

LES CONTRATS CONCLUS ENTRE ENTITES APPARTENANT AU SECTEUR PUBLIC

Des contrats exclus du champ d'application des directives « marchés » et « concessions ».

Certains contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, constituant des contrats de quasi-régie ou des contrats de coopération public-public, sont exclus du champ d'application du droit de la commande publique.

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 prolongement administratif de celui-ci. De la même manière, les contrats par lesquels plusieurs entités publiques réalisent en commun une activité d'intérêt général dans un but exclusif d'intérêt public et sans favoriser un opérateur économique agissant sur le marché peuvent également être conclus sans être précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a ainsi successivement reconnu l'existence des contrats de quasi-régie¹, qualifiés également de contrats in house, puis des contrats de coopération public-public². A la suite des directives de 2014, l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession cristallisent la jurisprudence européenne en précisant le régime applicable aux contrats passés entre entités du secteur public.

Le régime étant identique dans les deux ordonnances, les exclusions de quasi-régie et de coopération public-public s'appliquent aussi bien pour les marchés publics que pour les concessions.

Ces deux ordonnances posent trois conditions cumulatives à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie :

- le contrôle exercé par le ou les pouvoirs adjudicateurs³ sur le ou leur cocontractant doit être comparable à celui qu'ils exercent respectivement sur leurs propres services ;
- l'activité du cocontractant doit être principalement consacrée à ce(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) ;
- la personne morale contrôlée ne comporte, en principe, pas de participation directe de capitaux privés.

Par ailleurs, bien que les ordonnances marchés publics et concessions aient supprimé la condition tenant à ce que le cocontractant du pouvoir adjudicateur, en situation de quasi-régie, doive appliquer pour ses propres contrats les règles de passation issues du droit de la commande publique⁴, il convient de préciser que le respect de ces règles par l'organisme contrôlé s'impose si cette entité répond elle-même aux critères de qualification de pouvoir adjudicateur.

Le contrat de quasi-régie doit être distingué de celui par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération afin d'assurer en commun des missions de service public dont elles ont la charge, sans qu'existe de contrôle de l'une sur l'autre⁵. Ces contrats dits de « coopération public-public » ne sont pas soumis à l'application de l'ordonnance du 23 juillet 2005 relative aux marchés publics et à celle du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions. Ils peuvent donc être conclus sans être précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence dès lors que l'ensemble des conditions posées pour la reconnaissance d'une véritable « coopération public-public » sont remplies.

¹ CJUE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, point 50.

² CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, point 37.

³ Les dispositions de l'article 17 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont également applicables aux entités adjudicatrices.

⁴ Article 3-1° du code des marchés publics de 2006.

⁵ CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, points 34 et 36.

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

A titre liminaire, il est précisé que l'exclusion de quasi-régie concerne les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entités adjudicatrices⁶.

1.1. Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, le cas échéant de façon conjointe avec d'autres pouvoirs adjudicateurs.

Les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 définissent précisément la notion de contrôle analogue. Ainsi, « *un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* »⁷.

Cette définition peut également être complétée à l'aune de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a notamment 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* »⁸.

A cet égard, si la détention du capital d'une personne morale par un pouvoir adjudicateur à hauteur de 100% constitue un indice du contrôle analogue, cela ne s'avère toutefois pas suffisant.

L'existence d'un contrôle analogue doit, en outre, s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel très fort. Il n'existe pas de critère unique déterminant. Le seul contrôle de tutelle ne suffit pas⁹.

Cette dépendance doit être caractérisée par 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 ou en nommant son dirigeant. Cela signifie, en fait, que l'entité ne doit disposer d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité et ne doit pas pouvoir déterminer, notamment, les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu, et leur tarif¹⁰. Le contrôle fonctionnel et structurel¹¹ doit être effectif et non simplement formel¹².

S'agissant du cas particulier de la quasi-régie conjointe¹³, c'est-à-dire l'hypothèse selon laquelle plusieurs pouvoirs adjudicateurs participent conjointement à la création d'une structure leur permettant d'assurer en commun la mise en œuvre d'une mission de service public, la condition de contrôle analogue est remplie lorsque chaque pouvoir adjudicateur participe tant au capital qu'aux organes de direction de la structure créée¹⁴.

La Cour de justice juge en effet que si un des pouvoirs adjudicateurs ne dispose pas de la « *moindre possibilité de participation au contrôle* » de l'entité, le bénéfice du « *in house* » ne saurait lui être ouvert. Une simple « *affiliation formelle* » à un organe commun ne saurait caractériser une relation de quasi-régie, au risque de constituer un contournement des règles du droit européen en matière de marchés publics¹⁵.

⁶ Les entités adjudicatrices bénéficient d'exclusions qui leur sont propres s'agissant des contrats passés avec une entreprise liée (article 19 de l'ordonnance) ou une coentreprise (article 20 de l'ordonnance).

⁷ 5^{ème} alinéa des articles 17 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 16 I de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

⁸ [CJUE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA](#), C-340/04, point 37 ; [CJUE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA c/Cne d'Uccle](#), C-324/07 point 54.

⁹ [CE, 27 juillet 2001, CAMIF](#), n°218067.

¹⁰ [CJUE, 19 avril 2007, Asociacion Profesional de Empresas Forestales \(ASEMFO\)](#), C-295/05, point 60.

¹¹ [CJUE, 17 juillet 2008, Commission c/ Italie](#), C-371/05, point 26.

¹² [CJUE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA c/Cne d'Uccle](#), C-324/07 point 46 ; [CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte](#), n°365079.

¹³ Article 17 III de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et article 16 III de l'ordonnance du 29 janvier 2016, cf. hypothèse n°4 du logigramme « les contrats de quasi-régie ».

¹⁴ [CJUE, 29 novembre 2012, Econord SpA](#), C-182/11, point 33.

¹⁵ [CJUE, 29 novembre 2012, Econord SpA](#), C-182/11, point 31.

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'une commune qui possède une faible part du capital d'une société, par ailleurs exclusivement contrôlée par des personnes publiques, sans détenir de pouvoir de contrôle effectif sur cette société (absence de représentation propre au conseil d'administration, impossibilité de requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour) ne saurait se prévaloir d'une relation de quasi-régie¹⁶.

1.2. Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser plus de 80% de son activité pour ce dernier.

Le seul constat d'une dépendance à l'égard du pouvoir adjudicateur 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 est considéré comme totalement lié à celui-ci et que les prestations peuvent être comparées à celles dont disposeraient l'acheteur en recourant à ses propres ressources internes.

Le respect de la seconde condition posée par les ordonnances précitées ainsi que 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 condition est considérée comme satisfaite dès lors que l'entité concernée exerce plus de 80% de son activité dans le cadre de l'exécution des tâches confiées par le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. Par conséquent, cette entité peut exercer jusqu'à 20% de ses activités sur le marché concurrentiel.

Si l'entité consacre une partie de son activité à des tiers, ces activités annexes doivent ainsi revêtir un caractère marginal¹⁷. Dans le cas contraire, elle retrouverait une liberté d'action contraire à l'idée de prolongement administratif de la personne publique. Seule une « *diversification purement accessoire* » peut être admise¹⁸.

Dans l'hypothèse particulière où plusieurs autorités publiques détiennent l'organisme contrôlé, une relation de quasi-régie conjointe sera reconnue entre l'entité et les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent, si celle-ci réalise l'essentiel de son activité pour ces pouvoirs adjudicateurs pris dans leur ensemble. L'activité à prendre en compte est celle que l'entité réalise avec l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et non avec tel ou tel de ces pouvoirs adjudicateurs¹⁹. S'il est admis que le volume des commandes passées à l'entité dédiée n'a pas à être nécessairement égal ou proportionnel à l'importance de chaque pouvoir adjudicateur dans le capital ou les organes de direction de cette dernière²⁰, l'hypothèse de la création d'une telle entité dont le but principal serait de répondre uniquement aux besoins d'un seul des pouvoirs adjudicateurs la contrôlant serait de nature à fragiliser la relation de quasi-régie.

Les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 précisent que le pourcentage d'activités réalisé par l'entité dédiée doit être déterminé de façon pragmatique sur des considérations quantitatives et qualitatives, en tenant compte, notamment, du chiffre d'affaires total moyen ou de tout autre paramètre approprié fondé sur ses activités, tels que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat²¹. Il convient ainsi « *de tenir compte de toutes les activités que cette [entité] réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité* »²². Par ailleurs, dès lors que ces informations ne sont pas disponibles ou apparaissent non pertinentes, le pourcentage devra être déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable qui devra être sérieuse et reposer sur des bases objectives.

¹⁶ CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n°365079.

¹⁷ CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, cons. 63.

¹⁸ CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736.

¹⁹ CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, point cons.70 ; CJUE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, C-371/05, point. 32.

²⁰ CJUE, 19 avril 2007, *ASEMFO*, C-295/05 : L'Etat espagnol et des communautés autonomes détenaient respectivement 99% et 1% du capital d'une entité dédiée, celle-ci réalisant 35% de son activité avec l'Etat et 55% avec les communautés.

²¹ Article 17-IV de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et article 16-IV de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

²² CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, cons. 72.

Exemple de modalités de calcul du pourcentage d'activité :

Une entité X est détenue respectivement à hauteur de 30% et de 70 % par une commune et un établissement public local. Le chiffre d'affaires de l'entité pour les trois dernières années précédant l'attribution du contrat s'élève à 785 000 euros, réparti comme suit :

- 386 020 € de prestations réalisées pour le compte de la commune ;
- 271 780 € de prestations facturées à l'EPL ;
- 127 200 € de prestations réalisées pour des tiers.

Le seuil des 80% est donc atteint.

1.3 Une participation privée au capital exclut, en principe, toute relation de quasi-régie.

Les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs avec des sociétés dont le capital est détenu au moins pour partie par des actionnaires privés sont, en principe, exclus de la qualification de contrats de quasi-régie et entrent dans le champ d'application du droit de la commande publique²³.

Les ordonnances marchés publics et concessions ont toutefois introduit un assouplissement important s'agissant de l'interdiction de participations directes de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée.

Auparavant, la Cour de justice considérait 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 excluait, 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.

La Cour de justice a également précisé que l'attribution directe d'un contrat à une association d'utilité publique sans but lucratif qui, lors de l'attribution du marché, comptait parmi ses sociétaires des entités relevant du secteur public ainsi que des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif faisait obstacle à ce que le critère du contrôle analogue soit rempli. Une situation de quasi-régie ne peut ainsi être reconnue, dès lors que cet organisme poursuit des intérêts et des finalités qui sont d'une nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par les pouvoirs publics²⁴.

Désormais, les participations de capitaux privés pourront être admises dès lors que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- Les capitaux privés ne doivent conférer aucune capacité de contrôle ou de blocage des décisions de l'entité ;
- Ces formes de participations de capitaux privés sont requises par une législation nationale ;
- L'actionnaire privé ne peut exercer une influence sur l'entité contrôlée²⁵.

Cette condition, très encadrée, constitue une atténuation à l'interdiction jurisprudentielle de participation directe de capitaux privés dans le capital de l'entité contrôlée.

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* »²⁶, 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 (SEM) ne suffit cependant pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte. Si la

²³ CJUE, 21 juillet 2005, *CONAME*, C-231/03, point 26 ; CJUE, 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, point 30.

²⁴ CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setubal EPE et SUCH*, C-574/12.

²⁵ Articles 17 I 1°, 17 II 2°, 17 III 3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et articles 16 I 3°, 16 II 2°, 16 III 3° de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

²⁶ Considérant 32 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 précitée.

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.

Par ailleurs, quand bien même le législateur imposerait la création d'une société prenant la forme d'une SEM, le critère selon lequel les formes de participations de capitaux privés doivent être imposées par la loi ne suffit pas à lui seul pour caractériser une relation de quasi-régie. Ainsi, il doit également être démontré que la présence de capitaux privés ne confère aucune capacité de contrôle ou de blocage et ne permet d'exercer aucune influence décisive.

En outre, la personne contrôlée est autorisée à comprendre des participations indirectes de capitaux privés, lorsque le pouvoir adjudicateur présent au capital comprend lui-même des capitaux privés²⁷. En toute hypothèse, il convient d'apprécier cette condition, non pas par rapport à la composition du capital des entités de contrôle, mais au regard de celle de l'entité contrôlée²⁸.

Par ailleurs, la simple possibilité pour des personnes privées de participer à l'avenir au capital de l'entité ne suffit pas pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique sur l'entité n'est pas remplie, tant que le capital n'est pas ouvert et demeure entièrement public.

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 concurrence²⁹.

Ainsi, dès lors que les conditions de la quasi-régie sont satisfaites, l'article 17 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et l'article 16 de l'ordonnance du 1^{er} avril 2016 autorisent le pouvoir adjudicateur à passer un marché public ou une concession avec l'entité contrôlée sans publicité ni mise en concurrence. Hormis l'hypothèse d'une relation de quasi-régie simple descendante, la passation d'un tel contrat de gré à gré est désormais possible :

- Lorsqu'une personne morale contrôlée, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestations au pouvoir adjudicateur qui la contrôle³⁰ ;
- Lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la réalisation de prestations à une personne morale contrôlée par une entité intermédiaire, qui est elle-même contrôlée par le pouvoir adjudicateur³¹ ;
- Lorsqu'un ensemble de pouvoirs adjudicateurs confie la réalisation de prestations à une personne morale contrôlée conjointement par eux³² ;
- Lorsqu'une personne morale contrôlée conjointement, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestations à un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent³³ ;
- Lorsqu'une entité contrôlée, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestation à une personne morale contrôlée par un même pouvoir adjudicateur³⁴ ;

Ces différentes hypothèses de quasi-régie sont présentées en annexe à la présente fiche.

²⁷ Fiche d'impact du 22 juillet 2015 relative au projet d'ordonnance concession, page 10.

²⁸ Le considérant 32 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE précise en effet que : « Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant. Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés ». Cf. également le considérant 46 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

²⁹ CJUE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune Di Ponte Nossa*, C-573/07, points 51 et 53.

³⁰ Quasi-régie simple ascendante, cf. hypothèse n°2 du logigramme « les contrats de quasi-régie ».

³¹ Quasi-régie descendante en cascade, cf. hypothèse n°3 du logigramme « les contrats de quasi-régie ».

³² Quasi-régie conjointe descendante, cf. hypothèse n°4 du logigramme « les contrats de quasi-régie ».

³³ Quasi-régie conjointe ascendante, cf. hypothèse n°5 du logigramme « les contrats de quasi-régie ».

³⁴ Quasi-régie entre sœurs, cf. hypothèse n°6 du logigramme « les contrats de quasi-régie ».

2. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des contrats de quasi-régie avec leur SPL ou leur SPLA³⁵

Créées respectivement par les lois n°2010-559 du 28 mai 2010³⁶ et n°2006-872 du 13 juillet 2006³⁷, 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 en situation de prestataire « intégré »³⁸. Cela suppose que les critères de la quasi-régie précédemment énoncés doivent être remplis tout au long de la vie des contrats concernés afin que la relation contractuelle puisse être qualifiée de « quasi-régie ».

[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.

Les SPL, comme les SPLA, revêtent la forme de sociétés anonymes, dont le capital, exclusivement public, est détenu en totalité par au moins deux collectivités territoriales ou leurs groupements. Toute participation privée est donc proscrite. Ces sociétés agissent uniquement pour le compte et sur le territoire de leurs actionnaires dans le cadre exclusif des compétences dévolues à ces derniers. Ainsi, il ne sera pas possible de créer une SPL pour gérer un équipement situé en dehors du territoire des collectivités actionnaires.

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 (articles L.1521-1 à L1525-3 du CGCT), sous réserve des dispositions spécifiques prévues à l'article [L.1531-1](#).

Leurs statuts doivent permettre aux collectivités actionnaires d'exercer un contrôle étroit et réel sur les activités des sociétés et les décisions principales doivent être prises par le conseil d'administration. Les SPL et SPLA ne doivent bénéficier d'aucune autonomie de décision³⁹.

La constitution de ces sociétés doit répondre à un besoin précis des collectivités. Alors que les SPLA ont un objet exclusif limité aux opérations d'aménagement, les SPL ont un champ d'intervention très large. Aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 1531-1 du CGCT, les SPL « *sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* ».

Toutefois, si les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SPL dans des secteurs variés, elles ne peuvent le faire que « *dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi* »⁴⁰.

³⁵ [Circulaire du 29 avril 2011](#) relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

³⁶ [Loi n°2010-559 du 28 mai 2010](#) pour le développement des sociétés publiques locales.

³⁷ [Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006](#) portant engagement national pour le logement.

³⁸ [CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte](#), n°365079 : la création d'une société sous la forme d'une SPL ou d'une SPLA n'emporte pas nécessairement le respect des critères de la quasi-régie.

³⁹ [CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte](#), n°365079.

⁴⁰ Article [L1531-1 al 1 du CGCT](#).

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.

Dans l'hypothèse où les statuts d'une SPL ou d'une SPLA ne remplissent pas les critères de la quasi-régie, les collectivités ne pourront invoquer cette exception et se soustraire aux règles de passation des ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016.

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 adjudicateur⁴¹ 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.

3. Les contrats dits de « coopération public-public ».

Conformément aux articles 17 et 18 respectivement des ordonnances du 29 janvier 2016 et du 23 juillet 2015, une « coopération public-public » peut être établie entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs pour l'atteinte d'objectifs communs en lien avec leurs missions de service public. Sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière, ces pouvoirs adjudicateurs peuvent coopérer en dehors de toute obligation de publicité et de mise en concurrence dès lors que leur coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général et ne place pas des opérateurs privés dans une situation privilégiée par rapport à leurs concurrents. Les pouvoirs adjudicateurs concernés doivent par ailleurs réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par cette coopération.

3.1. La coopération public-public doit avoir pour objet d'assurer conjointement la réalisation de missions de services publics en vue d'atteindre des objectifs communs.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent établir ou mettre en œuvre une coopération 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 CJUE indique que la mission d'intérêt général doit être commune aux personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission⁴².

Cela ne signifie pas nécessairement que chaque personne publique doit participer à l'exécution de la mission d'une manière identique. La coopération peut, en effet, reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation. Néanmoins, la Commission européenne estime que le contrat doit impliquer une exécution conjointe de la même mission, une véritable coopération, par opposition à un marché public ordinaire, où l'une des parties exécute une prestation définie contre rémunération⁴³. Une attribution unilatérale d'une tâche par un pouvoir adjudicateur à un autre ne saurait être regardée, selon la Commission, comme une coopération. L'un des pouvoirs adjudicateurs ne doit ainsi pas pouvoir être considéré comme un donneur d'ordres et l'autre comme un prestataire.

Dans l'affaire *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, la Cour a ainsi estimé que le contrat par lequel une agence sanitaire avait confié à une université une mission d'étude et d'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières n'assurait pas la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux deux entités publiques, en l'occurrence une mission de recherche scientifique⁴⁴, mais correspondait à une activité généralement effectuée par des opérateurs économiques.

⁴¹ [Circulaire du 29 avril 2011](#) relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), point 1.4.1.

⁴² [CJUE, 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento](#), C-159/11, points 35 et 40.

⁴³ [Document de travail 2010 SEC \(2011\) 1169 Final de la Commission du 4 octobre 2011](#). Pour la Commission, la coopération public-public « vise à assurer conjointement l'exécution d'une mission de service public que tous les partenaires doivent effectuer. Cette exécution conjointe se caractérise par la participation et les obligations mutuelles des partenaires contractuels, débouchant sur une synergie mutuelle ».

⁴⁴ [CJUE, 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento](#), point 37.

Dans une décision du 20 juin 2013⁴⁵, la Cour a refusé de voir un cas de coopération entre personnes publiques dans le contrat conclu entre une commune et une université portant sur des activités de soutien à l'élaboration du plan de reconstruction des parties du territoire endommagées par un séisme. Pour la Cour, un tel contrat n'amenait pas ces personnes publiques à concourir assez étroitement à une mission commune de service public.

De même, dans une décision du 13 juin 2013⁴⁶, la Cour a estimé que la condition tenant à l'exercice commun d'une mission de service public n'était pas davantage remplie par le contrat par lequel un groupement de communes avait transféré le nettoyage de locaux administratifs et scolaires à une commune membre de ce groupement.

La Cour entend donc mettre en œuvre strictement le critère relatif à l'exercice en commun d'une mission de service public⁴⁷ et exclure toutes les hypothèses où une entité se borne à confier une mission sans y prendre part, mais également celles qui ne se rapprochent pas suffisamment d'une collaboration partagée au cours d'une même mission.

La Cour a ainsi admis que des autorités publiques coopéraient pour assurer une mission commune d'intérêt général d'élimination des déchets dès lors qu'elles instituaient une coopération authentique démontrant une réelle démarche de coopération et comportant des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets⁴⁸.

3.2. La « coopération public-public » n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général.

La mise en œuvre des dispositions relatives à la « coopération public-public » est conditionnée à la poursuite exclusive de considérations d'intérêt public.

- Les conditions de mise en œuvre de la coopération, notamment les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs, ne doivent pas pouvoir être regardés comme le résultat d'une activité commerciale.

La « coopération public-public » ne peut obéir à un intérêt commercial⁴⁹. Ainsi, alors même que les pouvoirs adjudicateurs répondent, par le biais de leur coopération, à des objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne peut être satisfaite que pour autant qu'aucune relation commerciale n'en découle. La coopération doit révéler une collaboration authentique, même si elle implique « des droits et obligations réciproques »⁵⁰.

Afin d'identifier une telle coopération, le juge utilise un faisceau d'indices⁵¹. En particulier, les coûts et frais de gestion dus aux pouvoirs adjudicateurs doivent présenter un caractère raisonnable par rapport aux pratiques du marché. Un coût qui serait égal ou supérieur aux coûts d'une entité privée pourrait ainsi laisser penser que le pouvoir adjudicateur agit comme un prestataire réalisant une activité commerciale pour les besoins d'une personne publique, et non comme une entité publique dans le cadre de sa mission d'intérêt public. Plus généralement, la coopération « ne peut impliquer des transferts entre les partenaires publics autres que ceux correspondant au remboursement des frais réellement encourus pour les travaux/services/fournitures »⁵².

- La « coopération public-public » ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt général dès lors que les actionnaires privés ne disposent pas de capacité de blocage ou de contrôle et ne retirent aucun avantage au titre de l'exécution des prestations de la coopération.

Par ailleurs, les directives marchés publics (2014/24/UE) et concessions (2014/23/UE) du 26 février 2014 ainsi que les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 qui les transposent, assouplissent la

⁴⁵ CJUE, 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo*, C-352/12.

⁴⁶ CJUE, 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG c/ Kreis Düren*, C-386/11.

⁴⁷ Pour une application récente, voir CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, C-15/13, points 34 et 35.

⁴⁸ CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, point 37.

⁴⁹ Considérant 33 § 3 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

⁵⁰ Document de travail de la Commission précité.

⁵¹ CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06.

⁵² Document de travail de la Commission précité.

position restrictive qu'avait eue la Cour de justice de l'Union européenne en matière de coopération public-public.

En effet, avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, 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 privée⁵³ et ce, dans la mesure où ils pouvaient être favorisés en étant placés dans une situation privilégiée par rapport à leurs concurrents.

Le considérant 32 de la directive 2014/24/UE⁵⁴ précise désormais 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.

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 précise toutefois qu' « aucun prestataire privé de service ne [doit être] placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ».

Cependant, alors même que la notion de « prestataire » pourrait ne pas s'étendre à celle « d'actionnaire », il semble opportun, afin que la mise en œuvre de la coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt général, que l'actionnariat privé ne soit pas en mesure d'intervenir dans les décisions relatives à la mission, objet de la coopération, et ne dispose ainsi d'aucune capacité de contrôle et de blocage. En effet, les actionnaires privés présents au capital de l'un ou des pouvoirs adjudicateurs mettant en place la coopération et impliqués dans les décisions relatives à l'objet de celle-ci pourraient poursuivre des intérêts et des finalités autres que celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par les personnes publiques.

Par ailleurs, afin d'écartier tout avantage retiré par ces derniers au titre de la coopération, et par suite, ne pas les placer dans une situation privilégiée par rapport à leurs concurrents, il conviendrait également qu'aucun des bénéfices issus de la réalisation de la mission objet de la coopération ne soit versé aux actionnaires privés. La tenue d'une comptabilité analytique apparaît dès lors à recommander afin d'assurer une transparence permettant de déterminer le montant exact des coûts de gestion qui seront remboursés aux actionnaires privés ainsi que l'absence de versement de dividendes.

3.3. Les pouvoirs adjudicateurs doivent réaliser moins de 20% des activités concernées par la coopération hors du marché concurrentiel.

A l'instar des organismes en situation de quasi-régie, les pouvoirs adjudicateurs concernés par une « coopération public-public » doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par cette coopération. Le pourcentage d'activités réalisé est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 17 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et au IV de l'article 16 de l'ordonnance du 29 janvier 2016⁵⁶.

A toutes fins utiles, et bien que les juges nationaux et européens n'aient pas été amenés à réaliser de contrôle de l'existence d'une relation de « coopération public-public » entre deux pouvoirs adjudicateurs dont l'un fait exécuter les prestations au titre de la coopération par une entité avec lequel il se trouve en relation de quasi-régie, il semble qu'un tel montage puisse être envisagé. Dans cette hypothèse, l'ensemble des conditions tenant à la « coopération public-public » ainsi qu'à la quasi-régie devront alors être réunies.

⁵³ CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, point 47 ; CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, C-159/11, point 34 ; [document de travail de la Commission du 4 octobre 2011](#).

⁵⁴ Ainsi que le considérant 46 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2015.

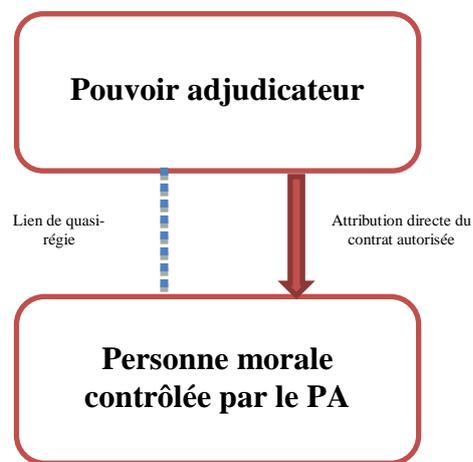
⁵⁵ Ainsi que le considérant 47 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2015.

⁵⁶ Pour davantage d'informations, cf. point 1.2 de la présente fiche.

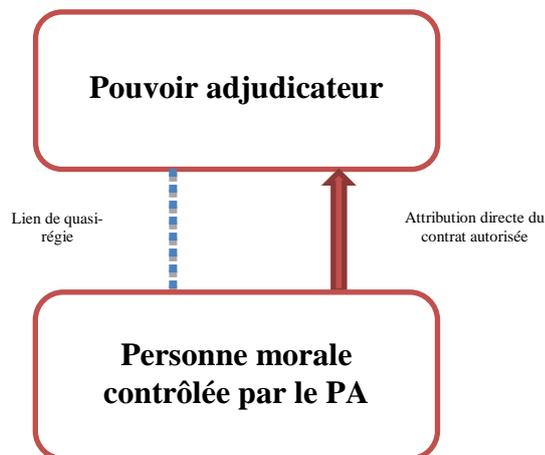
ANNEXE UNIQUE A LA FICHE « LES CONTRATS CONCLUS ENTRE ENTITES APPARTENANT AU SECTEUR PUBLIC »

ILLUSTRATIONS DES DIFFERENTES HYPOTHESES DE QUASI-REGIE (ARTICLE 17 DE L'ORDONNANCE DU 23 JUILLET 2015)

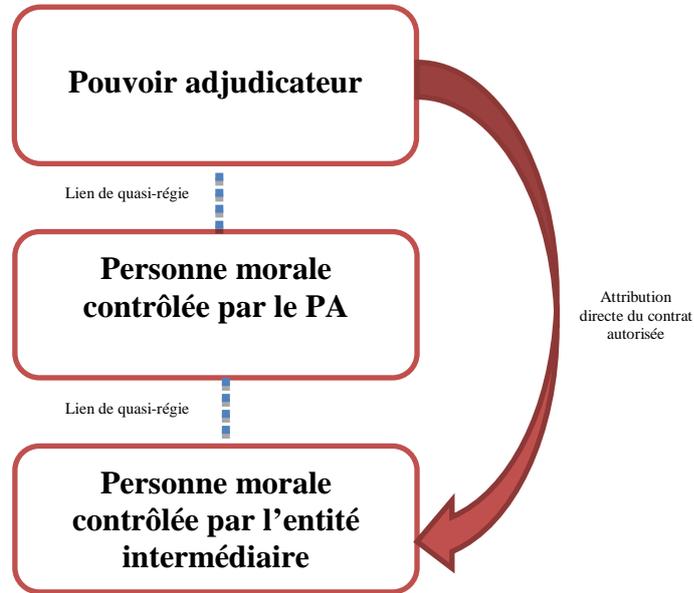
Hypothèse n°1 : Quasi-régie simple descendante (article 17 I de l'ordonnance) :



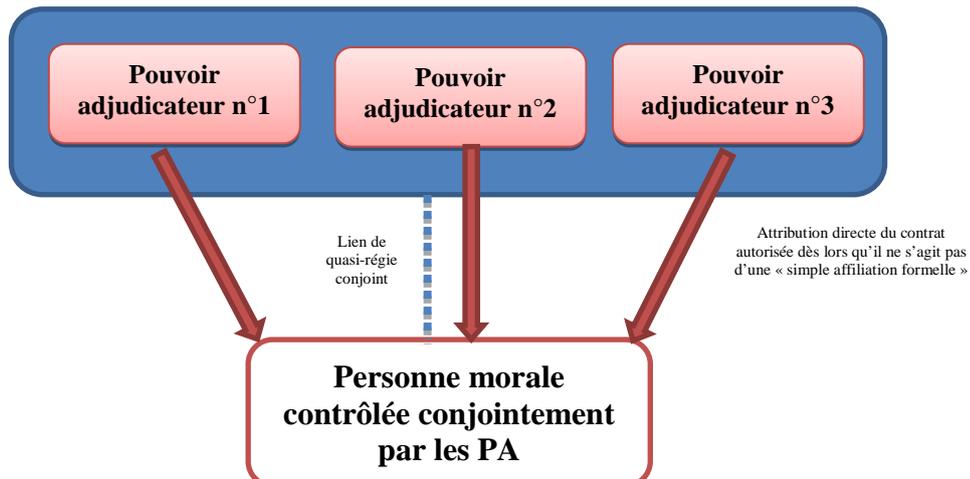
Hypothèse n°2 : Quasi-régie simple ascendante (article 17 II 1° de l'ordonnance) :



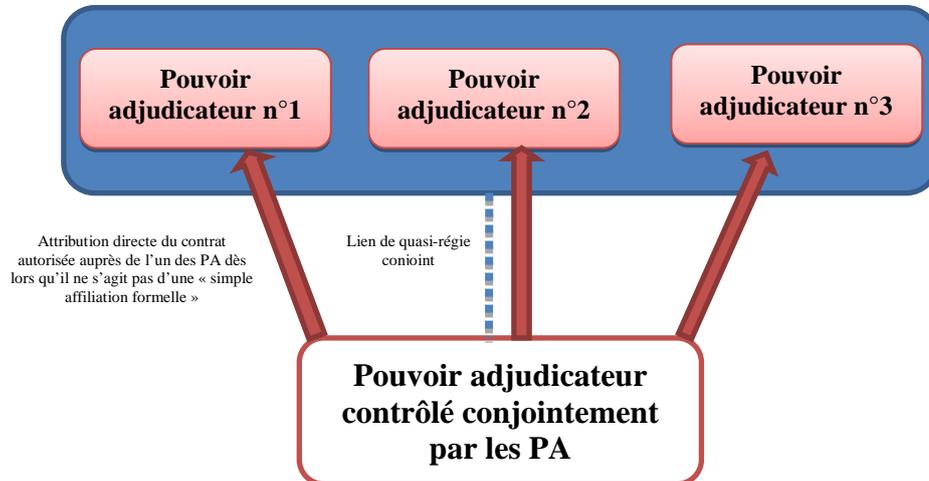
Hypothèse n°3 : Quasi-régie descendante en cascade (article 17 I al 5 de l'ordonnance):



Hypothèse n°4 : Quasi-régie conjointe descendante (article 17 III de l'ordonnance) :



Hypothèse n°5 : Quasi-régie conjointe ascendante (articles 17 II 1° de l'ordonnance) :



Hypothèse n°6 : Quasi-régie simple horizontale, dite « entre sœurs » (article 17 II 2° de l'ordonnance) :

