

## LES CONTRATS DE QUASI-RÉGIE

### Des contrats exclus du champ d'application des directives « marchés »

Les contrats de quasi-régie<sup>1</sup>, qualifiés également de contrats « in house », ou de prestations intégrées, sont exclus du champ d'application du code des marchés publics en vertu du 1° de l'article 3 de ce code : « *Les dispositions du présent code ne sont pas applicables [...] aux accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* ».

Des dispositions analogues figurent au 1° de l'article 23 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et concernent les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics.

Ces règles se fondent sur la jurisprudence dégagée par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 et précisée par des arrêts postérieurs. Elles ne figurent pas dans les directives communautaires relatives aux marchés publics.

Cette jurisprudence procède de l'idée selon laquelle il n'est pas utile d'exiger la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue le simple prolongement administratif de celui-ci.

La jurisprudence communautaire a posé **deux conditions cumulatives** à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie :

- le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services (1) ;
- l'activité du cocontractant doit être principalement consacrée à ce pouvoir adjudicateur (2).

Ces deux conditions sont reprises dans le code des marchés publics et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Ils précisent que le cocontractant du pouvoir adjudicateur, en situation de quasi-régie, **applique** pour la totalité de ses achats et pas seulement pour ceux qui sont liés au contrat de quasi-régie, les règles de passation des contrats prévues par l'un ou l'autre de ces deux textes. En effet, le cocontractant constitue le prolongement administratif de la personne en cause et n'a pas d'autre possibilité que d'appliquer les règles auxquelles est soumis le pouvoir adjudicateur dont il dépend étroitement.

Enfin, il convient de distinguer les contrats de quasi-régie de ceux par lesquels plusieurs collectivités publiques coopèrent pour organiser le service public. La CJCE a jugé que le contrat par lequel des collectivités locales instituent, entre elles, une coopération pour l'organisation d'une mission de service public commune ne constitue pas un contrat de quasi-régie dès lors qu'aucune collectivité n'exerce pas sur une autre un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Un tel contrat, qui ne prévoit ni ne préjuge la passation de marchés éventuellement nécessaires pour la gestion du service public, échappe aux règles de la commande publique (CJCE, 6 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, affaire C-480/06).

<sup>1</sup> La Commission générale de terminologie et de néologie a retenu ce terme (JORF 19 novembre 2008, NOR : CTNX0825937X).

## **1. Les critères d'identification des contrats de quasi-régie**

### ***1.1. Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services.***

#### ***1.1.1 Détenir 100% du capital ne suffit pas et n'est pas indispensable***

La CJCE a jugé que « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » (CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA).

La Cour a précisé que « *dans le cas où une autorité publique s'affilie à une société coopérative intercommunale dont tous les affiliés sont des autorités publiques, en vue de lui transférer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités affiliées à cette société exercent sur celle-ci, pour être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services, peut être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité* » (CJCE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA).

Il ressort de cette jurisprudence que la détention à 100% du capital du cocontractant du pouvoir adjudicateur par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne laisse que présumer l'existence d'un contrôle comparable à celui exercé sur un service propre. Elle ne suffit pas cependant. Un tel contrôle doit, en outre, s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel très fort, excluant l'autonomie du cocontractant. Il n'existe pas de critère unique déterminant, sachant que le seul contrôle de tutelle ne suffit pas (CE, 27 juillet 2001, CAMIF).

L'existence d'un lien de dépendance caractérisé résulte de plusieurs éléments. Le pouvoir adjudicateur doit avoir une influence déterminante sur toutes ses décisions essentielles et ses objectifs stratégiques, en désignant, par exemple, plus de la moitié des membres de l'organe d'administration ou de direction de l'entreprise. Cela signifie, en fait, que l'entité ne doit disposer d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité (CJCE, 19 avril 2007, ASEMFO). Ce qui caractérise donc la relation de quasi-régie est l'absence de marge d'action de l'entité sur le contrat pour déterminer, par exemple, les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu et leur tarif.

#### ***1.1.2 Une participation privée au capital exclut toute relation de quasi-régie***

Dans l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, confirmé par l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005, la CJCE a précisé que « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause 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* ». Si cette participation, bien que postérieure à date de conclusion du marché, était prévisible à cette date, la condition relative au « contrôle comparable » ne peut être regardée comme satisfaite (CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche* ; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*).

Les contrats conclus par les personnes publiques avec des sociétés dont le capital est détenu pour partie par des actionnaires privés sont exclus de la qualification de contrats de quasi-régie et entrent, par conséquent, dans le champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence. En revanche, la simple présence de personnes privées parmi les membres de l'organisme, sans que cette participation s'accompagne du versement de fonds d'origine privée, ne paraît pas faire obstacle à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie si par ailleurs, le pouvoir adjudicateur exerce sur la structure un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services.

### ***1.2 - Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser l'essentiel de ses activités pour ce dernier.***

Le seul constat d'une dépendance à l'égard de la personne publique ne suffit pas à qualifier les prestations faisant l'objet du contrat de quasi-régie. En effet, ce n'est que lorsque le rapport organique qui unit le pouvoir adjudicateur à son cocontractant se double d'une quasi-exclusivité de la fourniture des prestations au profit du premier que le cocontractant sera considéré comme totalement lié à celui-ci et que les prestations pourront être comparées à celles dont disposeraient l'acheteur en recourant à ses propres ressources internes.

Le respect de la seconde condition posée par la jurisprudence implique donc que le cocontractant du pouvoir adjudicateur soit un opérateur « dédié » aux besoins de ce dernier. Il doit réaliser l'essentiel de son activité avec ou pour le compte de la personne ou des personnes qui le contrôlent.

La jurisprudence communautaire ne fixe pas de seuil chiffré. La condition est considérée comme satisfaite dès lors que l'activité du prestataire « *est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* » (arrêt *Cabotermo* précité).

Dans l'hypothèse particulière où plusieurs autorités publiques détiennent l'organisme contrôlé, la Cour précise que l'activité à prendre en compte est celle qu'il réalise pour ces collectivités prises dans leur ensemble d'un point de vue quantitatif, aussi bien que qualitatif (arrêts *ASEMFO* et *Coditel Brabant SA* précités).

Si le prestataire consacre une partie de son activité à des tiers, ces activités annexes doivent avoir un caractère marginal, sans quoi il retrouverait une liberté d'action contraire à l'idée de prolongement du ou des acheteurs. Seule une « *diversification purement accessoire* » peut être admise (CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*). En revanche, si l'entité agit de sa propre initiative en tant qu'opérateur économique sur un marché concurrentiel, en dehors des compétences qui lui ont été dévolues par les pouvoirs adjudicateurs, de telles circonstances l'excluent de l'hypothèse de relation de quasi-régie (arrêt *Cabotermo* précité).

## 2. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent souscrire des contrats de quasi-régie avec leur SPL ou SPLA

Deux outils juridiques, les sociétés publiques locales (**SPL**) et les sociétés publiques locales d'aménagement (**SPLA**), permettent aux collectivités territoriales et à leurs groupements de contracter directement, sans publicité ni mise en concurrence, sous réserve que ces sociétés soient bien en situation de prestataire « intégré ». Les deux critères jurisprudentiels de la quasi-régie doivent être remplis tout au long de la vie des contrats concernés.

L'article L.1531-1 du code général des collectivités territoriales permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de constituer des sociétés publiques locales (SPL) pour la réalisation de leurs opérations d'aménagement, de construction, pour la gestion de leurs SPIC ou de toutes autres activités d'intérêt général.

L'article L.327-1 du code de l'urbanisme leur permet de constituer des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) pour réaliser toute opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme et des études préalables, pour procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L. 221-1 et L. 221-2, pour procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L. 300-1, ou pour procéder à toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux dans les conditions prévues au chapitre IV du titre Ier du livre II du même code. Elles peuvent également exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le code et agir par voie d'expropriation dans les conditions fixées par des conventions conclues avec l'un de leurs membres.

Une société publique locale (SPL), comme une SPLA, est une société anonyme dont le capital est détenu en totalité par des collectivités territoriales ou leurs groupements. Toute participation privée est proscrite. Elle agit uniquement pour le compte de ses actionnaires, sur leur territoire et dans le cadre exclusif de leurs compétences.

En tant que société anonyme, ces sociétés sont soumises aux règles prévues par le code de commerce (livre II), ainsi qu'au régime des sociétés d'économie mixte locales (SEML) prévu par le code général des collectivités territoriales (CGCT, articles L.1521-1 à L1525-3), sous réserve des dispositions spécifiques prévues à l'article L. 1531-1.

Leurs statuts doivent permettre à la personne publique d'exercer un contrôle étroit et réel sur leurs activités et les décisions principales doivent être prises par le conseil d'administration. L'éventail des missions confiées est potentiellement très large. Cela ne doit pas conduire à leur conférer une autonomie de décision.

La constitution d'une SPL ou d'une SPLA doit répondre à un besoin précis des collectivités. Leur objet ne peut jamais viser à proposer des prestations à des tiers. Dès lors, elles ne peuvent jamais se mettre en situation de concurrence avec les entreprises privées du secteur d'activité concerné.

Ne pas réunir les critères de la quasi-régie constituerait, lors des commandes passées, une violation des règles de la commande publique. La collectivité pourrait alors se trouver en situation de commettre un délit de favoritisme et les conventions ainsi passées seraient entachées d'irrégularité.

L'assemblée délibérante de la collectivité doit se prononcer sur le principe de toute délégation de service public à une SPL ou à une SPLA. Un rapport présentant les caractéristiques des prestations confiées doit justifier ce recours.

Les SPL ou les SPLA sont des pouvoirs adjudicateurs. Elles appliquent, pour leurs achats, les règles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

\*\*\*

La SPL est un outil juridique nouveau mis à la disposition des collectivités territoriales. Cet outil pourra être particulièrement utile pour elles à condition qu'il corresponde à un véritable besoin interne. Les dérogations qu'il porte au droit commun de la commande publique se justifient par le fait qu'une collectivité peut s'organiser librement pour se délivrer « en interne » ses propres prestations. La SPL ne pourra se développer au-delà de cet objet, sans courir un risque d'une contestation devant le juge administratif et pénal.

---

### Principales références jurisprudentielles

- **Jurisprudence communautaire ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) :**
  - CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire C-107/98
  - CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, affaire C-26/03
  - CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, affaire C-231/03
  - CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, affaire C-458/03
  - CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, affaire C-29/04
  - CJCE, 11 mai 2006, *Cabotermo SpA*, affaire C-340/04
  - CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, affaire C-410/04
  - CJCE, 19 avril 2007, *ASEMFO*, affaire C-295/05
  - CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, affaire C-371/05
  - CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, affaire C-324/07
  - CJCE, 6 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, affaire C-480/06
  
- **Jurisprudence nationale ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) :**
  - CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, requête n° 77935
  - CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, requête n° 218067
  - CE, Ass, 5 mars 2003, *UNSPIC et autres*, requête n° 233372
  - CE, 9 juillet 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires des services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*, requête n° 239879
  - CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736