

Notice

Marchés «in-house», «quasi in-house» et «in-state»

État : 10.06.2020 / valable à partir du 01.01.2021

Il incombe à l'adjudicateur de décider s'il acquiert une prestation en interne (par le biais d'un marché «in-house», «quasi in-house» ou «in-state») ou sur le marché libre. Le droit des marchés publics ne s'applique pas aux marchés «in-house», «quasi in-house» et «in-state».¹

Ces trois types de marchés ont été insérés dans la LMP révisée. Cependant, il n'existe pas encore de jurisprudence relative aux marchés «quasi in-house» ou «in-state» au niveau fédéral. En même temps, il est souvent difficile de déterminer si les conditions préalables à de tels marchés sont réunies. Étant donné que la situation juridique est floue sur de nombreux points de détails, nous vous recommandons de faire appel à une assistance juridique avant d'entamer toute procédure.

A. In-house (art. 10, al. 3, let. c, LMP)

1. Définition

On parle de marché «in-house» lorsque l'échange de prestations et de contreprestations s'effectue au sein de la *même personnalité juridique*. Le pouvoir adjudicateur acquiert la prestation requise auprès de l'une de ses unités organisationnelles dépendantes, par ex. auprès d'un service administratif interne.

Le Tribunal administratif fédéral a établi une jurisprudence concernant les marchés «in-house».²

2. Condition

L'adjudicateur et le prestataire de services sont la même personne morale.

3. Exemples

In-house: un office fédéral charge un autre office fédéral de numériser ses archives datant de 1924 à 1976.

In-house: une commune décide d'arrêter de se fournir en cercueils en bois auprès d'une entreprise privée et de confier la fabrication à un service interne.³

Pas in-house: un office fédéral souhaite confier des mandats d'analyse à un établissement indépendant de droit public (autre personne morale).

B. Quasi in-house (art. 10, al. 3, let. d, LMP)

1. Définition

On parle de marché «quasi in-house» lorsque la pouvoir adjudicateur octroie un mandat à un prestataire doté d'une *personnalité juridique distincte*, mais placé largement sous son contrôle et développant son activité essentiellement avec lui.

2. Conditions

Les conditions suivantes doivent être remplies *cumulativement*:

- le pouvoir adjudicateur et le prestataire sont deux personnes morales distinctes;
- le pouvoir adjudicateur exerce sur le prestataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (*contrôle resp. exigence en matière de contrôle*). Le facteur décisif est de savoir, dans chaque cas concret, s'il est en mesure d'exercer sur le prestataire une influence déterminante *de jure et de facto*;
- le prestataire fournit l'essentiel de ses prestations au profit du pouvoir adjudicateur. Cette condition est remplie si le prestataire destine *au moins 80 % de son activité à l'adjudicateur (clientèle resp. exigence relative à son activité)*.⁴

Remarque: selon la jurisprudence de la CJUE, aucune partie privée ne peut détenir de participation au capital du prestataire.⁵ Le fait de ne pas accepter de participation privée semble opportun dans la mesure où une participation affecterait la neutralité concurrentielle et pourrait fausser la concurrence.

Pour juger si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle suffisant, il convient de tenir compte des circonstances

¹ Les réglementations concernant les compétences de nature organisationnelle restent valables.

² Cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1687/2010 du 21 juin 2011, consid. 2.

³ Cf. décision du Tribunal administratif de Zurich VB.2006.00145 du 5 avril 2006, consid. 1.2.

⁴ Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017, p. 1752.

⁵ Arrêt de la CJUE C-26/03 du 11 janvier 2005 (Stadt Halle), pt 49.

et des dispositions applicables dans chaque cas concret. Le contrôle peut également être exercé par plusieurs adjudicateurs publics.⁶ Dans ce cas, l'adjudicateur qui souhaite passer un marché «quasi in-house» doit pouvoir participer au contrôle, par ex. par l'intermédiaire de membres au sein de l'organe de direction commun.

3. Exemples

Quasi in-house: un office fédéral aimerait conclure un accord de collaboration avec l'institut de recherche Y S. A, qui appartient à 100 % à la Confédération. Sa direction est composée de représentants venant de quatre offices fédéraux. La Y S. A. travaille sur mandat de la Confédération et fournit exclusivement des prestations non commerciales pour d'autres offices fédéraux et neutres au regard de la concurrence.

Pas quasi in-house: un office fédéral souhaite charger l'entreprise X S. A. (détenue par les pouvoirs publics) de mener des analyses spécifiques. La clientèle de la X S. A. est répartie comme suit: Confédération (50 %), cantons (20 %), communes (5 %), clients privés (25 %). En outre, la X S. A. est régulièrement en concurrence avec des entreprises privées.

C. In-state (art. 10, al. 3, let. b, LMP)

1. Définition

On parle de marché «in-state» lorsqu'un adjudicateur public effectue un achat *neutre au regard de la concurrence* auprès d'un autre adjudicateur public (prestataire). Il importe peu de savoir à quel échelon administratif⁷ se trouvent le pouvoir adjudicateur et le prestataire.

Contrairement au marché «quasi in-house», le marché «in-state» ne fixe aucune exigence en matière de contrôle ou d'activités. Cette notion se fonde cependant sur le principe de la neutralité concurrentielle.⁸

2. Conditions

Les conditions suivantes doivent être remplies cumulativement:

- a) le pouvoir adjudicateur et le prestataire sont deux personnes morales distinctes;
- b) Aucune partie privé est associé au prestataire;⁹
- c) le prestataire est également soumis au droit des marchés publics. Il peut s'agir du droit des marchés publics de la Confédération ou des cantons;
- d) le prestataire fournit la prestation concernée hors contexte de concurrence avec des entreprises privées. Cela signifie, par exemple, que l'activité ne

doit pas être de nature commerciale¹⁰ et que le soumissionnaire ne doit ni prendre part aux procédures d'adjudication publiques, ni fournir ses prestations à des clients privés, à moins que celles-ci soient dans l'intérêt public (évaluation au cas par cas).

3. Exemples

In-state: une commune externalise la fabrication de cercueils en bois en la transférant dans une autre commune.

In-state: une commune charge un office fédéral d'exploiter certaines parties de son infrastructure informatique (ou inversement).

Pas in-state: adjudication d'expertises, d'analyses de produit, etc., à des hautes écoles ou à des universités, pour autant que celles-ci proposent également cette et qu'elles participent à des procédures d'adjudication publiques.

Pas in-state: adjudication d'un marché informatique à une société anonyme dont la Confédération possède 99,9 % des actions, le reste se trouvant dans les mains d'investisseurs privés.

E. Recommandations aux services demandeurs

La situation juridique concernant les marchés «quasi in-house» et «in-state» est encore floue. Ces types d'acquisitions doivent être effectués avec prudence. Avant de lancer un projet d'acquisition, adressez-vous à votre conseiller en droit des marchés publics.

F. Renseignements complémentaires

Centre de compétence des marchés publics de la Confédération: rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

⁶ Arrêt de la CJUE C 295/05 du 19 avril 2007 (ASEMFO), pt 57; cf. également Beyeler Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich 2012, n° 1239.

⁷ Confédération, canton ou commune.

⁸ Voir par ex. arrêt du Tribunal administratif de Saint-Gall B 2016/146 du 22 février 2018, consid. 3.

⁹ Voir message, p. 1751.

¹⁰ Le calcul des coûts facturés doit se baser sur les principes constitutionnels de l'équivalence et de la couverture des coûts (avis du CF relatif à l'interpellation Candinas 19.4340 du 27.9.2019).

