Publié le 20 février 2020

L’Etat confirme l’impossibilité pour les Sem d’être in house

Le Ministère de l’intérieur confirme et précise les raisons de l’impossibilité de faire bénéficier les Sociétés d’économie mixte (Sem) de la dérogation liée à une situation de quasi-régie dite in house en droit français.

Une dérogation au champ d’application strictement limité en droit français

Pour rappel, les ordonnances n° 2015-899 relative aux marchés publics et n° 2016-65 relative aux contrats de concession avaient transposé en droit français le régime de la quasi-régie dans des conditions très restrictives.

La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy dans sa fiche consacrée aux contrats conclus entre entités appartenant au secteur public[1] indique ainsi que le seul fait que la société contrôlée soit constituée avec la participation de capitaux privés en application de la loi, comme dans le cas d’une Sem, ne suffit pas à satisfaire le critère de l’exception de quasi-régie.

Elle rappelle, en effet, que les conditions de la quasi-régie ont été strictement circonscrites en droit européen par la directive 2014/24/UE. La participation privée doit être **expressément requise par un texte en droit interne, limitant son champ à des cas apparentés à un régime d’adhésion obligatoire.**

Aussi, la DAJ en déduit-elle que l’exigence légale d’une présence d’actionnaires privés au capital des Sem ne remplit pas en tant que telle l’exigence d’adhésion obligatoire d’opérateurs économiques privés spécifiques, puisque **n’importe quel opérateur économique privé peut devenir actionnaire minoritaire d’une Sem.**

C’est en accord avec cette position que se prononce la réponse ministérielle du 28 janvier 2020. Le député Hervé Saulignac s’était étonné de l’absence des Sem *in house* dans le rapport de la Cour des comptes de mai 2019. Le Ministre affirme que la **décision de ne pas les inclure ne relève pas d’un oubli, mais de la mise**

en œuvre de la législation européenne.

A cet égard, la réponse du Ministre de l'intérieur s'inscrit dans la continuité des résolutions adoptées par la DG Marché Intérieur et Services de la Commission européenne reprises lors du Conseil d'administration de la Fédération des élus des Epl du 31 mars 2016.

Une dérogation écartée par le CA de la Fédération des Epl

Pour rappel, le Conseil d'administration de la Fédération des élus des Epl avait adopté une position sécurisée juridiquement. En premier lieu, le CA avait exclu que la dérogation à l'exclusivité des capitaux publics dans les entités *in house*, évoquée par les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE, puisse s'appliquer à l'ensemble des entreprises publiques locales.

En second lieu, le CA avait estimé que depuis l'arrêt *Stadt Halle* de 2005 (CJCE, Affaire C-26/03), dont les principes ont été récemment rappelés par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE 19 juin 2014, Affaire C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal EPE, Serviço de Utilizaçao Comun dos Hospitais (SUCH) c/Eurest Portugal*), **la présence d'intérêts privés au sein d'une entité faisait obstacle à ce que cette dernière puisse faire application de l'exception dite *in house*.** La Fédération s'appuyait à cet égard sur le raisonnement du juge qui insiste sur la nature privée des personnes présentes au capital, qui tendent à obéir à des **considérations relatives à leurs intérêts propres, même lorsqu'elles sont minoritaires et peu marchandes.**

La Fédération continuera de diffuser les bonnes pratiques en matière de *in house* auprès de ses adhérents.

Cliquez ici pour accéder à l'intégralité de la réponse ministérielle.

[1] Mise à jour pour la dernière fois le 3 janvier 2019.