



Les clés de l'« in house »

Une personne publique peut confier à une personne morale privée qu'elle contrôle des prestations dont elle a besoin en dérogeant aux règles des marchés publics. Ce mode de gestion du service public est appelé « prestation *in house* », « prestation intégrée » ou bien encore « quasi-régie ». Les 7 et 29 novembre derniers, le juge communautaire, le juge administratif et le juge judiciaire ont rendu des arrêts qui ont précisé le régime de l'*in house*.

Ces trois arrêts, au-delà de leur intérêt propre, dégagent une plus grande force encore lorsqu'ils sont étudiés conjointement : ils permettent de voir que les prestations *in house* sont conçues comme des exceptions de droit communautaire aux règles des marchés publics (I), mais que leur application est régie par le droit interne, donc qu'il appartient au législateur puis au juge français de leur donner la consistance et les modalités utilisables par les personnes publiques (II). Enfin, ils dévoilent également que ces prestations, surtout vues sous l'angle du droit administratif, sont lourdes de conséquences sur le plan judiciaire (III).

I. *In house*, une construction communautaire

Pour satisfaire un besoin, une personne publique doit normalement recourir à un marché public, sous le régime actuellement en vigueur de la directive 2004/18/CE. Mais il est aussi possible, affirme le juge communautaire, que ce marché fasse l'objet d'une attribution directe à une personne « formellement et juridiquement distincte » du pouvoir adjudicateur. Cette dérogation aux règles des marchés publics a été découverte par le juge communautaire (alors Cour de justice des Communautés européennes) dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999, après avoir été pressentie dans les conclusions de l'avocat général de la CJCE dès 1998. En 1999, la dérogation était reconnue à demi-mot, mais elle va prendre de plus en plus de force.

En 2000, le juge communautaire va ainsi dévoiler les deux principaux critères qui régissent les prestations *in house* (CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*). Pour déroger aux règles de passation des marchés publics, la personne publique doit :

- contrôler la personne privée titulaire du marché de la même manière qu'elle le fait avec ses propres services (condition du contrôle analogue) ;
- être quasi-exclusivement la seule cliente de l'entreprise titulaire (condition d'exclusivité commerciale ou de lien essentiel).

En substance, les rapports entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire doivent quasiment s'apparenter à ceux de type régie pour être qualifiés de contrat *in house*. Ces deux critères, une fois reconnus, ont été progressivement précisés dans un sens restrictif.

L'appréciation par le juge de la condition du contrôle analogue a ensuite été de plus en plus stricte. Il est analysé sous deux angles principaux : qui détient le capital social de l'attributaire et qui détient les droits de vote ?

Le critère de la détention du capital social a pris une importance sans précédent avec les arrêts de la CJCE du 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, du 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, ainsi que du 13 octobre 2005,

Parking Brixen GmbH. Le juge communautaire a alors refusé d'accorder le bénéfice du régime dérogatoire de quasi-régie aux marchés publics passés avec une société dont une partie du capital est ou est devenue privée pendant la durée du marché pour une raison simple : l'absence de mise en concurrence dont bénéficierait une société privée est à exclure absolument.

Le juge est plus clément dans le cas où plusieurs personnes publiques seraient présentes dans le capital social. L'importance de chaque participation n'est pas le critère décisif pour le juge communautaire depuis son arrêt *Coditel Brabant*, mais plutôt le contrôle réel qu'exerce chaque personne publique présente au capital. Par cet arrêt, le juge communautaire a également ajouté aux sociétés d'économie mixte locales et aux sociétés publiques locales les intercommunalités. Et a surtout fait la part belle à un second aspect : les droits de contrôle de la personne publique sur le titulaire du marché.

Les droits de contrôle de la personne publique ont pris de l'importance récemment, avec l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 novembre 2012, *Econord SpA*. En effet, le juge communautaire, interrogé par le Conseil d'État italien à propos d'une société détenue par plusieurs communes, les a utilisés pour qualifier une prestation de « prestation intégrée ». En effet, seule une commune détenait la grande majorité des actions, les autres ne détenant qu'une part infime du capital. Pourtant, dans la mesure où un pacte d'actionnaires avait été signé entre les communes, ce qui leur donnait à toutes « le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un conseiller d'administration », la CJUE a reconnu le droit au marché d'être passé selon les règles dérogatoires de l'*in house*.

L'appréciation par le juge de la condition d'exclusivité commerciale, *via* une proportion du chiffre d'affaires du titulaire, a été plus souple. En effet, il a très vite reconnu la possibilité pour l'attributaire d'avoir une « activité marginale », et surtout, qu'il suffisait pour l'attributaire que son activité soit essentiellement assurée auprès des collectivités qui la détiennent, et pas seulement auprès de celle qui lui a confié le marché litigieux (CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*), pour bénéficier de l'exception *in house*.

Pour autant, il est nécessaire que les activités économiques de l'attributaire aient lieu dans les limites des territoires des collectivités adjudicatrices (CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa*). Dans la mesure où les relations commerciales de cette société se limitent, dans la grande majorité des cas, aux prestations réalisées pour les personnes publiques, cette précision est plus que logique mais nécessaire dans une économie globalisée.

II. *In house*, une application nationale

Le législateur national a internalisé ces acquis jurisprudentiels communautaires au sein du Code des marchés publics avant tout : au second alinéa de l'article 3, la loi dispose que les règles des marchés publics ne s'appliquent pas pour les « 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 ».

Mais ces acquis jurisprudentiels ont également été inclus dans le Code de l'urbanisme, l'article L. 300-5-2 prévoyant que « les concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent » échappent aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Deux constats s'imposent immédiatement. D'une part, l'exception *in house* est applicable en France aussi bien aux marchés de service, de travaux, de fournitures qu'aux concessions d'aménagement. C'est également vrai en droit communautaire mais, construction jurisprudentielle oblige, cela s'est fait progressivement. D'autre part, les critères d'appréciation communautaires ont été repris tels quels par le législateur.

Le Conseil d'État a ainsi considéré qu'une personne morale de droit privé (en l'espèce une société) dont l'objet statutaire est de gérer un service public et qui est sous le contrôle d'une ou plusieurs personnes publiques sous la forme d'une quasi-régie n'est pas un opérateur sur un marché concurrentiel. Dès lors, ses prestations peuvent bénéficier de l'exception *in house* (CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736).

En 2009, le Conseil d'État a inscrit cette exception aux règles de passation des marchés publics dans un cadre plus large : celui de la liberté des collectivités à répondre elles-mêmes à leurs besoins. En l'espèce, plusieurs collectivités avaient créé une personne morale de droit privé dont l'objet stipulait qu'il devait répondre aux besoins de celles-ci. Le juge administratif a reconnu le droit de ces collectivités à recourir aux services de cette société. La nouveauté ne réside ainsi pas dans l'acceptation de l'exception mais dans le rattachement de l'*in house* au fait que « les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ».

Pour autant, le principe reste la soumission aux marchés publics et les prestations intégrées sont une exception. L'appréciation faite par le juge du contrôle analogue le montre bien : dans un arrêt du 7 novembre 2012, la cour administrative d'appel de Lyon a retenu une approche matérielle, comme l'a fait quelques jours plus tard le juge communautaire : seules la véracité et l'efficacité du contrôle opéré par la personne publique sur son prestataire comptent, et non pas la forme qu'il prend. Le but du juge était ainsi d'assurer une libre concurrence entre les entreprises quand il y a nécessité de passer un marché public, ce qui était d'ailleurs le cas en l'espèce. Mais si cette nécessité n'existe pas et que les personnes publiques souhaitent répondre elles-mêmes à leurs besoins, rien ne peut restreindre leur liberté.

Les règles de la Cour de justice de l'Union européenne proviennent des inspirations libérales qui animent les principes de libre échange et de libre concurrence communautaires. Le juge administratif français reprend ces mêmes idées mais les a intégrées dans le cadre d'un service public « à la française », c'est-à-dire assuré par des personnes publiques.

III. *In house*, un risque pénal

La seule différence, majeure, qui existe entre l'application du droit communautaire et le droit national est la sanction pénale sous la forme du délit de favoritisme en droit interne.

Le juge judiciaire français l'a illustré deux fois. Dans un arrêt du 25 juin 2008, il a considéré que le fait pour un maire et son adjoint de confier une prestation à une société sans passer par une procédure prévue par le Code des marchés publics, alors que l'exception *in house* n'était pas permise, était l'élément matériel constitutif du délit de favoritisme. Dans la mesure où s'ajoutait un élément intentionnel, car les élus avaient été prévenus du caractère illégal d'une telle décision par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le délit était constitué et la condamnation à une amende de 10 000 € était fondée. Le délit a été commis, dans cette affaire, de manière directe : la prestation aurait dû être passée comme un marché public, elle ne l'a pas été, donc le juge condamne.

De manière plus atypique, un maire a été lourdement condamné (un an d'emprisonnement avec sursis et 15 000 € d'amende) pour ne pas avoir respecté les règles des marchés publics dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 7 novembre 2012. Il avait en effet utilisé une association administrative transparente, c'est-à-dire une personne morale de droit privé contrôlée dans les faits par la commune, pour passer un marché public sans mise en concurrence ni publicité.

Une telle condamnation appelle deux remarques. Tout d'abord, elle témoigne de la sévérité du juge pénal quant au contournement intentionnel des règles des marchés publics. Ensuite, et surtout, elle montre que si la personne publique échappe, en recourant à une prestation *in house*, aux règles des marchés publics, la personne privée contrôlée par l'administration doit, pour ses besoins, s'y soumettre.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ainsi être fortement tentés par le recours aux prestations *in house*. Ils ne peuvent pourtant le faire qu'avec la plus grande prudence et en suivant scrupuleusement les règles édictées (contrôle analogue et exclusivité commerciale). Dans le cas contraire, la sanction est double : annulation du contrat et condamnation pénale.

Sources :

- CMP, art. 3
- C. urb., art. L. 300-5-2
- Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services
- CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736
- CAA Lyon, 7 novembre 2012, *Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 12LY00811
- Cass., crim., 7 novembre 2012, n° 11-82961
- Cass., crim., 25 juin 2008, n° 07-88373
- CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*, aff. C-182/11 et C-183/11
- CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07
- CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07
- CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, aff. C-340/04
- CJCE 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04
- CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03
- CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03
- CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl*, aff. C-107/98