

Les contrats de quasi-régie

Les contrats de quasi-régie¹, 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. Aux termes de ces dispositions en effet, le code des marchés publics n'est pas applicable 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 sont inspirées par la jurisprudence dégagée par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans un arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 et précisée par des arrêts postérieurs. Elles ne figurent pas cependant 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 un 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 du 6 juin 2005 qui précisent que le cocontractant du pouvoir adjudicateur **doit appliquer, pour répondre à ses besoins propres, 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 donc pas d'autre possibilité que d'appliquer les règles auxquelles est soumis le pouvoir adjudicateur dont il dépend étroitement (3).

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

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

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 récemment 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. Un tel contrôle doit s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel très fort, excluant l'autonomie du cocontractant. Il n'existe pas de critère 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 marché pour déterminer, par exemple, les prestations qu'elle offre, leur contenu et leur tarif.

Dans un arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, confirmé par un 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.

2. Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser l'essentiel de ses activités pour lui.

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 incontestablement de l'hypothèse de relation de quasi-régie (arrêt *Cabotermo* précité).

3. Le cocontractant doit appliquer, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le code des marchés publics ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

L'opérateur doit être soumis aux règles prévues par ces textes pour la totalité de ses achats et pas seulement pour ceux qui sont liés au contrat de quasi-régie.

*** Principales références jurisprudentielles :**

Jurisprudence communautaire (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

Jurisprudence nationale (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