# RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

**TRIBUNAL CANTONAL**

COUR CONSTITUTIONNELLE

***CST 1 / 2023***

| | | |
|---|---|---|
| Présidente | : | Sylviane Liniger Odiet |
| Juges | : | Daniel Logos, Philippe Guélat, Jean Crevoisier et Pascal Chappuis |
| Greffière | : | Carine Guenat |

**ARRÊT DU 14 DECEMBRE 2023**

dans la procédure en contrôle de la constitutionnalité et de la conformité au droit fédéral de l'art. 15 al. 3 de la loi du 6 septembre 2023 concernant les marchés publics (LMP-JU)

introduite par

**le Gouvernement de la République et Canton du Jura**, Hôtel du Gouvernement, rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont,

**requérant**.

---

**CONSIDÉRANT**

**En fait :**

A. Le 6 septembre 2023, le Parlement de la République et Canton du Jura a approuvé en deuxième lecture la loi concernant les marchés publics (LMP-JU), laquelle a été publiée dans le Journal officiel no 32 du 14 septembre 2023.

L'art. 15 al. 3 de cette loi a la teneur suivante :
*En plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, les critères « fiabilité du prix » et « différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie » peuvent être pris en compte dans le respect des engagements internationaux de la Suisse.*

B. Le 25 septembre 2023, le Gouvernement de la République et Canton du Jura a déposé une requête en contrôle de la constitutionnalité et de la conformité au droit supérieur de cette loi, en retenant les conclusions suivantes :

1. Admettre la requête dans la mesure où elle est recevable ;
2. Partant constater la nullité de l'art. 15 al. 3 LMP-JU ;
3. Sous suite des frais et dépens.

En substance, il fait valoir que l'art. 15 al. 3 LMP-JU, en tant qu'il introduit deux nouveaux critères d'adjudication par le biais du droit d'exécution, est contraire au droit supérieur, notamment à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP ; JOJ no 24 du 29 juin 2023, p. 527, adopté par le Parlement de la République et Canton du Jura le 21 juin 2023).

C. Dans sa détermination du 30 octobre 2023, le Parlement a conclu au rejet de la requête, sous suite des frais et dépens.

D. Il sera revenu ci-après en tant que besoin sur les autres éléments du dossier.

**<u>En droit</u> :**

1. A teneur des art. 104 al. 1 CJU, 177 et 185 al. 1 Cpa, la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal contrôle, sur requête et avant mise en vigueur, la constitutionnalité des lois et leur conformité au droit fédéral ainsi qu'aux autres normes de droit supérieur.

Le Gouvernement a qualité pour former une requête (art. 178 let. a Cpa).

Pour le surplus, la requête respecte les formes et délai fixés aux art. 177 ss Cpa. Il convient dès lors d'entrer en matière.

2.

2.1 Saisie d'une requête en contrôle de la constitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle doit examiner si celle-ci est conforme au droit fédéral, au droit international, à la Constitution cantonale et au droit intercantonal (art. 185 al. 1 Cpa).

Elle n'annule la loi attaquée que si celle-ci ne se prête à aucune interprétation conforme au droit invoqué ou si, en raison des circonstances, sa teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elle soit interprétée de façon contraire au droit supérieur.

Dans le cadre d'un contrôle abstrait, si une norme semble compatible avec la Constitution, au regard des circonstances ordinaires que le législateur devait considérer, elle ne sera pas annulée pour le seul motif qu'on ne peut exclure absolument l'éventualité de son application inconstitutionnelle à des cas particuliers.

Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée, en particulier la qualité des organes chargés de cette application (CST 12 et 13/2022 du 5 juin 2023 consultable sur https://jurisprudence.jura.ch/ consid. 2.1 et les références citées ; RJJ 2015 p. 9, consid. 2 ; RJJ 2008, p. 21 consid. 3.2 et arrêts cités ; cf. aussi ATF 140 I 2 consid. 4 ; 137 I 31 consid. 2 ; 135 II 243 consid. 2 ; TF 1C_251/2014 du 17 janvier 2015 consid. 2.1 ; tous avec références).

2.2 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Lorsque le texte n'est pas clair et qu'il revêt plusieurs acceptions possibles, sa portée réelle doit être déterminée en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (méthode historique), de la finalité de la norme (raisonnement téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 130 II 65 consid. 4.2 et arrêts cités ; RJJ 2008, p. 21 consid. 3.2 p. 29 et arrêts cités). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 139 V 307 consid. 6.3 ; 130 II 65 consid. 4.2). S'agissant des travaux préparatoires, ils ne peuvent être pris en compte que s'ils apportent une réponse claire à la question litigieuse (ATF 139 II 78 consid. 2.4 et arrêts cités). De manière générale, l'interprétation du droit cantonal et intercantonal doit s'effectuer à la lumière des normes juridiques supérieures qu'il est censé transposer, tel l'Accord international sur les marchés publics (cf. TF 2C_50/2022 du 6 novembre 2023 consid. 3.3 destiné à publication ; 2C_1131/2013 du 31 mars 2015 consid. 3.3). Quant au droit fédéral des marchés publics et sa pratique y relative, qui mettent en principe également en œuvre le droit international, ils peuvent constituer une source d'interprétation pour l'application du droit cantonal et intercantonal (cf. ATF 130 I 156 consid. 2.7.1). Il en va de même du droit européen des marchés publics et de la jurisprudence y relative, dans la mesure où tant l'AMP que le droit suisse des marchés publics portent la marque des directives européennes adoptées dans ce domaine (cf. ATF 141 II 113 consid. 5.3.2 et les références citées ; Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1725).

2.3 L'art. 185 al. 2 Cpa précise que la Cour constitutionnelle est limitée dans son examen aux griefs invoqués, sauf lorsque la loi est manifestement contraire au droit supérieur.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle peut annuler une disposition contestée pour un motif qui n'a pas été invoqué, à condition que l'inconstitutionnalité soit manifeste (CST 12 et 13/2022 du 5 juin 2023 consultable sur https://jurisprudence.jura.ch/ consid. 2.3 et les références citées).

3. Le Gouvernement estime que l'art. 15 al. 3 LMP-JU est contraire au droit supérieur en tant qu'il adopte, en plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, ceux de la fiabilité du prix et de la différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie. Il allègue en premier lieu que cette disposition ne respecte pas l'art. 63 al. 4 AIMP.

4.

4.1 A teneur de l'art. 63 al. 4 de l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP ratifié par le Parlement de la République et Canton du Jura le 29 juin 2023 ; JOJ du 29 juin 2023, p. 526), dans le respect des engagements internationaux de la suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26.

Les dispositions d'exécution doivent s'en tenir au cadre légal et ne peuvent notamment pas établir de nouvelles règles limitant les droits ou imposant de nouvelles obligations, même si ces règles sont compatibles avec le but de la loi (ATF 124 I 127 consid. 3b et les références citées). L'art. 63 al. 4 AIMP 2019 confère ainsi une marge de manœuvre limitée aux cantons, s'agissant de leur possibilité d'adopter des dispositions en sus de celles prévues dans l'AIMP révisé (Domenico DI CICCO, Le prix dans le nouveau droit des marchés publics, in Marchés publics 2022, p. 345, no 81). L'AIMP 2019 a d'ailleurs été conçu comme une réglementation détaillée et, pour l'essentiel, exhaustive ; les dispositions cantonales complémentaires ne devraient plus revêtir qu'une portée secondaire. L'art. 63 al. 4 AIMP 2019 ne laisse pas la possibilité d'adopter des règles de « substitution » ; le droit cantonal peut ainsi préciser les règles de l'AIMP, mettre en place l'organisation, voir arrêter les normes d'exécution nécessaires, sans créer de nouveaux droits ou obligations à charge des soumissionnaires (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2023, no 58 p. 24). Ces auteurs vont dans le même sens que la jurisprudence précitée, ainsi que l'avis de droit du 11 mars 2020 produit par le Gouvernement (TRÜEB /ZOBL, Prise en compte des différents niveaux de prix dans les marchés publics, no 88 ss). En outre, les cantons doivent respecter le droit intercantonal (art. 48 al. 5 Cst.). Ayant adopté l'arrêté portant adhésion de la République et Canton du Jura à l'AIMP (JOJ du 29 juin 2023, p. 519), le Parlement s'est ainsi obligé à en respecter la teneur dans sa législation d'exécution.

La question de savoir si l'art. 15 al. 3 LMP-JU développe de nouvelles obligations peut être laissée ouverte au vu de ce qui suit.

4.2 Sur le plan historique, suite à la révision de l'accord OMC sur les marchés publics en 2012, entré en vigueur le 1er janvier 2021 en Suisse (RS 0.632. 231.422 ; AMP), la Confédération et les cantons devaient revoir leur législation respective en matière de marchés publics. Ainsi, lors de la genèse de l'AIMP 2019 et de la loi fédérale sur les marchés publics entrée en vigueur le 1er janvier 2021 (LMP ; RS 172.056.1), la Confédération et les cantons sont convenus de mettre parallèlement en œuvre les dispositions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives.

4.3 Les procédures législatives fédérale et cantonales sont menées séparément, mais reposent sur les propositions de réglementation émanant d'un groupe de travail paritaire, composé de représentants de la Confédération et des cantons (Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la LMP ; FF 2017 p. 1697 ; message type AIMP du 15 novembre 2019 p. 5 consultable sur https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FRhttps://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FR_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf) ;_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaengehttps://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FR_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf) ;019/FR_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf) ;_1-4.pdf).

Lors des discussions aux Chambres fédérales, l'art. 29 LMP relatif aux critères d'adjudication a été modifié, afin d'introduire les critères de différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie et celui de la fiabilité du prix, objet de la présente contestation, le projet du Conseil fédéral ne contenant pas ces critères. Suite à l'adoption définitive de la LMP par les Chambres fédérales, une nouvelle consultation, notamment auprès des cantons, a eu lieu concernant l'AIMP, où une majorité de 15 cantons se sont déclarés défavorables à la reprise de ces critères d'adjudication, estimant que les différents prix pratiqués dans les pays étaient difficiles à appliquer et peu compatibles avec l'interdiction de discrimination (Message AIMP ch. 2.6, p. 22 s. et 69). C'est donc sciemment que l'art. 29 AIMP ne reprend pas les deux critères adoptés par l'Assemblée fédérale et que les cantons ont renoncé à une harmonisation complète avec le droit fédéral, en refusant la reprise de ces critères d'adjudication. L'interprétation historique milite ainsi en faveur du refus par les cantons de reprendre les critères de la fiabilité du prix et de la différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie.

Certes, la compétence législative des cantons dans le domaine des marchés publics découle de différentes dispositions de la Constitution fédérale (art. 3, 43, 47 et 48 Cst. ; message AIMP 2019, p. 106). Toutefois, dans la mesure où le Parlement jurassien a adhéré à l'AIMP, il s'oblige à le respecter dans sa législation d'exécution (art. 48 al. 5 Cst.), de telle sorte qu'il ne peut pas adopter des dispositions dont les cantons n'ont pas voulu lors de l'adoption de l'AIMP et s'exonérer des obligations contractées en invoquant le droit cantonal (ATF 138 I 435 consid. 1.3.2). Quant au fait que l'art. 29 AIMP contienne une liste non exhaustive des critères d'adjudication, de telle sorte que les critères que la loi ne mentionne pas peuvent être retenus, pour autant qu'ils soient en lien avec la prestation (POLTIER, op. cit. no 648, p. 316 ; dans le même sens SCHNEIDER HEUSI Claudia, Neues Vergaberecht in den Kantonen, Ueberblick un erste Bilanz, in ZBl 2023 p. 515), cela ne saurait manifestement pas s'appliquer à ceux qui ont été exclus lors de l'adoption de l'AIMP.

Il faut en outre relever que le fait que les critères d'adjudication contestés figurent dans une loi fédérale ne légitime pas leur admissibilité au niveau cantonal. En effet, les tribunaux, y compris le Tribunal fédéral, ne sauraient sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale (cf. art. 190 Cst.), contrairement au contenu du droit cantonal. Or, l'interprétation de l'AIMP, du point de vue systématique, mais surtout historique, ne permet pas aux cantons de retenir ces deux critères, rejetés par les cantons dans la procédure de consultation et exclus de l'AIMP.

4.4 Dans ces conditions, avec la reprise, dans sa législation cantonale, de ces deux critères expressément exclus par l'AIMP, l'art. 15 al 3 LMP-JU est contraire à l'AIMP et est frappé de nullité (art. 189 Cpa). Cette disposition est cependant séparable de l'ensemble de la loi qui, malgré cette annulation peut remplir son but. La procédure législative peut ainsi suivre son cours conformément à l'art. 187 Cpa et la loi peut être mise en vigueur. Toutefois, le Gouvernement peut demander au Parlement, ou celui-ci peut prendre l'initiative, de procéder à une nouvelle lecture ; la loi ne peut alors être mise en vigueur (art. 189 al. 2 Cpa).

5. La procédure est gratuite (art. 231 al. 1, 2e phrase, Cpa). Il n'est pas alloué de dépens (art. 227 Cpa et 230 al. 1 Cpa, applicable par analogie).

**PAR CES MOTIFS**

**LA COUR CONSTITUTIONNELLE**

**dit**

que l'art. 15 al. 3 LMP-JU est contraire au droit supérieur et en prononce la nullité ;

**constate**

que la disposition annulée est séparable de la loi attaquée, partant ;

**dit**

que la loi attaquée peut être mise en vigueur sans la disposition annulée, l'art. 189 al. 2 Cpa étant réservé ;

**dit**

que la procédure est gratuite et qu'il n'est pas alloué de dépens ;

**ordonne**

la publication du dispositif du présent arrêt au Journal officiel ;

**informe**

les parties des voie et délai de recours, selon avis ci-après ;

**ordonne**

la notification du présent arrêt :

- au Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, 2800 Delémont ;
- au Parlement de la République et Canton du Jura, par son mandataire, Me Louis Steullet, avocat à Delémont ;

Porrentruy, le 14 décembre 2023

**AU NOM DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE**
**La présidente:** **La greffière :**

Sylviane Liniger Odiet Carine Guenat

***Communication concernant les moyens de recours :***

*Le présent arrêt peut faire l'objet, **dans les trente jours** suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.*

*Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral, soit, à l'attention de ce dernier, à la Poste **Suisse** ou à une représentation diplomatique ou consulaire **suisse** (art. 48 al. 1 LTF).*