

# Notice

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

État au 31 janvier 2025

**La décision d'acquérir une prestation en interne (par le biais d'un marché « in-house », « quasi in-house » ou « in-state ») ou sur le marché libre est laissée à la discrétion de l'adjudicateur. Le droit des marchés publics ne s'applique pas aux marchés « in-house », « quasi in-house » et « in-state »<sup>1</sup>. Ces trois types de marchés sont inscrits dans la loi sur les marchés publics (LMP) révisée. Cependant, la jurisprudence relative aux marchés « quasi in-house » ou « in-state » est encore limitée au niveau fédéral.**

### 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 contre-prestations s'effectue *au sein de la même personne morale*. L'adjudicateur public acquiert la prestation requise auprès de l'une de ses unités organisationnelles non autonomes, p. ex. auprès d'un service interne à l'administration.

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

#### 2. Condition

L'adjudicateur et le fournisseur de prestations sont une seule et 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'entreprises privées et de confier leur fabrication à un service interne.<sup>3</sup>

*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 l'adjudicateur public octroie un mandat à un fournisseur de prestations qui, même s'il s'agit d'une *personne morale distincte*, est largement soumis à son contrôle et exerce son activité essentiellement en sa faveur.

À ce jour, le Tribunal fédéral n'a traité les conditions des marchés « quasi in-house » que dans un seul arrêt<sup>4</sup>.

#### 2. Conditions

Les conditions suivantes doivent être remplies de *manière cumulative* :

- l'adjudicateur public et le fournisseur de prestations sont deux personnes morales distinctes ;
- l'adjudicateur public (le cas échéant, conjointement avec d'autres adjudicateurs publics) exerce sur le fournisseur de prestations un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (*contrôle et exigence en matière de contrôle*). Le facteur décisif est de savoir, dans chaque cas concret, s'il est en mesure d'exercer une influence déterminante *de jure* et *de facto* sur le fournisseur de prestations ;
- le fournisseur de prestations fournit l'essentiel de ses prestations au profit de l'adjudicateur public au contrôle duquel il est soumis. Cette condition est remplie si le fournisseur de prestations destine à celui-ci *au moins 80 % de son activité (clientèle et exigence relative à son activité)*. La part restante de son « activité externe » ne doit par conséquent pas dépasser 20 % de son chiffre d'affaires total moyen. Par « activité externe », on entend les mandats pour des adjudicateurs publics qui n'exercent pas de contrôle sur le fournisseur de prestations ou les activités exercées dans le cadre de monopoles.<sup>5</sup>

**Remarque** : selon la jurisprudence de la CJUE, le fournisseur de prestations contrôlé ne peut pas comporter de participation de capitaux privés<sup>6</sup>. Le fait

<sup>1</sup> Les réglementations concernant les compétences de nature organisationnelle restent valables.

<sup>2</sup> Cf. les arrêts du Tribunal administratif fédéral [B-1687/2010](#) du 21 juin 2011, consid. 2, et [B-536/2013](#) du 29 mai 2013 (en allemand)

<sup>3</sup> Cf. décision du Tribunal administratif de Zurich [VB.2006.00145](#) du 5 avril 2006, consid. 1.2 (en allemand)

<sup>4</sup> Cf. arrêt du Tribunal fédéral [2C\\_701/2023](#) du 24 juillet 2024 (destiné à la publication)

<sup>5</sup> Cf. arrêt du Tribunal fédéral [2C\\_701/2023](#), consid. 6.3 ss

<sup>6</sup> Cf. [article 12 de la directive 2014/24/UE](#)

de ne pas accepter de participation de capitaux privés s'est révélé opportun dans la mesure où une participation affecterait la neutralité concurrentielle et pourrait fausser la concurrence.

Pour juger si l'adjudicateur exerce un contrôle suffisant, il convient de tenir compte des circonstances et des dispositions applicables dans chaque cas concret. Le contrôle peut également être exercé conjointement par plusieurs adjudicateurs publics<sup>7</sup>. Dans ce cas, l'adjudicateur doit pouvoir participer au contrôle, p. ex. par l'intermédiaire d'un représentant (au minimum) au sein de l'organe de direction commun.

### 3. Exemples

*Quasi in-house* : l'office fédéral X aimerait confier des mandats à l'institut de recherche Y SA, qui appartient à 100 % à la Confédération et au canton de Z. Le conseil d'administration de l'institut est composé de quatre représentants de la Confédération et de deux représentants du canton Z. Le chiffre d'affaires moyen de l'institut de recherche Y SA est réalisé à 85 % grâce aux mandats de la Confédération et du canton de Z.

*Pas quasi in-house* : l'office fédéral A souhaite charger l'entreprise B SA – détenue par les pouvoirs publics (Confédération, cantons C et D), et dont l'office fédéral A a un représentant au conseil d'administration – de mener des analyses spécifiques. L'entreprise B SA réalise toutefois plus de 40 % de son chiffre d'affaires moyen avec des prestations en faveur du canton F.

## 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 (fournisseur de prestations). Il importe peu de savoir à quel échelon administratif<sup>8</sup> se trouvent le pouvoir adjudicateur et le fournisseur de prestations ni quelle forme d'organisation<sup>9</sup> ils prennent.

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<sup>10</sup>. À ce jour, le Tribunal fédéral n'a traité les conditions des marchés « in-state » que dans un seul arrêt<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Cf. arrêt du Tribunal fédéral [2C\\_701/2023](#), consid. 6.2

<sup>8</sup> Confédération, canton ou commune

<sup>9</sup> Administration centrale, établissement de droit public, collectivité, etc.

<sup>10</sup> Cf. [message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695](#), p. 1750 s. ; décision du Tribunal administratif de St-Gall [B 2016/146](#) du 22 février 2018, consid. 3 (en allemand)

## 2. Conditions

Les conditions suivantes doivent être remplies de *manière cumulative* :

- l'adjudicateur et le fournisseur de prestations sont deux personnes morales distinctes ;
- le fournisseur de prestations ne comporte pas de participation de capitaux privés<sup>12</sup> ;
- le fournisseur de prestations est soumis au droit des marchés publics. Il peut s'agir du droit des marchés publics cantonal ou fédéral ;
- le fournisseur de prestations ne fournit pas la prestation requise sur le marché. Cela signifie que l'activité ne doit pas être de nature commerciale<sup>13</sup> et que le fournisseur ne doit ni participer aux procédures d'adjudication publiques ni fournir la prestation en question à des clients privés, à moins que celle-ci ne soit d'intérêt public (évaluation au cas par cas).

### 3. Exemples

*In-state* : un office fédéral confie des mandats d'analyse à l'association X, une institution cantonale de droit public soumise au droit des marchés publics, qui ne propose pas cette prestation sur le marché.

*In-state* : une commune confie l'exploitation d'une partie de son infrastructure informatique à un office fédéral. L'exemple est valable également dans le sens inverse.

*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 prestation à des entreprises privées selon une stratégie commerciale 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 % 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. Avant de lancer un tel projet, 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](mailto:rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch)

<sup>11</sup> Cf. arrêt du Tribunal fédéral [2C\\_701/2023](#), consid. 7

<sup>12</sup> Cf. [message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695](#), p. 1750

<sup>13</sup> 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 septembre 2019](#)).

# Étapes de vérification

