Urteilskopf

151 I 113

9. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause A. et consorts contre Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel (recours en matière de droit public)
2C_587/2023 du 30 janvier 2025

Regeste

Art. 27, 48 Abs. 5, **Art. 49 Abs. 1 und Art. 94 BV**; Art. 63 Abs. 4 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019); **Art. 27, 29 und 31 BöB**/IVöB 2019; Art. VIII Abs. 1 des Übereinkommens der Welthandelsorganisation über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA); Art. 3 Abs. 1 und 3 und **Art. 5 Abs. 1 BGBM**; **Art. 2 FZA** und **Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA**; Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht der Normen des Kantons Neuenburg, die darauf abzielen, den Einsatz von Temporärarbeitnehmenden im Rahmen der öffentlichen Beschaffung einzuschränken.
Rügen der Beschwerdeführenden (E. 4) und bisherige Rechtsprechung zur Frage des Einsatzes von Temporärarbeitnehmenden für die Erfüllung öffentlicher Aufträge (E. 5).
Eine kantonale Norm, die unter bestimmten Umständen die Möglichkeit vorsieht, den Einsatz von Leiharbeitnehmenden in einer Ausschreibung zu beschränken oder sogar auszuschliessen, kann als eine im Sinne des IVöB 2019 zulässige Ausführungsbestimmung betrachtet werden (E. 6.1-6.7). Anders verhält es sich mit einer kantonalen Regelung, welche die Leiharbeit bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge systematisch einschränkt (E. 6.8).
Vereinbarkeit der ersten Norm mit dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) (E. 7.1), mit dem Grundrecht und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (**Art. 27 und 94 BV**; E. 7.2), dem BGBM (E. 7.3) sowie dem Völkerrecht (E. 7.4).

Sachverhalt ab Seite 114

BGE 151 I 113 S. 114

A.

A.a A. est une association de droit suisse qui regroupe des entreprises actives dans le secteur des services de l'emploi et, notamment, dans la location de personnel. Inscrite au registre du commerce du canton de Zurich depuis 1999, elle a notamment pour but la défense des intérêts économiques, politiques et juridiques de ses membres vis-à-vis des associations d'employeurs et de travailleurs, des entreprises, de l'État, des autorités et du public.
Les sociétés B. SA, C. SA, D. SA et E. SA sont, pour leur part, des entreprises actives dans le domaine de la location de personnel, notamment dans le domaine de la construction. Elles ont toutes leur siège ou une succursale dans le canton de Neuchâtel.

A.b Le 15 novembre 2019, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics a adopté le nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après: l'AIMP 2019). Cet accord, qui a été élaboré parallèlement à la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), entrée en vigueur le 1er janvier 2021, a pour

BGE 151 I 113 S. 115

effet d'harmoniser autant que possible les règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, sans toucher à leurs compétences respectives.

B. Le 5 septembre 2023, le Grand Conseil neuchâtelois a adopté un décret portant adhésion de la République et canton de Neuchâtel à l'accord intercantonal précité. À cette même date, il a également adopté une nouvelle loi cantonale sur les marchés publics (LCMP/NE; RSN 601.72) qui contient, notamment, les dispositions suivantes:

Art. 9 Sous-traitance et location de personnel

[1] L'entité adjudicatrice peut limiter ou exclure le recours à la sous-traitance ou à la location de personnel dans l'appel d'offres.

[2] Le soumissionnaire doit indiquer dans son offre la part et le type de prestations qu'il entend sous-traiter, les coordonnées complètes de tous ses sous-traitants, ainsi que le recours à la location de personnel.

[3] Les sous-traitants et les sociétés de location de personnel doivent remplir les mêmes conditions de participation que le soumissionnaire. L'appel d'offres peut prévoir des conditions d'aptitudes particulières pour les sous-traitants.

[4] En cas de changement de sous-traitant en cours d'exécution du marché, l'adjudicataire doit en informer l'entité adjudicatrice avant la réalisation des prestations concernées, pour approbation.

[5] Le recours à des sous-sous-traitants (sous-traitance de 2e niveau) est interdit, sauf si l'appel d'offres l'autorise. Dans tous les cas, le marché ne peut être sous-traité au-delà d'un deuxième niveau.

Art. 10 Travail temporaire

[1] Pour les marchés de construction, les soumissionnaires doivent justifier dans leur offre qu'ils disposent du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, tenant compte des alinéas suivants.

[2] L'adjudicataire ne peut recourir sur un chantier à un nombre de travailleuses et travailleurs temporaires dépassant les valeurs limites suivantes:

a) de 1 à 3 employées ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires;

b) de 4 à 6 employées ou employés fixes, maximum 3 travailleuses ou travailleurs temporaires;

c) de 7 à 11 employées ou employés fixes, maximum 4 travailleuses ou travailleurs temporaires;

d) de 12 à 20 employées ou employés fixes, maximum 5 travailleuses ou travailleurs temporaires;

e) dès 21 employées ou employés fixes, maximum 20% de travailleuses ou travailleurs temporaires (arrondis à l'unité supérieure).

BGE 151 I 113 S. 116

[3] Le Conseil d'État prévoit des exceptions pour les situations particulières.

C. Le 23 octobre 2023, agissant conjointement, l'association A. (ci-après: la recourante 1) ainsi que les sociétés B. SA, C. SA, D. SA et E. SA (ci-après: les recourantes 2 à 5) déposent un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral. Elles demandent à celui-ci d'annuler les art. 9 et 10 de la nouvelle loi cantonale neuchâteloise sur les marchés publics (LCMP/NE), respectivement de constater que ces dispositions sont privées de tout effet juridique. (...)
Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours, en ce sens que l'**art. 10 LCMP**/NE est annulé. Pour le reste il a rejeté le recours dans la mesure où il est recevable.
(extrait)

Erwägungen

Extrait des considérants:

4. Sur le fond, les recourantes formulent de très nombreux griefs à l'encontre des **art. 9 al. 1 et 10 LCMP**/NE. Selon elles, ces dispositions violeraient non seulement le droit à la liberté économique (**art. 27 Cst.**; RS 110) et le principe de la primauté du droit fédéral (**art. 49 al. 1 Cst.**), mais aussi l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RSN 601.710) ainsi que diverses conventions internationales.

5. La Cour de céans rappelle quant à elle à titre liminaire avoir déjà été saisie, ces dernières années, de plusieurs recours abstraits dirigés contre des normes cantonales visant à régler la question de l'emploi de travailleurs temporaires dans le cadre de marchés publics.
Dans un arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021, le Tribunal fédéral a ainsi été appelé à se prononcer sur une révision du droit tessinois tendant, entre autres buts, à assimiler la location de services à la sous-traitance lors des appels d'offres et à n'autoriser la première, comme la seconde, qu'à titre exceptionnel. Il l'a en l'occurrence annulée, après avoir estimé qu'une telle réglementation, qui aboutissait dans les faits à une discrimination indirecte des travailleurs italiens, violait l'ALCP, c'est-à-dire 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).
Plus récemment, dans un arrêt 2C_325/2023 du 24 mai 2023, le Tribunal fédéral a également dû se pencher sur la nouvelle loi vaudoise

BGE 151 I 113 S. 117

sur les marchés publics qui prévoit que le soumissionnaire retenu ou ses sous-traitants doivent annoncer à l'adjudicateur leur intention de recourir à la location de service "pour contrôle et approbation". Il a en l'occurrence estimé qu'une telle réglementation ne contrevenait ni à la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11), ni à la liberté économique (**art. 27 Cst.**),

dans la mesure où elle n'interdisait pas tout recours au travail intérimaire, mais tendait seulement à éviter que les participants à une procédure d'appel d'offres puissent profiter d'avantages concurrentiels indus en collaborant avec des sociétés de location de personnel n'étant pas "en règle" en matière de respect des conditions de travail.

Ces différentes jurisprudences ne peuvent cependant pas être transposées sans autres considérations à la présente affaire. D'une part, elles ne concernaient pas des normes cantonales identiques et, d'autre part, dans ces causes, le Tribunal fédéral n'a pas eu à examiner si les réglementations cantonales litigieuses étaient conformes à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (AIMP 2019). En effet, cette nouvelle convention intercantonale n'était soit pas encore applicable dans le canton concerné - le Tessin n'y ayant d'ailleurs toujours pas adhéré - soit nullement invoquée par les parties recourantes.

6. En l'espèce, il convient précisément d'examiner en tout premier lieu la conformité des **art. 9 al. 1 et 10 LCMP**/NE à l'AIMP 2019. Les recourantes affirment en effet que ces dispositions, qui ont été conçues comme un "complément" à cet accord (cf. **art. 1 LCMP**/NE), sortent du cadre admissible fixé par celui-ci.

6.1 Comme le rappelle l'**art. 48 al. 1 Cst.**, les cantons peuvent conclure des conventions entre eux. Ce faisant, ils sont notamment habilités à adopter des conventions intercantonales 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; arrêt 2C_140/2021 du 17 novembre 2022 consid. 3.3).

6.2 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

BGE 151 I 113 S. 118

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), 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).

6.3 À l'instar de l'ancienne convention, l'AIMP 2019 vise donc en premier lieu à mettre en oeuvre 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 du 15 novembre 2019 relatif à la révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics [AIMP], 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 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".

6.4 S'il se caractérise par un plus grand niveau de détail que l'accord précédent, l'AIMP 2019 ne contient aucune règle expresse sur la problématique particulière de la location de personnel lors de la réalisation de marchés publics, comme d'ailleurs la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), élaborée parallèlement et présentant dès lors un contenu largement identique. Il n'est toutefois pas possible de conclure d'emblée à

BGE 151 I 113 S. 119

l'existence d'un silence qualifié du droit intercantonal empêchant par principe toute réglementation cantonale sur le sujet. En effet, dans la mesure où, comme on vient de le dire, l'AIMP 2019 laisse les cantons libres d'édicter des "dispositions d'exécution" en matière de marchés publics, une telle réglementation n'apparaît pas forcément inadmissible à première vue sous l'empire du nouveau droit intercantonal. La question de savoir si un législateur cantonal peut autoriser le pouvoir adjudicateur à limiter ou à exclure le recours au travail temporaire dans ses appels d'offres, voire restreindre lui-même directement l'emploi de travailleurs intérimaires lors de marchés de construction, comme l'a fait le Grand Conseil neuchâtelois aux **art. 9 al. 1 et 10 LCMP**/NE, implique un examen approfondi de l'AIMP 2019 et des principes qui le sous-tendent.

6.5 À cette fin, il convient avant tout de définir la portée exacte de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 en tant qu'il permet aux cantons d'édicter des "dispositions d'exécution".

6.5.1 En l'occurrence, en prévoyant à son art. 63 al. 4 que les cantons peuvent édicter des "dispositions d'exécution [Ausführungsbestimmungen], en particulier pour ses art. 10, 12 et 26", l'AIMP 2019 indique assez clairement que les cantons ne peuvent adopter que des normes qui visent à "exécuter" cette convention, c'est-à-dire qui tendent à la mettre à effet - ou en oeuvre - et en réaliser les buts (cf. la définition du verbe "exécuter" donnée par Le Grand Robert, https://grandrobert.lerobert.com, consulté le 13 janvier 2025), étant entendu qu'en droit suisse, la notion de "dispositions d'exécution", respectivement d'"Ausführungsbestimmungen" sert habituellement à désigner les normes - secondaires ou primaires - qui en concrétisent d'autres, de rang généralement supérieur (cf. notamment Office fédéral de la justice [OFJ], Guide de législation - Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 4e éd. 2019, n. 299 ss). D'ailleurs, l'objectif de l'AIMP 2019 - consistant à harmoniser au mieux les règles en matière de marchés publics au niveau national par une réglementation intercantonale aussi exhaustive que possible (cf. supra consid. 6.3; aussi CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Neues Vergaberecht in den Kantonen: Überblick und erste Bilanz, ZBl 2023 p. 515 ss, 519) - serait menacé par une interprétation plus large de son art. 63 al. 4, laquelle aurait en effet pour résultat de préserver d'importantes compétences législatives dans chaque canton en matière de réglementation des marchés publics. Il découle ainsi de l'interprétation littérale et systématique de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 que les cantons ayant adhéré

BGE 151 I 113 S. 120

à cet accord peuvent toujours édicter certaines règles relevant du droit des marchés publics, mais que celles-ci doivent toujours être en lien étroit avec une norme de la convention - "en particulier" avec ses art. 10, 12 ou 26 comme cela ressort expressément de la disposition précitée - soit parce qu'elles en précisent la portée, soit parce qu'elles en assurent la mise en oeuvre dans un sens déterminé.

6.5.2 Relevons à ce propos que le projet d'accord renonçait originellement à habiliter explicitement les cantons à adopter des dispositions d'exécution, contrairement à ce que faisait jusqu'alors l'AIMP 1994 (cf. art. 3 AIMP 1994). Ce n'est qu'au tout dernier moment, juste avant l'adoption finale de l'AIMP 2019, que l'Autorité intercantonale sur les marchés publics a finalement consenti, sur la demande expresse de quelques cantons, à insérer l'art. 63 al. 4 à son projet de convention afin de préciser que ceux-ci pourraient adopter, s'ils le souhaitaient, une réglementation d'exécution similaire à celle que le Conseil fédéral était alors en train d'élaborer par le biais de la future ordonnance fédérale du 12 février 2020 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11). L'idée à la base de cet ajout consistait cependant uniquement à permettre la prise en compte de certaines particularités cantonales lors de la mise en oeuvre de l'AIMP 2019 et, spécialement, de ses art. 10, 12 et 26 AIMP 2019, ce qui pouvait éventuellement faciliter l'approbation du nouveau droit intercantonal dans les cantons, sachant que les dispositions de droit fédéral correspondantes - soit les **art. 10, 12 et 26 LMP** - venaient de faire l'objet de nombreuses discussions aux Chambres fédérales lors de l'adoption de la LMP (Message type AIMP, p. 38 s. et 103; aussi Autorité intercantonale pour les marchés publics AIMP, Rapport d'évaluation du 4 septembre 2019 relatif à la consultation succincte AURORA, p. 13 et 21). Une interprétation historique et téléologique de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 tend ainsi à confirmer que cette disposition n'autorise effectivement pas les cantons à édicter autre chose que des règles précisant la portée de cet accord ou assurant la mise en oeuvre d'une de ses normes dans un sens déterminé.

6.5.3 La doctrine soutient également que les cantons ne peuvent adopter des "dispositions d'exécution" au sens de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 que pour préciser les règles de cet accord et mettre en place l'organisation qu'implique sa mise en oeuvre, mais en aucun cas pour créer de nouveaux droits ou obligations à la charge des soumissionnaires qui ne seraient pas couverts par le droit intercantonal (cf. SCHNEIDER HEUSI, op. cit., p. 519; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés

BGE 151 I 113 S. 121

publics, 2e éd. 2023, n. 59; NATHALIE CLAUSEN, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Hans Rudolf Trüeb [éd.], 2020, n° 9 ad art. 63 AIMP 2019; TRÜEB/ZOBL, Prise en compte des différents niveaux de prix dans les marchés publics, Admissibilité juridique et mise en oeuvre pratique, Avis de droit à l'attention de la DTAP, 11 mars 2020, n. 3). Selon elle, le droit cantonal ne devrait ainsi revêtir plus qu'une "portée secondaire" dans le domaine des marchés publics (POLTIER, op. cit., n. 59), les cantons n'ayant plus qu'une marge de manoeuvre "minimale" et "étroitement limitée" en la matière (SCHNEIDER HEUSI, op. cit., p. 519; CHRISTOPH JÄGER, in Bernisches Verwaltungsrecht, 2021, Müller/Feller [éd.], p. 871 ss n. 25). Cela étant, la plupart des auteurs soulignent néanmoins que les cantons peuvent adopter des dispositions d'exécution concrétisant d'autres normes que les art. 10, 12 et 26 AIMP 2019, ces dispositions étant mentionnées à l'art. 63 al. 4 AIMP 2019 à titre exemplatif seulement. Le droit cantonal peut par exemple préciser les critères d'adjudication admissibles au sens de l'**art. 29 LMP**/AIMP 2019 (cf. POLTIER, op. cit., n. 59 s.; aussi MARIO MARTI, Changement de paradigme en droits des marchés publics - Mise en oeuvre du nouveau droit des marchés publics du point de vue du secteur de la construction, 2022, p. 52; DOMENICO DI CICCO, Le prix en droit des marchés publics, 2022, p. 295 s.; CLAUSEN, op. cit., n° 15 ad art. 63 AIMP 2019; d'un autre avis, TRÜEB/ZOBL, op. cit., n. 4 et 97), voire

fixer la manière dont ils doivent être pris en considération (cf. SCHNEIDER HEUSI, op. cit., p. 535, en lien avec le droit zurichois).

6.6 Reste à déterminer si les art. 9 al. 1 et 10 AIMP 2019 peuvent être considérés comme des "dispositions d'exécution" au sens de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019, tel qu'on vient de l'interpréter. À cet égard, le Grand Conseil neuchâtelois prétend que ces deux normes auraient pour objectif de garantir l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché à adjuger. Il soutient de cette manière que le droit cantonal ne ferait que concrétiser l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019, disposition qu'il convient dès lors d'examiner plus en détail pour pouvoir apprécier la pertinence de l'argument.

6.6.1 En droit suisse, l'attribution des marchés publics suppose la réalisation de conditions de différentes sortes. On pensera en premier lieu aux exigences dont le non-respect empêche purement et simplement l'accès à la procédure d'adjudication et conduit d'emblée à l'exclusion des offres n'y satisfaisant pas. Appartiennent à cette catégorie les "critères d'aptitude" (*Eignungskriterien*), qui tendent à vérifier que

BGE 151 I 113 S. 122

le soumissionnaire dispose des qualifications nécessaires pour mener à bien le marché à réaliser et qui doivent être obligatoirement remplis par l'entreprise considérée pour que son offre soit prise en compte par l'adjudicateur (cf. **art. 40 al. 1 LMP**/AIMP 2019; **ATF 145 II 249** consid. 3.3; **ATF 141 II 353** consid. 7.1). Ces critères d'aptitudes sont désormais réglés par les **art. 27 LMP**/AIMP 2019 qui présentent la teneur suivante:

Art. 27 Critères d'aptitude

1 L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné.

2 Les critères d'aptitude peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience.

3 L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment.

4 Il ne peut poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur soumis au présent accord.

6.6.2 Les critères d'aptitude, ainsi réglés aux **art. 27 LMP**/AIMP 2019, doivent être distingués des "conditions de participation" (*Teilnahmebedingungen*). Régies par les **art. 26 LMP**/AIMP 2019, celles-ci exigent que les soumissionnaires aient payé leurs impôts et leurs cotisations sociales et qu'ils respectent, dans le cadre général de leur activité, les dispositions régissant la protection des travailleurs et les conditions de travail, ainsi que l'égalité salariale entre femmes et hommes et les droits de l'environnement et de la concurrence. De telles conditions de participations se rapportent certes aussi à la personne même du soumissionnaire et leur non-respect peut également conduire à une exclusion immédiate de l'offre (cf. notamment **art. 38 al. 3 LMP**/AIMP 2019 et Message type AIMP, p. 66). Elles n'ont en revanche pas de rapport avec l'objet même du marché à adjuger et découlent à ce titre directement de la loi, contrairement aux critères d'aptitude qui doivent toujours être directement et concrètement en lien avec la prestation à accomplir (cf. **ATF 140 I 285** consid. 5.1).
Enfin, les critères d'aptitude doivent encore être distingués des "critères d'adjudication" (*Zuschlagskriterien*) réglés aux **art. 29 LMP**/AIMP 2019, lesquels ne se rapportent pas à la personne même du

BGE 151 I 113 S. 123

soumissionnaire, mais à la prestation que celui-ci s'engage à fournir. Ils servent à évaluer les offres d'un point de vue qualitatif et, au final, à désigner celle qui s'avère être la plus avantageuse parmi celles des divers soumissionnaires remplissant les conditions de participation et les critères d'aptitude (cf. notamment **ATF 139 II 489** consid. 2.2.1 et 2.2.4; **ATF 129 I 313** consid. 8.1; Message type AIMP, p. 65). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est à ce titre pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères du même type (**ATF 140 I 285** consid. 5.1).

6.6.3 S'agissant des critères d'aptitude, les **art. 27 al. 1 LMP**/AIMP 2019 prévoient qu'ils doivent être "objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné" ("objektiv erforderlich und überprüfbar"), et non simplement être en lien avec les prestations à adjuger ("leistungsbezogen") comme les critères d'adjudication (cf. **art. 29 LMP**/AIMP 2019). Cette disposition se distingue de l'ancien **art. 13 al. 1 let**. d AIMP 1994, qui disposait que l'examen de l'aptitude des soumissionnaires devait intervenir selon des critères "objectifs et vérifiables" ("nach objektiven und überprüfbaren Kriterien"). Le Tribunal fédéral avait interprété cette ancienne règle en ce sens que les critères d'aptitude devaient être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir et porter sur des qualifications nécessaires pour

mener à bien cette prestation (**ATF 129 I 313** consid. 8.1). En comparaison, les travaux préparatoires du nouveau droit des marchés publics précisent que les critères d'aptitudes doivent à présent être "essentiels" ou "cruciaux" pour l'exécution du marché pour être considérés comme objectivement nécessaires et, partant, conformes aux **art. 27 LMP**/AIMP 2019 (cf. Message type AIMP, p. 67, et Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, spéc. 1786). L'idée est d'assurer le strict respect de l'AMP révisé, lequel exige en effet que les "conditions de participation" à un marché - entendues en un sens large incluant également les critères d'aptitude au sens du droit suisse - soient limitées à celles qui sont "indispensables" (*wesentlich*) pour s'assurer qu'un fournisseur dispose des capacités et compétences nécessaires à l'exécution du marché à adjuger (art. VIII par. 1 AMP révisé; cf. Message type AIMP, p. 67).

6.6.4 Dans la mesure où ils doivent être indispensables à l'accomplissement de la prestation à adjuger, les critères d'aptitude à remplir par les soumissionnaires doivent être définis au cas par cas par le pouvoir adjudicateur, qui doit tenir compte de l'objet du marché

BGE 151 I 113 S. 124

(cf. Message type AIMP, p. 67). La singularité et la complexité de chaque marché s'opposent effectivement à l'énonciation de critères d'aptitude standardisés, valables de manière systématique pour tous les marchés (cf. OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I p. 387 ss ch. B.1; aussi PETER GALLI ET AL., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 555 s.). Les **art. 27 al. 2 LMP**/AIMP 2019 n'en précisent pas moins que les critères d'aptitude "peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience". En fonction de la nature du marché (son ampleur, son coût, sa complexité, etc.), le pouvoir adjudicateur peut recourir à de tels critères ou à d'autres lui apparaissant comme nécessaires afin de présumer raisonnablement que les prestations attendues seront effectivement fournies; il jouit sur ce point d'un certain pouvoir d'appréciation, mais doit éviter de restreindre inutilement ou de manière disproportionnée la concurrence (cf. Message type AIMP, p. 67; POLTIER, op. cit., n. 547; TRÜEB/CLAUSEN, in Wettbewerbsrecht, Kommentar, Oesch/Weber/Zäch [éd.], vol. II, 2e éd. 2021, nos 7 s. ad **art. 27 LMP**; RAMONA WYSS, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Hans Rudolf Trüeb [éd.], 2020, nos 9 et 12 ad **art. 27 LMP**/AIMP 2019). Sur le principe, il lui est uniquement interdit d'exiger des soumissionnaires qu'ils aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur suisse (cf. **art. 27 al. 4 LMP**/AIMP 2019). Il va en revanche de soi que l'autorité adjudicatrice peut conditionner l'admissibilité d'une offre au fait que son soumissionnaire jouisse déjà d'une certaine expérience dans l'exécution de prestations similaires à celles à adjuger (envergure, complexité, etc.; cf. TRIAS - Guide pour les marchés publics, § 5.2, www.trias.swiss, consulté le 13 janvier 2025; pour un exemple récent, arrêt 2C_222/2023 du 19 janvier 2024 consid. 1.5). Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs spécifiquement rappelé dans son arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021 - évoqué précédemment (cf. supra consid. 5) - annulant une réglementation tessinoise qui interdisait par principe tout recours au travail temporaire lors de marchés publics en raison de sa non-conformité à l'ALCP. Il a souligné que le législateur cantonal conservait la faculté de permettre aux autorités adjudicatrices d'exiger au cas par cas - notamment lorsque cela était nécessaire pour garantir un travail de qualité - que les soumissionnaires réalisent certains marchés publics en recourant

BGE 151 I 113 S. 125

exclusivement à des cadres employés de longue date et disposant d'une solide expérience dans le domaine concerné, voire à une majorité de travailleurs déjà sous contrat avec l'entreprise, et non recrutés spécifiquement à cette fin (cf. arrêt 2C_661/2019 précité consid. 5.2).

6.6.5 Sur le principe, le droit suisse des marchés publics permet enfin aux soumissionnaires de satisfaire aux critères d'aptitude en s'organisant en communauté (consortium) ou en ayant recours à la sous-traitance. Selon les **art. 31 al. 1 LMP**/AIMP 2019, le pouvoir adjudicateur peut certes limiter ou exclure de telles facultés en mentionnant expressément ce choix dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Une telle décision, susceptible de limiter la concurrence et d'empêcher des petites et moyennes entreprises de participer à des appels d'offres, ne doit cependant pas être prise sans nécessité, mais reposer sur de justes motifs en rapport avec la réalisation du marchés (p. ex. afin de garantir la bonne réalisation du marché ou d'éviter des coûts de transaction inutiles; Message type AIMP, p. 73; aussi POLTIER, op. cit., n. 554; aussi BEAT JOSS, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Hans Rudolf Trüeb [éd.], 2020, n^{os} 27 ss ad **art. 31 LMP**/AIMP 2019).

6.7 En l'occurrence, la première des deux dispositions cantonales attaquées par les recourantes - soit l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE - prévoit qu'une autorité adjudicatrice peut limiter ou exclure non seulement le recours à la sous-traitance en le spécifiant dans son appel d'offres, comme le reconnaît déjà l'**art. 31 LMP**/AIMP 2019, mais également le recours à la location de personnel. Or, en mettant ainsi sur un pied d'égalité la sous-traitance et la location de personnel, le droit cantonal neuchâtelois envisage une mesure à titre de critère d'aptitude qui n'est pas expressément prévue par l'AIMP 2019. Il faut toutefois admettre qu'il peut exister des situations dans lesquelles une autorité adjudicatrice peut *a priori* se prévaloir d'une certaine nécessité

de limiter, voire d'exclure le recours à la location de personnel en vue de la réalisation d'un marché public. Tel pourrait être le cas lorsque la réalisation d'un ouvrage ou d'une prestation de service suppose une grande expérience et/ou un savoir-faire important des personnes censées y participer, compte tenu, notamment, de la spécificité du travail à effectuer (haute technicité, dangerosité, confidentialité, etc.) ou d'exigences de qualité de travail particulières se justifiant au regard de la prestation attendue (p. ex. rénovation d'un bien historique). Dans ce genre d'hypothèses en effet, comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé dans son arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021

BGE 151 I 113 S. 126

(cf. supra consid. 6.6.4), il peut exister un intérêt public objectif à exiger du soumissionnaire qu'il s'engage à utiliser avant tout - si ce n'est uniquement - ses propres employés fixes, et non des travailleurs intérimaires, en considérant que les premiers, souvent employés de longue date, ont en principe fait leur preuve s'agissant de l'exécution de prestations similaires à celles du marché à adjuger.

Sous cet angle, l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE peut être vu comme une norme cantonale qui ne fait que mettre en exergue un critère d'aptitude potentiellement admissible sous l'angle de l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019. Il rappelle en fin de compte uniquement la faculté de tout pouvoir adjudicateur de limiter voire d'exclure, dans certaines circonstances, le recours à la location de personnel lorsqu'une telle mesure est objectivement nécessaire pour la réalisation d'un marché public, étant précisé qu'une telle mesure doit être, à l'instar d'une limitation de la sous-traitance (cf. supra consid. 6.6.5), dûment justifiée par l'autorité adjudicatrice, comme le relève le Grand Conseil lui-même dans ses écritures. Dans cette mesure, l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE peut être considérée comme une "disposition d'exécution" de droit cantonal valable sous l'angle de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019.

6.8 Un tel raisonnement n'est en revanche pas transposable à la seconde disposition attaquée par les recourantes, soit l'**art. 10 LCMP**/ NE, qui, comme on l'a vu, fixe une proportion maximale de travailleurs intérimaires pouvant être employée lors de la réalisation d'un marché de construction neuchâtelois, soit 2 travailleurs temporaires pour 1 à 3 employés fixes, 3 travailleurs temporaires pour 4 à 6 employés fixes, et ainsi de suite jusqu'à un maximum de 20 % de travailleurs intérimaires à partir de 21 employés fixes (cf. supra let. B).

6.8.1 Le fait est que l'**art. 10 LCMP**/NE se distingue de l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE sur deux plans au moins. Il ne s'applique, d'une part, qu'aux marchés publics de construction et ne revêt, d'autre part, pas un caractère potestatif. Il contraint en effet les autorités adjudicatrices neuchâteloises à limiter systématiquement le recours au travail temporaire lors de leurs marchés de construction, sans leur laisser de marge de manoeuvre sur ce point. Cette obligation s'impose indépendamment des caractéristiques et de l'importance du marché à adjuger. De tels aspects influencent tout au plus le calcul du nombre maximal de travailleurs intérimaires autorisés à participer au chantier, lequel dépend du nombre d'employés fixes concrètement engagés pour réaliser celui-ci. Autrement dit, en adoptant l'**art. 10 LCMP**/NE,

BGE 151 I 113 S. 127

le législateur cantonal a entendu restreindre le recours à la location de personnel dans le cadre de marchés publics de construction par principe et quelles que soient les caractéristiques du marché en cause, soit même lorsque les prestations à effectuer ne nécessitent aucune expérience particulière chez les ouvriers appelés à les réaliser et qu'un soumissionnaire pourrait les exécuter à satisfaction en employant un grand nombre, voire une majorité d'employés intérimaires. Sous cet angle, il faut admettre que la limitation obligatoire du recours au travail temporaire prévue par l'**art. 10 LCMP**/NE ne se justifierait pas toujours - voire que rarement - par la nécessité de s'assurer de la capacité des soumissionnaires à exécuter les marchés de construction à adjuger.

6.8.2 Le Grand Conseil, ne prétend pas le contraire dans ses écritures, et pour cause. Il ressort des travaux préparatoires de l'**art. 10 LCMP**/NE que le législateur cantonal n'a pas adopté cette disposition dans le but d'assurer la bonne exécution des marchés de construction. Non prévue dans le projet de loi préparé par le Conseil d'État, cette norme résulte d'une proposition initialement élaborée en commission parlementaire dans le but déclaré de favoriser les emplois à durée indéterminée lors de l'adjudication des marchés de l'État, ce afin de contrer l'effet de précarisation induit par le travail temporaire (cf. Propositions de la Commission parlementaire du 22 août 2023 relative au projet de décret portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 [AIMP] et au projet de loi sur les marchés publics [LCMP], p. 11). Cette position a ensuite été soutenue par la majorité du Grand Conseil, devant lequel il a été réaffirmé que l'**art. 10 LCMP**/NE permettrait de protéger les travailleuses et travailleurs et de limiter le recours à un nombre trop important d'employés intérimaires. Certains parlementaires ont alors souligné que ce phénomène devait être contenu parce qu'il engendrait un taux plus élevé d'infractions au droit du travail par rapport aux emplois dit "classiques", notamment en lien avec les horaires de travail et lors de fortes canicules, dans la mesure où les travailleurs temporaires étaient soumis à davantage de pression que les employés fixes. Il a également été relevé que le travail temporaire serait problématique dans son essence même, car il précariserait des catégories de travailleurs et travailleuses en Suisse en pesant sur leur santé et leur vie sociale, ce qui avait un coût pour l'État (Bulletins officiels des délibérations du Grand Conseil [neuchâtelois], Vingt-troisième session de la 51e législature, Séance du 5 septembre 2023, p. 25 et 40 s.).

6.8.3 Sur le vu de ce qui précède, compte tenu de leur caractère inconditionnel et absolu, directement lié à leur objectif déclaré de lutte contre le travail intérimaire, les limites posées par l'**art. 10 LCMP**/NE à la location de personnel lors de marchés de construction ne peuvent pas être considérées comme des mesures servant objectivement à garantir la bonne exécution des marchés concernés. Sur cette base, il est impossible de retenir que la norme cantonale précitée ne ferait que concrétiser l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019 en fixant un critère d'aptitude en matière de personnel admissible à l'aune de cette même disposition, comme c'est le cas de l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE, et, partant, de la considérer comme une "disposition d'exécution" de droit cantonal valable à l'aune de l'art. 63 al. 4 AIMP 2019.

6.8.4 Le Grand Conseil neuchâtelois invoque à ce sujet en vain un courrier du Président et de la secrétaire de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics reconnaissant sans aucun véritable développement la conformité de l'**art. 10 LCMP**/NE à l'AIMP 2019, ainsi qu'un arrêt de la Cour de justice genevoise du 16 février 2023 (ACST/3/2023) confirmant la conformité au droit d'une disposition cantonale genevoise similaire. Ces courrier et arrêt ne lient pas le Tribunal fédéral, le second ne tranchant, du reste, même pas la question de la validité d'une telle norme par rapport à l'AIMP 2019, auquel le canton de Genève n'a d'ailleurs toujours pas adhéré. De même le Grand Conseil se prévaut-il à tort de l' **ATF 140 I 285** pour tenter de justifier la validité de l'**art. 10 LCMP**/NE. Il se méprend en l'occurrence sur sa portée. Dans cet arrêt, rendu sous l'empire de l'AIMP 1994, le Tribunal fédéral a certes reconnu la faculté du législateur cantonal de prévoir certains "critères" de nature environnementale ou sociale n'ayant pas forcément de lien direct avec le marché à adjuger (cf. **ATF 140 I 285** précité consid. 7.1). Cette jurisprudence se référait toutefois exclusivement à des critères d'adjudication, et en aucun cas à d'éventuels critères d'aptitude, qui doivent toujours être en lien étroit avec la capacité d'une entreprise à réaliser le marché concerné, même lorsqu'ils pourraient être qualifiés d'"environnementaux" ou de "sociaux" (cf. **ATF 140 I 285** précité consid. 5.1 et 7.2; pour le nouveau droit, cf. TRIAS - Guide pour les marchés publics, § 5.2, Fiche d'information - Développement durable dans les marchés publics, www.trias.swiss, consulté le 10 octobre 2024). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a finalement fait que rappeler la faculté d'évaluer les offres recevables en considération de leurs valeurs sociale et/ou environnementale, pour autant que l'usage de tels

critères d'adjudication soit expressément autorisé par la loi, à l'instar de ce que fait aujourd'hui l'**art. 29 LMP**/AIMP 2019 en admettant la prise en compte de critères comme le développement durable. Or, en l'espèce, l'**art. 10 LCMP**/NE n'est assurément pas conçu comme une norme appelée à régir la manière d'évaluer la qualité des offres sous un angle social - c'est-à-dire comme une règle fixant un critère d'adjudication obligatoire parmi d'autres - si bien que les considérations à la base de l' **ATF 140 I 285** ne revêtent aucune pertinence pour la résolution du présent litige.

6.9 Sur le vu de ce qui précède, il faut conclure que l'**art. 10 LCMP**/ NE viole l'AIMP 2019 en limitant de manière systématique le recours à la location de services lors de la passation de marchés publics de construction. Il en va en revanche différemment de l'**art. 9 al. 1 LCMP**/ NE, dès lors que l'on peut considérer que cette disposition concrétise l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019 en rappelant la faculté pour tout adjudicateur de limiter - voire d'exclure - le recours à la location de personnel dans son appel d'offres lorsque l'emploi de travailleurs temporaires est objectivement susceptible de menacer la bonne exécution du marché à adjuger.

7. Reste à vérifier si l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE résiste aux autres griefs des recourantes, étant précisé qu'un tel examen est inutile en ce qui concerne l'**art. 10 LCMP**/NE, dont la non-conformité à l'AIMP 2019 est de toute manière acquise, comme on vient de le voir.

7.1 Les recourantes soutiennent qu'en permettant au pouvoir adjudicateur de limiter ou d'exclure le recours à la location de personnel dans ses 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, la disposition cantonale contreviendrait en effet à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services qui contiendrait une réglementation exhaustive en matière de protection des travailleurs intérimaires.

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 réglementées de façon exhaustive (cf. **ATF 143 I 403** consid. 7.1; **ATF 133 I 110** consid. 4.1; **ATF 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; **ATF 138 I 435** consid. 3.1; **ATF 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; **ATF 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 complétives 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, **ATF 143 I 109** consid. 4.2.2; **ATF 141 V 455** consid. 6.1; **ATF 140 I 218** consid. 5.1; **ATF 140 II 46** consid. 2.5.1; **ATF 139 I 242** consid. 3.2).

7.1.2 En l'occurrence, comme on l'a déjà dit (cf. supra consid. 5), le Tribunal fédéral s'est récemment prononcé sur la possibilité pour un canton d'adopter des règles de droit visant à encadrer la location de personnel lors de la réalisation de marchés publics (cf. arrêt 2C_325/2023 du 24 mai 2024). Rappelant une ancienne jurisprudence, soit l' **ATF 120 Ia 89**, il a tout d'abord confirmé que la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) contenait une réglementation complète et exhaustive en ce qui concerne, d'une part, les conditions dans lesquelles une entreprise peut exercer la location de services à titre commercial et, d'autre part, la protection des travailleurs intérimaires (cf. arrêt 2C_325/2023 précité consid. 6.3). Le Tribunal fédéral a cependant souligné que les cantons n'étaient pas pour autant empêchés d'adopter des dispositions ayant un impact sur l'activité de location de services en usant de leurs compétences en matière de marchés publics. En effet, conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus (cf. supra consid. 7.1.1), de telles normes peuvent être adoptées si elles poursuivent un autre but que celui recherché par la LSE et qu'elles n'en contredisent par ailleurs aucune norme (cf. arrêt 2C_325/2023 précité consid. 6.4). Or, tel était précisément le cas de la réglementation vaudoise attaquée

BGE 151 I 113 S. 131

qui prévoyait que "[t]out recours à la location de personnel par le soumissionnaire retenu ou ses sous-traitants doit être préalablement annoncé à l'adjudicateur pour contrôle et approbation". Une telle disposition respectait la LSE, car elle n'interdisait pas tout recours au travail temporaire en lien avec des marchés publics vaudois, 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 visait 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. 6.5-6.7).

7.1.3 Les considérations à la base de cet arrêt 2C_325/2023 du 24 mai 2024 peuvent être reprises *mutatis mutandis* pour juger de la conformité de l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE à la LSE. Comme on l'a vu, cette disposition, qui n'interdit pas par principe tout recours à la location de services dans le cadre de marchés publics neuchâtelois, doit être considérée comme une disposition concrétisant l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019 en tant qu'elle rappelle au pouvoir adjudicateur sa faculté de limiter ou d'exclure le recours à la location de personnel dans son appel d'offres lorsqu'un tel procédé est susceptible de menacer la bonne exécution du marché à adjuger. Dans cette mesure, elle vise avant tout une utilisation efficiente des deniers publics et, plus précisément, l'obtention d'une prestation de qualité correspondant aux besoins de l'État, soit un autre but que la LSE, à laquelle elle apparaît dès lors conforme, quoi qu'en disent les recourantes.

7.2 Les recourantes se plaignent également du fait que l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE violerait le droit à la liberté économique garantie par l'**art. 27 Cst.** et qu'elle constituerait en outre une mesure de politique économique contraire à l'**art. 94 al. 1 et 4 Cst.**

7.2.1 Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique garantie à l'**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 respectent le principe 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

BGE 151 I 113 S. 132

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; **ATF 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; **ATF 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; **ATF 140 I 218** consid. 6.5 à 6.7).

7.2.2 En l'occurrence, comme déjà dit, l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE ne fait que concrétiser l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019 en rappelant aux autorités adjudicatrices neuchâteloises leur faculté de limiter voire d'exclure le recours à la location de personnel dans le cadre de leurs appels d'offres lorsque cela est nécessaire pour assurer la bonne exécution d'un marché public. 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 à garantir une utilisation économique des deniers publics. La mesure envisagée, qui peut donc se fonder à la fois sur l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE et sur l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019, limite en outre de manière proportionnée la liberté d'organisation des entreprises touchées; elle s'apparente, d'ailleurs, à d'autres mesures admises depuis longtemps en droit suisse des marchés publics, comme la limitation ou l'exclusion des communautés de soumissionnaires ou de la sous-traitance (cf. supra consid. 6.6.5). Elle respecte à ce titre chacune des conditions régissant la restriction de 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 ne menacerait pas la bonne exécution des prestations à adjuger, n'y change rien. En effet, comme déjà dit, 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. consid. 2.2 non publié), les intéressés conservant la possibilité de contester une telle pratique par le biais d'un recours concret.

7.3 Les recourantes prétendent ensuite que l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE serait contraire à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

7.3.1 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. FF 2017 1695 ss, spéc. 1723 et 1836 s.).

7.3.2 En l'occurrence, comme déjà dit, l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE ne fait rien d'autre que concrétiser l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019, qu'il respecte dans son principe. Il y a dès lors lieu de présumer que cette disposition est conforme à la LMI, à l'instar de la convention intercantonale qu'elle met en oeuvre, 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. Les restrictions en matière de recours au travail temporaire que l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE envisage et qui sont censées garantir la bonne réalisation de certains marchés publics particuliers 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. 7.2.2). Elles ne constituent en ce sens pas 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 (Buletins officiels des délibérations du Grand Conseil [neuchâtelois],Vingt-troisième session de la 51e législature, Séance du 5 septembre 2023, p. 40). Comme déjà dit, 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. consid. 2.2 non publié).

7.4 Les recourantes affirment enfin que l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE violerait différentes conventions internationales. Elles invoquent à cet égard un non-respect de quatre traités internationaux: l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (RS 0.632.20), l'Accord révisé du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632. 231.422; ci-après: AMP révisé), l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) et, enfin, de l'ALCP, soit 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 (ALCP; RS 0.142.112. 681).

7.4.1 La Cour de céans relève d'emblée que l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), dont les recourantes invoquent la violation, ne s'applique pas à la problématique des marchés publics (cf. art. XII par. 1 de l'accord précité). Les États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont réglé cette problématique par le biais d'un accord spécifique, à savoir l'AMP, récemment révisé. Or, on ne voit pas que l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE, qui ne fait que

concrétiser l'**art. 27 LMP**/AIMP 2019, serait contraire à ce dernier accord international, que le nouveau droit intercantonal tend précisément à mettre en oeuvre (cf. supra consid. 6.2), étant rappelé qu'il autorise la Suisse à fixer des critères d'aptitudes permettant de garantir que les soumissionnaires potentiels disposent des compétences et capacités indispensables en vue de la réalisation des marchés à adjuger (cf. art. VIII par. 1 AMP révisé; aussi supra consid. 6.6.3).

7.4.2 La Cour de céans ne voit enfin pas non plus en quoi l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE violerait les accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union européenne invoqués par les recourantes. En permettant aux pouvoirs adjudicateurs neuchâtelois d'interdire ou de limiter le recours à la location de personnel dans leurs appels d'offres lorsque cela est objectivement nécessaire pour la réalisation de leurs marchés, cette disposition envisage en effet 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 (cf. art. 2, ainsi qu'art. 9 par. 1 de l'annexe I ALCP) de même que par l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (cf. art. 6 par. 2 de ce traité). 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 lors de l'adjudication de marchés publics, 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. 6).

7.5 Il s'ensuit que l'**art. 9 al. 1 LCMP**/NE respecte tant le droit fédéral que le droit international, quoi qu'en disent les recourantes.