L'obligation d'appel d'offres en cas de transfert d'une concession de monopole et sa relation avec l'AIMP révisé

Le Tribunal fédéral confirme que l'octroi de concessions collectives de taxis avec un droit d'usage accru du domaine public constitue un transfert de monopole soumis à l'art. 2 al. 7 LMI. Cette disposition exige en principe un appel d'offres ouvert à la concurrence. Une procédure sur invitation n'est admissible que si elle respecte les conditions de l'art. 3 LMI. Selon le Tribunal fédéral, il en va ainsi même lorsque la concession constitue un marché public au sens de l'art. 9 AIMP et que l'AIMP autorise une procédure sur invitation.

Das Bundesgericht bestätigt, dass die Erteilung von kollektiven Taxikonzessionen mit einem gesteigerten Nutzungsrecht am öffentlichen Grund eine Übertragung eines Monopols darstellt, die Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht. Diese Bestimmung verlangt grundsätzlich eine offene, dem Wettbewerb zugängliche Ausschreibung. Ein Einladungsverfahren ist nur zulässig, wenn es die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt. Nach Auffassung des Bundesgerichts gilt dies auch dann, wenn die Konzession eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 9 IVöB darstellt und die IVöB ein Einladungsverfahren zulässt.

Arrêt du Tribunal fédéral 2C_301/2025 du 20 février 2026

Domenico Di Cicco, Docteur en droit, avocat, chargé de cours à l'EPFL (Université de Fribourg) et à l'UNIL

Le cas

(331) **A.** Une société active dans le domaine des taxis est inscrite au registre du commerce du canton de Vaud depuis juillet 2023 (ci-après : la Société). Son associé-gérant dispose des autorisations nécessaires pour le transport professionnel de personnes.

En septembre 2024, la Municipalité de Payerne a lancé un appel d'offres sur invitation pour l'attribution de trois concessions collectives de taxis avec permis de stationnement sur le domaine public. Seules les quatre entreprises locales titulaires des concessions existantes ont été invitées à déposer une offre. Plusieurs critères d'adjudication étaient prévus. Ils portaient notamment sur l'ancienneté de l'activité dans l'arrondissement, les antécédents pénaux et administratifs, la situation financière du directeur ainsi que les caractéristiques des véhicules.

B. Par décision du 17 octobre 2024, la Municipalité a attribué les trois concessions aux trois autres entreprises invitées, la Société ayant terminé en quatrième position.

La Société a recouru contre cette décision auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, en faisant notamment valoir que les entreprises adjudicataires se trouvaient sous le contrôle d'une même personne et bénéficiaient ainsi d'une situation de quasi-monopole.

Par arrêt du 30 avril 2025, le Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours. Il a notamment retenu que les entreprises adjudicataires constituaient des entités juridiques distinctes. La question de l'admissibilité du recours même à une procédure sur invitation n'a pas été examinée.

C. La Société a formé un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral. Invitée à se déterminer en sa qualité d'autorité fédérale disposant d'un droit de recours, la Commission de la concurrence (COMCO) a conclu à une violation de la législation fédérale sur le marché intérieur.

L'arrêt

Le Tribunal fédéral admet le recours en matière de droit public. Il annule l'arrêt cantonal ainsi que la décision d'attribution et renvoie la cause à la Municipalité. Celle-ci doit organiser une nouvelle procédure conforme à l'art. 2 al. 7 LMI. Le recours constitutionnel subsidiaire est déclaré irrecevable.

1. Le Tribunal fédéral rappelle que le transfert de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à une entreprise privée ne relève pas de l'exception prévue à l'art. 83 let. f LTF. La voie du recours en matière de droit public est donc ouverte. Il en va notamment ainsi de l'octroi à des exploitants de taxis d'un droit d'usage accru du domaine public[1].

2. Le règlement communal sur le service des taxis soumet l'attribution des concessions à une procédure d'appel d'offres conformément à l'art. 2 al. 7 LMI. Selon le Tribunal fédéral, ce renvoi ne rend toutefois pas cette disposition applicable à titre de droit communal supplétif. L'art. 2 al. 7 LMI s'applique directement en tant que norme de droit fédéral, dont le Tribunal fédéral examine librement le respect[2].

Le Tribunal fédéral confirme la jurisprudence de l'ATF 143 II 598. Selon celle-ci, l'octroi à des exploitants privés de taxis

[1] Cons. 1.2.
[2] Cons. 3.

d'un droit d'usage accru du domaine public est assimilé, au moins par analogie, au transfert d'une concession de monopole au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. La collectivité exerce en effet un monopole de fait sur son domaine public.

3. La COMCO, invitée à se déterminer devant le Tribunal fédéral en sa qualité d'autorité fédérale disposant d'un droit de recours, conclut à une violation de la législation sur le marché intérieur. Elle soulève notamment la question de la conformité de la procédure sur invitation à l'art. 2 al. 7 LMI.

Le Tribunal fédéral considère qu'il peut examiner cette question d'office, dès lors qu'elle relève du droit fédéral (art. 106 al. 1 LTF). Il rappelle qu'il n'est lié ni par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens invoqués par les parties. Il peut ainsi examiner la licéité de la procédure d'octroi des concessions sous l'angle de l'art. 2 al. 7 LMI, bien que ce grief n'ait pas été soulevé par la recourante et que le Tribunal cantonal n'ait pas examiné cette disposition. Cet examen reste admissible dès lors qu'il repose sur les faits constatés et demeure dans les limites de l'objet du litige[3].

4. Le Tribunal fédéral examine dès lors si la procédure sur invitation organisée par la Municipalité respecte les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI. Cette disposition impose que le transfert de l'exploitation d'un monopole fasse l'objet d'un appel d'offres et que celui-ci ne discrimine pas les personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.

Selon le Tribunal fédéral, cette obligation implique en principe une procédure ouverte. Une publication officielle doit permettre à toute entreprise intéressée de déposer une offre. L'art. 2 al. 7 LMI n'impose toutefois pas l'application de l'ensemble des règles du droit des marchés publics. La collectivité concédante conserve ainsi une certaine liberté dans l'organisation de la procédure d'attribution.

Une mise en concurrence limitée reste donc possible, à condition de respecter les exigences de l'art. 3 LMI[4].

5. En l'espèce, la procédure sur invitation était limitée aux quatre entreprises locales titulaires des anciennes concessions. Elle excluait ainsi *de facto* les prestataires établis ailleurs en Suisse et favorisait les entreprises déjà présentes sur le marché. Selon le Tribunal fédéral, une telle restriction à l'accès au marché n'est admissible que si les conditions de l'art. 3 LMI sont remplies.

Le Tribunal fédéral reconnaît d'abord que le service des taxis bénéficiant d'un droit d'usage accru du domaine public constitue un quasi-service public complémentaire aux transports publics. La collectivité peut donc légitimement chercher à garantir la fiabilité, la disponibilité et la qualité du service ainsi que la confiance des usagers. Ces intérêts publics ne justifient toutefois pas de réserver la procédure aux entreprises locales. Rien ne permet de considérer que des entreprises externes ne seraient pas en mesure de fournir des prestations répondant aux mêmes exigences. La qualité du service peut être garantie par des moyens moins restrictifs. La Municipalité pouvait notamment prévoir des critères de sélection applicables à tous les candidats concernant la formation, la connaissance du territoire, la sécurité ou encore la disponibilité du service. La restriction n'est donc pas indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LMI[5].

La procédure ne respecte pas non plus le principe de proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 1 let. c et al. 2 LMI. L'exclusion préalable de tous les offreurs externes n'est ni propre ni nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis. Des critères objectifs et neutres du point de vue de la concurrence auraient permis d'atteindre ces objectifs. Le Tribunal fédéral souligne en outre qu'une telle exclusion nuit à la mobilité des entreprises et à la compétitivité de l'économie suisse. Elle porte ainsi une atteinte excessive à la liberté d'accès au marché[6].

Le Tribunal fédéral considère enfin que la procédure constitue une entrave déguisée à l'accès au marché au sens de l'art. 3 al. 3 LMI. En réservant la procédure aux quatre entreprises locales déjà titulaires des concessions, la Municipalité consolide leurs positions acquises et favorise leurs intérêts économiques. Les conditions permettant de déroger au principe d'un appel d'offres ouvert ne sont dès lors pas réunies. Le recours à la procédure sur invitation viole ainsi l'art. 2 al. 7 LMI[7].

6. Dans un *obiter dictum* à la fin de sa motivation[8], le Tribunal fédéral précise qu'il n'y a pas lieu de déterminer si l'entrée en vigueur de l'AIMP révisé, dont l'art. 9 assimile l'octroi de certaines concessions à des marchés publics, est susceptible de modifier l'analyse juridique.

Selon le Tribunal fédéral, l'art. 2 al. 7 LMI fixe des exigences minimales qui continuent à s'appliquer aux cantons et aux communes après la révision du droit des marchés publics. Par conséquent, même si l'AIMP révisé permettait l'attribution d'une concession de monopole par une procédure sur invitation, celle-ci devrait respecter l'art. 2 al. 7 LMI ou, à défaut, être justifiée au regard de l'art. 3 LMI. En l'espèce, la procédure d'appel d'offres sur invitation organisée par la Municipalité de Payerne ne respecte pas ces conditions.

7. Le recours en matière de droit public est admis dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à la Municipalité de Payerne afin qu'elle organise une nouvelle procédure d'attribution des concessions collectives de taxis conforme à l'art. 2 al. 7 LMI.

Le commentaire

1. L'arrêt confirme tout d'abord la jurisprudence de l'ATF 143 II 598. Selon celle-ci, l'octroi à des exploitants privés de taxis d'un droit d'usage accru du domaine public est assimilé, à tout

[3] Cons. 3.2 et 4.
[4] Cons. 5.1 à 5.5.
[5] Cons. 5.7.1.
[6] Cons. 5.7.2.
[7] Cons. 5.7.3 et 5.8.
[8] Cons. 6.

le moins par analogie, au transfert d'une concession de monopole au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. La collectivité exerce en effet un monopole de fait sur son domaine public.

La solution retenue dans le cas d'espèce est ainsi justifiée. La Municipalité avait réservé la procédure aux quatre entreprises locales qui bénéficiaient déjà des concessions. Elle excluait ainsi les entreprises établies ailleurs en Suisse et consolidait les positions des prestataires en place. Une telle restriction porte gravement atteinte au principe de non-discrimination prévu à l'art. 2 al. 7 LMI.

2. Cela étant, l'intérêt de l'arrêt nous paraît surtout résider dans son considérant 6, consacré à la relation entre l'art. 2 al. 7 LMI et l'art. 9 AIMP révisé. Le Tribunal fédéral ne tranche pas expressément la question de savoir si la concession litigieuse constitue un marché public au sens de l'art. 9 AIMP. Il considère toutefois que l'art. 2 al. 7 LMI fixe des exigences minimales qui demeurent applicables sous l'empire de l'AIMP révisé. Il en déduit que, même si l'AIMP révisé autorisait en l'espèce le recours à une procédure sur invitation, celle-ci devrait encore respecter les conditions de l'art. 3 LMI.

3. Cette approche du Tribunal fédéral paraît s'appuyer sur la position défendue par Diebold[9] et Rütsche[10]. Elle est également approuvée par Weber dans son récent commentaire du présent arrêt[11]. Selon ces auteurs, l'art. 2 al. 7 LMI constitue une garantie minimale qui s'applique indépendamment des règles prévues par l'AIMP révisé[12]. Weber en déduit notamment que les valeurs seuils de l'AIMP ne sont pas déterminantes pour l'application de l'art. 2 al. 7 LMI[13]. La faible valeur d'une concession pourrait tout au plus être prise en considération dans le cadre de l'examen de la proportionnalité selon l'art. 3 LMI. Il doute cependant que la volonté d'éviter les coûts d'une procédure ouverte constitue un intérêt public suffisant pour justifier une procédure sur invitation. Selon cette conception, même une concession de faible importance devrait donc en principe faire l'objet d'un appel d'offres ouvert.

Cette conception nous paraît critiquable pour trois raisons.

4. En premier lieu, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne nous paraît pas suffisamment tenir compte de l'art. 5 al. 1 2e phr. LMI, qui prévoit que lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole sont fondés sur l'AIMP révisé, les dispositions de la LMI sont présumées respectées.

a. Cette présomption a été introduite lors de la révision du droit des marchés publics de 2019 afin de clarifier les rapports entre la LMI et le droit des marchés publics[14]. Dans son message, le Conseil fédéral rappelle certes que la LMI impose aux cantons et aux communes des exigences minimales destinées à garantir le libre accès au marché intérieur. Il considère toutefois que l'AIMP révisé respecte ces exigences[15]. C'est sur la base de ce constat qu'il a proposé d'introduire la présomption aujourd'hui inscrite à l'art. 5 al. 1 LMI. Le Message type de l'AIMP repose sur la même analyse[16].

b. Le Conseil fédéral a toutefois précisé que cette présomption suppose que l'AIMP ait été correctement appliqué. Il donne l'exemple d'une adjudication de gré à gré fondée formellement sur l'AIMP révisé, alors que les conditions légales permettant de recourir à cette procédure ne sont pas remplies[17]. Dans ce cas, la présomption ne s'applique pas et la COMCO peut faire valoir que l'adjudication viole la LMI. L'examen porte donc d'abord sur la correcte application de l'AIMP, notamment sur le respect des règles qui déterminent le choix de la procédure d'adjudication.

c. À l'inverse, lorsque les conditions prévues par l'AIMP sont respectées, la procédure d'adjudication ou d'octroi de la concession bénéficient de la présomption de conformité à la LMI. Il ne devrait alors pas être nécessaire de soumettre le choix de la procédure à un nouvel examen sous l'angle de l'art. 3 LMI. Ainsi, lorsqu'une concession constitue un marché public au sens de l'art. 9 AIMP et que sa valeur autorise le recours à une procédure sur invitation, le choix de cette procédure devrait en principe être couvert par la présomption de l'art. 5 al. 1 LMI. Le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral conduit pourtant à vérifier encore si la limitation de l'accès au marché inhérente à cette procédure peut être justifiée au regard de l'art. 3 LMI.

d. Ce contrôle supplémentaire ne nous paraît ni nécessaire, ni opportun. De deux choses l'une : soit l'examen fondé sur l'art. 3 LMI confirme la licéité de la procédure prévue par l'AIMP, auquel cas il fait double emploi avec l'application de ce dernier ; soit il conduit à considérer comme contraire à la LMI une procédure pourtant valablement choisie selon l'AIMP. Dans ce second cas, ce n'est plus seulement la légalité de l'adjudication concrète qui est en cause, mais la conformité à la LMI des règles prévues par l'AIMP lui-même. Une telle conséquence paraît difficilement conciliable avec l'objectif d'harmonisation et de simplification des rapports entre la LMI et le droit des marchés publics poursuivi par la révision adoptée en 2019.

e. La pratique de la COMCO paraît d'ailleurs confirmer cette interprétation. Dans l'exercice de son droit de recours (art. 9

---

[9] N. Diebold, Ausschreibung des Zugangs zu geschlossenen Märkten der Kantone, in : SZKW 2025, p. 85 ss, p. 90.

[10] B. Rütsche, Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM), Rechtsgutachten vom 10. Februar 2023, <www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/ruetsche/dok/Rechtsgutachten_Ausschreibungspflichen_BGBM2VII_2023_def.pdf> (visité le 25 août 2026), n. 42.

[11] Y. Weber, Einladungsverfahren bei Taxikonzession-Vergabe als Binnenmarkteinschränkung – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 2C_301/2025 vom 20. Februar 2026, in : RSDCC 2026, p. 110 ss, p. 114.

[12] Diebold (n. 9), p. 90 ; Rütsche (n. 10), n. 42 ; Weber (n. 11), p. 112 ss.

[13] Weber (n. 11), p. 112 et 114.

[14] Conseil fédéral, Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, FF 2017 p. 1695 ss, p. 1836 ss. Cf. ég., p. 1722 ss.

[15] Conseil fédéral (n. 14), FF 2017 p. 1836.

[16] Autorité intercantonale pour les marchés publics, Message type concernant la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 8 septembre 2022, p. 18-20.

[17] Conseil fédéral (n. 14), FF 2017, p. 1837 *in initio*.

al. 2bis LMI) ou lorsqu'elle prend position dans le cadre d'un recours, elle intervient généralement lorsqu'un marché ou une concession a été soumis à une procédure insuffisamment ouverte à la concurrence au regard des règles d'adjudication applicables, par exemple lorsque les conditions d'une procédure de gré à gré ou sur invitation ne sont pas remplies[18]. À notre connaissance, la COMCO n'a en revanche jamais contesté, sur le seul fondement de la LMI, une procédure sur invitation valablement choisie en raison de la valeur du marché. Cette pratique paraît cohérente avec la bonne application de l'art. 5 al. 1 LMI. Il s'agit de vérifier si la procédure a été correctement choisie selon l'AIMP révisé (lorsqu'il est applicable), mais pas de contrôler une seconde fois si ce choix est conforme à l'art. 3 LMI.

f. Certes, la présomption de l'art. 5 al. 1 LMI est réfragable. Le Conseil fédéral envisage d'ailleurs qu'une adjudication conforme à l'AIMP puisse néanmoins violer la LMI, notamment si une modification ultérieure de l'AIMP rend certaines de ses dispositions incompatibles avec celle-ci[19]. Cette hypothèse est toutefois différente. Elle conduit à examiner la conformité de nouvelles dispositions de l'AIMP à la LMI et non à passer systématiquement au crible des conditions strictes de l'art. 3 LMI chaque procédure sur invitation valablement choisie.

g. Cela est aussi confirmé par le fait que l'art. 5 al. 1 LMI vise expressément l'adjudication des marchés publics et l'octroi des concessions de monopole. Le législateur fédéral a donc envisagé l'articulation entre l'art. 2 al. 7 LMI et l'AIMP révisé. Lorsqu'une concession constitue également un marché public au sens de l'art. 9 AIMP, son attribution relève exclusivement de l'AIMP et de l'art. 5 LMI. L'art. 2 al. 7 LMI ne devrait ainsi entrer en ligne de compte que si l'octroi de la concession ne constitue pas un marché public. Si l'attribution est fondée sur l'AIMP révisé, elle bénéficie précisément de la présomption de conformité à la LMI. Il paraît dès lors difficile d'exiger qu'une procédure sur invitation valablement choisie selon l'AIMP doive encore être systématiquement justifiée au regard de l'art. 3 LMI.

h. En tout état de cause, l'arrêt ne mentionne pas la présomption de conformité prévue par l'art. 5 al. 1 2e phr. LMI. Cette lacune dans la motivation est regrettable, puisque le considérant 6 porte précisément sur l'articulation entre l'art. 2 al. 7 LMI et l'art. 9 AIMP. Ce considérant laisse penser que, même lorsqu'une procédure sur invitation est admissible pour octroyer une concession soumise à l'art. 9 AIMP, le recours à cette procédure doit encore être justifié au regard de l'art. 3 LMI.

i. Une telle approche est susceptible de réduire sensiblement la portée de la présomption de l'art. 5 al. 1 LMI. Elle permet en effet de remettre en cause, sous l'angle de la LMI, le choix d'une procédure pourtant expressément autorisée par le droit des marchés publics (AIMP révisé). À notre sens, cette question revêt une importance pratique non négligeable, car si le recours à une procédure sur invitation pour l'octroi d'une concession relevant de l'art.9 AIMP doit systématiquement faire l'objet d'une justification supplémentaire au regard de l'art. 3 LMI, la possibilité d'utiliser effectivement cette procédure s'en trouve très restreinte. Cette conséquence aurait, selon nous, mérité d'être discutée dans l'arrêt.

5. En deuxième lieu, la position du Tribunal fédéral nous paraît difficilement conciliable avec l'art. 5 al. 2 LMI et avec la logique des valeurs seuils qui sous-tend cette disposition.

a. L'art. 5 al. 2 LMI impose aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches cantonales ou communales de publier dans un organe officiel les projets de marchés publics de grande importance, ainsi que les critères de participation et d'attribution. Il est généralement admis que les procédures d'adjudication visées par cette disposition correspondent aux procédures ouvertes ou sélectives, dès lors qu'elles impliquent la publication de l'appel d'offres et l'annonce préalable des critères d'aptitude et d'adjudication[20]. La limitation de ces exigences aux marchés de grande importance répond à un intérêt public tenant à la nécessité de maintenir un rapport raisonnable entre la valeur du marché et les coûts administratifs engendrés par la procédure de passation[21]. La LMI n'exige donc pas une procédure ouverte ou sélective pour tous les marchés publics indépendamment de leur valeur, mais uniquement pour ceux qui revêtent une « grande importance » au sens de l'art. 5 al. 2 LMI.

b. À notre sens, cette conclusion demeure valable même si l'on considère que les principes de transparence et de non-discrimination consacrés par l'art. 5 al. 1 LMI s'appliquent à l'ensemble des marchés publics et que le recours à une procédure sur invitation ou de gré à gré constitue une restriction à l'accès au marché soumise aux conditions de l'art. 3 LMI[22].

c. En effet, déjà avant la révision du droit des marchés publics de 2019, la doctrine admettait que les valeurs seuils prévues par l'AIMP concrétisaient, au niveau cantonal, la notion de marché de « grande importance » au sens de l'art. 5 al. 2 LMI, dans le respect des conditions posées par l'art. 3 LMI[23]. Ces seuils s'appliquent indistinctement à tous les soumissionnaires (art. 3 al. 1 let. a LMI), répondent à un intérêt public prépondérant lié notamment à la nécessité de maintenir un rapport raisonnable entre la valeur du marché et les coûts de la procédure de passation (art. 3 al. 1 let. b LMI), respectent le principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI) et ne cons-

---

[18] Cf. p.ex. ATF 141 II 113 (absence d'appel d'offres pour motif d'urgence). Cf. ég. ATF 142 II 252 (absence de mise en concurrence lors de la transmission de la gestion d'un hôtel appartenant à une collectivité publique) ; arrêt TF 2D_35/2022 du 22 juin 2023 (contestation de la procédure de gré à gré) ; arrêts TC-FR 602 2025 67 du 4 novembre 2025, in : BR/DC 1/2026, p. 39, n. 10 (procédure sur invitation malgré le dépassement important de la valeur seuil correspondante) ; TC-FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 (idem).

[19] Conseil fédéral (n. 14), FF 2017, p. 1837.

[20] E. Clerc, in : V. Martenet / C. Bovet / P. Tercier (éds), Droit de la concurrence, Commentaire romand, 2e éd., Bâle 2013, *ad* art. 5 LMI n. 169 et les réf. cit.

[21] Clerc (n. 20), *ad* art. 5 LMI n. 174 et les réf. cit.

[22] Cpr. Autorité intercantonale pour les marchés publics (n. 16), p. 10. Cpr. ég. Clerc (n. 20), *ad* art. 5 LMI n. 169 et les réf. cit.

[23] Cpr. Clerc (n. 20), *ad* art. 5 LMI n. 175 ss et 169 *in fine.*

tituent pas une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI).

d. Par conséquent, lorsqu'un marché se situe en dessous du seuil imposant une procédure ouverte ou sélective, le recours à une procédure sur invitation ou de gré à gré est en principe compatible avec la LMI. Il paraît dès lors difficile de considérer que la valeur du marché serait sans pertinence sous l'angle de la LMI et qu'elle ne pourrait être prise en considération que dans le cadre d'un examen concret des conditions de l'art. 3 LMI.

e. Certes, l'art. 5 al. 2 LMI concerne les marchés publics, tandis que l'art. 2 al. 7 LMI vise le transfert de l'exploitation de monopoles. L'entrée en vigueur de l'art. 9 AIMP impose toutefois de tenir compte du fait que l'octroi de certaines concessions constitue désormais lui-même un marché public au sens de l'AIMP révisé. Lorsqu'une telle concession constitue un marché public, son attribution relève de l'art. 5 LMI et du droit des marchés publics. Dans une telle hypothèse, il paraît difficile de faire abstraction des règles de l'AIMP qui déterminent la procédure d'adjudication applicable en fonction de la valeur du marché.

f. Ainsi, lorsque la valeur d'une concession relevant de l'art. 9 AIMP permet, au regard des seuils applicables, le recours à une procédure sur invitation ou de gré à gré, le choix de cette procédure devrait en principe être considéré comme conforme à la LMI. Il serait en effet peu cohérent que les valeurs seuils qui concrétisent l'art. 5 al. 2 LMI dans le domaine des marchés publics cessent de s'appliquer au seul motif que le marché porte sur l'octroi d'une concession. Le message type de l'AIMP et la doctrine considèrent d'ailleurs que le choix de la procédure applicable à l'octroi des concessions visées par l'art. 9 AIMP dépend notamment de la valeur estimée du marché[24].

g. Les développements qui précèdent ne vident pas l'art. 3 LMI de toute portée. Cette disposition peut notamment entrer en ligne de compte lorsque les modalités concrètes de la procédure, le choix des entreprises invitées ou les critères retenus entraînent une discrimination injustifiée ou une entrave déguisée à l'accès au marché[25]. L'art. 3 LMI ne devrait en revanche pas conduire à remettre en cause le principe même du recours à une procédure sur invitation lorsque celui-ci est autorisé en raison de la valeur du marché. La limitation de l'accès aux seuls soumissionnaires invités est en effet inhérente à ce type de procédure et a déjà été prise en compte dans la fixation des valeurs seuils. Au surplus, une violation de l'art. 3 LMI devrait le plus souvent constituer déjà une violation de l'AIMP, car il paraît difficile de concevoir un marché conforme à l'AIMP mais contraire à la LMI.

6. En troisième lieu, il convient de relever que la solution retenue au considérant 6 s'inscrit dans la conception défendue par Diebold et Rütsche et désormais approuvée par Weber dans son commentaire du présent arrêt[26]. Selon cette approche, l'art. 2 al. 7 LMI constitue une garantie minimale de droit fédéral qui conserve une portée autonome et prime le droit cantonal des marchés publics. Il demeurerait ainsi applicable même lorsqu'une concession constitue un marché public au sens de l'art. 9 AIMP. L'absence d'obligation de recourir à une procédure ouverte selon les valeurs seuils de l'AIMP ne suffirait donc pas à écarter l'exigence de mise en concurrence découlant de la LMI. Une procédure sur invitation ou de gré à gré devrait encore être justifiée au regard de l'art. 3 LMI.

a. Weber approuve expressément cette solution. Selon lui, le Tribunal fédéral suit la conception de Diebold en reconnaissant la primauté de la garantie fédérale de l'art. 2 al. 7 LMI sur les règles de l'AIMP permettant le recours à une procédure sur invitation. Il en déduit que les valeurs seuils de l'AIMP ne sont pas déterminantes pour le choix de la procédure lorsqu'une concession relève de l'art. 2 al. 7 LMI[27]. La faible valeur économique de la concession pourrait tout au plus être prise en considération au stade de la proportionnalité selon l'art. 3 LMI[28].

b. Weber va même plus loin en doutant que la volonté d'éviter les coûts administratifs d'une procédure ouverte puisse constituer un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Il en conclut que les concessions relevant de l'art. 2 al. 7 LMI devraient en principe faire l'objet d'un appel d'offres public, même lorsque leur valeur économique est faible[29]. Cette conclusion illustre précisément les difficultés que soulève, à notre sens, cette conception au regard de la relation entre la LMI et l'AIMP révisé.

c. L'approche défendue par Diebold et Rütsche paraît notamment motivée par la crainte que les cantons fassent un usage excessif de la réserve prévue à l'art. 9 2e phr. AIMP pour soustraire certaines concessions au droit des marchés publics et donc aux exigences de mise en concurrence qui en découlent[30]. Cette préoccupation peut être dans une certaine mesure compréhensible. Selon ces auteurs, une telle exclusion ne permet toutefois pas d'écarter l'art. 2 al. 7 LMI, qui conserve sa fonction de garantie minimale et impose une mise en concurrence indépendamment de l'assujettissement de la concession à l'AIMP.

d. Cette interprétation de l'art. 2 al. 7 LMI en lien avec l'art. 9 2e phr. AIMP ne va toutefois pas de soi. Le Message type de l'AIMP indique en effet que les dispositions spéciales réservées par l'art. 9 AIMP peuvent relever aussi bien du droit fédé-

---

[24] Autorité intercantonale pour les marchés publics (n. 16), p. 37 (« les valeurs seuils mentionnées aux annexes 1 et 2 sont également valables pour [...] l'octroi de concession ») ; J.-M. Brahier, Les seuils et les multiples problèmes qui s'y rattachent (valeurs, organisation du marché, valeur du marché, dépassement des seuils et protection juridique, in : J.-B. Zufferey / M. Beyeler / S. Scherler (éds), Aktuelles Vergaberecht 2024 / Marchés publics 2024, Zurich 2024, p. 271 ss, n. 162-165 ; D. Di Cicco, Le prix en droit des marchés publics, Zurich 2022, n. 449 ss.

[25] Cpr. arrêt TC-ZH VB.2021.00095 du 26 août 2021, où la COMCO n'a pas contesté le choix de la procédure sur invitation, mais ses modalités de mise en œuvre (invitation d'un soumissionnaire préimpliqué).

[26] Diebold (n. 9), p. 90 ; Rütsche (n. 10), n. 42 ; Weber (n. 11), p. 112 et 114.

[27] Weber (n. 11), p. 112 et 114.

[28] Weber (n. 11), p. 114.

[29] Weber (n. 11), p. 114.

[30] Diebold (n. 9), p. 89-92 ; Rütsche (n. 10), n. 39-42.

ral que du droit cantonal[31]. Il précise même qu'une réglementation cantonale prévoyant une procédure particulière d'octroi d'une concession peut, à certaines conditions, primer l'art. 9 AIMP. Selon le message, cette réserve semble ainsi avoir été introduite dans le but de reconnaître la primauté du droit sectoriel spécial sur le droit général des marchés publics.

e. La question est d'autant plus délicate que l'art. 2 al. 7 2e phr. LMI réserve désormais lui-même expressément les dispositions légales spéciales. Diebold considère néanmoins que cette réserve doit être interprétée restrictivement et ne vise que les dispositions spéciales de droit fédéral, à l'exclusion des dispositions de l'AIMP ou du droit cantonal[32]. Cette interprétation conduit ainsi à reconnaître un champ d'application étendu à l'art. 2 al. 7 1ère phr. LMI, tout en donnant une portée restrictive à la réserve des dispositions légales spéciales qu'il contient (art. 2 al. 7 2e phr. LMI). L'articulation entre l'art. 9 AIMP et l'art. 2 al. 7 LMI apparaît ainsi plus délicate que ne pourrait le laisser penser la solution retenue dans l'arrêt commenté.

f. Ces questions ne doivent toutefois pas être tranchées dans le cadre du présent commentaire. Elles concernent avant tout les concessions que les cantons pourraient soustraire au droit des marchés publics en faisant usage de l'art. 9 2e phr. AIMP. La situation est différente lorsqu'une concession est effectivement soumise à l'art. 9 AIMP et que le recours à une procédure sur invitation ou de gré à gré résulte de l'application régulière de ce droit. Dans cette hypothèse, la concession n'échappe pas au droit des marchés publics. Au contraire, le degré de l'ouverture à la concurrence résulte directement des règles de l'AIMP, notamment de ses valeurs seuils[33].

g. Il nous paraît dès lors préférable de distinguer ces deux situations. Lorsque la concession n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 9 AIMP, l'art. 2 al. 7 LMI peut conserver une fonction de garantie minimale, sous réserve des éventuelles dispositions légales spéciales applicables[34]. En revanche, lorsque la concession est soumise à l'AIMP révisé et que la procédure choisie est conforme à ce droit, les arguments exposés plus haut militent contre un nouvel examen systématique de ce choix sous l'angle de l'art. 3 LMI. La question plus générale des rapports entre l'art. 9 2e phr. AIMP et la réserve des dispositions légales spéciales prévue par l'art. 2 al. 7 2e phr. LMI dépasse toutefois le cadre du présent commentaire et ne sera pas approfondie plus avant ici.

7. Les remarques qui précèdent ne remettent toutefois pas en cause le résultat de l'arrêt. En l'espèce, la Municipalité de Payerne avait réservé la procédure sur invitation aux quatre entreprises locales déjà titulaires de concessions. Cette restriction ne résultait de l'application des valeurs seuils de l'AIMP, mais d'un choix fondé sur l'implantation locale et la présence antérieure des entreprises sur le marché. Elle favorisait ainsi directement les prestataires en place au détriment des entreprises externes et constituait une restriction illicite à l'accès au marché. C'est donc à juste titre que la décision d'attribution a été annulée.

---

[31] Autorité intercantonale pour les marchés publics (n. 16), p. 36 s.
[32] Diebold (n. 9), p. 89-92.
[33] Dans ce sens mais nuancé : E. Poltier, Droit des marchés publics, 2e éd., Berne 2023, n. 347 et les réf. cit. qui considère que l'AIMP révisé « s'applique sans réserve » aux concessions régies par l'art. 9 AIMP.
[34] Cpr. Poltier (n. 33), qui précise dans ce cas que l'art. 2 al. 7 LMI « prend le relais ». Cpr. ég. n. 343 qui considère que le nouveau droit « exige de distinguer les concessions relevant de l'art. 9 AIMP et celles régies exclusivement par l'art. 2 al. 7 LMI ».