

BGer 2C 662/2023 vom 30. Januar 2025

Bundesgericht, 2025-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_662_2023

FR: TF 2C 662/2023 du 30 janvier 2025

IT: TF 2C 662/2023 del 30 gennaio 2025

Regeste

Contrôle abstrait ; loi sur les marchés publics | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATF 148 I 160 consid. 1.1).

E. 1.1

Selon l' art. 82 let. b LTF , le Tribunal fédéral connaît des recours dirigés contre des actes normatifs cantonaux par la voie du recours en matière de droit public. L' art. 87 al. 1 LTF prévoit que de tels recours sont directement recevables devant le Tribunal fédéral, lorsque les actes normatifs cantonaux attaqués ne peuvent faire l'objet d'aucun recours cantonal. En revanche, si le droit cantonal instaure une voie de recours au niveau cantonal contre de tels actes normatifs, un recours au Tribunal fédéral n'est possible que contre la décision de l'autorité ayant statué en dernière instance cantonale, conformément à l' art. 86 al. 1 let. d LTF, auquel renvoie l' art. 87 al. 2 LTF . En l'occurrence, le recours tend à l'annulation des art. 6 al. 2 et 10 al. 1 de la nouvelle loi cantonale neuchâteloise sur les marchés publics du 14 juin 2023 (LCMP/NE; RS/NE 601.72), ainsi qu'à l'annulation partielle de l'art. 9 al. 1 de cette même loi. Il est ainsi dirigé contre un acte normatif cantonal qui, d'après le droit neuchâtelois, n'est susceptible d'aucun recours devant une quelconque autorité cantonale, notamment judiciaire (cf. notamment art. 49 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 [LPJA/NE; RS/NE 152.130]). Il s'ensuit que, sur le principe, les dispositions attaquées peuvent être contestées directement devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public. Il est ici précisé que l' art. 83 LTF , qui restreint cette voie de droit dans certains domaines juridiques déterminés - y compris celui des marchés publics (cf. art. 83 let. f LTF) - ne s'applique pas aux situations de recours abstraits (cf. ATF 145 I 26 consid. 1.1).

E. 1.2

Il ne reste plus qu'à déterminer si les recourantes jouissent de la qualité pour recourir en la cause, sachant qu'elles ont déposé leur mémoire dans les formes requises (art. 42 LTF) et dans les délais (art. 101 LTF).

E. 1.2.1

L' art. 89 al. 1 LTF confère la qualité pour former un recours en matière de droit public à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let.

c). Lorsque l'acte attaqué est un acte normatif, l'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que la partie recourante puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées (cf. notamment ATF 138 I 435 consid. 1.6 et arrêt 2C_664/2016 du 25 mars 2020 consid. 1.7.1, non publié in ATF 147 I 16). Quant à l'intérêt digne de protection, il n'est pas nécessaire qu'il soit de nature juridique, un intérêt de fait étant suffisant (ATF 141 I 78 consid. 3.1; 136 I 49 consid. 2.1). Cet intérêt doit exister tant au moment du dépôt du recours qu'au jour du prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral; si l'intérêt actuel disparaît en cours de procédure, le recours devient, sur ce point, sans objet (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.3.1). Cela vaut aussi en cas de contrôle abstrait (ATF 147 I 478 consid. 2.2).

E. 1.2.2

En l'occurrence, la Cour de céans relève d'emblée que, par arrêt 2C_587/2023 rendu ce jour, elle a déjà annulé l' art. 10 LCMP /NE dans sa totalité au motif qu'il était contraire à l'AIMP 2019. Il s'ensuit que le présent recours a perdu son objet en tant qu'il demande l'annulation du premier alinéa de cette disposition. La Cour de céans tiendra cependant compte du bien-fondé du recours sur ce point dans le cadre de la fixation et la répartition des frais et dépens de la présente procédure (cf. infra consid. 8).

E. 1.2.3

Les recourantes 3 à 5, qui constituent des entreprises actives dans le domaine de la construction dans le canton de Neuchâtel, peuvent en revanche toujours se prévaloir d'un intérêt virtuel digne de protection à l'annulation des art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE, dispositions qui n'ont, pour leur part, pas été annulées par l'arrêt 2C_587/2023 précité. La première de ces deux normes est en effet susceptible de restreindre la liberté d'organisation de ces entreprises lorsqu'elles soumissionnent, voire de les empêcher de participer à certains appels d'offres dès lors qu'elle autorise le pouvoir adjudicateur à limiter ou à exclure le recours à la sous-traitance et/ou au travail temporaire dans ses différents appels d'offres. Quant à la seconde norme, qui oblige les soumissionnaires employant au moins 20 personnes à fournir dans certains cas à l'adjudicateur une analyse dite "vérifiée" au sens de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg; RS 151.1), afin d'attester qu'elles respectent le principe de l'égalité salariale, elle pourrait contraindre les sociétés potentiellement concernées - dont les recourantes 3 à 5 - à devoir engager des frais supplémentaires avant d'obtenir un marché public neuchâtelois. Il convient par conséquent de reconnaître que les recourantes précitées ont qualité pour recourir contre les art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE en application de l' art. 89 al. 1 LTF .

E. 1.2.4

Il convient encore d'examiner si les recourantes 1 et 2 jouissent, elles aussi, de la qualité pour recourir contre les dispositions précitées, sachant qu'elles ne constituent pas des entreprises de construction, contrairement aux recourantes 3 à 5, mais des associations professionnelles faitières et que, dans cette mesure, elles ne sont pas elles-mêmes touchées directement et personnellement par la loi cantonale attaquée. Selon la jurisprudence, une association jouissant de la personnalité juridique, qui, comme en l'espèce, n'a pas elle-même d'intérêt personnel digne de protection à l'issue de la cause, peut exceptionnellement agir devant le Tribunal fédéral - en formant ce que l'on appelle communément un recours "corporatif égoïste" - si elle a pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, si ces intérêts sont communs à la majorité ou au moins à un grand nombre

d'entre eux et, enfin, si chacun de ceux-ci aurait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel dans le cadre d'un recours contre l'acte attaqué (cf. ATF 150 II 123 consid. 4.4; 137 II 40 consid. 2.6.4). En l'espèce, la recourante 2, qui représente une association de droit suisse, a non seulement la personnalité juridique au sens de celui-ci (cf. art. 52 CC ; RS 210), mais également pour but statutaire la défense des intérêts des entreprises de maçonnerie, de génie civil et de branches apparentées, dont elle constitue l'organisation faîtière dans le canton de Neuchâtel. Il faut en outre admettre que la majorité ou, à tout le moins, un grand nombre de ses membres pourraient se prévaloir d'un intérêt digne de protection à l'annulation des art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE - à l'instar de la recourante 5 (supra consid. 1.2.3) - et jouiraient, partant, de la qualité pour recourir à titre individuel contre ces dispositions. Ainsi, il y a lieu de reconnaître la qualité pour recourir à cette association également, conformément à la jurisprudence sur le recours corporatif égoïste rappelé ci-avant (cf., pour un cas similaire, arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021 consid. 1.4.1). Les considérations qui précèdent ne sont en revanche pas transposables à la recourante 1. Celle-ci constitue certes également une association de droit suisse jouissant de la personnalité juridique et ayant pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres. En ce qui la concerne, ces derniers ne constituent toutefois pas des entreprises, mais uniquement des associations professionnelles - telles que la recourante 2 - dont elle constitue la fédération commune. Les membres de la recourante 1 ne sont ainsi pas eux-mêmes touchés personnellement et directement par les art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE. Sous cet angle de vue, la recourante 1 ne défend pas les intérêts d'une grande partie de ses membres, mais recourt en réalité uniquement dans l'intérêt des "membres de ses membres". Or, une telle situation ne remplit pas les conditions jurisprudentielles du recours corporatif égoïste décrites ci-avant. Partant, il convient de dénier toute qualité pour recourir à la recourante 1 pour le présent litige à l'aune de l' art. 89 al. 1 LTF .

E. 1.3

En définitive, le recours est irrecevable dans la mesure où il a été déposé par la recourante 1 et, de manière générale, sans objet en tant qu'il conclut à l'annulation de l' art. 10 al. 1 LCMP /NE, lequel a déjà été annulé par arrêt 2C_587/2023 rendu ce jour. Il convient en revanche d'entrer en matière sur le présent recours en tant qu'il a été déposé par les recourantes 2 à 5 et qu'il conclut à l'annulation complète, respectivement partielle, des art. 6 al. 2 ainsi que 9 al. 1 LCMP/NE.

E. 2.1

En vertu de l' art. 95 LTF , le recours peut être formé, entre autres griefs, pour violation du droit fédéral (let. a) ou du droit international (let. b), mais aussi pour violation du droit intercantonal (let. e), soit de tous les accords passés entre les cantons, qu'ils revêtent ou non la forme d'un concordat (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 4 septembre 2001, FF 2001 4000, ch. 4.1.4.2, p. 4133). Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral n'est dans tous ces cas pas limité à l'arbitraire (cf. ATF 147 I 47 consid. 3.1; arrêt 1C_303/2010 du 28 septembre 2010 consid. 2.1). En l'absence d'une juridiction supracantonale, il est en effet apparu opportun que le Tribunal fédéral puisse dégager une interprétation unique des accords intercantonaux, afin d'éviter que ceux-ci ne soient appliqués d'une manière différente d'un canton à l'autre, ce qui serait de nature à provoquer des tensions intercantionales (arrêts 2C_701/2023 du 24 juillet 2024 consid. 2.1, destiné à la publication; 2C_863/2017 du 19 juillet 2018 consid. 2). Le grief de violation du droit intercantonal est toutefois soumis, comme ceux tirés de la violation de droits fondamentaux,

aux exigences de motivation accrues de l' art. 106 al. 2 LTF ; aussi, l'acte de recours doit contenir un exposé succinct des droits ou principes de droit intercantonal violés et expliquer de manière claire et circonstanciée en quoi consiste leur non-respect (cf. ATF 147 I 47 consid. 3.1; 139 I 229 consid. 2.2; ATF 135 III 232 consid. 1.2).

E. 2.2

Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes cantonales, le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue eu égard notamment aux principes découlant du fédéralisme et à la proportionnalité. Dans ce contexte, il est décisif que la norme mise en cause puisse, d'après les principes d'interprétation reconnus, se voir attribuer un sens compatible avec les dispositions du droit supérieur invoquées (cf. ATF 148 I 160 consid. 2; 145 I 73 consid. 2). Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux invoqués, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, ainsi que des circonstances dans lesquelles ladite norme sera appliquée (ATF 148 I 160 consid. 2; 144 I 306 consid. 2; 140 I 2 consid. 4). Ce faisant, le juge ne doit pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite, mais il lui incombe de prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme au droit supérieur. Les explications de l'autorité cantonale sur la manière dont elle envisage d'appliquer la disposition contestée doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard des droits fondamentaux en cause dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, son application puisse se révéler contraire aux droits fondamentaux ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait des normes (cf. ATF 148 I 160 consid. 2; 145 I 73 consid. 2; 140 I 2 consid. 4).

E. 2.3

Lorsque le Tribunal fédéral est appelé à juger la conformité au droit supérieur d'un acte normatif cantonal dans le cadre d'un contrôle abstrait (art. 87 al. 1 LTF), comme en l'espèce, il manque un état de fait établi par l'autorité précédente sur lequel il pourrait fonder son arrêt. Dans ce cas, le Tribunal fédéral doit établir les faits de manière autonome, dans la mesure où cela est nécessaire pour le jugement. La procédure probatoire est régie, selon l' art. 55 al. 1 LTF , par les art. 36, 37 et 39 à 65 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF; RS 273). Le Tribunal fédéral se base en particulier sur les offres de preuve des parties, les communiqués officiels et les faits notoires, en procédant à une libre appréciation des preuves (ATF 149 I 105 consid. 2.3; aussi arrêt 2C_810/2021 du 31 mars 2023 consid. 3.3, non publié in ATF 149 I 191).

E. 3

Les recourantes 2 à 5 formulent de très nombreux griefs à l'encontre des art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE. Selon elles, ces normes contreviendraient non seulement à l'AIMP 2019, mais elles violeraient également plusieurs lois fédérales, ainsi que le droit fondamental à la liberté économique (art. 27 Cst. ; RS 101). L' art. 9 al. 1 LCMP /NE aurait du reste pour particularité de contrevenir au droit international et, plus précisément, à l'accord bilatéral sur la circulation des personnes (ALCP).

E. 4

Il convient d'examiner en tout premier lieu la conformité des art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE à l'AIMP 2019. Les recourantes 2 à 5 affirment en effet que ces dispositions sortiraient du

cadre admissible fixé par cette convention intercantonale, qui constituerait un "texte définitif à quelques détails près" et n'autoriserait aucune "grande largesse" au législateur cantonal, mais tout au plus la faculté d'effectuer quelques ajouts ou concrétisations ponctuels.

E. 4.1

Comme le rappelle l' art. 48 al. 1 Cst. , les cantons peuvent conclure des conventions entre eux. Ce faisant, ils peuvent notamment adopter des conventions intercantionales ayant un effet normatif, c'est-à-dire qui fixent des règles générales et abstraites qui leur sont communes. Ces règles de droit intercantonal priment, en principe, le droit cantonal, conformément à l' art. 48 al. 5 Cst. qui prévoit que les cantons doivent "respecter le droit intercantonal" (cf. notamment ATF 138 I 435 consid. 1.3.2 et arrêt 2C_140/2021 du 17 novembre 2022 consid. 3.3).

E. 4.2

En l'occurrence, les cantons suisses ont décidé d'harmoniser une première fois leurs règles en matière de passation de marchés publics il y a une trentaine d'années en concluant l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994; RO 1996 1438). Ils mettaient alors en oeuvre l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) adopté le 15 avril 1994 et entré en vigueur en Suisse le 1er janvier 1996 (AMP; RS 0.632.231.422). Dans la mesure où cet accord international a fait l'objet d'une révision en date du 30 mars 2012, approuvée par l'Assemblée fédérale le 21 juin 2019 (RO 2020 6491), l'Autorité intercantonale pour les marchés publics a adopté, en date du 15 novembre 2019, un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019; RS/NE 601.710), largement remanié par rapport au précédent et auquel le canton de Neuchâtel a adhéré par décret du 5 septembre 2023, avec effet au 1er janvier 2024 (FO/NE 2023 n° 38).

E. 4.3

À l'instar de l'ancienne convention, l'AIMP 2019 vise donc en premier lieu à mettre en oeuvre la dernière révision de l'Accord international révisé sur les marchés publics (ci-après: AMP révisé; RS 0.632.231.422) à l'échelon des cantons. À cela s'ajoute qu'il tend désormais également à harmoniser autant que possible, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, la législation suisse - tant fédérale que cantonale - en matière de marchés publics (cf. Message type relatif à la révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics [AIMP] du 15 novembre 2019, version 1.3 du 8 septembre 2022 [ci-après: Message type AIMP], consultable sur www.bpuk.ch, ch. 1.1, 1.2 et 2.2.2, p. 5 s. et 12). Dans cette optique, il contient une réglementation assez détaillée, composée d'une soixantaine d'articles, reprenant une partie des anciennes directives d'exécution de l'AIMP 1994 (DEMP). L'idée est que l'objectif d'harmonisation de la législation entre cantons et Confédération visé par l'AIMP 2019 ne soit pas mis en péril par l'adoption de trop nombreuses dispositions d'exécution cantonales (cf. Message type AIMP, ch. 2.4, p. 19, et ch. 10, p. 103). Ces dernières ne sont toutefois pas totalement exclues, l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 prévoyant d'ailleurs que, " [d]ans le respect des engagements internationaux de la Suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour ses articles 10, 12 et 26 ".

E. 4.4

Dans son arrêt 2C_587/2023 rendu ce jour et tranchant également un recours abstrait dirigé contre l' art. 9 al. 1 et 10 LCMP /NE, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la notion de "disposition d'exécution" posée à l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 et, par voie de conséquence, sur la marge de manoeuvre laissée aux cantons ayant adhéré à cet accord en matière de réglementation des marchés publics. Se fondant sur le texte clair de la norme précitée, mais également sur sa genèse et sur le but de l'AIMP 2019, il a retenu que les dispositions d'exécution susceptibles d'être édictées par les cantons en application de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 devaient toujours être en rapport étroit avec une norme de l'AIMP 2019, soit parce qu'elles en précisaient la portée, soit parce qu'elles en assuraient la mise en oeuvre dans un sens déterminé (cf. arrêt 2C_587/2023 précité consid. 6.5.1 et 6.5.2). À ce titre, les cantons pouvaient en particulier adopter des dispositions d'exécution concrétisant les art. 10, 12 et 26 AIMP 2019, comme le relevait expressément la convention intercantonale. Il était cependant concevable qu'ils en édictent d'autres en relation avec des articles différents, les trois normes intercantionales précitées n'étant mentionnées qu'à titre exemplatif à l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 (cf. arrêt 2C_587/2023 précité consid. 6.5.3).

E. 4.5

Sur cette base, le Tribunal fédéral a admis, dans son arrêt 2C_587/2023 rendu ce jour, que l' art. 9 al. 1 LCMP /NE était conforme à l'AIMP 2019 en tant qu'il autorisait les autorités adjudicatrices neuchâteloises à limiter ou exclure le recours au travail temporaire dans leurs appels d'offres. Il a considéré qu'une telle règle ne faisait finalement que concrétiser l'art. 27 AIMP 2019 relatif aux critères d'aptitude admissibles, en rappelant la faculté pour tout adjudicateur d'exiger des soumissionnaires, en fonction des circonstances, qu'ils soient capables de réaliser un marché en y affectant uniquement ou, du moins, principalement des employés fixes de l'entreprise, en particulier lorsque l'engagement de travailleurs temporaires était objectivement susceptible de menacer la bonne exécution du marché à adjuger (arrêt 2C_587/2023 précité consid. 6.7). Tel n'était en revanche pas le cas de l' art. 10 LCMP /NE. Celui-ci fixait une proportion maximale de travailleurs temporaires susceptibles d'être engagés pour la réalisation de marchés de construction et limitait donc de manière systématique et par principe le recours à la location de services pour ce type de prestations. Une telle restriction, adoptée par le Grand Conseil neuchâtelois dans un but déclaré de protection des travailleurs et de politique sociale, ne pouvait être considérée comme une règle concrétisant valablement l'art. 27 AIMP 2019, ni d'ailleurs une autre norme de cet accord (arrêt 2C_587/2023 précité consid. 6.8).

E. 4.6

Une partie des considérations qui précèdent peut être reprise telle quelle en la cause, dans la mesure où les recourantes prétendent également que l' art. 9 al. 1 LCMP /NE violerait l'AIMP 2019 en permettant expressément aux pouvoirs adjudicateurs neuchâtelois d'exclure le recours à la location de personnel dans leurs appels d'offres. Cette faculté doit, dans son principe, être considérée comme conforme au droit intercantonal pour les raisons développées dans l'arrêt 2C_587/2023 résumé ci-dessus et auquel il peut être renvoyé pour le détail.

E. 4.7

Reste à déterminer si les deux autres mesures contestées par les recourantes 2 à 5 - soit la faculté d'exclure la sous-traitance dans les appels d'offres également prévue à l' art. 9 al. 1 LCMP /NE et l'obligation des entreprises soumissionnaires de fournir, dans certains cas,

une analyse vérifiée de leur respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes - représentent, elles aussi, des "dispositions d'exécution" admissibles au sens l'art. 63 al. 4 AIMP 2019, tel qu'interprété dans l'arrêt 2C_587/2023 (cf. consid. 6.5).

E. 4.7.1

En l'occurrence, comme le relève le Grand Conseil dans sa réponse au recours, l'art. 9 al. 1 LCMP /NE - qui autorise les autorités adjudicatrices neuchâtelaises à limiter ou à exclure le recours à la sous-traitance dans leurs appels d'offres - correspond presque mot pour mot à l'art. 31 al. 1 LMP /AIMP 2019. Cette disposition dispose en effet que le recours à la sous-traitance est en principe admis, comme d'ailleurs la participation de communautés de soumissionnaires, "à moins que l'adjudicateur ne limite ou n'exclue ces possibilités dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres". Il en découle que si l'exclusion de toute sous-traitance dans l'appel d'offres ne doit pas devenir la règle en droit suisse des marchés publics, elle représente assurément une mesure reconnue par celui-ci. De ce point de vue, l'art. 9 al. 1 LCMP /NE peut assurément être qualifié de disposition d'exécution admissible au sens de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 dans la mesure où l'on peut considérer - comme le soutient le Grand Conseil - qu'il ne fait que répéter la faculté de tout pouvoir adjudicateur cantonal de limiter voire d'exclure, dans certaines circonstances, le recours à la sous-traitance qui est déjà prévue à l'art. 31 al. 1 AIMP 2019. Il est néanmoins précisé qu'une telle mesure ne doit jamais être prise sans nécessité et toujours reposer sur de justes motifs en rapport avec la réalisation du marché (p. ex. afin de garantir la bonne réalisation du marché ou d'éviter des coûts de transaction inutiles), dès lors qu'elle est susceptible de limiter la concurrence et d'empêcher des petites et moyennes entreprises à participer à des appels d'offres (cf. Message type AIMP, p. 73; aussi ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2e éd. 2023, no 554; aussi BEAT JOSS, in: Hans Rudolf Trüeb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, no 27 ss ad art. 31 LMP /AIMP). Le Grand Conseil part d'ailleurs de ce principe dans ses écritures.

E. 4.7.2

En comparaison, l'art. 6 al. 2 LCMP /NE n'a pas de pendant dans l'AIMP 2019. Celui-ci ne contient en effet aucune norme qui contraindrait très précisément les soumissionnaires à présenter une analyse vérifiée selon les standards de la loi sur l'égalité (LEg) et démontrant leur respect de l'égalité salariale entre employés de genre différent. Comme la LMP, l'accord intercantonal prévoit en revanche clairement à ses art. 12 al. 1 et 26 al. 1 qu'aucun marché public ne devrait être adjugé à des entreprises pratiquant la discrimination salariale et qu'il incombe à l'adjudicateur de s'assurer du respect du principe d'égalité salariale chez les soumissionnaires, lequel constitue une condition de participation à tout marché public (cf. aussi art. 38 al. 2 AIMP 2019). Il précise également que le pouvoir adjudicateur peut effectuer lui-même les contrôles nécessaires ou décider d'en confier la charge à des tiers, tout en étant libre de définir les preuves qu'il entend réclamer des soumissionnaires à cet égard (cf. art. 12 al. 5 in fine ainsi qu'art. 26 al. 2 et 3 AIMP 2019; Message type AIMP 2019, p. 66). Or, on ne voit pas que l'art. 6 al. 2 AIMP 2019 sortirait du cadre fixé par cette réglementation en demandant aux autorités adjudicatrices neuchâtelaises d'exiger de certains soumissionnaires qu'ils déposent une analyse de leur pratique salariale réalisée selon les standards de la loi sur l'égalité (LEg). Une telle preuve est d'ailleurs expressément envisagée dans les travaux préparatoires du nouveau droit suisse des marchés publics (cf. Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017 [ci-après: Message LMP], FF 2017 1695, spéc. p. 1785). Dans la mesure où le droit

intercantonal permet aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer dans leurs appels d'offres les moyens de preuves censés attester du respect de l'égalité salariale, il doit être loisible au législateur cantonal d'adopter des règles de droit encadrant cette faculté qui, comme l'art. 6 al. 2 LCMP /NE, n'imposent aucune obligation aux soumissionnaires non déjà couvertes par l'AIMP 2019. L'art. 6 al. 2 LCMP /NE doit ainsi être considérée comme une disposition d'exécution admissible au sens de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019, qui envisage précisément de telles dispositions en relation avec les art. 12 et 26 AIMP 2019.

E. 4.8

Il s'ensuit que les art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE sont conformes à l'AIMP 2019, quoi qu'en disent les recourantes.

E. 5

Les recourantes 2 à 5 soutiennent ensuite que les art. 6 al 2 et 9 al. 1 LCMP/NE violeraient à la fois le droit fondamental et le principe constitutionnel de la liberté économique garantis par les art. 27 et 94 Cst.

E. 5.1

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 140 I 218 consid. 6.3 et les références). Par ailleurs, en vertu de l'art. 94 al. 1 Cst. , la Confédération et les cantons doivent respecter le principe même de la liberté économique. La Constitution fédérale reconnaît de cette manière que l'économie relève principalement de la société civile et que l'État doit lui-même respecter les éléments essentiels du mécanisme de la concurrence (ATF 143 I 403 consid. 5.2). Il est donc en principe interdit à la Confédération et aux cantons de prendre des mesures susceptibles d'empêcher la libre concurrence dans le but d'assurer ou de favoriser certaines branches économiques ou certaines formes d'activité économique, voire de diriger la vie économique selon un plan déterminé (ATF 143 I 403 consid. 5.2; 140 I 218 consid. 6.2). En vertu de l'art. 94 al. 4 Cst. , de telles dérogations au principe de la liberté économique ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (ATF 143 I 403 consid. 5.2 et les arrêts cités). En revanche, les mesures étatiques restreignant certes la liberté économique mais poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou ne servant simplement pas, en premier lieu, des intérêts économiques (par exemple, mesures d'aménagement du territoire ou de politique environnementale) sortent du champ de protection de l'art. 94 Cst. (ATF 143 I 403 consid. 5.2; cf. aussi ATF 142 I 162 consid. 3.3; 140 I 218 consid. 6.2 et 6.6.4). L'éventuelle atteinte qu'elles portent au droit individuel à la liberté économique garanti par l'art. 27 Cst. est examinée exclusivement à l'aune de l'art. 36 Cst. (cf. ATF 143 I 403 consid. 5.6; 140 I 218 consid. 6.5 à 6.7).

E. 5.2

En l'occurrence, comme déjà dit, l'art. 9 al. 1 LCMP /NE ne fait pour sa part que concrétiser les art. 27 et 31 al. 1 AIMP 2019 en rappelant aux autorités adjudicatrices neuchâtelaises leur faculté non seulement de limiter, mais aussi d'exclure le recours à la location de personnel et/ou à la sous-traitance dans leurs appels d'offres lorsque cela est nécessaire pour garantir la bonne réalisation du marché ou pour éviter des coûts de transaction inutiles (cf. supra consid. 4.5 et 4.7.1). Cette disposition est ainsi conforme à l'art. 94 al. 1 et 4 Cst. dans la mesure où elle ne vise pas à avantager ou à défavoriser certaines branches économiques

ou certaines formes d'activités économiques, mais simplement à garantir une utilisation économique des deniers publics. À cela s'ajoute que les mesures ponctuelles envisagées, qui peuvent donc se fonder sur l' art. 9 al. 1 LCMP /NE ainsi que sur les art. 27 et 31 AIMP 2019, limitent de manière proportionnée la liberté d'organisation des entreprises touchées; elles s'apparentent du reste à d'autres mesures admises depuis longtemps en droit suisse des marchés publics, comme l'exclusion des communautés de soumissionnaires (cf. art. 31 al. 1 LMP /AIMP 2019). Elles satisfont à ce titre aux conditions régissant la restriction des droits fondamentaux posées à l' art. 36 Cst. Le fait que certains adjudicateurs puissent être tentés d'appliquer la disposition litigieuse à des cas où un recours à la location de personnel ou la sous-traitance ne menacerait pas véritablement la bonne exécution des prestations à adjuger ou ne permettrait assurément pas d'éviter des coûts de transaction inutiles, n'y change rien. En effet, comme déjà exposé en début d'arrêt, le simple risque qu'une norme puisse être parfois appliquée en violation du principe de proportionnalité - voire du principe de la liberté économique - ne saurait justifier une intervention du juge au stade de son contrôle abstrait (cf. supra consid. 2.2), les intéressés conservant la possibilité de contester une telle pratique par le biais d'un recours concret.

E. 5.3

En obligeant les entreprises employant au moins 20 personnes et ayant des chances objectives de remporter un marché public d'une valeur de plus de 30'000 fr. à fournir une analyse des salaires de leurs employés effectuée selon les standards de la LEg, l' art. 6 al. 2 LCMP /NE vise quant à lui à garantir le respect de l'interdiction de la discrimination salariale en fonction du genre qui s'impose à tout soumissionnaire au sens des art. 10 al. 1 et 12 al. 1 LMP/AIMP 2019 et, plus généralement, à tout employeur conformément aux art. 8 al. 3 Cst. et 3 LEg. Cette mesure poursuit ainsi deux intérêts publics importants, soit non seulement celui de la lutte contre d'éventuelles distorsions de concurrence entre soumissionnaires, dans la mesure où le non-respect de l'égalité salariale est susceptible de procurer un avantage concurrentiel indu aux entreprises concernées (Message LMP, FF 2017 1695, spéc. p. 1756), mais aussi celui de la lutte contre la discrimination des femmes dans l'économie et le monde du travail. L' art. 6 al. 2 LCMP /NE n'impose pour le reste aucune charge financière ou administrative démesurée aux entreprises soumissionnaires. Comme le rappellent les recourantes elles-mêmes, celles de plus de 100 personnes sont déjà obligées de procéder à une analyse du respect de l'égalité salariale en leur sein en application directe de la loi sur l'égalité (cf. art. 13a al. 1 LEg). Pour ces entreprises, l' art. 6 al. 2 LCMP /NE n'impose finalement rien d'autre qu'une obligation de déposer le résultat d'une analyse qu'elles doivent de toute manière réaliser d'après le droit fédéral. Quant aux entreprises employant entre 20 et 100 employés, elles devront le moment venu consacrer une demi-journée au plus, voire une journée de travail pour effectuer leur première analyse à l'aide de l'un des logiciels Logib mis à disposition par la Confédération en application de l' art. 13c LEg (cf. <https://www.ebg.admin.ch/fr/analyser-legalite-salariale-avec-logib>, consulté le 4 octobre 2024). Il n'est selon toute vraisemblance pas question d'investir à cette fin deux jours de travail comme le soutiennent les recourantes en se prévalant d'une moyenne retenue par le Conseil fédéral qui englobait des entreprises employant jusqu'à 249 travailleurs (cf. Message sur la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 5 juillet 2017, FF 2017 5169, spéc. p. 5206). La vérification finale des résultats obtenus par un réviseur agréé, laquelle ne devrait être a priori opérée qu'une seule fois ou tous les quatre ans au maximum (cf. art. 13a al. 2 et 3 LEg), ne devrait pour sa part pas engendrer d'importants frais (cf. Message précité, FF 2017 5169, spéc. p. 5207). Enfin et

surtout, en exigeant une analyse vérifiée de l'égalité salariale uniquement de la part des soumissionnaires "ayant une chance objective d'obtenir l'adjudication", l' art. 6 al. 2 LCMP /NE fait en sorte de n'imposer aucune charge financière inutile aux entreprises dont tout indiquerait après un premier examen que l'offre déposée ne sera pas retenue, de sorte qu'il ne peut pas être considéré comme un véritable frein à d'éventuelles soumissions. Compte tenu de tous ces aspects, il constitue une restriction à la liberté économique proportionnée, respectueuse de l' art. 36 Cst.

E. 5.4

Il découle de ce qui précède que les art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE respectent tant le principe que le droit de la liberté économique consacrés aux art. 27 et 94 Cst.

E. 6

Les recourantes soutiennent encore que les art. 6 al. 2 et 9 al. 1 LCMP/NE contreviendraient à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

E. 6.1

Afin d'assurer un espace économique suisse unique comme le prévoit l' art. 95 al. 2 Cst. , le législateur a adopté la loi sur le marché intérieur (LMI), laquelle garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché suisse (cf. art. 1 al. 1 LMI). Selon l' art. 3 LMI , d'éventuelles restrictions à cette liberté ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondent au principe de la proportionnalité (cf. al. 1). Elles ne doivent enfin pas constituer des barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux (cf. al. 3). Il en découle logiquement que les prescriptions cantonales en matière de marchés publics ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse en contravention des principes susmentionnés, ce que rappelle du reste expressément l'art. 5 al. 1, 2e phrase, LMI. Le législateur fédéral a toutefois précisé que les dispositions de la LMI sont présumées être respectées lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole se fondent sur l'AIMP 2019 (cf. art. 5 al. 1, 3e phrase, LMI). Il a ce faisant posé la présomption légale réfragable selon laquelle une adjudication fondée sur l'AIMP 2019, qui correspond largement à la LMP, est en principe conforme à la LMI (cf. Message LMP, FF 2017 1695, spéc. p. 1723 et 1836 s.).

E. 6.2

En l'occurrence, les art. 9 al. 1 et 6 al. 2 LCMP/NE ne font rien d'autre que concrétiser, rappeler ou mettre en oeuvre des dispositions de l'AIMP 2019, qu'elles respectent dans leur principe. Sur cette base, il convient de partir du présupposé que ces normes cantonales sont conformes à la LMI, à l'instar de la convention intercantonale qu'elles exécutent, conformément à ce que prévoit l'art. 5 al. 1, 3e phrase, LMI. On ne perçoit pour le reste pas en quoi une telle présomption devrait être renversée en l'espèce. Tant les restrictions au recours au travail temporaire ou à la sous-traitance envisagées par l' art. 9 al. 1 LCMP /NE que les exigences de preuve en matière de respect de l'égalité salariale imposées par l' art. 6 al. 2 LCMP /NE poursuivent un intérêt public et sont appelées à s'appliquer indifféremment à tous les soumissionnaires, qu'ils soient locaux ou externes au canton; elles doivent par ailleurs être considérées comme proportionnées (cf. supra consid. 5.2 et 5.3). On ne voit pas qu'elles constituent en ce sens des barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux. Il importe à cet égard peu que certains députés

neuchâtelois se soient félicités que l' art. 9 al. 1 LCMP /NE puisse également servir à protéger les entreprises locales n'ayant que peu recours au travail temporaire par rapport à d'autres sociétés externes employant un grand nombre de travailleurs intérimaires (Bulletins officiels des délibérations du Grand Conseil [neuchâtelois], Vingt-troisième session de la 51e législature, Séance du 5 septembre 2023, p. 40). À nouveau, le simple risque que cette disposition soit susceptible d'être détournée de son but premier et appliquée dans certains cas à des fins protectionnistes ne justifie pas une intervention du juge au stade du contrôle abstrait des normes (cf. supra consid. 2.2).

E. 6.3

Le recours est ainsi mal fondé en tant qu'il se plaint d'une violation de la LMI.

E. 7

Les recourantes 2 à 5 soulèvent enfin deux griefs spécifiques à l'encontre de l' art. 9 al. 1 LCMP /NE.

E. 7.1

Elles affirment tout d'abord qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs à exclure la location de personnel et la sous-traitance dans leurs appels d'offres, l' art. 9 al. 1 LCMP /NE violerait le principe de la primauté du droit fédéral ancré à l' art. 49 al. 1 Cst. D'après elles, cette disposition, qui viserait à favoriser l'engagement d'employés sous contrat fixe afin d'améliorer la protection des travailleurs, contreviendrait à la loi fédérale sur le travail (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, LTr; RS 822.11) ainsi qu'à la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11) qui, ensemble, contiendraient une réglementation exhaustive en matière de protection des travailleurs ordinaires et intérimaires.

E. 7.1.1

Selon l' art. 3 Cst. , les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. Ils peuvent ainsi définir les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences (art. 43 Cst.). Le principe de la primauté du droit fédéral garanti à l' art. 49 al. 1 Cst. fait toutefois obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a entendu réglementer de façon exhaustive (cf. ATF 143 I 403 consid. 7.1; 133 I 110 consid. 4.1; 130 I 82 consid. 2.2 et les arrêts cités). L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral (ATF 143 I 403 consid. 7.1; 138 I 435 consid. 3.1; 133 I 110 consid. 4.1). Le principe de la force dérogatoire n'est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale (cf. ATF 133 I 110 consid. 4.1; 91 I 17 consid. 5). Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complémentaires quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (cf. ATF 143 I 403 consid. 7.1; 143 I 109 consid. 4.2.2; 141 V 455 consid. 6.1; 140 I 218 consid. 5.1; 140 II 46 consid. 2.5.1; 139 I 242 consid. 3.2).

E. 7.1.2

En l'occurrence, selon les art. 95 al. 1 et 110 al. 1 let. a et c Cst., la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques privées, sur la protection des travailleurs et sur le service de placement. Elle a fait usage de ces différentes compétences en adoptant, en particulier, la loi sur le travail (LTr), qui contient des dispositions sur la protection de la santé, et la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), qui a notamment pour but de régir la location de services et de protéger les travailleurs intérimaires concernés par elle (art. 1 let. a et c LSE). Selon la jurisprudence, ces deux lois, complétées par leurs ordonnances d'exécution, règlent en principe d'une manière exhaustive la protection des travailleurs en général (ATF 148 I 198 consid. 3.5.2; 143 I 403 consid. 7.5.1 et 7.5.2; 139 I 242 consid. 3.1), y compris celle des travailleurs intérimaires, ainsi que la police du commerce en matière de location de services (ATF 120 Ia 89 consid. 3d et 3e). Il n'en demeure pas moins que, conformément à la jurisprudence relative au principe de primauté du droit fédéral, cette législation, même si elle apparaît complète s'agissant des différentes problématiques précitées, n'empêche pas par principe l'adoption de règles cantonales entretenant un lien avec celles-ci. Il suffit que le droit cantonal ainsi édicté poursuive principalement un autre but que le droit fédéral et qu'il n'éluide aucune prescription de ce dernier, ni n'en contredise le sens ou l'esprit (cf. en particulier ATF 143 I 403 consid. 7.5.3 et 7.5.4 et arrêt 2C_325/2023 du 24 mai 2024 consid. 6.4). C'est ainsi que le Tribunal fédéral a encore rappelé dans un arrêt récent que les cantons pouvaient adopter des dispositions encadrant le recours à la location de personnel lors de la réalisation de marchés publics, notamment en prévoyant, comme le législateur vaudois, qu'un tel procédé "doit être préalablement annoncé à l'adjudicateur pour contrôle et approbation " (arrêt 2C_325/2023 du 24 mai 2024). Une telle disposition respecte la LSE, car elle n'interdit pas tout recours au travail temporaire en lien avec des marchés publics, mais uniquement la collaboration avec des sociétés de location de personnel s'avérant ne pas être en règle en matière de conditions de travail. Elle ne vise en outre pas prioritairement la protection des travailleurs intérimaires, exhaustivement réglée par le droit fédéral, mais avant tout à éviter que des soumissionnaires ne puissent profiter d'un avantage concurrentiel indu en s'adressant à des bailleurs de services peu respectueux des conditions de travail applicables à leurs employés (cf. arrêt 2C_325/2023 précité consid. 6.5 à 6.7).

E. 7.1.3

Les considérations à la base de l'arrêt 2C_325/2023 résumé ci-dessus peuvent en l'occurrence être largement reprises pour juger de la conformité de l' art. 9 al. 1 LCMP /NE à la loi sur le travail (LTr) et à la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE). Comme on l'a vu, cette disposition n'interdit pas par principe tout recours à la location de services ou à la sous-traitance dans le cadre de marchés publics neuchâtelois. Elle permet au pouvoir adjudicateur de limiter ou d'exclure ce type de procédés uniquement lorsque cela se justifie au regard des particularités du marché à adjudger, comme l'autorise d'ailleurs également le droit fédéral s'agissant de la sous-traitance à l' art. 31 al. 1 LMP . Elle tend dans cette mesure à favoriser une utilisation efficiente des deniers publics et, plus précisément, l'obtention d'une prestation de qualité correspondant aux besoins de l'État. Elle poursuit ainsi un autre but que la LSE et la LTr, auxquelles elle apparaît dès lors conforme, quoi qu'en disent les recourantes. Le simple fait qu'une exclusion de la sous-traitance ou de la location de personnel en lien avec certains marchés puisse avoir pour effet indirect de favoriser l'emploi de travailleurs fixes et, ce faisant, de lutter contre la "fragilisation accrue"

dont peuvent souffrir certaines personnes engagées comme intérimaires et que cet aspect ait pu apparaître comme décisif aux yeux de certains parlementaires lors de l'adoption de cette norme (cf. Rapport du Conseil d'État à l'appui d'un projet de loi sur les marchés publics [LCMP], du 5 décembre 2022, p. 15) n'a à cet égard que peu de pertinence, un tel effet accessoire ne contrevenant pas au droit fédéral. Il importe également peu que certains adjudicateurs puissent être tentés d'interdire la sous-traitance ou la location de personnel exclusivement dans ce but. Une telle pratique - qui serait du reste également contraire à l'AIMP 2019 (cf. supra consid. 4.5, 4.6 et 4.7.1) - pourra le cas échéant être corrigée au stade du contrôle concret de la norme (cf. supra consid. 2.2).

E. 7.2

Les recourantes soutiennent enfin que l' art. 9 al. 1 LCMP /NE serait incompatible avec l'ALCP, c'est-à-dire à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681). D'après elles, une exclusion de la sous-traitance ou de la location de personnel constituerait une mesure discriminant indirectement les travailleurs ressortissants de l'Union européenne proscrite par l'art. 2 de cet accord, ainsi que par les art. 9 par. 1 et 15 par. 1 de son annexe I. La Cour de céans ne voit toutefois pas en quoi tel serait le cas. En permettant aux pouvoirs adjudicateurs neuchâtelois d'interdire ou de limiter le recours à la location de personnel ou à la sous-traitance dans leurs appels d'offres lorsque cela est objectivement nécessaire pour la réalisation de leurs marchés et pour éviter des coûts de transaction inutiles, cette disposition envisage une mesure proportionnée, qui poursuit un but légitime, et qui n'aboutit de ce fait à aucune discrimination directe ou indirecte des entreprises ou des travailleurs européens, proscrite par l'ALCP. La présente cause n'est nullement comparable à celle à la base de l'arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021 - cité par les recourantes - où le Tribunal fédéral a jugé qu'une réglementation n'autorisant qu'à titre très exceptionnel la location de services pour l'exécution de marchés publics violait l'ALCP. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisément relevé qu'un législateur cantonal pouvait, sans violer cet accord international, permettre aux adjudicateurs de limiter au cas par cas le recours au travail temporaire en lien avec leurs appels d'offres, si une telle restriction reposait sur des motifs d'intérêt général légitimes, comme la nécessité objective de garantir la bonne exécution d'un marché public par des travailleurs expérimentés (cf. arrêt 2C_661/2019 précité consid. 5.2), ce qui est le cas en l'espèce (cf. supra consid. 4.5 et 4.6).

E. 8

Dans la mesure où leur recours n'est pas devenu sans objet à la suite de l'annulation de l' art. 10 LCMP /NE prononcée par l'arrêt 2C_587/20023 de ce jour, les recourantes 2 à 5 succombent entièrement, alors que le recours est irrecevable en tant que déposé par la recourante 1. Les intéressées doivent dès lors supporter une partie de frais de justice, solidairement entre elles (art. 66 al. 1, 4 et 5 LTF). Le canton doit en revanche verser une indemnité de partie réduite aux recourantes 2 à 5, qui en sont créancières solidaires (art. 68 al. 1 et 4 LTF). Il n'a pour sa part pas droit à une telle indemnité (art. 68 al. 3 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.