



# Marchés in house, quasi in-house, in state et autres concepts interpellants

Cécile Berger Meyer/Dr. Nathalie Adank

# Sommaire

2

- Introduction
- Origines et justifications
- Notions, bases légales, conditions:
  - In-house
  - Quasi in-house
  - In-state
- Délimitations
- Conclusions



# Introduction (#1-4)

3

- Applicabilité du droit des MP: quelles conséquences?
- Peut-on se passer de ces procédures?
- LMP 2020 (AIMP 2019): introduction des notions de marchés in-house (IH), quasi in-house (QIH) et in-state (IS)
- Origine des notions: droit européen et jurisprudence européenne
- Droit suisse et droit européen: quelles différences?



# A l'origine...la décision make-or-buy

(#5-8)

4

« make »	« buy »
Satisfaction des besoins en interne	Satisfaction des besoins par une commande
L'Etat utilise ses propres moyens	L'Etat fait appel à des tiers
Pas de recours au marché	Recours au marché
Pas de concurrence	Appel d'offres / concurrence
<b>Hors MP</b>	<b>Application MP</b>

- Pas de droit à ce que l'Etat fasse appel au marché privé pour satisfaire ses besoins
- Arrêt du TAF 21.06.2011 B-1687/2010, cons.2
- Limite du make-or-buy: décision manifestement insoutenable et arbitraire
- Ex: fabrication de cercueils, structures d'accueil de requérants d'asile (#7)
- Make-or-buy ou gré-à-gré (#8)



# Quel rôle pour le droit européen?

5

- A l'origine, les exceptions IH, QIH et IS sont des exceptions non écrites nées de la JP de la CJCE
- En Suisse: elles résultent historiquement de JP cantonales
- Codification – succincte – en Suisse: LMP 2020 (#10)
- Importance du droit européen en Suisse: références constantes de la JP suisse au droit européen, en particulier dans le domaine des marchés publics
- Message LMP 2020: référence vs. autonomie vis-à-vis du droit européen (#11)



# Neutralité concurrentielle

6

- La neutralité concurrentielle constitue la justification de base aux exceptions IH, QIH, et IS (#1 2)
- Clef de lecture et d'interprétation
- Le droit des marchés publics vise à rétablir l'absence de pression concurrentielle ressentie par l'Etat
- Principe sous-jacent plus "intuitif" pour le IH que pour le QIH et IS



# In-house (1)

7

- ≡ Le besoin identifié par l'adjudicateur peut être satisfait à l'intérieur même de son entité juridique
- C'est la décision "make" (#12)
- Pas de contrat, pas de parties, internalisation
- Unicité de sujet de droit – prestation à soi-même
- Si la collectivité choisit volontairement de recourir au marché, les procédures classiques s'appliquent
- Ex: service informatique, ewz (service de la ville de ZH), linge hospitalier



# In-house (2)

8

- Art 10 al. 3 lit. c LMP / Art. 10 al. 2 lit. c AIMP (#13)
- L'exception existe indépendamment de sa base légale
- Elle découle du droit reconnu à tout adjudicateur de prendre librement sa décision de make or buy (#16)
- Seule condition: Adjudicateur et personne morale sont la même personne morale
- Possibilité de réinternaliser des prestations précédemment adjugées par la voie des MP et/ou interrompre une procédure MP (#18)



# Quasi in-house – (1) notion

9

- = Le besoin identifié par l'adjudicateur peut être satisfait par une entité juridique distincte qu'il contrôle (#19)
- Analyse fonctionnelle à réaliser au cas par cas
  - Duplicité de sujets de droit – externalisation "interne" – conclusion d'un contrat
  - La justification se distingue du cas IH, mais résulte de la proximité entre adjudicateur et adjudicataire

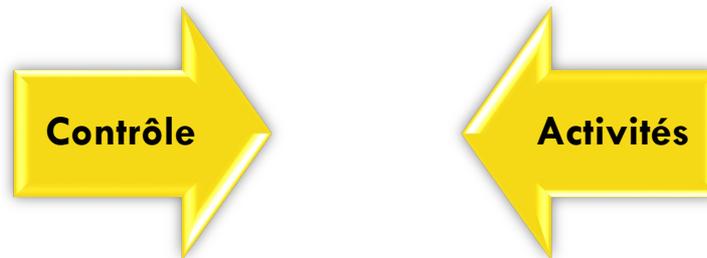


# Quasi in-house – (2) codification CH

- Art. 10 al. 3 lit. d LMP (#20)

*La présente loi ne s'applique pas non plus à l'acquisition de prestations:*

*d. de soumissionnaires sur lesquels l'adjudicateur exerce un **contrôle** identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent **l'essentiel** de leurs prestations à l'adjudicateur*



# Quasi in-house – (3) origine du concept

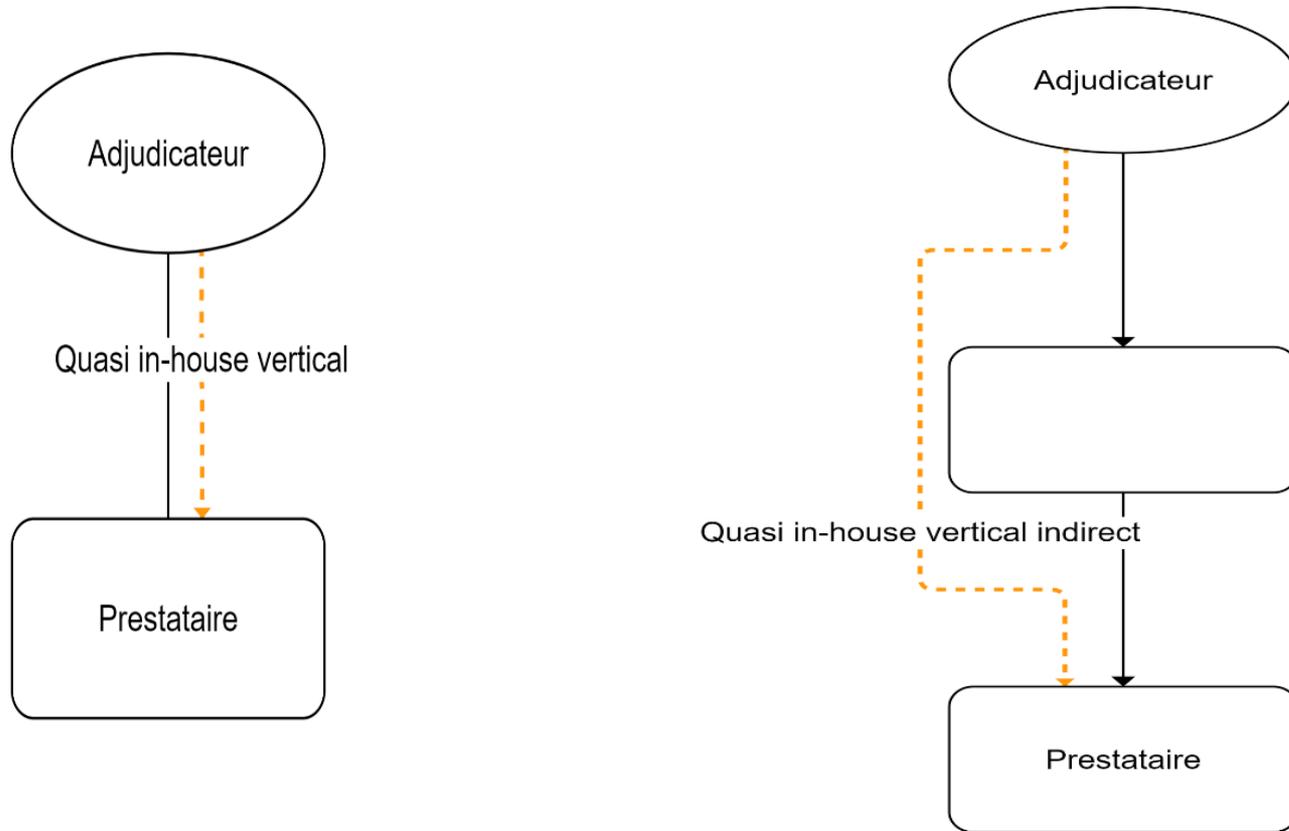
11

- Arrêt Teckal (1999): concept de base (#23)
- Suivi de divers arrêts précisant les notions suivantes (#25):
  - Précision du critère du contrôle (Arrêt Parking Brixen 2005)
  - Possibilité de contrôle partagé et indirect (Arrêt Carbotermo 2006)
  - Conditions du contrôle (Arrêt Coditel Brabant 2008)
  - Modalités du contrôle conjoint (Arrêt Econord 2012)
- Message LMP 2020: Arrêt Teckal comme point de base à une codification autonome et non dynamique de la CH (#26)



# Quasi in-house – (4) schémas de base

12



# Quasi in-house – (5) critère du contrôle

13

- Contrôle "identique" à celui exercé en IH (#29-36):
  - Vision économique, peu importe la forme juridique
  - Analyse de la manière dont le contrôle est assuré en fonction des circonstances concrètes de chaque cas
  - Circonstances neutres en termes de concurrence
  - Influence **concrète et déterminante** sur la prise de décision **tant stratégique qu'opérationnelle**, év. conjointement avec d'autres adjudicateurs
- Contrôle par majorité ou contrôle conjoint?
- Participation privée? En principe non; év. admis si le privé est entré au capital par un processus respectant les MP?



# Quasi in-house – (6) critère des activités

14

- Les prestations fournies par le prestataire doivent l'être pour l'essentiel à l'adjudicateur (#37-39):
  - Pas de seuil en droit suisse
  - Référence au seuil de 80% du droit européen dans le message LMP 2020
- Conclusion: cette exception réside dans la neutralité concurrentielle sous-jacente, pierre angulaire de l'examen au cas par cas des conditions admettant le QIH



# In-state – (1) notion

15

- = Le besoin identifié par l'adjudicateur peut être satisfait par un autre adjudicateur non contrôlé par l'adjudicateur (#48)
- Duplicité de sujets de droit:
  - Contrairement au IH, duplicité des sujets
  - Contrairement au QH, pas de contrôle
- Les deux adjudicateurs peuvent être de même niveau ou de niveaux différents
- Le concept suisse se distingue du concept européen



# In-state – (2) bases légales

16

- Art. 10 al. 3 lit. b LMP (#49)

*La présente loi ne s'applique pas non plus à l'acquisition de prestations:*

- b. d'autres adjudicateurs **juridiquement indépendants** et **soumis au droit des marchés publics** qui ne sont **pas en concurrence avec des soumissionnaires privés** pour la fourniture de ces prestations.
- Exclusion plus large dans l'AMP (toutes les prestations fournies entre adjudicateurs distincts dotés tous deux de la personnalité juridique, sans autre condition)



# In-state – (3) origine du concept

17

- Arrêt Stadtreinigung Hamburg (2009): exception spécifique sans concept générique (#51)
- Arrêt Azienda Sanitaria (2012): structuration de l'exception IS autour de l'exigence de coopération (#52)
- Conditions retenues par la CJCE (#53):
  - Marché portant sur une tâche publique commune aux deux parties
  - La passation du marché ne favorise pas un acteur privé
  - Les motifs de la passation du marché sont liés à la poursuite d'un but d'intérêt public
  - Aucune participation privée dans les deux adjudicateurs
- Condition supplémentaire dans la directive: les pouvoirs adjudicateurs doivent réaliser sur le marché ouvert moins de 20% des activités couvertes par la coopération



# In-state – (4) critères CH

18

- Conditions légales de la LMP (#55-60):
  - Deux acteurs juridiquement indépendants
  - Tous deux sont soumis au droit des marchés publics
  - Neutralité concurrentielle: les prestations de l'entité en question ne sont pas fournies sur le marché. Le fournisseur ne peut donc pas fournir ses prestations à d'autres entreprises privées (i.e. exclusion des EPF)
- Interdiction de participations privées? (#61)
- Distinction avec les conditions du droit européen (#62-64): coopération vs mandat/limite des 20%



# Délimitations (1)

19

- Anciennes formes de collaborations (#67):
  - Notion: collaboration entre adjudicateurs soumise aux marchés publics sous forme de contrats de droit administratif
  - Analyse sous l'angle des conditions QIH/IS
- Délégation de tâches publiques (#68-72):
  - Notion: délégation d'une tâche publique dans la durée, soit une activité de l'Etat qui lui est imposée sur mandat du législateur et dont il assume une obligation d'exécution
  - Art. 9 LMP – assujettissement aux marchés publics vs QIH/IS



# Délimitations (2)

20

- Organisme de droit public:
  - Notion: entité créée pour satisfaire *spécifiquement des besoins d'intérêt général* ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial qui est dotée d'une *personnalité juridique* et sur laquelle l'Etat ou les pouvoirs publics exercent une *influence dominante*.
  - L'influence dominante (notion d'organisme de droit public) ne correspond pas à la notion de contrôle (QIH). A l'inverse, le critère du contrôle du QIH recoupe la notion d'influence dominante de l'organisme de droit public.
  - Privilège QIH n'exempte pas forcément du droit des MP pour les commandes ultérieures.



# Délimitations (3)

21

- Pluralité d'adjudicateurs (#84-87) et centrales d'achat (#88-94).
  - Art. 4 al. 4 LMP : soumissions au droit des MP de l'entité qui passe un marché pour le compte d'un adjudicateur.
  - Représentation (directe ou indirecte) : centrales d'achat
    - Relation externe
    - Relation interne
  - Cas particulier des PPP



# Conclusions

22

- Externalisation, privatisation, réorganisation de l'Etat
  - Un débat qui dure depuis longtemps
  - Un choix laissé à l'Etat vu la liberté du "make-or-buy"
- Codification du IH, QIH et IS très succincte
  - Clef de lecture : neutralité concurrentielle
  - Marge d'interprétation
- Evolution des circonstances à apprécier au fil du temps
- Privilège IH, QIH et IS ne signifie pas exemption du fournisseur lorsque lui-même acquiert des biens/services



# Discussion et questions

23

Merci beaucoup!

