

Loi fédérale sur les marchés publics et attribution d'un mandat par les organisations de cautionnement dans le cadre des cautionnements solidaires liés au COVID – 19: enjeux juridiques

Grégoire Mangeat et Flavia Bianchi
MANGEAT News, 30 janvier 2026

I Contexte

Début janvier 2026, plusieurs articles de presse ont mis en lumière l'ampleur des moyens engagés par la Confédération dans la lutte contre les abus présumés liés aux crédits COVID-19¹. Ces révélations s'inscrivent dans le contexte des mesures exceptionnelles adoptées afin de faire face aux conséquences économiques de la pandémie de COVID-19, dans le cadre desquelles le SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO) a notamment mis en place un **dispositif de contrôle renforcé visant à prévenir et poursuivre les abus** relatifs aux crédits garantis par la Confédération.

Dans ce cadre, quatre organisations de cautionnement, dont CAUTIONNEMENT ROMAND, SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE (CAUTIONNEMENT ROMAND), ont été chargées de participer à la mise en œuvre de ce dispositif et ont, à leur tour, recouru aux services d'une étude d'avocats². Entre avril 2020 et fin novembre 2025, cette collaboration aurait permis le recouvrement d'environ 125 millions de francs au profit de la Confédération, tandis que les honoraires facturés par l'étude d'avocats se seraient

élevés à 66,7 millions de francs³. Le mandat a été **confié sans recours à une procédure d'appel d'offres**⁴.

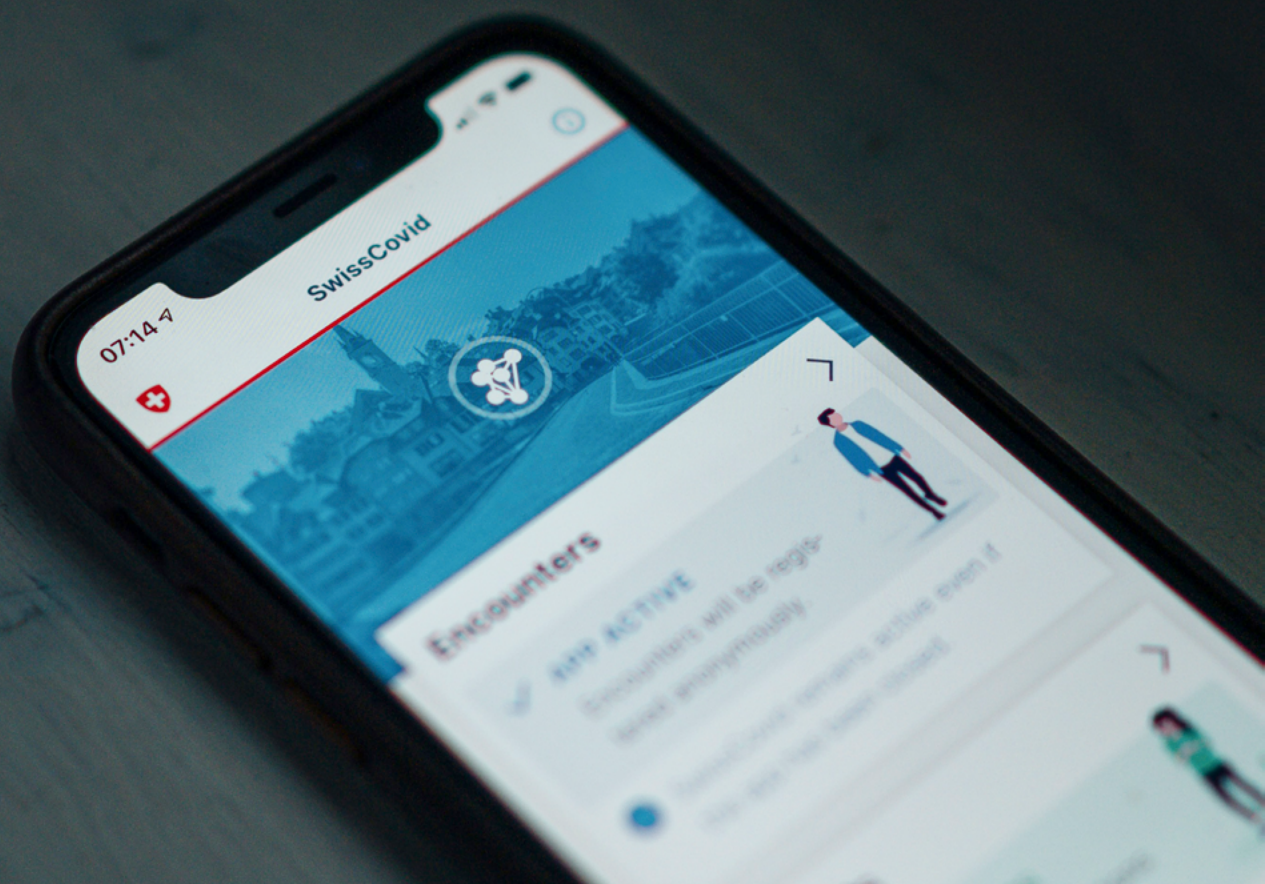
Dans ce contexte, la question d'un **éventuel conflit d'intérêts** a été soulevée, dans la mesure où un associé lausannois de l'étude d'avocats mandatée a siégé au conseil d'administration de CAUTIONNEMENT ROMAND, dont il est devenu président en juin 2024⁵. Le SECO a indiqué que ce lien avait été déclaré de manière transparente dans le contrat et a précisé que dans l'exercice de son activité professionnelle d'avocat, le président de CAUTIONNEMENT ROMAND ne s'occupe pas de dossiers liés aux crédits Covid-19⁶.

Ces informations ont suscité un débat public sur la proportionnalité des coûts engagés, la transparence des procédures de passation de marchés publics et l'efficacité globale du dispositif mis en place. Une telle configuration soulève notamment d'importantes questions tant pour la profession d'avocat que pour le droit des marchés publics, en particulier quant à la **conformité de la procédure d'attribution du mandat aux exigences légales applicables**. Interpellé à ce sujet,

le SECO a soutenu que les organisations de cautionnement, en tant qu'entités de droit privé, ne seraient pas soumises à la Loi fédérale sur les marchés publics⁷. Par ailleurs, le CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES (CDF), dans un audit intitulé « *Audit de l'implication des tiers dans la mise en œuvre des mesures COVID-19* » du 13 mai 2022, a retenu ce qui suit: « [e]n ce qui concerne les contrats passés avec des tiers, le CDF a examiné la traçabilité de l'attribution des mandats, les rapports de dépendance problématiques, les conflits d'intérêts, la conformité au prix du marché et la surveillance des contrats. Il n'a pas de critiques majeures à formuler. Pour les cautionnements solidaires liés au COVID-19, les fournisseurs de prestations sont mandatés par les coopératives de cautionnement et non par le SECO. De ce fait, les contrats ne sont pas soumis aux marchés publics »⁸.

La présente analyse traite de la question des conditions légales encadrant l'attribution de mandats aux avocats rémunérés par les autorités publiques et vise à proposer des **pistes de réflexion pour nourrir le débat sur les principes devant encadrer l'attribution de ces mandats**, sans prétendre à l'exhaustivité.

1 Cf. RTS, article du 9 janvier 2026, disponible sur: [Six ans après, les prêts Covid hantent encore des milliers d'entrepreneurs | RTS](#) ; Le Temps, article du 13 janvier 2026, disponible sur: [Prêts covid, l'épineuse question des procédures judiciaires - Le Temps](#).
2 RTS, article du 9 janvier 2026, disponible sur: [Six ans après, les prêts Covid hantent encore des milliers d'entrepreneurs | RTS](#).
3 Le Temps, article du 13 janvier 2026, disponible sur: [Prêts covid, l'épineuse question des procédures judiciaires - Le Temps](#).
4 RTS, article du 9 janvier 2026, disponible sur: [Six ans après, les prêts Covid hantent encore des milliers d'entrepreneurs | RTS](#).
5 RTS, article du 9 janvier 2026, disponible sur: [Six ans après, les prêts Covid hantent encore des milliers d'entrepreneurs | RTS](#).
6 RTS, article du 9 janvier 2026, disponible sur: [Six ans après, les prêts Covid hantent encore des milliers d'entrepreneurs | RTS](#).
7 RTS, article du 9 janvier 2026, disponible sur: [Six ans après, les prêts Covid hantent encore des milliers d'entrepreneurs | RTS](#).
8 Audit de l'implication des tiers dans la mise en œuvre des mesures COVID-19, 13 mai 2022, p.6 ; disponible sur lien suivant: [Prüfung des Beizugs Dritter in der Umsetzung der COVID-19-Massnahmen](#).



II Cadre légal applicable

- Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (**LMP**)⁹;
- Loi fédérale sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus du 18 décembre 2020 (Loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, **LCaS-COVID-19**)¹⁰;
- Ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus du 25 mars 2020 (Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, **OCaS-COVID-19**)¹¹; et
- Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (Loi sur les subventions, **LSu**)¹².

III Exigences légales relatives à l'attribution du mandat

L'application de la LMP à l'attribution du mandat suppose l'analyse cumulative de **quatre conditions**: (1) l'existence d'un pouvoir adjudicateur, (2) la qualification du contrat en tant que marché public, (3) l'atteinte des seuils applicables, et (4) l'absence d'une exception légale.

1 Champ d'application subjectif: l'existence d'un pouvoir adjudicateur

A Article 4 alinéa 1 LMP

Aux termes de l'article 4 alinéa 1 LMP, sont soumis à la LMP notamment les unités de l'administration fédérale centrale et décentralisée, les autorités judiciaires fédérales, le Ministère public de la Confédération ainsi que les services

du Parlement. Les organisations de cautionnement, en tant qu'organisations de droit privé, ne sauraient être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens de cette disposition.

B Article 4 alinéa 2 LMP

L'article 4 alinéa 2 LMP étend le champ d'application de la LMP à certaines entreprises publiques ou privées assurant un service public et bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux, pour autant qu'elles exercent leurs activités dans des secteurs précisément énumérés. Les organisations de cautionnement n'entrant pas dans l'un des secteurs visés aux lettres a à h de cette disposition, elles ne sauraient être soumises à la LMP sur cette base, sous réserve de l'application de l'article 4 alinéa 4 LMP.

⁹ RS 172.056.1 - Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP) | Fedlex.

¹⁰ RS 951.26 - Loi fédérale du 18 décembre 2020 sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (Loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, LCaS...) | Fedlex.

¹¹ RS 951.261 - Ordonnance du 25 mars 2020 sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, OC...) | Fedlex.

¹² RS 616.1 - Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, LSu) | Fedlex.

L'article 4 alinéa 4 LMP prévoit que « [s]i un tiers passe un marché public pour le compte d'un ou de plusieurs adjudicateurs, il est soumis à la présente loi au même titre que les adjudicateurs qu'il représente ».

Selon le Message concernant la révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics, cette disposition vise à empêcher tout contournement du droit des marchés publics par l'interposition de tiers¹³. Selon la doctrine, l'article 4 alinéa 4 LMP vise à clarifier le fait que les **règles du droit des marchés publics ne sauraient être éludées par le recours à des tiers interposés**, lesquels, le cas échéant, ne constituent pas des pouvoirs adjudicateurs au sens de la loi et n'y sont, partant, pas assujettis.¹⁴ Il est précisé que sont également visés par l'article 4 alinéa 4 LMP les tiers auxquels le pouvoir adjudicateur a externalisé l'exécution d'une tâche publique, pour autant que cette externalisation n'ait pas eu lieu conformément aux règles du droit des marchés publics et que, partant, le principe de l'« unicité de la mise en concurrence » (*Einmaligkeit der Ausschreibung*) ne puisse être invoqué en leur faveur¹⁵.

Dans un arrêt de 2008, le Tribunal administratif fédéral a concrétisé les principes de la « *Umgehungsregel* » dans le cadre de l'acquisition d'appareils auditifs par l'AVS et l'AI, en retenant que le recours à un tiers non soumis ne saurait permettre d'éluder l'application du droit des marchés publics¹⁶.

À titre de remarque préliminaire, il convient de rappeler que les organisations de cautionnement sont constituées sous la forme de coopératives de droit privé. Leur qualification au regard du droit public, en dehors des tâches spécifiques qui leur sont attribuées par la LCaS-COVID-19, s'avère toutefois plus complexe. Sans entrer dans une analyse approfondie, il y a lieu de relever que la doctrine évoque à l'égard des organisations de cautionnement l'existence d'un **instrument de droit public sui generis**, respectivement d'une délégation de tâches publiques assortie d'un pouvoir d'autodétermination¹⁷. Finalement, il

apparaît que CAUTIONNEMENT ROMAND, contrairement aux autres organisations de cautionnement, est détenu exclusivement par des cantons et des organisations faitières de l'économie¹⁸.

La LCaS-COVID-19 prévoit le mécanisme suivant : la Confédération conclut une **convention de droit public** avec les organisations de cautionnement, lesquelles sont autorisées à **recourir à des tiers**. Selon l'article 6 alinéa 1 LMP, le DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE (DEFR) conclut avec chaque organisation de cautionnement une convention de droit public sur l'octroi de cautionnements visant à lutter contre les conséquences économiques de l'épidémie de COVID-19. La convention fixe en particulier la participation de l'organisation de cautionnement à la prévention, à la lutte et à la poursuite en matière d'abus (article 6 alinéa 2 lettre i LCaS-COVID-19).

L'article 9 alinéa 1 LCaS-COVID-19 prévoit que l'organisation de cautionnement peut recourir à des tiers afin d'accomplir ses tâches. Ce recours doit être réglé par contrat et satisfaire aux conditions usuelles du marché. L'organisation de cautionnement doit sélectionner, instruire et surveiller soigneusement les tiers qu'elle mandate (article 9 alinéa 1 LCaS-COVID-19).

Se pose la question de savoir si l'organisation de cautionnement peut être considérée comme un tiers interposé agissant pour le compte du DEFR. Outre les questions liées aux tâches transférées, lesquelles seront discutées dans la section suivante consacrée à l'existence d'un marché public, il nous semble pertinent d'examiner quelle entité supporte les coûts liés au mandat confié. Selon l'article 14 alinéa 1 LCaS-COVID-19, la Confédération prend en charge les frais administratifs que les organisations de cautionnement supportent dans le cadre de la gestion, de la surveillance et du règlement des cautionnements octroyés en vertu de l'OCaS-COVID-19 ainsi que de la gestion des créances qui leur sont transférées, des actes de défaut de biens et certificats d'insuffisance de gage en relation avec les crédits octroyés en vertu de ladite ordonnance.

Selon l'article 14 alinéa 2 lettre b LCaS-COVID-19, les frais administratifs comprennent également les frais de recours à des tiers au sens de l'article 9 alinéa 1 LCaS-COVID-19. L'article 9 alinéa 1 OCaS-COVID-19 statue également que « [l]a Confédération prend à sa charge les frais administratifs encourus par les organisations de cautionnement pour l'octroi des cautionnements visés par la présente ordonnance. Ces frais comprennent les frais d'examen des demandes, les frais de surveillance et les frais de traitement, et englobent aussi les frais liés au recours à des tiers ». Le fait que les **coûts liés à l'étude d'avocats soient entièrement supportés par la Confédération** semble être un indice fort en faveur de la qualification du DEFR en tant que véritable pouvoir adjudicateur. Finalement, il convient de relever que le DEFR constitue une unité de l'administration fédérale et est, à ce titre, soumis à la LMP, conformément à l'article 4 alinéa 1 LMP.

En l'espèce, il apparaît défendable que l'hypothèse visée à l'article 4 alinéa 4 LMP soit réalisée.

2 Champ d'application objectif : la qualification du contrat en tant que marché public, respectivement la délégation d'une tâche publique

Selon l'article 8 alinéa 1 LMP, un marché public est un contrat onéreux conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. L'article 9 LMP prévoit que « [l]a **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 ».

S'agissant de la délimitation entre les deux dispositions, la nature juridique de l'acte de transfert peut fournir des indications, dès lors que la **délégation d'une tâche publique** s'opère en règle générale sur la base du droit public. En outre, la délégation d'une tâche publique suppose toujours l'existence

13 Message concernant la révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, p. 43; disponible sur lien suivant : [FF 2017 1695 - Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics | Fedlex.](#)

14 Daniel Zimmerli, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, p. 94 no 63.

15 Daniel Zimmerli, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, p. 94 no 66.

16 Arrêt du Tribunal fédéral B-6177/2008 et B-6386/2008 du 25 novembre 2008 consid. 3.7.1.

17 Dumeng Niculin Bezzola-Büchler, Staatliche Drittsicherheiten für Private, 2023, p. 275.

18 Dumeng Niculin Bezzola-Büchler, Staatliche Drittsicherheiten für Private, 2023, p. 274.

d'un contrat de durée, tandis qu'un marché public au sens de l'article 8 LMP est souvent qualifié de simple contrat d'obligations¹⁹. Un marché public au sens de l'article 9 LMP suppose que des droits exclusifs ou spéciaux soient accordés à la prestataire. Lorsque l'adjudicatrice confie la responsabilité de l'exécution à une seule prestataire ou à un cercle restreint de prestataires, elle exclut ou restreint généralement de manière significative la possibilité pour d'autres acteurs privés d'exercer cette activité et confère ainsi des droits au sens de cette disposition²⁰.

En l'espèce, la qualification d'un contrat onéreux conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire peut être retenue tant pour la **convention de droit public** conclue entre la Confédération et CAUTIONNEMENT ROMAND au sens de l'article 6 LCaS-COVID-19 que pour le contrat liant ce dernier à l'étude d'avocats mandatée au sens de l'article 9 LCaS-COVID-19.

S'agissant de la **qualification d'une tâche publique**, il est renvoyé à l'article 5 alinéa 1 LCaS-COVID-19. Selon cette disposition, les organisations de cautionnement assument la gestion, la surveillance et le règlement des cautionnements (lettre a) ; les tâches qui leur sont attribuées dans le cadre de la prévention, de la lutte et de la poursuite en matière d'abus (lettre b) ; et les tâches prévues par la convention conclue avec la Confédération (lettre c). Pour accomplir ses tâches, l'organisation de cautionnement peut recourir à des tiers (article 9 LCaS-COVID-19).

La tâche prévue à l'article 5 alinéa 1 lettre a LCaS-COVID-19 vise à atténuer les conséquences économiques de l'épidémie de COVID-19 et s'inscrit dans un objectif de stabilité économique. Les tâches prévues à l'article 5 alinéa 1 lettre b LCaS-COVID-19 visent la protection des intérêts financiers de la Confédération. Au regard de la base légale qui prévoit l'obligation d'exécution (*Erfüllungspflicht*) des tâches confiées et les intérêts publics poursuivis par ces tâches, leur exécution peut être

qualifiée de tâches publiques²¹, de sorte que l'existence d'un marché public, respectivement la délégation d'une tâche publique peut, *a priori*, être retenue. Finalement, les tâches précitées ont été confiées aux quatre organisations de cautionnement, ce qui exclut généralement la possibilité pour d'autres acteurs privés d'exercer cette activité. La convention de droit public ainsi que le caractère de contrat de durée plaident en outre en faveur de l'application de l'article 9 LMP. Il ne semble toutefois pas indispensable de délimiter de manière définitive l'application des articles 8 ou 9 LMP, le champ d'application objectif apparaissant rempli. Le mandat confié au cabinet d'avocats pourrait dès lors être qualifié **d'acquisition de services destinée à l'exécution d'une tâche publique**.

3 L'atteinte du seuil applicable

Au regard des montants en jeu et des seuils prévus à l'article 16 LMP ainsi qu'à l'annexe 4 de la LMP, il peut être renoncé à examiner plus en détail la question des seuils applicables.

4 L'absence d'une exception légale

Des exceptions à l'application de la LMP sont prévues à l'article 10 LMP. Selon l'article 10 alinéa 1 lettre c LMP, la LMP ne s'applique pas au **versement d'aides financières** au sens de la LSu. La LSu s'applique aux aides financières et aux **indemnités** et prévoit notamment que, lorsque plusieurs bénéficiaires potentiels sont candidats à la délégation d'une tâche de la Confédération donnant lieu à une indemnité, la procédure de sélection applicable est, en principe, régie par la LMP (articles 3 et 15b alinéa 1 LSu).

Il se pose donc la question de savoir si les prestations accordées aux organisations de cautionnement doivent être considérées comme une aide financière au sens de l'article 3 alinéa 1 LSu. Selon l'article 3 alinéa 1 LSu, sont des aides financières les avantages monnayables accordés à des bénéficiaires étrangers à l'administration

fédérale, aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer. Les avantages monnayables peuvent prendre notamment les formes suivantes : prestations pécuniaires à fonds perdu, conditions préférentielles consenties lors de prêts, **cautionnements** ainsi que prestations en nature et services accordés à titre gracieux ou à des conditions avantageuses (article 3 alinéa 1 LSu). Selon l'article 3 alinéa 2 lettre a LSu, sont des indemnités les prestations accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale et destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement : de tâches prescrites par le droit fédéral (lettre a) ; et de tâches de droit public déléguées par la Confédération (lettre b).

La qualification juridique des **mécanismes de couverture accordés aux organisations de cautionnement** n'est pas univoque²². Les cautionnements accordés par ces organisations ne constituent pas des garanties étatiques, dès lors que les cautionnements COVID sont de nature privée. Dans une approche fondée sur une analyse économique, les cautionnements COVID s'apparentent toutefois à une garantie étatique indirecte²³ et pourraient, à ce titre, être qualifiés d'aide financière au sens de l'article 3 alinéa 1 LSu. Toutefois, selon la doctrine, la terminologie employée dans la LCaS-COVID-19²⁴ ainsi que le fait que la Confédération ait couvert à 100 % les pertes liées aux cautionnements COVID-19 et pris intégralement en charge les frais administratifs, conduisent à qualifier ces prestations d'indemnités, et non d'aides financières²⁵. En conséquence, il conviendrait de considérer que la Confédération n'octroie pas, à proprement parler, d'aides financières aux organisations de cautionnement, mais verse plutôt des **indemnités dans le cadre d'un transfert d'une tâche publique**.

Il est en tout état de cause certain que ces délimitations et qualifications

19 Thomas P. Müller, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, p. 177.

20 Thomas P. Müller, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, p. 178.

21 Cf. pour une analyse approfondie avec des références complémentaires : Daniel Lengauer, Claudia Götz, Barbara Fritschi, Corona-Kredite für KMU, Umsetzung des Massnahmenpakets und Kommentierung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (Covid-19-SBÜG), 2021, p. 121 ; Dumeng Niculin Bezzola-Büchler, Staatliche Drittsicherheiten für Private, 2023, p. 272.

22 Le Tribunal fédéral a retenu que les aides financières accordées à fonds perdu par les cantons aux entreprises dans le but de maintenir leur activité en relation avec l'épidémie de Covid-19 étaient des subventions au sens de l'article 83 lettre k LTF (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_685/2023 du 26 mars 2024 consid. 1.3.1 avec références citées), sans toutefois se prononcer sur la question des cautionnements ni sur la délimitation entre aides financières et indemnités dans un tel contexte.

23 Dumeng Niculin Bezzola-Büchler, Staatliche Drittsicherheiten für Private, 2023, p. 280.

24 L'article 6 alinéa 2 lettre b COVID-19-SBÜG fait expressément référence à des « indemnités » la LCaS-COVID-19.

25 Daniel Lengauer, Claudia Götz, Barbara Fritschi, Corona-Kredite für KMU, Umsetzung des Massnahmenpakets und Kommentierung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (Covid-19-SBÜG), p. 115-117.

présentent une certaine complexité et ne sont assurément pas exempte de controverses. Même à supposer que l'on ne puisse adhérer pleinement à la qualification des prestations aux organisations de cautionnement comme indemnités, il y aurait néanmoins lieu de se poser la question de savoir si la prise en charge des frais afférents aux **tâches attribuées aux organisations de cautionnement dans le cadre de la prévention, de la lutte et de la poursuite en matière d'abus** (cf. article 5 alinéa 1 lettre b LCaS-COVID-19) doit être qualifiée non pas d'aide financière, mais d'indemnité pour l'accomplissement d'une tâche de droit public, à savoir la prévention des abus dans l'intérêt financier de la Confédération. Il apparaît difficilement concevable que les honoraires versés par la Confédération à l'étude d'avocats puissent être qualifiés d'aides financières. Partant, l'exception prévue à l'article 10 alinéa 1 lettre c LMP ne trouverait pas application dans cette mesure. Il existe dès lors des arguments pertinents s'opposant à l'application de l'exception prévue à l'article 10 alinéa 1 lettre c LMP.

Par ailleurs, selon l'article 10 alinéa 1 lettre g LMP, la LMP ne s'applique pas à certains services juridiques, notamment à la représentation de la Confédération par un avocat dans le cadre de procédures judiciaires et aux services qui y sont liés. Cette exception ne semble pas applicable en l'espèce, dès lors que ce sont les organisations de cautionnement, et non la Confédération, qui sont parties aux procédures et représentées.

Les autres exceptions prévues à l'article 10 LMP ne paraissent pas pertinentes en l'espèce.

Enfin, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception, se pose la **question de l'admissibilité d'une procédure de gré à gré**. L'article 21 alinéa 2 lettre d LMP pourrait être invoqué selon lequel « [l']*adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des*

conditions suivantes est remplie : en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien ». Toutefois, à supposer que la LMP soit applicable et que cette disposition soit invoquée, la procédure ne semble néanmoins pas respecter l'article 11 lettre a LMP, selon lequel, lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur agit de manière transparente, objective et impartiale dès lors qu'un éventuel conflit d'intérêts pourrait être retenu en raison de la présence, au sein d'un organe administratif du pouvoir adjudicateur, d'une personne représentant le tiers mandaté.

IV Conclusion

Le renvoi au fait que CAUTIONNEMENT ROMAND est une organisation de droit privé ne suffit pas, à lui seul, à exclure l'application de la LMP. Des arguments légitimes plaident en faveur de **l'obligation de recourir à une procédure d'appel d'offres**, de sorte que le scénario d'espèce pourrait être qualifié de passation de fait d'un marché public²⁶. La licéité de la démarche retenue soulève dès lors des interrogations importantes, d'autant plus qu'elle implique l'engagement de fonds publics d'un montant significatif. La présente analyse n'entend pas apporter de réponses définitives, mais vise à mettre en lumière les enjeux soulevés et à ouvrir des pistes de réflexion quant à l'interprétation et à l'application du droit des marchés publics en lien avec les mandats d'avocats pris en charge par la Confédération.



Flavia Bianchi is a Counsel at MANGEAT. Her main practice areas are Litigation and Dispute Resolution in public and criminal matters.



Grégoire Mangeat is one of the founders of MANGEAT and Former Chairman of the Geneva Bar Association (2016–2018). He is recommended by Legal 500 and a ranked lawyer by Chambers and Partners.

26

Cf. concernant certaines problématiques procédurales liées aux passations de fait de marchés publics (« De-facto -Vergabe »): Arrêt du Tribunal fédéral 2D_77/2010 du 19 juillet 2011 consid. 4.1; arrêt du tribunal administratif du Canton d'Argovie WBE.2012.159 du 1 juillet 2023 consid. 3.2 s.