



## Réunion téléphonique

### **Passer un marché public ou une concession sans publicité ni mise en concurrence ? Le recours à la quasi-régie**

Compte rendu de la réunion téléphonique du 10 avril 2018

La réunion est organisée et animée par Territoires Conseils avec le concours d'Isabelle Farges, consultante en développement territorial. Elle est présentée par Benjamin Marin, juriste associé du service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils.

*La présentation s'appuie sur un diaporama annexé au présent compte rendu.*

## PRÉSENTATION

**BENJAMIN MARIN, JURISTE ASSOCIE DU SERVICE DE RENSEIGNEMENTS TELEPHONIQUES DE TERRITOIRES CONSEILS**

### Définition de la quasi-régie

Selon *l'arrêt « Teckal » de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) du 18 novembre 1999*, en principe, un marché public conclu entre une collectivité territoriale et une entité juridique distincte d'elle pour la réalisation d'une prestation se doit de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Cependant, cet arrêt admet également la possibilité de déroger à certaines de ces règles, sous réserve que la personne publique exerce, sur la personne morale de droit privé en cause, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. De plus, la personne morale de droit privé doit réaliser l'essentiel de son activité pour le compte de la ou des collectivités qui la contrôlent.

La construction du Juge européen au sujet de la quasi-régie, intégrée aujourd'hui dans notre corpus juridique, nécessite des précisions. En effet, cette notion permet, à première vue, de nombreuses facilités dans la mise en œuvre des politiques publiques. Cependant, il ne faut pas oublier que la quasi-régie offre aux collectivités la possibilité de déroger aux règles de la commande publique. Or, une relation « in-house », non sécurisée ou jugée « a posteriori » non existante pourrait s'apparenter à une atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner la nullité du contrat et d'être appréciée comme une atteinte à la liberté d'accès à la commande publique. (**Article 432-14 du Code Pénal ; Conseil d'Etat, « Commune de Marsannay-la-Côte », 6 novembre 2013, n°365079**).

### Les critères de la quasi-régie

La quasi-régie, nommée également en droit européen relation « in-house », est définie par trois critères. Limiter la quasi-régie au seul critère du contrôle analogue peut compromettre la légalité de votre contrat « in house ». Il est essentiel de vérifier l'existence d'un ensemble de critères cumulatifs pour déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Les critères de la quasi-régie résultent, depuis *l'arrêt « Teckal » du 18 novembre 1999*, de la construction jurisprudentielle de la CJUE, laquelle est retranscrite dans les directives « marchés publics » et « concessions » entrées en vigueur en 2014. Ces directives sont transposées, en droit interne, par les ordonnances et décrets « contrats de concession » et « marchés publics ».

Au titre de *l'article 17 de l'ordonnance 2015-899* et de *l'article 16 de l'ordonnance 2016-65*, une relation de quasi-régie entre la collectivité, ou le groupement de collectivités, et l'entreprise publique locale, ou l'association, dont la collectivité est membre ou actionnaire, doit répondre aux critères cumulatifs suivants :

- La collectivité, individuellement ou conjointement avec d'autres collectivités, doit disposer d'un contrôle sur la personne morale, analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Ce contrôle est réputé acquis lorsque la collectivité, ou conjointement avec d'autres collectivités, exerce une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la structure.

- La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par la collectivité, ou le groupement de collectivités, qui la contrôle.
- La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requise par la loi. Dans ce cadre, une participation de capitaux privés ne peut pas jouir de l'exercice d'une influence décisive sur la personne morale contrôlée par une collectivité.

Une collectivité peut donc, seule ou conjointement avec d'autres collectivités, disposer de la capacité de contracter, sans publicité ni mise en concurrence, avec une personne morale de droit privé sur laquelle elle exerce un contrôle.

Abordons à présent les outils permettant d'identifier ces critères, lesquels peuvent, en premier lieu, apparaître abstraits.

### **Premier critère : le contrôle analogue**

Pour caractériser l'existence d'une relation « in house », il est impératif que la collectivité dispose, directement ou conjointement, d'un contrôle analogue sur la structure cocontractante. Ce contrôle analogue s'apprécie par l'existence d'une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la structure cocontractante. Sans cette influence décisive, déduire l'existence d'un contrôle analogue semble impossible.

Comme le rappellent la CJUE et le Conseil d'État, la relation de quasi-régie implique que chacune des autorités adjudicatrices participe tant au capital qu'aux organes de direction de la société cocontractante (*Cour de Justice de l'Union Européenne, « Econord SPA », 29 novembre 2012, C-2012/758 ; Conseil d'Etat, « Commune de Marsannay-la-Côte », 6 novembre 2013, n°365079*). Il est donc plus facile d'apprécier ce contrôle analogue lorsqu'il s'agit d'une relation contractuelle entre une collectivité et son Entreprise publique locale (EPL), laquelle revêt, dans le cadre du droit français, la forme d'une Société Anonyme (*Article L1521-1 et L1531-1 du Code général des collectivités territoriales*).

La seule participation au capital ne permet pas de déduire l'existence d'une influence décisive, et par extension d'un contrôle analogue, de la collectivité sur les décisions importantes et objectifs stratégiques de la société. L'influence décisive de la collectivité se doit d'être effective et directement appréciable. Cette influence décisive peut être conjointe, dès lors que plusieurs collectivités actionnaires ou adhérentes disposent conjointement de la capacité d'influencer les décisions importantes et les objectifs stratégiques de la structure. (*Article 17 de l'ordonnance n°2015-899 et de l'article 16 de l'ordonnance n°2016-65*)

Qu'il soit individuel ou conjoint, le contrôle analogue se doit d'être effectif. Cette effectivité s'apprécie au regard de la capacité matérielle, pour la ou les collectivités, d'influer sur les décisions de la société. La seule participation d'une collectivité au capital d'une EPL, ou l'adhésion à une association, n'est pas suffisante pour déduire l'existence d'un contrôle analogue similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services (*CJUE, « Coditel Brabant », 13 novembre 2008, C-324-07*).

Afin d'illustrer l'effectivité du contrôle analogue, il faut s'en référer à différentes positions jurisprudentielles. Il est intéressant d'étudier différents cas pour apprécier cette effectivité.

Prenons, premièrement, un exemple issu de la jurisprudence européenne :

- *L'arrêt Asemfo « Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estad »*

En 2007, la CJUE (**19 avril 2007, affaire C-295/05**) a reconnu qu'une entité adjudicatrice disposant de 0,25 % du capital d'une société pouvait disposer d'un contrôle analogue conjoint. Dans cette affaire, le capital de la société Asemfo était composé d'une participation de l'État espagnol, à hauteur de 99 %, et de certaines collectivités autonomes, à hauteur de 1 %. Dans ce cas, le contrôle analogue a été déduit par la situation particulière de la relation liant la société et les actionnaires publics. Les conditions d'intervention auprès des collectivités autonomes n'étaient pas contractuelles, mais liées à un cadre réglementaire régissant l'intervention de l'Etat auprès des collectivités autonomes. L'intervention de la société pour le compte de l'État et des collectivités actionnaires, dans un cadre national réglementairement défini, a permis d'induire l'effectivité du contrôle analogue.

- La jurisprudence du Conseil d'État « commune de Marsannay-la-Côte » :

Dans le droit français, cette décision est la seule permettant d'apprécier l'existence d'un contrôle analogue similaire à celui qu'elle exerce sur service d'une collectivité sur une SPL. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat a reconnu que la commune de Marsannay-la-Côte ne pouvait recourir à la SPLA, dont elle est actionnaire, sans publicité ni mise en concurrence au regard de sa faible participation au capital et sa non représentativité directe dans les organes décisionnels de la société. Pour arriver à cette position, dans son dispositif, le Conseil d'Etat a :

- apprécié la participation de la Commune au capital de la SPLA (1, 076%) ;
- apprécié l'influence de la commune sur la prise des décisions (la non-participation directe dans les organes décisionnels de la société par la commune, l'incapacité d'inscrire des sujets à l'ordre du jour du Conseil d'administration de la société, sont des éléments permettant de déduire que la commune ne dispose pas d'une influence décisive).

Lorsque la relation « in-house » s'insère entre une collectivité et une EPL, le contrôle analogue, direct ou conjoint, est la résultante d'une influence décisive qui peut s'apprécier, comme le précise le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Commune de Marsannay-la-Côte », via la participation effective aux organes de direction de la structure. S'il n'y a pas de participation effective dans les organes décisionnels, l'existence d'une influence décisive sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques semble fortement compromise.

Dans le cadre d'une SEML ou une SPL, constituée sous la forme d'une Société Anonyme, l'existence d'un contrôle analogue, direct ou conjoint, des collectivités sur ces structures peut s'apprécier au regard des points suivants : la participation au capital ; la participation active dans les instances décisionnels ; la capacité, en raison de sa représentation dans les organes décisionnels et de sa participation au capital, à proposer des points à l'ordre du jour, à influencer sur les décisions et à bloquer, s'il le faut, les décisions.

La matérialisation de l'existence d'un contrôle analogue d'une collectivité sur une association sera abordé plus tard dans l'exposé.

### **Deuxième critère : « 80 % de l'activité de la personne morale dans le cadre des tâches confiées par la ou les collectivités la contrôlant »**

Qu'une collectivité soit actionnaire d'une EPL et dispose d'un contrôle analogue sur celle-ci, cela ne lui donne toutefois pas le droit de lui confier des missions sans publicité ni mise en concurrence. En effet,

il est essentiel de vérifier que la société réalise plus de 80 % des tâches pour le compte des personnes publiques qui la contrôlent.

Dans le cas d'une SPL, ce point n'est pas difficile à justifier puisque celle-ci agit seulement pour le compte de ses actionnaires publics et non pour le compte d'autres entités (**article L. 1531-1 du CGCT**). En effet, le Conseil d'État, dans son **ordonnance du 22 juillet 2016**, a considéré qu'une SPL ne peut pas participer ou candidater à une mise en concurrence en dehors du périmètre des marchés publics passés par les collectivités qui en sont actionnaires (**Conseil d'Etat, 22 juillet 2016, n°398748 ; Tribunal Administratif, 29 mars 2016, n°1600426**).

Cependant, l'appréciation de ce critère est importante dès lors qu'une collectivité souhaite confier un marché public ou une concession à une association ou à une SEML. La jurisprudence européenne, dans son appréciation, après avoir vérifié l'existence d'un contrôle analogue de l'entité publique sur la structure cocontractante, vérifie le pourcentage d'activités de ladite structure réalisé pour le compte des collectivités actionnaires ou adhérentes qui la contrôlent.

En s'appuyant sur l'ordonnance « marchés publics » et « concession », la jurisprudence européenne et la position de la DAJ sur le sujet, ces 80 % d'activités réalisées pour le compte des collectivités qui contrôlent la structure peuvent s'apprécier de la manière suivante (**articles 17 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 sur les marchés publics ; 16 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 sur les concessions ; jurisprudence de la CJUE, 8 décembre 2016, Undis Servizi Srl, n°C -553/15 ; Fiche DAJ, « Contrats conclus entre entités appartenant au Secteur Public », 21 juin 2016**):

- Prendre le chiffre d'affaire des trois dernières années de l'entité contrôlée, à défaut le chiffre d'affaire de la structure depuis sa création lorsqu'elle est récente ;
- Détailler les parts de chiffre d'affaire liées aux activités confiées par les collectivités contrôlant la structure ;
- Exclure les parts de chiffre d'affaire liées aux activités réalisées pour le compte des tiers.

Les tiers peuvent être des entités différentes des collectivités territoriales (Entreprise, Association), mais également des collectivités territoriales qui ne sont pas actionnaires ou-membres de la structure (**CJUE, 8 décembre 2016, Undis Servizi Srl, n°C -553/15**). Par exemple, si une SEML candidate à un marché public passé par une collectivité qui n'est pas actionnaire de son capital, cette collectivité sera considérée comme un tiers.

Pour illustrer la méthode permettant de calculer le pourcentage d'activités réalisées pour le compte des collectivités actionnaires ou membres de la structure, prenons l'exemple suivant :

Une communauté de communes détient 60 % du capital d'une EPL et une autre en détient 40 %. Le chiffre d'affaires (CA) de la société s'élève, sur une durée de trois ans, à 2 millions d'euros, répartis comme suit :

- 1 200 000 euros de prestations réalisées pour la première communauté de communes ;
- 600 000 euros de prestations réalisées pour la seconde communauté de communes ;
- 200 000 euros de prestations réalisées pour des tiers.

$(\text{CA réalisé pour le compte des collectivités actionnaires} / \text{CA total sur la période}) \times 100 = \text{Pourcentage d'activité réalisé pour le compte des collectivités contrôlant la structure.}$

Ex :  $((1\ 200\ 000 + 600\ 000) / 2\ 000\ 000) \times 100 = 90\%$ .

Dans notre exemple, l'EPL réalise plus de 80 % de son activité pour le compte des collectivités ou groupements de collectivités territoriales qui la contrôlent.

### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

Je remarque que pour chacune des collectivités, la société réalise un pourcentage d'activité inférieur à 80 % pour le compte des collectivités.

### **BENJAMIN MARIN**

Il faut additionner les parts du chiffre d'affaires liées aux activités réalisées pour le compte des collectivités territoriales actionnaires. Dans notre exemple, le calcul est le suivant :  $([1\ 200\ 000 \text{ euros} + 600\ 000 \text{ euros} / 2 \text{ millions d'euros}] \times 100)$ .

Notez qu'avant les directives de 2014, inscrivant le critère à hauteur de 80 % de l'activité produite, ***l'arrêt Asemfo, en date du 19 avril 2007***, jugeait seulement nécessaires 55 % d'activités pour prouver que la majorité des tâches de la société étaient effectuées pour le compte des collectivités.

### **Troisième critère : la non-participation des capitaux privés, à l'exception de...**

*« La personne contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ». (Article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)*

Avant les directives « marchés publics » et « concessions » de 2014, la ***jurisprudence de la CJUE*** considérait que « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également un pouvoir adjudicateur exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». (CJUE, « ***Stadt halle*** » du 11 janvier 2005, affaire n° C -26/03, pt 49)

Aujourd'hui, les directives de 2014, et leurs transpositions en droit interne, ouvrent la possibilité pour un organisme contrôlé par un pouvoir adjudicateur de bénéficier du régime de quasi-régie, alors même que son capital est partiellement détenu, en minorité, par des personnes privées (**Directive 2014/23/UE ; Directive 2014/24/UE ; Directive 2014/25/UE du 26 février 2014**).

Cependant, à défaut de position jurisprudentielle récente sur ce critère, la possibilité d'obtenir une relation « in-house » entre une collectivité et une SEML fait encore aujourd'hui l'objet d'interrogation. Ce critère sera donc, principalement, abordé à l'appui des interrogations liées à la relation « in house entre une collectivité » et une SEML dont elle est actionnaire. J'aborderai l'appréciation de ce critère pour les associations dans un point ultérieur. La relation « in house » collectivité et association nécessite un focus.

L'interprétation du critère de la participation des capitaux privés oppose la doctrine des autorités administratives à la doctrine « administrativiste ».

Pour la doctrine des autorités administratives: le seul fait que la société soit constituée, par exemple, sous la forme d'une société d'économie mixte (SEML) ne suffit cependant pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte. Si la législation française applicable aux SEML prévoit bien la

participation de capitaux privés, il s'agit uniquement d'une condition de fond permettant d'adopter la forme de société souhaitée. Rien n'impose cependant le choix de ce type de structure. La présence de participations privées au capital n'apparaît ainsi pas requise par la loi elle-même mais imposée par le choix d'une forme de société particulière. La situation des SEML ne peut ainsi être assimilée à celle d'organismes publics à adhésion obligatoire avec participation d'opérateurs économiques privés spécifiques requise par la loi elle-même, cas que vise l'exception dont il s'agit. Selon la doctrine des autorités administratives, il n'est pas possible de recourir à une SEML, car le choix de la structure relève du choix de la collectivité territoriale. En outre, aucune disposition législative ne lui impose cette forme, laquelle peut bénéficier de capitaux privés.

Pour la doctrine administrativiste : « La personne publique contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requise par la loi » (**Article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics**) Pour cette partie de la doctrine, la SEML est une SA et la référence aux formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage fait, d'une part, référence aux limitations prévues par le code général des collectivités territoriales (CGCT) (**Titre II, Livre V, Première partie du CGCT**), mais également, d'autre part, à la minorité de blocage offertes aux actionnaires ayant une participation représentant au moins 33% du capital (**Article L1522-1 du CGCT ; Articles L225-96 et L225-98 du code de commerce**). Cette partie de la doctrine rappelle également que les considérants des directives de 2014 laissent les Etats libres de déterminer les modes de gestion les plus appropriés pour exécuter et fournir les travaux (**Directive 2014/23/UE (Considérant 5) ; Directive 2014/24/UE (Considérant 5) ; Directive 2014/25/UE (Considérant 7)**). En conséquence, pour la doctrine administrativiste, c'est un fait les collectivités territoriales n'ont pas l'obligation de créer une SEML, mais lorsqu'elles font ce choix, pour lui permettre de réaliser des opérations d'aménagement, ou toute autre activité d'intérêt général, elles sont tenues au respect de toutes les exigences légales liées à cette forme d'EPL (**Articles L1521-1 à L1524-7 du CGCT**).

De fait, la possibilité ou l'impossibilité pour une collectivité de recourir à une SEML par voie « in-house » constitue la problématique centrale du critère de la participation, ou non, de capitaux privés à la société. Je donnerai des exemples ultérieurement lorsque j'évoquerai plus précisément le cas des SEML.

## Les structures avec lesquelles il est possible de conclure un contrat « in-house »

- **La Société Publique locale**

Cette forme juridique apparaît comme la plus « eurocompatible », dès lors qu'il s'agit d'établir une relation « in-house » entre une structure et une collectivité. En effet, une SPL réalise les conditions des deuxième et troisième critères : par définition, elle réalise ses activités uniquement pour le compte de ses actionnaires et son actionnariat est composé à 100% de participation publique. Pour autant, l'existence d'une relation « in house » entre une collectivité et une SPL, dont elle est actionnaire, n'est pas automatique. Être actionnaire de la SPL ne donne pas de droit à un contrôle analogue sur celle-ci. Comme le précisent la CJUE et le Conseil d'Etat, s'il n'est pas possible de démontrer l'existence d'une influence décisive de la collectivité actionnaire sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques de la SPL, elle ne peut prétendre lui confier sans publicité ni mise en concurrence la gestion d'une concession ou la réalisation d'une prestation (**Conseil d'Etat, « Commune de Marsannay-la-Côte », 6 novembre 2013, n°365079**).

La SPL peut toutefois candidater aux appels d'offres rentrant dans son champs d'intervention lancés par ses actionnaires minoritaires ne disposant pas d'un contrôle analogue ni d'un contrôle analogue conjoint (**Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand, 29 mars 2016, n°1600426/Conseil d'Etat, 22 juillet 2016, n°398748**)

Prenons, à titre d'exemple, une collectivité disposant de 1% du capital de la SPL, faisant partie d'une assemblée spéciale regroupant les petits actionnaires dont le cumul des participations représente 3 % du capital de la SPL : Dans cette société, il faut détenir au moins 5 % du capital pour disposer directement d'un représentant au sein du conseil d'administration et pouvoir proposer un point à l'ordre du jour. Dans notre situation, la collectivité ne peut prétendre avoir une influence décisive sur les décisions, ni même disposer d'une capacité de blocage ou de participation. De ce fait, faute de contrôle analogue, elle ne peut pas recourir aux services de la SPL sans publicité ni mise en concurrence. Lors de la consultation lancée pour répondre à son besoin, la collectivité dans notre exemple dispose de la faculté d'accepter l'offre faite par la SPL si c'est la mieux-disante.

#### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

Nous avons abordé le cas d'une petite collectivité participant faiblement au capital d'une SPL, comparativement au Département ou à la Région, qui bénéficiaient d'une part importante de représentations dans la société. De fait, ceux-ci rendaient obligatoire un contrat avec une SPL pour la création de lotissements, évitant ainsi de lancer des procédures d'appel d'offres avec mise en concurrence.

#### **BENJAMIN MARIN**

Confier une prestation ou la gestion d'un service public, sans publicité ni mise en concurrence, à une SPL constitue un réel intérêt pour les acteurs locaux. Pour autant, la collectivité actionnaire de ce type de société se doit de vérifier, au regard des statuts et des modalités d'organisation, sa capacité à influencer, directement ou conjointement, les décisions importantes ou les objectifs stratégiques de la société pour prétendre détenir un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

À titre d'exemple : plusieurs communes actionnaires d'une SPL et disposant conjointement d'au moins 33% du capital, d'une capacité conjointe d'inscrire des points à l'ordre du jour et pesant par leur représentation au sein des organes décisionnels sur les décisions, pourront conjointement recourir à la société par le biais d'un contrat « in house ». Cette réalisation conjointe pourrait se matérialiser par l'existence d'un groupement de commande, contractant pour le compte des communes actionnaires avec la SPL. Ce n'est pas réellement l'appréciation numéraire de la participation au capital de la SPL qui fonde le recours à la dérogation « in house », mais bien la capacité d'influencer les décisions importantes et les objectifs stratégiques de la société. La lecture des éléments numériques et des règles d'organisation de la société permet d'apprécier cette influence, par extension d'apprécier l'existence d'un contrôle analogue directe ou conjoint similaire à celui que l'actionnaire ou les actionnaires peuvent exercer sur leurs propres services.

En outre, la jurisprudence de Marsannay-la-Côte note que, si une collectivité passe un marché public, sans publicité ni mise en concurrence avec une SPL et ne peut justifier d'un contrôle analogue sur celle-ci, il s'agit d'une atteinte à la liberté d'accès à la commande publique, aux règles de publicité et de mise en concurrence. À cet endroit, les élus encourent des risques pénaux pour avoir favorisé une structure au détriment d'autres structures.

#### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

La petite collectivité que j'évoquais a dû être confrontée à un traité de concession intégrant de nombreuses clauses restrictives. Elle perdait ainsi toute capacité d'action ainsi que la protection incluse par le traité de concession accordée à l'avantage de la SPL engagée pour la réalisation des travaux.

Par ailleurs, une collectivité de ma connaissance a voulu lier, par facilité, un contrat « in-house » avec une société, sans mise en concurrence. Or, la situation actuelle est très difficile pour la collectivité, car ce contrat n'était, au demeurant, pas adapté.

## BENJAMIN MARIN

Avant de contracter avec une SPL, une SEML ou une association par utilisation de la dérogation « in house », l'analyse des besoins semble nécessaire. En effet, cette analyse permet de mettre en comparaison les capacités de réalisation de la SPL, SEML ou association, par rapport au secteur concurrentiel (coût, capacité humaine, moyen technique). Cette phase permet de vérifier la présence des critères ouvrant le bénéfice de la dérogation « in house », mais également de vérifier par rapport au besoin si la structure dispose des moyens techniques, humains, pour y répondre et si le coût des prestations n'est pas supérieur aux prix pratiqués par le secteur concurrentiel.

## SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS

Dans le cas que je mentionnais, le traité de concession prévoyait pour la SPL la construction et la vente de lotissements à un prix trop élevé au regard de la situation locale. En outre, la société multipliant les constructions de ces lotissements dans trois ou quatre petites communes alentour a provoqué l'arrêt des opérations de vente. La SPL, très protégée, imposait ses prix. De fait, à terme, la vente de ces bâtiments n'était plus celle envisagée à l'origine.

## BENJAMIN MARIN

Rappelons que la quasi-régie est un contrat entre une collectivité et un prestataire privé (SPL ou SEML), lequel doit réaliser, à terme, la mission confiée. Dans votre exemple, si la SPL proposait des prix supérieurs aux marchés, la collectivité n'aurait peut-être pas dû contracter avec elle.

De plus, en France, la relation « in-house » est déduite de la participation de la collectivité à la société, sans toujours prendre en considération les trois critères de la quasi-régie. Dans certains pays européens, avant de constituer une structure avec laquelle les collectivités entretiendront une relation « in-house », les entités publiques réfléchissent aux besoins nécessitant ce type de relation avec ladite structure.

- **La Société d'Économie Mixte**

Ce point se réfère principalement à la problématique du troisième critère nécessaire pour recourir à la « quasi-régie », l'appréciation de la participation privée au capital de la société. **L'article L1522-2 du CGCT** dispose que la participation des actionnaires autres que les collectivités ou groupements de collectivités territoriales ne peut être inférieure à 15%. Le texte fait mention à un ou plusieurs actionnaires autres que collectivités, ou groupements de collectivités territoriales, cela signifie que les coactionnaires dans une SEML n'ont pas forcément à être des personnes morales de droit privé. Les coactionnaires peuvent donc être des personnes morales de droit publiques, autres que collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales.

En dehors de l'opposition entre la doctrine des autorités administratives et de la doctrine administrativiste, aucun texte juridique ne semble s'opposer, depuis la transposition des directives de 2014, à l'existence d'une relation « in-house » entre une SEML et l'une de ses collectivités territoriales actionnaires. Cependant, même si cela semble permis, sans position jurisprudentielle ou réponse ministérielle se prononçant sur le sujet, il est déconseillé contracter sans publicité ni mise en concurrence avec sa SEML.

La relation « in house » entre une collectivité et sa SEML pourrait s'apprécier de la manière suivante :

1°) Le contrôle analogue, ou analogue conjoint, similaire à celui que la collectivité exerce sur ses propres services, s'apprécierait au regard de l'influence décisive sur les décisions importantes ou objectifs stratégiques de la SEML. Pour constater l'existence de cette influence décisive, il faudra regarder les statuts, les règles d'organisation de la société, la capacité de participation dans les organes décisionnels de la société par rapport à sa participation.

2°) Il faudra vérifier à l'aune du chiffre d'affaire de la société, sur les trois dernières années, qu'elle réalise bien plus de 80% de son activité dans le cadre des missions confiées par ses actionnaires collectivités territoriales.

3°) Concernant le troisième critère, celui relatif à la participation des capitaux privés : Une participation privée représentant plus de 33 % du capital empêchera tout recours par contrat « in house » à la SEML. Ce critère s'appréciera certainement à l'aune de l'organisation de la société, de ses modalités d'organisations et des personnes participants au capital social de la SEML. Deux situations semblent aujourd'hui, à l'aune de la doctrine administrativiste, permettre le respect de ce critère :

- Le capital de la SEML est composé à 80 % de la participation de plusieurs collectivités territoriales, ou de groupements de collectivités, et à 20 % de la participation de personnalités morales de droit public, autres que collectivités territoriales ou groupement de collectivités territoriales. De fait, le capital sera entièrement public.
- Le capital de la SEML est composé à 85 % de la participation de plusieurs collectivités territoriales, ou de groupements de collectivités, et à 15 % de la participation de personnalités morales de droit privé, sans capacité statutaire de contrôle et sans minorité de blocage.
- L'association (loi 1901)

### **Une collectivité peut-elle signer un contrat « in-house » avec une association ? Comment alors distinguer la relation « in-house » de l'association transparente ?**

Avant d'analyser la matérialité de cette relation entre une collectivité territoriale et une association, il est important d'apprécier la position de la jurisprudence sur le sujet. Actuellement, le droit interne n'aborde pas la question. Il faut donc se référer à la jurisprudence « Centro Hospitalar » du 19 juin 2014 de la CJUE (*CJUE, 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) contre Eurest (Portugal), affaire n° C-574/12*), se fondant sur le droit antérieur aux directives de 2014. Dans le cadre de cette décision, en réaffirmant la jurisprudence « Stadt-halle » (*CJUE, 11 janvier 2005, pt 28, « Stadt halle », affaire C-26/03*), la CJUE confirme qu'il ne peut y avoir une relation « in house » entre une association et une entité publique, dès lors que l'association a dans ses adhérents une personne morale de droit privé. Ce n'est donc pas, dans le cas présent, la structure associative qui a empêché la quasi-régie, mais la présence d'une personne morale de droit privé comme adhérente de la structure. Par principe, aucun texte juridique ne semble s'opposer à ce qu'une collectivité confie, sans publicité ni mise en concurrence, la gestion d'un service ou la réalisation d'une prestation à une association dont elle est membre.

Toutefois, la possibilité d'un recours à la relation « in-house », entre une collectivité et une association, au contraire d'une SEM ou d'une SPL, s'apprécie en opposition à la notion d'« association transparente ». D'après le Conseil d'Etat, est considérée comme une association transparente, toute association créée à l'initiative d'une personne morale de droit public, qui en contrôle l'organisation, le fonctionnement, et lui procure l'essentiel de ces ressources. L'association fonctionne comme un service de la personne publique, les deux ne peuvent pas être appréciées de manière distincte. (*l'arrêt du 21 mars 2007 du Conseil d'État « Commune de Boulogne-Billancourt »* et *l'arrêt du 2 juin 1999 du Conseil d'État « Union Autonome Inter Catégorielle Caisse des Dépôts et Consignation*

De ce fait, pour éteindre certaines ambiguïtés, il est nécessaire que la constitution de l'association réceptacle à une relation « in house » soit constituée par plusieurs personnes morales de droit public.

Pour se retrouver face à une relation association et collectivités membres « in-house compatible », il est nécessaire d'apprécier l'existence des critères soutenant ce type de relation :

1°) Le contrôle analogue direct ou conjoint : les statuts seront la clé pour apprécier l'existence de ce critère, notamment pour vérifier l'effectivité de l'influence décisive des collectivités sur la structure. Cette dernière pourra principalement s'apprécier au regard de la composition statutaire des organes décisionnelles, la répartition des postes clés et les règles s'appliquant aux prises de décisions.

2°) L'appréciation des 80 % d'activité réalisée pour le compte des collectivités membres : Il faudra apprécier le chiffre d'affaire, appliquer les mêmes modalités de calcul présentées ci-dessus, afin de vérifier que 80 % de celui-ci relève des activités confiées par les collectivités membres à l'association.

3°) Sur le critère de la participation de personnes privées à l'association : À la différence d'une SA, où l'analyse des participations et des statuts permet d'identifier l'existence d'une participation privée contraire aux troisièmes critères de la quasi-régie, l'association n'offre pas la capacité de coupler l'analyse statutaire par une analyse des participations au capital social. Pour disposer de ce troisième critère de la « quasi-régie », même si l'ouverture aux personnes physiques semble possible, il est préférable d'empêcher statutairement l'adhésion à des personnes morales de droit privé. Dans le cas où vous décideriez d'ouvrir l'association aux personnes physiques, faites en sorte que les statuts limitent la participation de leur représentant dans les instances décisionnelles. De plus, il vous est possible de limiter l'adhésion aux seules personnes publiques disposant de la compétence rentrant dans l'objet de l'association.

Il semble donc possible pour une collectivité de confier à une association une prestation ou un service par la voie d'un contrat « in-house ». Considérant la souplesse relative à la constitution d'une association, au contraire de celle d'une SEML ou d'une SPL, la structure associative peut être utile à la mutualisation horizontale des collectivités, dans des domaines peu rémunérateurs ou relatifs, en priorité, à la conservation des services publics. Les milieux ruraux, par exemple, rencontrent des difficultés à bénéficier de services de crèches. Ainsi, la forme associative et la mutualisation de plusieurs collectivités pourraient représenter un moyen utile permettant la conservation de ce type de services publics.

#### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

Inhérent au domaine juridique, quelque peu complexe et dense, le sujet n'en demeure pas moins intéressant. Il s'agit d'étudier précisément le cadre de la loi permettant la relation entre une collectivité et une association. Pour ma part, je n'ai pas connaissance d'exemples de ce type. Auriez-vous d'autres exemples que celui, très intéressant, de la crèche à nous présenter ?

#### **BENJAMIN MARIN**

Les services publics sociaux sont également difficiles à préserver en milieu rural. Une association, dans ce cadre, pourrait être utile, au regard de la grille de lecture de la relation « in-house ».

Nous pouvons relever une carence, en milieu rural, de l'activité privée concernant des services publics comme les centres de loisirs ou les crèches. Le recours collectif de plusieurs collectivités à une structure associative, sur laquelle elles conserveraient un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, permettrait éventuellement de maintenir ses services en milieu rural. La souplesse et le faible coût de la création d'une association, contrairement aux cas d'une SEML ou d'une SPL, se couplent avec les garanties offertes par la quasi-régie, permettant de protéger la légalité des contrats.

#### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

Les centres sociaux relèvent-ils de ce cas ?

#### **ISABELLE FARGES, CONSULTANTE EN DEVELOPPEMENT TERRITORIAL**

Le contrat « in-house » aurait pu être intéressant dans le cas des centres sociaux. La plupart des centres sociaux sont associatifs. Cependant, la CAF qui les agréée rappelle que la majorité des membres du conseil d'administration sont des habitants du quartier (voire d'autres associations). Un centre social

associatif doit représenter les différentes dynamiques territoriales impulsées par les partenaires. Selon moi, la relation de quasi-régie n'est donc pas un outil adapté aux centres sociaux associatifs.

#### **BENJAMIN MARIN**

Je connais peu le fonctionnement des centres sociaux. Toutefois, l'intégration d'une personne privée dans l'association peut générer une ambiguïté, relative au dernier critère. Dans le cadre d'une association, ce critère reste difficile à matérialiser. Des personnes physiques peuvent devenir membres de l'association si leur capacité est réduite dans les instances décisionnelles de la structure. Cependant, dans le cas des centres sociaux, les associations locales membres voudront, pour promouvoir leurs actions, au niveau du territoire, détenir une grande participation dans les instances décisionnelles de l'association créée. Cela impliquerait donc une ambiguïté juridique quant à la détermination de ce critère, compromettant le recours au contrat « in-house ».

#### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

En définitive, la quasi-régie s'avère limitante pour l'association, lui faisant perdre sa liberté quant aux choix de ses membres par exemple. Il serait alors préférable de lier une association et une collectivité via une convention.

À mes yeux, la quasi-régie permet d'éviter la mise en œuvre d'une procédure de marchés publics sans publicité ni mise en concurrence afin d'établir plus rapidement un contrat entre les deux entités contractantes.

#### **BENJAMIN MARIN**

Le contrat de quasi-régie permet de confier la gestion d'un service public ou la réalisation d'une prestation à une entité, disposant d'une personnalité juridique propre, sur laquelle la collectivité membre dispose d'un contrôle analogue, sans publicité ni mise en concurrence. Ce sont des services publics et des prestations susceptibles de faire l'objet, en temps normal, d'une mise en concurrence. Ensuite, les collectivités souhaitant créer une association, pour lui confier des prestations par la voie dérogatoire de la « quasi-régie », afin de pouvoir respecter sans ambiguïté les conditions du troisième critère, doivent limiter les conditions d'adhésion.

#### **ISABELLE FARGES, CONSULTANTE EN DEVELOPPEMENT TERRITORIAL**

Serait-ce le cas pour les maisons de santé ?

#### **BENJAMIN MARIN**

Le statut de la maison de santé est particulier, au regard de son statut et de sa mise en œuvre spécifiques. Pour l'heure, je ne peux pas vous fournir de réponses précises.

De nombreuses collectivités se situant dans des secteurs ruraux se trouvent, face à des secteurs habituellement très concurrentiels, confrontées à des taux de réponses faibles à leurs appels d'offres. Ces collectivités, en s'unissant, en constituant des structures réceptacles à la « quasi-régie », peuvent désormais combler la carence locale de l'initiative privée.

#### **SYLVIE JANSOLIN, TERRITOIRES CONSEILS**

Vos exemples aident à mieux comprendre les raisons du recours à la quasi-régie, notamment dans les zones souffrant de la carence locale d'offres privées.

#### **BENJAMIN MARIN**

### **Les possibles limites au recours à la quasi-régie**

Votre intervention m'engage à aborder les limites existantes à l'utilisation de la quasi-régie.

### La première limite :

Les collectivités territoriales se doivent, lorsqu'elles ont recours à des services par le biais d'un contrat « in house », de veiller à ne pas fausser le libre jeu de la concurrence. En effet, il semble important de mettre en parallèle le possible recours aux contrats « in house » des règles applicables aux collectivités en matière d'intervention dans le secteur économique. Il est préférable, même s'il n'y a pas de jurisprudence sur le sujet, d'assimiler le recours, sans publicité ni mise en concurrence, à une structure privée sur laquelle la collectivité dispose d'un contrôle analogue, à celui qu'elle exerce sur ses services, à une intervention dans le secteur économique. Pour prévenir des possibles contentieux à venir sur le sujet, il est préférable de justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment d'une carence de l'initiative privée, avant de confier une mission de service public ou une prestation à une SPL, SEML ou une Association par la voie d'un contrat « in house ». (*Conseil d'Etat, « Ordre des avocats au barreau de Paris », 31 mai 2006, n°275531 ; Conseil d'Etat, « Jean-Louis Bernard Consultant », 8 novembre 2000, n°222208*)

### Deuxième limite :

Ensuite avant de se prononcer sur le principe de toute délégation de service public, les assemblées délibérantes se prononcent, le cas échéant, après avis de la commission consultative des services publics locaux (*L1413-1 et L1411-4 du CGCT*). Lorsqu'une collectivité souhaite confier la gestion d'une DSP à une SPL, elle ne peut le faire, le cas échéant, qu'après avoir obtenu l'avis de ladite commission (*L1411-19 du CGCT*).

Certaines questions posées par les participants renvoient à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie qui dépasse le cadre de ces réunions. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez le service de renseignements téléphoniques de territoires Conseils :

- par téléphone au 0970 808 809
- par mail sur le site Internet [www.caissedesdepotsdesterritoires.fr](http://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr) en cliquant sur APPUI JURIDIQUE ou TÉLÉPHONE. Vous y trouverez également une rubrique « Questions-réponses ».

Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Caisse des Dépôts, ce service est accessible gratuitement à toutes les intercommunalités, quels que soient leur taille et leur type, ainsi qu'aux communes de moins de 10 000 habitants.