



## LES CONTRATS DE QUASI-RÉGIE

Par Christophe Farineau, avocat, et Renaud Souche, élève-avocat, au cabinet Seban & Associés

### ■ Comment définir le contrat de quasi-régie ?

Le contrat de quasi-régie désigne un marché public ou un contrat de concession conclu entre un pouvoir adjudicateur – y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice – et une personne morale de droit public ou privé qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue le prolongement administratif de celui-ci. C'est pourquoi l'on parle de contrat de « quasi-régie » ou « in house ». Désormais, la définition et les règles générales applicables à ces contrats figurent aux articles L. 2511-1 et L. 2521-1 et suivants du Code de la commande publique (CCP) pour les marchés et aux articles L. 3211-1 et L. 3221-1 et suivants de ce code pour les concessions. Ils peuvent être conclus sans être précédés de mesures de publicité et de mise en concurrence.

### ■ Quelles sont les conditions justifiant le recours à la quasi-régie ?

Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour caractériser un lien de quasi-régie (art. L. 2511-1 et L. 3211-1 du CCP) :

- le pouvoir adjudicateur doit, seul ou de façon conjointe avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, exercer sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il(s) exerce(nt) sur ses/leurs propres services, c'est-à-dire avoir une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques de l'entité et sur ses décisions importantes;
- plus de 80 % de l'activité de la personne morale contrôlée doit être réalisée dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par la (ou les) personne(s) qui la contrôle(nt) (en cas de contrôle conjoint) et/ou des personnes elles-mêmes contrôlées par ce (ou ces mêmes) pouvoir(s) adjudicateur(s);
- la personne morale contrôlée

ne doit pas, en principe, comporter de participation directe de capitaux privés au capital (cas des SPL et des SPLA par exemple).

### ■ Quelles sont les conditions pour caractériser un contrôle conjoint exercé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ?

Tout d'abord, les organes décisionnels de l'entité contrôlée doivent être composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants (une même personne pouvant, à ce titre, représenter plusieurs voire tous les pouvoirs adjudicateurs). Il est ensuite nécessaire que ces derniers soient en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et décisions importantes de la personne morale contrôlée – une appréciation au cas par cas est ici nécessaire, la dilution du contrôle pouvant être source de difficultés. Enfin, l'entité contrôlée ne doit pas poursuivre d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent (art. L. 2511-4 du CCP pour les marchés et L. 3211-4 du CCP pour les concessions). Lorsque la quasi-régie conjointe est établie, le contrat pourra être attribué directement – à l'entité contrôlée – par tous les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou seulement par certains d'entre eux.

### ■ Au-delà de la quasi-régie « descendante », existe-t-il d'autres hypothèses de quasi-régie ?

Oui, d'autres hypothèses de quasi-régie permettant la passation d'un contrat de gré à gré sont prévues. C'est le cas :

- lorsqu'une personne morale contrôlée (ou contrôlée conjointement), qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestations au pouvoir adjudicateur qui la contrôle

(ou, en cas de contrôle conjoint, à un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent) (quasi-régie dite « ascendante », art. L. 2511-2, 1<sup>o</sup> et L. 3211-2, 1<sup>o</sup> du CCP);

- lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la réalisation de prestations à une personne morale contrôlée par une entité intermédiaire (pouvoir adjudicateur), qui est elle-même contrôlée par le pouvoir adjudicateur (quasi-régie dite « descendante en cascade », art. L. 2511-1, dernier alinéa et L. 3211-1, dernier alinéa du CCP);
- lorsqu'une entité contrôlée, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestations à une personne morale contrôlée par un même pouvoir adjudicateur (quasi-régie dite « entre sœurs », art. L. 2511-2, 2<sup>o</sup> et L. 3211-2, 2<sup>o</sup> du CCP).

### ■ Comment calcule-t-on le pourcentage d'activités réalisé avec ou pour le compte du/des pouvoir(s) adjudicateur(s) ?

Ce seuil de 80 % d'activités est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen de l'entité contrôlée ou tout autre paramètre approprié fondé sur ses activités, tels que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat (art. L. 2511-5 et L. 3211-5 du CCP). Il convient d'ailleurs de tenir compte de toutes les activités que l'entité réalise avec ou pour le compte du/des pouvoir(s) adjudicateur(s) et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, il convient de déterminer ce pourcentage d'activités sur la base d'une estimation réaliste. Parallèlement, cela signifie que l'entité contrôlée peut exercer jusqu'à 20 % de ses activités sur le marché concurrentiel.

### ■ La quasi-régie est-elle toujours interdite dès lors que l'entité contrôlée comprend des capitaux privés ?

Non. En premier lieu, les formes de participation de capitaux privés requises par la loi sans capacité de contrôle ou de blocage et qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée sont admises. Cette possibilité n'est toutefois ouverte qu'aux cas où la loi impose la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de l'entité contrôlée – et non lorsque n'importe quel opérateur économique privé peut devenir actionnaire minoritaire de la structure (cas, par exemple, des SEM selon l'analyse de la Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers). En second lieu, l'interdiction ne vise que la participation « directe » de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée. Dès lors, la participation « indirecte » de capitaux privés ne devrait pas faire obstacle au lien de quasi-régie (cf. question suivante).

### ■ Une relation in house est donc possible entre une SEM et sa filiale ?

Si la participation directe de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée exclut en principe le lien de quasi-régie, rien en revanche ne s'oppose à ce que la ou les entité(s) de contrôle, pouvoir(s) adjudicateur(s), comprennent des capitaux privés minoritaires – ce qui revient à dire que la participation « indirecte » de capi-

taux privés au capital de l'entité contrôlée est possible. À titre d'illustration, il est ainsi possible de reconnaître une relation de quasi-régie entre des pouvoirs adjudicateurs tels que des SEM et des SA d'HLM et leurs filiales – sous réserve bien sûr que ces dernières ne comportent pas par ailleurs de participation « directe » de capitaux privés et que les autres conditions de la quasi-régie soient satisfaites.

### ■ Quelle est la différence avec la coopération public-public ?

La coopération public-public couvre le cas de contrats, conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable, entre entités appartenant au secteur public. Toutefois, l'objet de cette coopération est différent : elle vise des contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs – y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice – établissent ou mettent en œuvre une coopération (sous forme de prestations réciproques) dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

La caractérisation d'une telle coopération suppose la réunion de deux conditions cumulatives (art. L. 2511-6 pour les marchés et L. 3211-6 du CCP pour les concessions) : la coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt général et les pouvoirs adjudicateurs concernés doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. ●

### Droit de la commande publique

L'entité contrôlée doit-elle appliquer le droit de la commande publique pour ses propres contrats ? Rien ne l'exige par principe mais le respect des règles du droit de la commande publique par l'entité contrôlée s'impose si celle-ci peut elle-même être qualifiée de « pouvoir adjudicateur ».