Publié le 24 juin 2016

In house : quand la doctrine est bonne…

La direction des affaires juridiques de Bercy (DAJ) vient de mettre à jour sa fiche sur les contrats passés par des entités du secteur public. Sur le in house, elle partage l'analyse retenue par le Conseil d'administration de la FedEpl en mars dernier. Morceaux choisis.

Si les **ordonnances marchés** et **concessions**, respectivement de juillet 2015 et janvier 2016, ont transposé les dérogations ouvertes par les directives de 2014, force est de constater que les Sem n'entrent pas, par nature, dans le champ de ces dérogations, uniquement introduites au bénéfice des sociétés allemandes d'aménagement et d'entretien fluvial. Or, cette position n'est pas uniquement soutenue par la Fédération.

La Sem n'entre pas dans les dérogations ouvertes en matière de *in house* La DAJ rappelle ainsi que "*dans l'hypothèse où la participation d'opérateurs économiques privés dans le capital de la personne morale contrôlée serait rendue obligatoire par une disposition législative nationale en conformité avec les traités, l'absence de capacité de contrôle ou de blocage de l'entité contrôlée devra s'apprécier in concreto afin de s'assurer notamment que les statuts de l'entité ne confèrent pas de droits de vote particuliers.*"

Le seul fait que la société contrôlée soit constituée, par exemple, sous la forme d'une Société d'économie mixte ne suffit cependant pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte. Si la législation française applicable aux Sem 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 Sem 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. (cf. fiche, p.4)

Partageant l'analyse défendue par les instances de la FedEpl, la direction des affaires juridique conclut ainsi : "*en tout état de cause, si une situation de quasi-régie devait être remise en cause par l'entrée au capital d'une personne privée pendant la durée d'exécution du marché, la personne*

publique devrait constater la fin de la relation de quasi-régie et procéder à une remise en concurrence." (v. fiche p.5).

La Spl : rien que pour ses actionnaires Qu'en est-il du **20 % pour le compte de tiers** pour les structures réputées *in house* ? La réponse est sans appel au regard de la lettre de l'article L.1531-1 du CGCT, inchangé après l'adoption des ordonnances marchés et concessions.

La DAJ enfonce le clou : "*Les Spl et les Spla ayant pour obligation d'exercer leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires, leurs statuts ne peuvent jamais les autoriser à proposer des prestations à des tiers.*" (v. fiche p.7)

Petite précision en cas d'oubli, elle nous rappelle également "*qu'en tout état de cause, si les collectivités peuvent recourir aux Spl ou aux Spla sans se soumettre aux règles issues de ces ordonnances, ces sociétés revêtent, en principe, la qualité de pouvoir adjudicateur et doivent ainsi appliquer pour leurs achats les mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les ordonnances précitées pour la réalisation de leurs missions.*"(v. fiche p.5)

Quid des coopérations public-public ?Avant l'entrée en vigueur des dispositions promues par les ordonnances "commande publique", la jurisprudence limitait la notion de **coopération public-public** aux seuls contrats conclus exclusivement par des entités publiques, à l'exclusion de toute participation d'une personne privée et ce, dans la mesure où ils pouvaient être favorisés en étant placés dans une situation privilégiée par rapport à leurs concurrents.

Toutefois, le **considérant 32** de la **directive 2014/24/UE54** précise notamment que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, sont toutefois susceptibles de se prévaloir de l'exemption s'agissant de la coopération public-public dès lors que les conditions relatives à la reconnaissance d'une telle coopération sont remplies.

La DAJ précise que si l'exclusion de la coopération public-public au regard de la seule présence de capitaux privés dans l'une des entités ne doit plus dorénavant être automatique, le **considérant 33** de la directive 2014/24/UE55 stipule toutefois qu'aucun prestataire privé de service ne [doit être] placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents." (v. fiche p.9).

Si les Epl ne semblent pas nécessairement visées par ce dispositif, le débat est néanmoins ouvert.

Le *in house* et ses dérivés sont-ils une histoire sans fin ? Le sort réservé à la plainte de l'Unspic déposée devant le Conseil d'État sera vraisemblablement notre prochain arrêt sur le chemin de la sécurité juridique.

En savoir +

À télécharger

- Fiche DAJ - contrats-entre-entites-secteur-public_juin 2016.pdf