

Contrats et Marchés publics n° 3, Mars 2021, repère 3

## Quelle transparence pour le recours aux contrats de quasi-régie ?

Repère par Étienne MULLER professeur de droit public - université de Strasbourg – IRCM (UR 3399)

[Accès au sommaire](#)

Si l'exception de quasi-régie, issue de la jurisprudence « Teckal » ( *CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98* ) et consacrée par les directives européennes de 2014 et le Code de la commande publique ( *CCP, art. L. 2511-1 à L. 2511-5 et L. 3211-1 à L. 3211-5* ), est peu appréciée de certaines organisations professionnelles, elle fait aussi l'objet de critiques en termes d'efficacité de l'action publique. Certains auteurs, soulignant les vertus incitatives de la mise en concurrence, considèrent qu'en exempter totalement les acheteurs et autorités concédantes pour les contrats qu'ils entendent attribuer à une entité sur laquelle ils exercent un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services et qui réalise pour eux plus de 80 % de leur activité, est potentiellement néfaste à la transparence des coûts et au bon usage des deniers publics ( *F. Melleray et R. Noguellou, La codification des règles jurisprudentielles : AJDA 2019, p. 381* ).

Aussi ces auteurs sont-ils enclins à voir dans certaines évolutions récentes la confirmation de ce que les textes fondant l'exception de quasi-régie ne sauraient déroger aux principes fondamentaux de la commande publique, qui trouvent leurs sources dans le bloc de constitutionnalité et dans le Traité FUE. Ainsi, dans sa récente décision relative à la loi ASAP, le Conseil constitutionnel a indiqué que les dispositions par lesquelles le législateur a prévu qu'un marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence dans certains cas où l'intérêt général le justifie ne sont pas inconstitutionnelles dans la mesure où elles « n'exonèrent pas les acheteurs du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics » ( *Cons. const., 3 déc. 2020, n° 2020-807 DC : Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 2, note G. Eckert* ). S'agissant plus précisément des contrats de quasi-régie, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment jugé qu'une opération qui remplit les conditions relatives à ces contrats prévues par les directives « n'est pas en soi conforme au droit de l'Union », parce que ces conditions ne dispensent pas d'avoir à respecter, notamment, le principe de transparence ( *CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-285/18, Irgita : JurisData n° 2019-019532 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 366, note M. Ubaud-Bergeron, pt 61-64 ; AJDA 2020, p. 118, note L. Richer ; RDI 2020, p. 144, note R. Noguellou* ). Du reste, le Code de la commande publique ne rend-il pas les principes d'égalité de traitement, de liberté d'accès et de transparence des procédures ( *CCP, art. L. 3* ) applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique définis par son article L. 2, y compris les « autres » marchés publics et concessions dont font partie les contrats de quasi-régie ? ( *H. Hoepffner et Ph. Terneyre, La place des principes dans le Code de la commande publique : RFDA 2019, p. 206* ).

Pourtant, ce raisonnement ne peut être mené jusqu'au bout sans entraîner des conséquences paradoxales. Les implications que la jurisprudence tant interne qu'européenne déduit des principes fondamentaux de la commande publique – publicité adéquate, information des candidats sur les critères de choix et, plus généralement, définition de conditions d'attribution garantissant « l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur » ( *CJUE, 2 juin 2016, aff. C-27/15, Pizzo : Europe 2016, comm. 286, obs. A. Bouveresse, pt 36* ) – se concilient à l'évidence fort mal avec la logique même des contrats de quasi-régie. Conscients de cela, les partisans de la soumission des contrats de quasi-régie à ces principes sont conduits à en édulcorer quelque peu les effets. Au plus, il s'agirait d'exiger une publicité préalable à la passation du contrat de quasi-régie permettant aux entreprises qui le souhaitent de candidater ( *R. Noguellou, note préc.* ). Mais d'autres auteurs estiment qu'il y a lieu non seulement de rechercher les raisons d'intérêt général, voire « de simple bon sens », justifiant des aménagements à l'application desdits principes aux contrats « exclus », mais encore de s'interroger au préalable sur leur applicabilité même, ce qui n'est pas sans remettre quelque peu en cause le postulat selon lequel l'applicabilité découle des articles L. 2 et L. 3 du code ( *H. Hoepffner et Ph. Terneyre, préc.* ).

En réalité, on peut se demander si ce postulat ne procède pas d'une imperfection du Code de la commande publique, qui est d'englober dans les livres V de la deuxième partie et II de sa troisième partie toutes les hypothèses d'exclusion sans distinction. Pour celles qui se justifient par des considérations pragmatiques ou contingentes, rien ne s'oppose à leur soumission aux principes fondamentaux de la commande publique ; ceci est *a fortiori* valable s'agissant des dispositions, telles que celle en cause dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi ASAP, qui ne sont pas des exclusions mais des cas d'ouverture de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. En revanche, il

n'en va pas de même de l'exception de quasi-régie, parce que celle-ci est fondée sur l'idée que les contrats concernés n'appartiennent pas véritablement à la commande publique du fait de l'absence d'autonomie réelle du cocontractant (*V. M. Wathelet, L'arrêt Teckal : généalogie du « in house » : JCP A 2020, 2198*). C'est d'ailleurs pourquoi la Cour de justice a expressément indiqué que les contrats de quasi-régie échappent non seulement aux dispositions des directives mais aussi à l'obligation d'une publicité adéquate et d'une procédure transparente découlant du Traité et des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement (*CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen GmbH : JurisData n° 2005-400011 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 306, note G. Eckert, pt 62*).

Le fait que, dans l'arrêt « Irgita », la Cour juge que le recours à la quasi-régie doit se faire dans le respect des libertés de circulation et « (des) principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence » (*pt 48*) n'invalide nullement cette hypothèse, dès lors qu'elle précise que le choix d'une telle « opération interne » s'effectue « à un stade antérieur à celui de la passation d'un marché » (*pt 44*). Or, nombreux sont les actes devant respecter ces règles, sans qu'il faille pour autant les considérer comme relevant de la commande publique. En réalité, les principes fondamentaux de la commande publique ne sont jamais que la concrétisation particulière de principes plus généraux, qui se déclinent également dans d'autres domaines où ils génèrent des effets différents. C'est pourquoi, toujours selon la Cour, l'application du principe de transparence au choix d'un « mode de prestation » n'entraîne pas d'obligations de publicité et de mise en concurrence, mais simplement l'exigence que les conditions auxquelles un État peut discrétionnairement subordonner ce choix soient « accessibles, précises et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire » (*pt 55*). Certes, la particularité de l'affaire à l'origine du renvoi préjudiciel conduit la Cour à ajouter qu'il convient de veiller à ce que le recours à la quasi-régie « n'entraîne pas de distorsion de concurrence » (*pt 62*) ; mais il n'y a lieu de le faire, selon les termes du considérant 31 de la directive 2014/24/UE auxquels elle se réfère, que dans la mesure où cette opération aurait pour effet de placer « *un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents* ».

On le voit, la question n'est pas tant de savoir si le recours à la quasi-régie doit obéir au principe de transparence que de déterminer la façon dont ce principe doit se concrétiser dans son application à une telle décision. La mise en concurrence systématique de la régie et de l'externalisation, telle qu'elle a été expérimentée au Royaume-Uni et aux États-Unis (*V. L. Richer, note préc.*), est une option qui peut se défendre politiquement ; mais elle n'en est qu'une parmi d'autres juridiquement possibles. On peut lui préférer d'autres procédés, plus respectueux de la liberté des personnes publiques de satisfaire leurs besoins par leurs propres moyens (*CCP, art. L. 1*), comme des évaluations préalables qui obligerait les acteurs publics à prendre en compte l'ensemble des coûts de la gestion publique.

© LexisNexis SA

Copyright © 2021 LexisNexis. Tous droits réservés.