



© David Boulaz – 2011

Professeur hon. Etienne Poltier

**Le droit suisse des marchés
publics:
un droit harmonisé, voire unifié
(JDA 2025, Genève)**

Sommaire

I. Introduction

II. Historique

III. Constats intermédiaires

IV. Examen de quelques thèmes
harmonisés/unifiés ou non

V. Remarques conclusives

II. Historique

A. Avant 1994 : les marchés publics, domaine de non-droit

B. Dès 1994, processus d'harmonisation

C. La situation actuelle : une quasi-unification

B. Dès 1994, processus d'harmonisation

1. L'impulsion du droit de l'OMC

2. Le marché intérieur

3. La LMP 1994 ; l'AIMP 1994

4. Les sources

5. Étapes intermédiaires

a. L'Accord bilatéral avec l'Union européenne

b. L'art. 2 al. 7 LMI

c. La tentative avortée d'unification de 2008

La notion de marchés publics

Définition provisoire:

Par marchés publics*, on désigne toutes les acquisitions par l'Etat de biens et de services auprès d'agents économiques privés moyennant le paiement d'un prix.

(voir ATF 125 I 209; pour des développements et une définition plus complète: ATF 135 II 49)

** öffentliche Beschaffungen/public procurement*

4. Les sources / L'ancien droit

Droit international

Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril **1994**
dans le cadre du GATT/OMC (RS 0.632.231.422) – **AMP 1994**

Droit fédéral

Loi du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (**LMP 1994**; RS 172.056.1)

Loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (**LMI**; RS 943.02)

Droit intercantonal

Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics
(AIMP) – **AIMP 1994**

Droit cantonal

Loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LVMP; RSV 726.01)

Règlement

Genève: L-AIMP (L 6 05.0) et par le Règlement sur la passation des marchés publics (L 6 05.01 ; ci-après : RMP).

5. Étapes (Les sources/L'ancien droit)

intermédiaires

Droit international

Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril **1994**
dans le cadre du GATT/OMC (RS 0.632.231.422) – **AMP 1994**

Accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la communauté européenne et la Suisse (RS 0.172.052.68)

Droit fédéral

Loi du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (**LMP 1994**; RS 172.056.1)

Loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (**LMI**; RS 943.02)

Droit intercantonal

Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics
(AIMP; révisé le 15 mars 2001) – **AIMP 2001**

Droit cantonal (**révisé en lien avec AIMP 2001**)

Loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LVMP; RSV 726.01)

Règlement du 7 juillet 2004 d'application de la LVMP (RMP; RSV 726.01.1)

5. Étapes

intermédiaires

b. L'art. 2 VII LMI (Liberté d'accès au marché)

- ⁷ La transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.

En vigueur dès le 1.7.2006

Exemple: ATF 143 II 598 (taxis, Lausanne)

C. La situation actuelle : une quasi-unification

- 1. L'élaboration du projet par le groupe de travail Aurora*
- 2. Les textes en vigueur*

Les sources / Le nouveau droit

Droit international

AMP révisé en 2012, en vigueur pour la Suisse dès le 1.1.2021 – **AMP 2012**

Accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la communauté européenne et la Suisse (RS 0.172.052.68), inchangé

Droit fédéral

Loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics (**LMP 2019**; RS 172.056.1; en vigueur dès le 1.1.2021)

Loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (**LMI**; RS 943.02), inchangée (sauf sur des points de détail)

Droit intercantonal

Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics
– **AIMP 2019**

Droit cantonal

Loi vaudoise du 14 juin 2022 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01)

Règlement du 29 juin 2022 d'application de la LVMP (RLMP-VD; RSV 726.01.1)

Droit de l'UE (pour mémoire)

Directive 2014/24/UE sur les marchés publics (abroge la Directive 2004/18/CE), directive 2014/25/UE sur les marchés des secteurs (abroge la Directive 2004/17/CE), directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession

III. Constats

intermédiaires

- A. Harmonisation / unification verticale : LMP et AIMP 2019 comparés**
- B. Le processus d'adhésion des cantons à l'AIMP 2019**
- C. De 1994 à 2019, quelques éléments saillants de l'évolution du droit intercantonal**
- D. Le « modèle » de la LMP et son influence sur le droit (inter)cantonal**

A. Harmonisation / unification verticale : LMP et AIMP 2019 comparés

Chapitre II Champ d'application

Section 2 Champ d'application objectif

Article 8 al. 1 LMP/AIMP 2019

¹ Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

[...]

A. Harmonisation / unification verticale : LMP et AIMP 2019 comparés

Chapitre II Champ d'application

Section 2 Champ d'application objectif

Art. 9 LMP/AIMP 2019 Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales **du droit fédéral et cantonal***.

*texte de l'AIMP (en tant qu'il diffère de celui de la LMP) en bleu

Aspects non (ou peu) harmonisés

A titre exemplatif:

- a) le champ d'application subjectif (voir notamment art. 4 LMP/AIMP 2019);
- b) la protection juridique:
 - alors que le **droit intercantonal** est marqué par le *statu quo* (avec ouverture de la voie de recours pour de nombreux marchés internes),
 - le **droit fédéral** ne fait qu'entrouvrir cette voie pour les marchés non soumis aux traités internationaux.

Les voies de recours au Tribunal fédéral ne sont pas modifiées.

B. Le processus d'adhésion des cantons à l'AIMP 2019

- a) l'approche du TF au sujet de l'adhésion bernoise sous réserve: arrêt du 3 septembre 2024, 2C_246/2023, c. 7.
- b) contra, TA BE, JAB 2023, p. 443 ss, c. 2

C. De 1994 à 2019, quelques éléments saillants de l'évolution du droit intercantonal

- 1. Densité normative renforcée*
- 2. Les règles de l'AIMP 2019 sont directement applicables*
- 3. Ces règles relèvent de l'art. 95 let. e LTF*
- 4. L'AIMP 2019 et les normes cantonales d'exécution*

Recours en matière de droit public

Art. 95 LTF Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation:

- a. du droit fédéral;
- b. - d. [...]
- e. du droit intercantonal.

Art. 63 IV AIMP

[...]

⁴Dans le respect des engagements internationaux de la Suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26.

III. Constats

intermédiaires

- A. Harmonisation/unification verticale : LMP et AIMP 2019 comparés
- B. Le processus d'adhésion des cantons à l'AIMP 2019
- C. De 1994 à 2019, quelques éléments saillants de l'évolution du droit intercantonal
- D. Le « modèle » de la LMP et son influence sur le droit (inter)cantonal**

Art. 12 LMP/AIMP 2019 (conditions sociales et de travail)

¹Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur **au lieu de la prestation / en Suisse**, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.

Art. 29 LMP / AIMP 2019 Critères

1 L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, il prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que, l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, **les différents niveaux de prix pratiqués dans le pays où la prestation est fournie, la fiabilité du prix***, la créativité, le service après vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.

***les deux critères figurant en rouge ne sont mentionnés **que dans la LMP**, non dans l'AIMP 2019**

IV. Examen de quelques thèmes harmonisés / unifiés ou non

- A. La marge laissée aux cantons par l'accord intercantonal : l'art. 63 al. 4 AIMP 2019**
- B. Les critères d'aptitude et d'adjudication**
- C. Concessions et délégations**

Art. 63 IV AIMP

[...]

⁴Dans le respect des engagements internationaux de la Suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26.

A. La marge laissée aux cantons par l'accord intercantonal : l'art. 63 al. 4 AIMP 2019

1. L'art. 10 AIMP 2019

*2. Les art. 12 et 26 AIMP 2019**

3. Autres cas

*voir à ce sujet TF, arrêts du 30 janvier 2025, 2C_587/2023, cons. 6.5.1, et 2C_662/2023, c. 5.3

Art. 10 LMP / AIMP 2019 Exceptions

¹ La présente loi / Le présent accord ne s'applique pas:

[...]

e. aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;

[...]

i)/g) aux institutions de prévoyance de droit public de la Confédération / des cantons et des communes.

B. Les critères d'aptitude et d'adjudication

Art. 29 I LMP

1 L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, il prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que, l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, **les différents niveaux de prix pratiqués dans le pays où la prestation est fournie, la fiabilité du prix***, la créativité,[...].

La loi cantonale d'exécution peut-elle reprendre ces deux critères (non mentionnés à l'art. 29 I AIMP)?

Non, selon un arrêt jurassien: CCst JU 1/2023, du 14 décembre 2023.

C. Concessions et délégations

Art. 9 LMP/AIMP 2019 Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales **du droit fédéral et cantonal***.

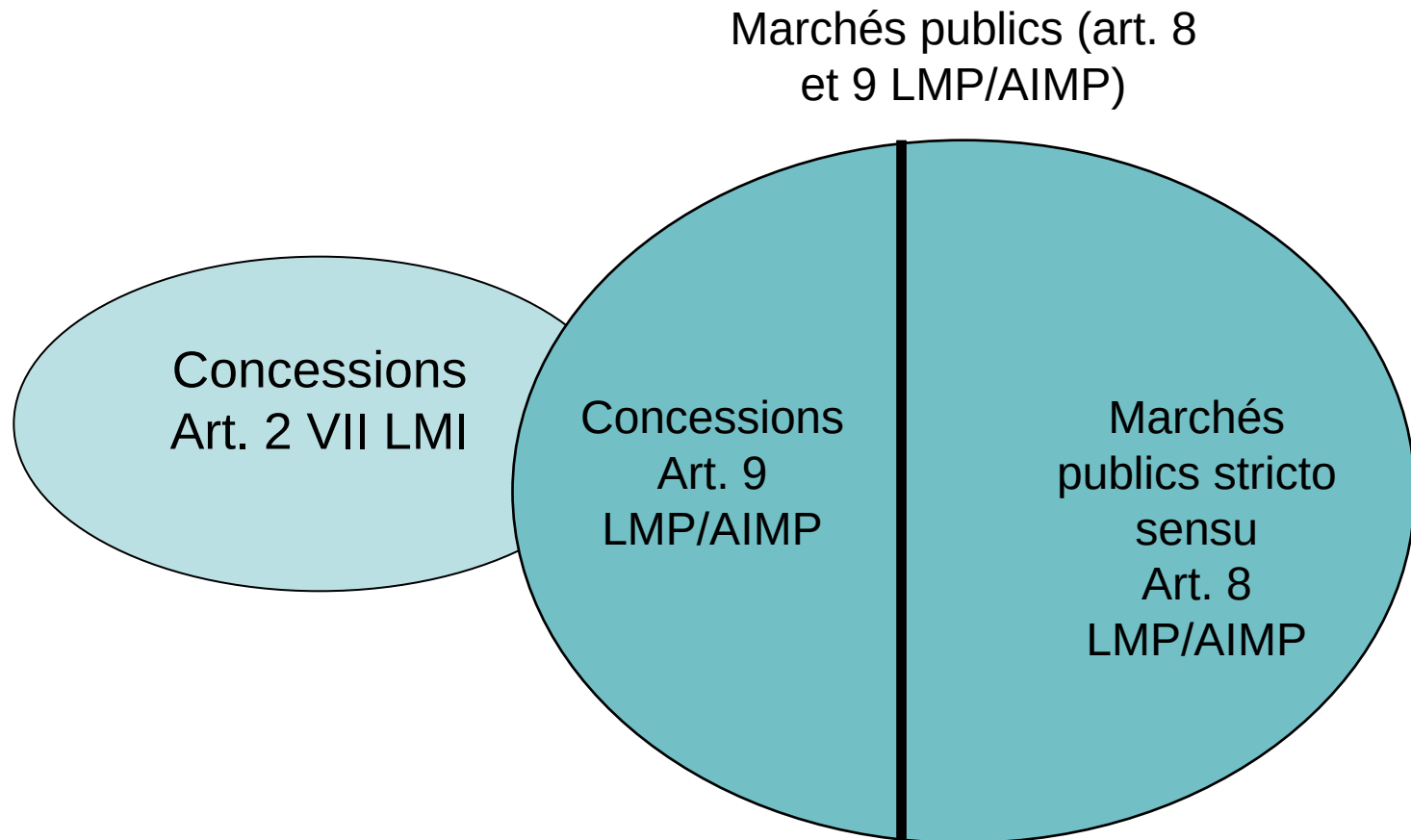
**texte de l'AIMP (en tant qu'il diffère de celui de la LMP) en bleu*

Art. 2 VII LMI

- ⁷ La transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. **Les dispositions légales spéciales priment.**

Le texte résultant de l'amendement **en rouge** ci-dessus n'est en vigueur que depuis le 1.1.2025

Marchés publics / concessions



V. Remarques conclusives

- A) La mise en œuvre du droit international (ici l'AMP, dans une optique d'ouverture du commerce international) par les législateurs cantonaux peut déboucher, en l'absence d'harmonisation, sur des solutions très diverses.
- B) Le droit intercantonal, dans une 1^e version, a débouché sur des textes harmonisés; la 2^e (AIMP 2019) étant unifiée.
- C) A la jurisprudence de prolonger cette harmonisation/unification du droit des marchés publics (grâce à l'art. 95 let e, mais malgré l'art. 83 let. f LTF).
- D) A noter que l'harmonisation « horizontale » est prolongée en cette matière par une harmonisation « verticale » (entre LMP et AIMP 2019).