



Notice

Restructurations de l'adjudicataire

État au 16 octobre 2023

L'adjudicateur peut conclure un contrat uniquement avec l'adjudicataire. Cela signifie que seules de légères adaptations du marché sont autorisées après l'adjudication et que le cercle potentiel des soumissionnaires ne peut être modifié.

La restructuration d'un adjudicataire soulève des questions relevant du droit des marchés publics et du droit des contrats. Les situations les plus fréquentes et leurs conséquences en matière de droit des marchés publics ainsi que la procédure à suivre dans de tels cas sont exposées ci-dessous.

A. Types de restructuration

En vertu de la loi, les soumissionnaires sont en principe libres de choisir leur organisation interne. Dans une économie dynamique, divers changements organisationnels peuvent avoir lieu, notamment durant une procédure d'adjudication ou pendant la durée de validité d'un contrat. En voici quelques exemples:

- changement de raison sociale ou déménagement
- vente de la société (personne morale) ou reprise d'une entreprise (personne physique)
- transformation de forme juridique
- fusion, scission ou transfert de patrimoine

B. Changement de raison sociale / déménagement

On entend par «changement de raison sociale» une simple modification du nom d'une entreprise et par «déménagement» le déplacement du siège de celle-ci.

Exemple: «*Bonjour SA*» à Zurich s'appelle désormais «*Expert SA*» et déménage à Zoug.

Un changement de raison sociale ou un déménagement à l'intérieur d'un même pays (changement de domicile) n'ont aucune incidence juridique sur une acquisition. Il n'est donc pas nécessaire d'adapter des bases contractuelles existantes. Afin d'éviter tout malentendu, le changement de raison sociale ou le déménagement devraient être mentionnés en cas d'avenants au contrat, par ex.: «*Expert SA, Zoug (anciennement: Bonjour SA, Zurich)*».

Dans de rares cas, un changement de raison sociale ou un déménagement peut être le signe que des critères déterminants pour l'adjudication doivent être réexaminés (par ex. temps de réaction lié au trajet, exigences relatives au siège de l'entreprise, etc.) ou que des restructurations supplémentaires sont à l'ordre du jour.

C. Vente de la société

Exemple: toutes les actions de «*Bonjour SA*» à Zurich sont reprises par «*Transnational Group SA*» à Paris.

La modification de la structure de l'actionariat n'a en principe pas de conséquence significative au regard du droit des marchés publics, et l'adjudicataire ainsi que le contrat restent inchangés. Elle peut toutefois indiquer que des critères déterminants pour l'adjudication ne sont plus remplis, par ex. la participation de personnes faisant l'objet de sanctions dans l'entreprise ou le départ de personnes clés. Une vente est souvent suivie d'une réorganisation du groupe. Dans ce cadre, les actifs et les passifs sont transférés et le substrat de responsabilité peut évoluer.

D. Reprise d'une entreprise

Exemple: le maître menuisier indépendant Jacques Durand part à la retraite et confie son entreprise à sa fille, Marie Durand.

La reprise d'une entreprise n'intervient que si la société ou l'entreprise transférante n'est pas inscrite ou ne peut pas être inscrite au registre du commerce (par ex. entreprise individuelle non inscrite au registre du commerce, société en nom collectif avec une activité commerciale pas encore inscrite au registre du commerce ou société simple [ne pouvant pas être inscrite au registre du commerce])¹.

On ne peut en principe conclure un contrat qu'avec l'adjudicataire et non avec des tiers. En cas de reprise de la totalité d'une entreprise, les passifs sont, de par la loi, transférés au nouveau propriétaire². Les rapports contractuels peuvent également être transférés avec l'accord de la Confédération.

Lors de la reprise de la totalité d'une entreprise, il faut en général s'attendre à des conséquences importantes sur le respect des critères déterminants pour l'adjudication.

¹ Cf. art. 181, al. 4, de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième: droit des obligations), ci-après: CO.

² Cf. art. 181 CO.

Il est donc nécessaire de vérifier si le marché et le contrat peuvent être maintenus.

E. Transformation

La transformation est un changement de la forme juridique d'une société³.

Exemple: *partenaire contractuelle de l'adjudicateur, Bonjour Sàrl décide de modifier sa forme juridique pour devenir une société anonyme et s'appeler désormais Bonjour SA.*

En cas de transformation de la forme juridique, le partenaire contractuel qui fait peau neuve reste le même et les rapports contractuels ne changent pas. En général, les critères déterminants pour l'adjudication ne sont pas affectés. Exceptionnellement, un tel changement peut réduire le substrat de responsabilité.

F. Fusion

On appelle fusion la refonte de plusieurs sociétés en une. Soit une société existante reprend une ou plusieurs autres sociétés (fusion par absorption), soit des sociétés existantes se réunissent en une nouvelle société (fusion par combinaison)⁴.

***Exemple:** *«Bonjour SA» est reprise par «Maxi SA» (absorption); ou «Bonjour SA» et «Concurrence SA» se réunissent et deviennent «Maxi SA» (combinaison).*

Dans le cadre d'une fusion, l'ensemble des actifs et des passifs – ainsi que les rapports contractuels – sont, de par la loi, transmis à la nouvelle société (succession universelle). Les sociétés reprises dans le cadre d'une fusion sont radiées du registre du commerce.

Dans la plupart des cas, cela ne pose pas de problème particulier au regard du droit des marchés publics. Le partenaire contractuel d'origine est absorbé par une entreprise plus importante. La prudence est toutefois de mise lors de fusions dites «d'assainissement», car la capacité économique peut être limitée par la suite.

G. Scission

Dans le cadre d'une scission, des parties sont détachées d'une société et deviennent autonomes au sein d'une nouvelle société⁵.

Exemple: *«Bonjour SA» se sépare de ses activités de conseil aux adjudicateurs publics et le département dédié devient «PubliConseil SA».*

Dans ce cas, certains actifs et passifs sont, de par la loi, transférés à une société nouvellement créée (succession universelle partielle). Après une scission, le partenaire contractuel de l'adjudicateur n'est plus celui d'origine, mais seulement une partie de celui-ci. Cela réduit le substrat de responsabilité et on ne peut plus supposer que l'ensemble des critères d'adjudication sont remplis dans leur forme initiale. Du point de vue du droit des marchés publics, une scission constitue par conséquent un risque important.

H. Transfert de patrimoine

Lors d'un transfert de patrimoine, une société se sépare de certaines de ses activités et les transmet à une autre société⁶.

Exemple: *«Bonjour SA» cède ses activités de conseil aux adjudicateurs publics ainsi que les actifs et les passifs correspondants à la société «PubliConseil SA».*

Comme dans le cas d'une scission, certains actifs et passifs sont, de par la loi, transférés à la société qui reprend les activités en question. Des changements en lien avec des critères déterminants pour l'adjudication peuvent avoir lieu (par ex. les personnes clés restent dans l'ancienne société) et le substrat de responsabilité peut diminuer.

I. Recommandations pour l'adjudicateur

Si l'adjudicateur apprend qu'un adjudicataire ou un partenaire contractuel sera touché par une restructuration, il doit dans tous les cas vérifier les conséquences de celle-ci sur l'acquisition et le contrat, en se posant notamment les questions suivantes:

- Les critères déterminants pour l'adjudication (CP/Cap/ST) restent-ils remplis?
- Le savoir-faire est-il maintenu?
- Les ressources nécessaires à l'exécution du mandat sont-elles encore disponibles?
- Les personnes clés restent-elles dans l'entreprise?
- Les autorisations nécessaires sont-elles encore valables?
- Des personnes faisant l'objet de sanctions appartiennent-elles à l'entreprise?
- Cela peut-il avoir une influence sur la propriété intellectuelle?

L'adjudicateur est autorisé à exiger davantage de justificatifs et d'explications afin de vérifier si les critères pertinents pour le marché et le contrat peuvent encore être respectés. Les modifications éventuelles doivent faire l'objet d'un avenant. En outre, il est recommandé de joindre à ce dernier un extrait du registre du commerce à des fins de traçabilité.

Si, en revanche, les critères pertinents pour l'adjudication et le contrat ne sont plus remplis, le transfert du contrat ne peut pas être autorisé, celui-ci doit être résilié et l'adjudication doit être révoquée. Pour protéger les droits de l'adjudicateur, il est recommandé de consulter à temps le service juridique responsable.

J. Informations complémentaires

rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

³ Cf. art. 53 de la loi fédérale du 3 octobre 2023 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301), ci-après: LFus.

⁴ Cf. art. 3 LFus.

⁵ Cf. art. 29 LFus.

⁶ Cf. art. 69 LFus.