en contrepartie d'une prestation.

La décision attributive de subvention peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'une convention dans les conditions prévues par la loi du 12 avril 2000 précitée<sup>114</sup>. Ces dispositions imposent ainsi la conclusion d'une convention lorsque le montant de la subvention est supérieur à 23 000 euros annuel.

<sup>110</sup> Article 2 du décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale.

<sup>111</sup> [Article R.\\* 300-4 du code de l'urbanisme](#) ; article 9 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.

<sup>112</sup> [Article 9-1](#) de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

<sup>113</sup> [2° de l'article 7](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>114</sup> [Décret n° 2001-495 du 6 juin 2001](#), pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques.

Un contrat de subvention peut notamment être conclu à l'issue d'un appel à projets ou « appel à manifestation d'intérêt ». Dans ce cadre, une personne publique annonce qu'elle dispose de budgets destinés à être distribués sous forme de subventions. Elle se borne ainsi à identifier les initiatives et les projets d'opérateurs qui favorisent la mise en place d'une politique publique. Elle présente un cadre général, identifie une problématique, mais ne définit pas la solution attendue<sup>115</sup>.

Le juge utilise la méthode du faisceau d'indices pour distinguer les subventions des marchés publics. Trois indices sont principalement utilisés : l'initiative du projet, la définition des besoins et l'absence de contrepartie directe, les deux premiers se chevauchant partiellement.

### 3.1.1. L'initiative du projet

Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande d'une personne publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même définis. La subvention, en revanche, est destinée à soutenir financièrement une action initiée, définie et mise en œuvre par un tiers, éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative.

#### Exemples :

- Rémunérer une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisé à la seule initiative de la commune constitue le prix d'un marché public<sup>116</sup>.
- Les aides conventionnées accordées par l'État aux ateliers et chantiers d'insertion (ACI) dans le cadre du dispositif d'insertion par l'activité économique de personnes sans emploi constituent des subventions.

Alors même que le besoin est défini par un tiers, dès lors que l'acheteur le reprend à son compte, il peut être regardé comme étant à l'initiative du projet qu'il définit<sup>117</sup>.

À l'inverse, la personne publique peut être à l'initiative d'une démarche de subventionnement (appel à projet, appel à manifestation d'intérêt). Mais dès lors qu'il ne spécifie pas les moyens à mettre en œuvre, qu'il laisse une liberté d'action, qu'il se contente d'énoncer les règles générales d'octroi de la subvention, il ne s'agira pas d'un marché public.

Il convient de distinguer initiative du « projet » et initiative du « subventionnement ». Une personne publique peut ainsi prendre l'initiative de subventionner massivement une activité économique, de le faire savoir par un appel à projets, de définir précisément les critères d'octroi de la subvention, sans être à l'initiative des projets et sans craindre ainsi une requalification en marché public.

Il en est ainsi, notamment lorsque la personne publique n'est pas à l'origine du projet proprement dit, objet du subventionnement, qu'elle n'en est pas responsable, qu'elle n'en définit pas les contours précis (même si les critères de subvention influencent profondément la façon dont la prestation sera délivrée), que le projet a été initié, défini en dehors d'elle ou qu'il préexistait à son intervention ou qu'il serait poursuivi sans son intervention (y compris si son intervention vient modifier profondément la façon dont le projet peut être géré ou dimensionné). Le deuxième indice, celui de la définition des besoins, apporte une précision déterminante à cet égard.

### 3.1.2. La définition des besoins

Les marchés publics sont définis par la réalisation à titre onéreux de prestations répondant aux besoins de l'acheteur en matière de travaux, de fournitures ou de services<sup>118</sup>. Un marché public implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> [Circulaire du 18 janvier 2010](#) relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément.

<sup>116</sup> [CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-Les-Plages](#), n° 342520.

<sup>117</sup> [CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens](#), n° 223445.

<sup>118</sup> [Article 4](#) de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>119</sup> [CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion](#), n° 284412 ; [CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-les-Plages](#), n° 342520.

Il convient de distinguer la définition des besoins des critères d'octroi d'une subvention. La définition des besoins est réalisée au moyen de spécifications portant, par exemple, sur les caractéristiques précises d'une organisation à mettre en place qui exprimera les choix que la personne publique fait en la matière et qui devront être satisfaits par le titulaire du marché public. Le respect de ces choix par les soumissionnaires est déterminant, car c'est la personne publique qui assume la responsabilité du service.

Les critères d'octroi d'une subvention vont porter sur des exigences de qualité, par exemple, tout en laissant aux tiers subventionnés le soin de déterminer la façon dont le service sera organisé, car la personne publique n'assume pas la responsabilité du service. Elle doit simplement s'assurer que l'usage des fonds qu'elle octroie n'est pas contraire aux objectifs généraux qu'elle a définis.

### 3.1.3. L'absence de contrepartie directe

L'acheteur, qui accorde une subvention, n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire<sup>120</sup>.

Le juge considère qu'il y a marché public lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées, commandées par la personne publique dans le cadre de ses compétences et satisfaisant à ses besoins<sup>121</sup>.

L'absence de contrepartie de la subvention n'implique, toutefois, pas l'absence de conditions à l'utilisation des fonds pour son bénéficiaire. Dans la mesure où une subvention est subordonnée à un motif d'intérêt général, la personne publique peut subordonner son octroi à une utilisation déterminée des fonds<sup>122</sup>.

## 3.2. Le mécénat

Les contrats conclus par les acheteurs peuvent avoir pour objet « *le soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général* »<sup>123</sup>. Ces contrats permettent ainsi aux acheteurs de bénéficier de libéralités émanant d'un mécène.

Plusieurs types de mécénat coexistent.

Le soutien du mécène peut prendre la forme d'un versement en numéraire (mécénat « *financier* »). Le don peut également revêtir la forme d'un mécénat « *en nature* », consistant en la mise à disposition de locaux ou de biens. Enfin, il existe un troisième type de mécénat, celui « *de compétences* », consistant pour une entreprise à mettre à disposition du bénéficiaire, dans le cadre d'un projet déterminé, le savoir-faire et les compétences de sa main-d'œuvre.

En principe, la convention de mécénat ne revêt pas la nature d'un marché public. Toutefois, elle peut être requalifiée en marché public lorsque la personne publique consent, en contrepartie du mécénat, une contreprestation dont la valeur n'est pas manifestement inférieure à celle de la libéralité obtenue<sup>124</sup>.

## 3.3. Les contrats de travail

Le 3° de l'article 7 de l'ordonnance relative aux marchés publics précise que les contrats de travail ne sont pas des marchés publics et sont exclus du champ d'application de l'ordonnance.

Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> CE Sect., 6 juillet 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais*, n° 88224.

<sup>121</sup> CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 28441 ; CE, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente contre Société Ryanair Ltd et autres*, n° 352750 ; CE, 27 février 2006, *Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin*, n° 264406.

<sup>122</sup> CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736 ; CAA Marseille, 20 juillet 1999, *Commune de Toulon*, n° 98MA01735 ; voir par exemple l'article 9 du décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'État pour des projets d'investissement.

<sup>123</sup> Cf. annexe I « Liste des termes d'usage obligatoire » de l'arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière.

<sup>124</sup> L'instruction de la DGFIP du 12 septembre 2012 précise, à cet égard, que le régime fiscal du mécénat ne s'applique que lorsque la contreprestation présente une « *une disproportion marquée entre les sommes données et la valorisation de la "prestation" rendue par l'organisme bénéficiaire des dons* ».

<sup>125</sup> Cass. soc., 22 juillet 1954 : Bull. civ. 1954, IV, n° 576 ; Cass. crim., 29 octobre 1985, n° 84-95559 : Bull. crim. 1985, n° 335.

La qualification de contrat de travail suppose donc la réunion de trois critères :

- une prestation de travail (physique, artistique, intellectuelle, etc. ; temps plein ou temps partiel) ;
- une rémunération (la relation de travail peut être caractérisée quel que soit le mode de calcul de la rémunération, son montant ou sa forme. Son versement peut être notamment fonction du temps écoulé ou d'une vacation<sup>126</sup>) ;
- un lien de subordination (élément majeur du contrat, le lien de subordination est caractérisé par le pouvoir de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur).

Si l'ensemble de ces conditions sont remplies, le recrutement de personnel par contrat de travail s'effectue sans mise en concurrence.

Toutefois, les règles de la commande publique s'appliquent à l'acquisition de prestations de services de mise à disposition de personnels (entreprises de travail temporaire, cabinets de recrutement, portage salarial, etc.).

### 3.4. Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs publics

Le **1° de l'article 7** de l'ordonnance relative aux marchés publics prévoit que les transferts de compétences ou de responsabilités entre les acheteurs ou groupement d'acheteurs en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ne sont pas des marchés publics<sup>127</sup>.

Ainsi, le transfert d'une mission d'intérêt général, y compris d'une mission de service public, n'emporte pas l'application des règles du droit de la commande publique, ce quel qu'en soit l'instrument juridique.

Le transfert de compétences d'un acheteur à un autre implique de transférer à la fois l'autorité officielle de la mission et toutes les activités économiques associées. En effet, il doit s'agir d'un transfert global où l'acheteur qui transfère la compétence ne conserve aucune responsabilité et où le bénéficiaire exerce la compétence transférée indépendamment et sous sa propre responsabilité.

#### Exemples :

- Une coopération par voie de transfert de compétences de collectivités territoriales (envers un établissement public de coopération intercommunale – EPCI) n'entre pas dans le champ d'application de l'ordonnance. En effet, dans cette hypothèse, l'EPCI n'est pas un prestataire de service pour la commune mais révèle un mode d'organisation interne de l'administration. De même, certaines formes de coopération entre collectivités peuvent également constituer un tel mode d'organisation<sup>128</sup>.
- Le Conseil d'État a considéré que la convention constitutive d'un groupement d'intérêt public (GIP) établie entre une collectivité territoriale et une société, dont l'objet est de reprendre les activités de service public auparavant exercées à titre facultatif par les services de cette collectivité, ne constitue pas un marché public ou une délégation de service public conclu entre le GIP et la collectivité. En effet, les responsabilités prises en charge par le GIP sont à la fois prévues par les textes régissant la constitution de tels groupements et possibles puisque les activités de service public sont effectivement transférées par la collectivité publique, sans commande de prestations de sa part. Toutefois, les règles du droit de la commande publique restent applicables aux marchés passés, le cas échéant, par la collectivité publique avec le groupement en vue de satisfaire à ses besoins propres<sup>129</sup>.

En définitive, dès lors qu'un acheteur décide de créer une nouvelle entité à laquelle il transfère l'intégralité d'une compétence donnée, ou s'il décide de transférer sa compétence à une entité existante, et que la mission de service public est alors exécutée par le bénéficiaire du transfert en toute indépendance et sous

<sup>126</sup> [Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 mars 2010](#), n° 09-11560.

<sup>127</sup> Tant en matière de marchés publics que de concessions : respectivement 6° de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et 4° de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

<sup>128</sup> [Article L5111-1](#) du code général des collectivités territoriales.

<sup>129</sup> [CE, 10 novembre 2010, Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement](#), n° 319109.

sa propre responsabilité, et que l'acheteur ayant transféré la compétence ne conservent aucun contrôle sur le service, l'ordonnance du 23 juillet 2015 n'est pas applicable.

### 3.5. Les conventions d'occupation domaniale

L'ordonnance du 23 juillet 2015 a encadré la possibilité pour les collectivités publiques de passer des conventions permettant d'associer des partenaires privés à la réalisation d'ouvrages sur des dépendances domaniales (bail emphytéotique administratif et autorisation d'occupation temporaire) et a mis fin aux partenariats sectoriels (baux emphytéotiques hospitaliers<sup>130</sup>, « montages aller-retour » des besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la défense<sup>131</sup>). Désormais, ces montages contractuels complexes sont intégrés dans le régime du marché de partenariat<sup>132</sup>.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et l'ordonnance du 29 janvier 2016 font désormais une distinction claire entre outils domaniaux et contrats de la commande publique. Les conventions d'occupation domaniale ne peuvent avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services ou la gestion d'une mission de service public selon les besoins exprimés par la personne publique, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance du 29 janvier 2016 :

- lorsque le contrat comporte des prestations réalisées selon les besoins exprimés par la personne publique et comporte une contrepartie économique correspondant à la valeur de la prestation, il sera qualifié de contrat de la commande publique ;
- à l'inverse, les outils domaniaux sont recentrés sur leur unique vocation d'occupation domaniale.

#### 3.5.1. Le bail emphytéotique administratif (BEA).

##### 3.5.1.1. Définition du BEA.

Le bail emphytéotique est un contrat, régi par l'[article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime](#), aux termes duquel *« le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction »*.

Les collectivités publiques peuvent conclure un bail emphytéotique administratif sur leur domaine privé ou public immobilier.

##### 3.5.1.2. Conditions de recours au BEA.

En vertu de l'[article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques](#), l'État peut recourir au bail emphytéotique en vue de restaurer, réparer ou mettre en valeur un bien immobilier qui lui appartient.

En vertu de l'[article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales](#), les collectivités territoriales peuvent y recourir :

- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public.

<sup>130</sup> Abrogation des articles L6148-2, L6148-5 à L6148-5-3 et L6148-7 du code de la santé publique.

<sup>131</sup> Abrogation des articles L2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>132</sup> Voir en ce sens la [fiche technique relative aux « marchés de partenariat »](#)

### 3.5.2. Les autorisations d'occupation du domaine public (AOT).

L'État et ses établissements publics (articles [L. 2122-6 et s. du code général de la propriété des personnes publiques](#)), ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements ([articles L. 1311-5 et s. du code général des collectivités territoriales](#)), peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaires permettant d'accorder à des tiers des droits réels<sup>133</sup>.

Pour les collectivités territoriales, le recours aux AOT n'est possible qu'en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence.

Pour l'État et ses établissements publics, le droit réel est limité aux ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre d'occupation.

À l'issue de la période d'occupation autorisée, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier, dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté, deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de la collectivité, de l'État ou de l'établissement<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Il convient de signaler que des règles propres à l'utilisation du domaine public existent, que la présente fiche ne peut reprendre (utilisation compatible avec l'affectation, règles particulières au domaine public naturel, etc.).

<sup>134</sup> [CE, 27 février 2013, Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État](#), n° 337634.