



UZH, RWI, Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann, Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber,
Rämistrasse 74 / 5, CH-8001 Zürich

Monsieur
Alfred W. Kammerhofer
Office fédéral de l'environnement (OFEV)
Division Forêts

CH-3003 Berne

Zurich, le 23 juillet 2013

Utilisation de bois suisse dans les constructions bénéficiant d'un financement public

Monsieur,

Le conseiller national Erich von Siebenthal a demandé, dans son initiative parlementaire 12.477 du 27 septembre 2012, que soit créé le cadre juridique nécessaire à une utilisation accrue du bois suisse dans les constructions. Son argumentation est que, en raison de la force du franc suisse, le choix se porte beaucoup trop souvent sur des produits en bois étrangers, car les dispositions actuelles régissant les soumissions et les subventions prévoient l'obligation de prendre en compte le matériel le meilleur marché. Et d'ajouter que cette obligation est d'autant plus problématique que la forêt suisse est exploitée selon les prescriptions les plus strictes en Europe. L'initiative suggère de prendre les mesures requises afin que la matière première bois soit utilisée dans les projets en Suisse qui bénéficient d'une aide financière de la Confédération.

Nous référant à notre échange de courriels et à notre entretien du 10 juin 2013, c'est avec plaisir que nous prenons position sur le thème convenu « Utilisation de bois suisse dans les constructions bénéficiant d'un financement public », spécialement eu égard au droit du GATT/OMC. Notre avis est structuré comme suit:



Table des matières

0	Résumé	5
0.1	Marchés publics	5
0.2	Droit sur les subventions	9
0.3	Dispositions spéciales en rapport avec des objectifs de gestion durable	11
0.4	Propositions pour atteindre l'objectif	12
1	La question et le mandat	14
2	Analyse des conditions cadres légales valables pour les soumissions, dans la perspective d'une utilisation de matières premières suisses, avec un accent particulier sur le bois	14
2.1	Droit général de l'OMC et Accord sur les marchés publics	14
a)	Remarques préliminaires	14
b)	Marchés publics et principes du droit de l'OMC	15
(i)	Structure de réglementation à deux niveaux: droit général de l'OMC et AMP	15
(ii)	Champ d'application de la dérogation prévue à l'art. III:8 GATT	16
(iii)	Applicabilité des dispositions sur la transparence	18
c)	Architecture et développement de l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP)	18
(i)	Architecture et principes fondamentaux	18
(ii)	Développement de l'AMP	21
d)	Motifs justificatifs et motifs d'exception dans le droit général de l'OMC	22
e)	Motifs justificatifs dans l'AMP	22
f)	Importance particulière des « politiques secondaires »	23
2.2	Comparaison avec un choix de réglementations étrangères visant la mise en œuvre de l'AMP	24
a)	France	24
b)	Japon	25
c)	Nouvelle-Zélande	26
d)	Autriche	27
(i)	Réglementations fédérales	27
(ii)	Réglementations dans le Land du Vorarlberg	28
2.3	Les marchés publics en Suisse	29
a)	Mise en œuvre de l'AMP au sein de la Confédération	29



b)	Réglementations intercantionales visant la mise en œuvre de l'AMP	29
c)	Sélection de cantons	30
(i)	Canton de Berne	30
(ii)	Canton de Lucerne	31
(iii)	Thurgovie	31
(iv)	Zurich	32
2.4	Constat intermédiaire	32
3	Analyse des principaux éléments du droit applicable en matière de subventions	33
3.1.	Remarque préliminaire: droit sur les subventions et marchés publics	33
3.2.	Les grandes lignes du droit sur les subventions de l'OMC	34
a)	Subventions et principes généraux du droit de l'OMC	34
b)	Accord sur les subventions de l'OMC	34
3.3.	Le droit sur les subventions en Suisse	36
a)	Bases constitutionnelles	36
b)	Droit de la concurrence	37
(i)	Influence des dispositions du droit de l'UE	37
(ii)	Droit suisse sur la concurrence	38
c)	Loi sur les subventions (LSu)	38
d)	Sélection de textes législatifs spéciaux	40
(i)	Loi sur l'agriculture	40
(ii)	Ordonnance sur la protection contre le bruit (O d'exécution de la LPE)	41
3.4.	Constat intermédiaire	43
4	Analyse de dispositions spéciales dans le contexte des objectifs de développement durable	44
4.1.	Droit général de l'environnement	44
4.2.	Droit général sur l'énergie	45
a)	Rétribution à prix coûtant du courant injecté	45
b)	Le bois dans le contexte de la transition énergétique	45
4.3.	Dispositions dans le droit sur les forêts	46
a)	Gestion des forêts	46
b)	La transformation du bois	47
4.4.	Conditions cadres légales régissant les indications spéciales (labels)	47
a)	Obligation de fournir des indications	47



b)	Labels utilisés en Suisse	48
(i)	Certifications FSC et PEFC	48
(ii)	Certificat d'origine bois Suisse (COBS) et AOC	49
c)	Classification légale	50
5	Propositions pour atteindre l'objectif	51
5.1	Remarques préliminaires	51
5.2	Adaptation de bases légales	51
a)	Transposition de l'AMP révisé	51
b)	Bases légales pour des labels	52
c)	Promotion de l'utilisation de bois dans les constructions agricoles	52
d)	Promotion de l'utilisation de bois pour la construction d'installations antibruit	53
5.3	Adaptation de la pratique pour les appels d'offres concernant des marchés publics	53
6	Bibliographie	54

0 Résumé

L'initiative parlementaire n° 12.477, déposée le 27 septembre 2012 par Erich von Siebenthal, demande que le cadre juridique nécessaire à une utilisation accrue de bois suisse dans les constructions soit créé. La promotion de l'utilisation du bois suisse doit se faire en rapport avec les constructions bénéficiant de soutien financier étatique, car les dispositions légales en vigueur actuellement dictent de prendre en compte le matériau le meilleur marché. Les coûts de production sont obligatoirement plus élevés en Suisse, en raison des exigences très strictes posées à l'économie forestière et à l'industrie du bois dans notre pays; cet effet se trouve encore exacerbé par la forte appréciation du franc suisse par rapport aux autres devises. Résultat: le choix se porte trop souvent sur des produits étrangers. C'est pourquoi la Confédération devrait influencer directement sur les projets qu'elle soutient financièrement.

L'acquisition privilégiée de matières premières suisses, avec un accent tout particulier placé sur le bois, plus précisément sur la promotion de l'utilisation du bois suisse dans les constructions publiques, soulève différents problèmes d'ordre juridique. Ces derniers se rapportent tout spécialement à diverses dispositions légales valables au plan international, mais aussi à la législation suisse. Citons d'abord les normes applicables aux marchés publics, puis les exigences en matière de subventionnement, les droits de l'environnement et de l'énergie ainsi que les dispositions traitant spécifiquement de la gestion durable.

Conformément au mandat, le présent avis de droit se concentre sur la compatibilité entre des mesures promotionnelles du bois suisse dans le sens de l'initiative parlementaire von Siebenthal et le droit de l'OMC. D'autres dispositions pertinentes ne font pas l'objet de la présente expertise; c'est le cas de l'accord entre la Confédération et la Communauté européenne (actuellement UE) sur certains aspects relatifs aux marchés publics, de la convention de l'AELE et de plusieurs accords de libre-échange bilatéraux prévoyant une garantie d'accès aux marchés publics (notamment avec le Chili, le Mexique, la Colombie, le Pérou, les Etats du Golfe, l'Ukraine, le Panama et le Costa Rica).

0.1 Marchés publics

L'Accord sur les marchés publics (AMP), adopté à titre de « convention spéciale » dans le cadre de la création de l'OMC, est contraignant pour la Suisse. La ratification de cet accord plurilatéral n'est pas obligatoire, mais la Suisse ainsi que la majeure partie des autres pays industrialisés l'ont signé.

L'AMP vise à garantir des procédures transparentes et les conditions les plus efficaces possibles (surtout le meilleur marché) pour l'adjudication de mandats. L'accent mis sur l'aspect prix n'exclut toutefois pas la prise en compte de considérations relevant de la protection de l'environnement ou de la politique sociale (dites « politiques secondaires »).

Plus de quinze ans après l'entrée en vigueur de l'AMP, la Conférence des ministres de l'OMC de décembre 2011 a adopté une importante révision de l'accord. Les modifications ont acquis force obligatoire par la décision du 2 avril 2012. Le Conseil fédéral prépare actuellement un message pour l'approbation par le Parlement de l'AMP révisé; les nouvelles dispositions ne sont donc pas encore valables en Suisse. Ce constat est important dans la mesure où ces modifications amèneraient une plus grande flexibilité, notamment pour l'inclusion de « politiques secondaires ». Au nombre de celles-ci, il y a la reconnaissance que les préoccupations environnementales doivent jouer un rôle plus important dans le domaine des marchés publics. Ainsi, l'art. X, par. 6, AMPPrév prévoit



expressément que des spécifications techniques puissent être mises en place pour encourager la préservation des ressources naturelles ou pour protéger l'environnement (« promote the conservation of natural resources or protect the environment »). Ces spécifications encore à élaborer par les Etats parties à l'AMP ne sont pas incluses dans le présent avis, qui se limite au droit *en vigueur*. Il convient toutefois de relever à ce propos que les motifs d'exception encore à définir doivent respecter les principes de la proportionnalité et de la non-discrimination.

En vertu du droit général de l'OMC, il est permis de tenir compte d'aspects relevant de la protection de l'environnement et de la gestion durable, à condition toutefois de respecter les deux principes fondamentaux du droit de l'OMC. Arrêtés dans l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et dans l'accord général sur le commerce des services (AGCS), il s'agit du principe du traitement national (accorder à d'autres le même traitement que celui qui est appliqué à ses propres nationaux) et de la clause de la nation la plus favorisée (égalité de traitement pour les autres).

Les membres de l'OMC n'ont pas non plus réussi à s'entendre sur la libéralisation du commerce dans le domaine des marchés publics. C'est pourquoi deux conceptions différentes coexistent dans le droit de l'OMC. D'un côté, le domaine des marchés publics est exclu, d'une manière générale, du principe du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée (art. III:8 GATT et art. XIII:1 AGCS), qui sont par ailleurs contraignants pour tous les Etats membres.

De l'autre côté, tous les Etats parties à l'AMP, dont la Suisse, s'engagent à respecter entre eux ces deux principes fondamentaux de l'OMC pour les marchés publics (art. III:1 AMP).

Pour les Etats qui n'ont pas adhéré à l'AMP, la clause de la nation la plus favorisée et le principe du traitement national selon le GATT et l'AGCS ne s'appliquent par conséquent *pas* aux marchés publics. Les Etats sont toutefois tenus à la transparence sur les décisions d'adjudication. Ces deux principes spécifiquement énoncés dans l'AMP (art. III:1) sont toutefois contraignants pour la Suisse, signataire de l'AMP; elle peut cependant faire valoir à l'égard des autres parties les exceptions expressément prévues dans cet accord et qui l'exemptent d'axer la procédure sur l'aspect du prix uniquement. La Suisse n'est pas liée par le principe du traitement national ni par la clause de la nation la plus favorisée à l'égard des pays qui ne sont pas parties à l'AMP, à savoir surtout des pays en voie de développement. Cependant, les accords de libre-échange bilatéraux conclus par la Suisse contiennent parfois des dispositions sur les marchés publics; celles-ci sont applicables indépendamment de la ratification de l'AMP. Ces accords, à l'instar des dispositions en la matière du droit européen, ne font *pas* l'objet du présent avis de droit. Concrètement toutefois, cette réalité ne devrait pas avoir d'impact matériel sur la question à traiter ici.

Globalement, les dispositions nationales qui encouragent par exemple la gestion durable sont compatibles avec le principe du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée, à condition qu'elles ne résultent pas en une discrimination *de jure* ou *de facto*. Seraient ainsi discriminatoires *de jure* des dispositions obligeant les maîtres d'ouvrage à commander leurs matériaux auprès de fournisseurs suisses uniquement. Une réglementation exigeant que seul du bois suisse ou du bois issu des forêts indigènes soit utilisé pour les projets des pouvoirs publics serait également discriminatoire selon l'OMC, car elle défavoriserait les fournisseurs étrangers. Les soumissionnaires suisses et étrangers auraient bien la possibilité tous deux de se procurer le bois en Suisse, mais ils ne seraient plus libres de choisir leur fournisseur, ce qui enfreint le principe du droit de l'OMC exigeant l'égalité de traitement des produits nationaux et étrangers. Dans la pratique, les

dispositions aussi ouvertement discriminatoires sont rares, car aucun pays ne souhaite s'exposer si directement à une procédure de conciliation de l'OMC. L'appréciation des cas de discrimination *de facto* est bien plus difficile par contre. Il s'agirait par exemple d'une prescription fixant l'utilisation d'une qualité de bois déterminée, qui ne pourrait être satisfaite que par du bois suisse.

Les dispositions ci-dessous en particulier sont importantes pour l'appréciation générale des effets discriminatoires de normes nationales sur la gestion durable.

- L'art. VI AMP indique comme critères d'adjudication la qualité, les propriétés d'emploi, la sécurité ainsi que (à la différence du GATT) les procédés et méthodes de production. Or, ces derniers peuvent être importants si l'on veut inclure des considérations écologiques. Les critères correspondants doivent toutefois s'appuyer autant que faire se peut sur des normes acceptées au plan international; poursuivre par ce biais des buts protectionnistes ou discriminer certains soumissionnaires serait inadmissible. L'AMP révisé prévoit en revanche expressément dans son art. X:9 l'impact sur l'environnement comme critère d'adjudication.
- L'art. XXIII:2 AMP autorise les Etats à déroger aux règles de l'accord au titre de « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou [...] la préservation des végétaux », pour autant que « ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié [...], soit une restriction déguisée au commerce international ». La teneur de cette disposition correspond à celle de l'art. XX, let. b, GATT et à l'art. XIV, let. b, AGCS; il existe déjà une jurisprudence assez vaste au sujet de ces normes, établie dans le cadre du mécanisme de conciliation de l'OMC, et à laquelle il est possible de se référer par analogie. L'AMP en vigueur ne contient par contre pas de disposition parallèle à l'art. XX, let. g, GATT, qui prévoit la protection des ressources naturelles; cette différence serait supprimée par la révision de l'AMP de 2012.

Si l'on veut évaluer concrètement quelles mesures étatiques pourraient être compatibles avec le droit de l'OMC, il faut également prendre en considération la jurisprudence européenne concernant les « politiques secondaires » mentionnées plus haut. Ces objectifs secondaires sont admissibles dans la mesure où ils ne compromettent pas la réalisation des objectifs primaires (à savoir pas de discrimination *de jure* ni *de facto*). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a déjà arrêté dans plusieurs jugements que des objectifs de gestion durable (au sens large) dans le domaine des marchés publics peuvent être pris en compte, à condition qu'ils ne reviennent pas à contourner le principe de l'économicité et que les exigences soient formulées de manière transparente.

Les réglementations étrangères poursuivant des buts analogues peuvent constituer une aide à l'interprétation des questions faisant l'objet d'un avis de droit. Une analyse des réglementations en vigueur en France, au Japon, en Nouvelle-Zélande et en Autriche (réglementation au niveau fédéral et dans le Land du Vorarlberg), liste de pays comparables convenue avec l'OFEV, a révélé qu'aucun de ces Etats ne favorise le bois indigène comme l'exige l'initiative parlementaire von Siebenthal. Ces pays se contentent de stipuler que le bois utilisé dans les marchés publics doit provenir de coupes légales. En outre, différents critères qualitatifs (respect de normes spécifiques quant à la gestion durable) et quantitatifs (exigences concernant la part minimale de bois dans les constructions) ont été mis en place. L'analyse de droit comparatif n'apporte donc guère d'éléments supplémentaires utiles.

Une autre piste pouvant fournir des indices complémentaires pour l'interprétation sont les réglementations cantonales sur les marchés publics, qui doivent également satisfaire aux



dispositions de l'AMP. Une analyse des dispositions en vigueur dans les cantons de Berne, Lucerne et Thurgovie ainsi que dans la ville de Zurich (les réglementations pertinentes pour le présent avis selon entente avec l'OFEV) donne des résultats similaires à ceux de la comparaison avec l'étranger: aucun des cantons ne connaît une obligation explicite de favoriser le bois indigène. Ces cantons respectent donc l'interdiction de la discrimination *de jure* énoncée dans l'AMP. Théoriquement toutefois, donner la priorité à certains types de bois pourrait revenir à favoriser *de facto* le bois indigène, ce qui reviendrait à une discrimination contraire à l'AMP; les experts n'ont cependant trouvé aucun indice laissant à penser que la discrimination *de facto* était pratiquée. En rapport avec la transparence voulue par l'AMP, il convient néanmoins de relever que l'introduction d'exigences de gestion durable dans des directives internes de l'administration, à savoir de critères d'adjudication qui ne sont pas perceptibles pour les soumissionnaires, peut être problématique. En rapport avec l'atteinte à la liberté de commerce, il n'y a pas que le critère de la transparence qui soit important, mais aussi la question des bases légales suffisantes (art. 36 Cst.). Leur absence a été fatale à la réglementation française qui souhaitait prévoir une part minimale de bois dans les bâtiments publics, disposition qui a été rejetée par le Conseil constitutionnel.

A la lumière des bases légales susmentionnées et des indices très limités qu'apporte la comparaison avec des réglementations analogues à l'étranger et dans les cantons, l'interprétation « authentique » des normes permet d'affirmer que de tels objectifs de gestion durable sont réalisables, s'il n'y a pas de discrimination, ni *de jure* ni *de facto*. Ensuite, il est admissible d'une manière générale dans une procédure d'adjudication publique de poser des exigences qui ne se rapportent pas uniquement aux propriétés du bois à utiliser, mais encore à une production respectueuse de l'environnement et à la protection de la vie et de la santé des personnes, des animaux et des plantes.

La condition à remplir à cet égard est que les exigences écologiques auxquelles doit satisfaire le processus de production dans le pays d'origine du fournisseur (c.-à-d. du fournisseur suisse de bois) soient appropriées pour atteindre l'objectif visé en matière de protection de l'environnement et qu'elles soient formulées de façon à n'entraîner aucune distorsion de la concurrence. Le droit de l'OMC n'exclut pas non plus que l'on prenne en considération les distances de transport comme élément du processus de production.

Au vu des réflexions ci-dessus, l'évaluation concrète des risques juridiques que présente la mise en œuvre des mesures réclamées dans l'initiative von Siebenthal permet d'émettre l'appréciation suivante:

- *Eviter les discriminations de facto*: il y a discrimination *de facto* lorsque la formulation du cahier des charges ne permet qu'à des fournisseurs suisses de remplir les conditions ou si les obstacles administratifs et financiers pour les fournisseurs étrangers sont tels que la participation à la soumission n'est pas intéressante pour eux. En d'autres termes, les conditions de soumission doivent être définies de façon que les effets de discrimination décrits plus haut soient exclus. Il est d'une manière générale permis d'énoncer des objectifs secondaires de nature non économique (« politiques secondaires »), mais ils doivent être fixés de façon à viser le but recherché sans contourner le critère de l'économicité. Il faut tenir compte de cet aspect tout spécialement lors de la pesée des objectifs secondaires dans la procédure d'adjudication.
- *Conditions de production respectueuses de l'environnement*: l'art. VI AMP admet la prise en compte des conditions de production, sous réserve de l'interdiction de la discrimination. Des

objectifs secondaires qui sont déjà poursuivis, tels que la promotion des énergies durables, pourraient ainsi être intégrés dans les exigences techniques posées pour les procédés de production et donc constituer un critère d'adjudication. L'AMP révisé va d'ailleurs plus loin à cet égard dans son art. X:6, en ce sens que les spécifications techniques quantifiables visant à préserver les ressources naturelles ou à protéger l'environnement sont expressément mentionnées et que l'art. X:9 précise que l'impact sur l'environnement peut constituer un critère d'adjudication.

- *Protection de la vie et de la santé des personnes, des animaux et des plantes*: s'il est vrai que l'on trouve, dans la jurisprudence des organes de conciliation de l'OMC, quelques cas relatifs au GATT et à l'AGCS où ce motif d'exception a été admis, il était généralement couplé avec l'exigence d'une preuve solide de la nécessité de la mesure. D'ailleurs, l'invocation de ce motif d'exception, même si ce dernier était considéré comme satisfait, a souvent été rejetée en raison du critère de la discrimination arbitraire et injustifiée. Dès lors, il n'est guère réaliste de penser que les mesures requises dans l'initiative parlementaire pourraient s'appuyer sur le motif d'exception susmentionné. Un autre motif d'exception, celui de la moralité, de l'ordre et de la sécurité publics, est tout aussi difficile à justifier. La prise en compte autorisée de *méthodes et de procédés de production* pour l'adjudication, dans le cadre des objectifs secondaires et dans le respect de l'interdiction de discrimination, paraît une option plus prometteuse.

En résumé, donner la préférence au bois suisse dans la procédure de soumission du domaine public constitue d'une manière générale une infraction au principe de la non-discrimination selon l'art. III:1, let. a, AMP. Théoriquement, une infraction à ce principe peut être justifiée par l'un des motifs d'exception énoncés dans l'AMP, par exemple la protection de la vie et de la santé des personnes et des plantes. Une telle justification ne doit toutefois pas déboucher sur le recours à des mesures discriminatoires. Qui plus est, elle suppose qu'aucune autre mesure moins restrictive pour le commerce international ne soit envisageable. Cette condition ne pourrait guère être remplie dans le cas de la préférence donnée au bois suisse ou provenant de forêts suisses.

0.2 Droit sur les subventions

L'initiative parlementaire von Siebenthal propose de poser comme condition d'octroi de subventions pour des constructions et des installations (p. ex. bâtiments agricoles, parois antibruit) l'utilisation (partielle) de bois suisse. Il convient d'étudier l'admissibilité d'une telle mesure dans le droit sur les subventions en vigueur. Ce dernier, à l'instar de la législation sur les marchés publics, prévoit une exception au principe du traitement national (interdiction de discrimination), c'est-à-dire la possibilité d'octroyer des subventions profitant exclusivement à des producteurs nationaux; une telle pratique est admise si les subventions ne sont pas, d'une manière générale, exclues par le GATT, ce qui n'est pas le cas dans le contexte qui nous intéresse ici.

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC), conclu dans le cadre du Cycle d'Uruguay est contraignant pour tous les Etats membres de l'OMC. Une subvention existe s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou toute autre forme de soutien des revenus ou des prix, et si un avantage est ainsi conféré à son bénéficiaire. Les dispositions de l'ASMC ne sont applicables que si l'avantage est accordé à des acteurs spécifiques du marché; les mesures de promotion générales ne sont en revanche pas interdites par l'accord.



Le droit de l'OMC ne vaut que pour les affaires interétatiques. Les subventions sont interdites dans ce contexte, par exemple pour les exportations de marchandises ou de produits (ce qui n'est pas pertinent pour la question qui nous intéresse ici) ou lorsqu'elles se traduisent par un avantage pour les biens indigènes. Enfin, une subvention peut être contestée par un Etat membre de l'OMC si elle a des effets défavorables pour ses intérêts, en particulier si elle porte atteinte à son industrie ou compromet des avantages résultant du GATT.

L'ASMC lui-même ne prévoit pas de clauses d'exception en faveur des intérêts légitimes d'un Etat. Ces exceptions sont inscrites uniquement dans certains accords spécifiques, par exemple dans l'accord de l'OMC sur l'agriculture. Le bois et les produits issus du bois ne sont cependant pas inclus dans son champ d'application.

A la différence du droit de l'UE, le droit suisse sur la concurrence ne contient pas d'exigences spécifiques se rapportant aux subventions. Selon un avis largement répandu, les normes juridiques de l'UE en matière d'aides (art. 107/108 TFUE) ne sont pas directement applicables en Suisse.

Vu que les subventions influant sur le marché (à la différence des mesures générales de promotion économique) peuvent induire des distorsions de la concurrence et porter ainsi atteinte au principe de la liberté économique, elles ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale (art. 94, al. 4, Cst.). Or, les dispositions particulières pertinentes (art. 101 – 104 Cst.) ne constituent guère une base suffisante pour privilégier le bois suisse; l'introduction de nouveaux critères de gestion durable devrait par conséquent respecter les principes de la liberté économique et de la neutralité concurrentielle.

La loi fédérale sur les subventions (LSu) distingue entre les aides financières et les indemnités. La notion de subvention a une acception plus large dans la législation suisse que dans le droit de l'OMC. Ainsi, des « aides financières » (à la différence des « subventions » dans le droit OMC) peuvent également être versées à des institutions publiques telles que des cantons ou des communes et ne doivent pas forcément être spécifiques. Les contributions octroyées aux cantons pour la promotion des hautes écoles font partie de cette catégorie d'aide selon la LSu, alors qu'elles ne sont pas considérées comme des subventions selon la définition de l'OMC.

Il convient toutefois de souligner que la LSu ne suffit pas à elle seule comme base légale pour le versement de subventions. En effet, il faut créer pour chaque cas une base légale spécifique afin que des aides financières puissent être octroyées.

Peu importe que la notion de subvention ne soit pas identique dans le droit de l'OMC et dans la législation suisse, il reste qu'elle correspond au concept d'une prestation en argent. Si la Confédération poursuit des objectifs de gestion durable par le biais de mesures de promotion sans recourir à des prestations en argent (p. ex. introduction de standards de qualité ou de labels), le droit sur les subventions n'est pas applicable d'une manière générale.

S'il y a en revanche une prestation en argent, une subvention en soi admissible en vertu de la législation suisse ne peut pas être contraire aux principes du droit de l'OMC en raison de la supériorité hiérarchique de ce dernier. Le point délicat en ce qui concerne l'initiative parlementaire von Siebenthal réside dans le traitement préférentiel des biens indigènes: la préférence accordée au bois suisse serait fort problématique en vertu du droit de l'OMC si elle était liée à des aides financières (subventions). En revanche, les subventions formulées de manière neutre sur le plan concurrentiel sont admissibles lorsqu'elles ne faussent pas la concurrence *de facto*. Le texte de



l'initiative ne spécifie pas la manière dont l'utilisation de bois suisse doit être encouragée. Si la Confédération soutenait les propriétaires pour les soins aux jeunes forêts (aides financières), ces aides ne seraient pas considérées comme des subventions au sens de l'OMC tant que le bois n'est pas commercialisé et que les bénéficiaires n'en tirent donc pas un avantage concurrentiel. Il en irait de même des soins aux forêts protectrices si la Confédération compensait financièrement (indemnités) la prise en charge d'obligations (contractuelles ou légales), puisque le bois vendable est déduit des coûts nets des mesures, et qu'il n'y a donc pas de distorsion de la concurrence.

Il est un aspect de l'initiative parlementaire von Siebenthal qui est plus difficile à évaluer, celui du lien établi entre les subventions et l'utilisation de bois suisse. S'il est vrai que l'idée est de créer une forme d'indemnité pour les obligations légales très strictes régissant l'exploitation forestière en Suisse, l'intention n'est explicitement pas une compensation des coûts telle qu'elle existe pour les soins aux forêts protectrices. L'objectif de la mesure consiste clairement à contrebalancer un désavantage concurrentiel de l'industrie suisse du bois. Selon le droit de l'OMC, il s'agit là d'un avantage financier pour le bois suisse. Ce traitement préférentiel ne prend pas la forme d'une subvention directe, mais l'initiative le lie à une subvention, sous la forme d'une condition ou d'une exigence. Un tel lien est délicat en vertu de l'art. 3 ASMC; en cas de différend, on risque de ne pas pouvoir le justifier.

0.3 Dispositions spéciales en rapport avec des objectifs de gestion durable

Le droit environnemental contient plusieurs principes fondamentaux portant sur la gestion durable. Dans le cas du bois suisse, il s'agit essentiellement des principes de la régénération, de la substitution et de l'intégration (art. 73 Cst.). En d'autres termes, il apparaît judicieux et durable sur les plans énergétique et climatique d'utiliser davantage la matière première et la source d'énergie que constitue le bois suisse.

Le droit général sur l'énergie repose sur le principe d'un approvisionnement durable en énergie (art. 89 Cst.). L'exploitation forestière et l'utilisation du bois jouent un rôle important, notamment dans le contexte des dispositions sur la promotion des énergies durables.

La Confédération veille à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, économique et sociale (art. 77 Cst.). Le Conseil fédéral a élaboré la Politique forestière 2020 afin d'harmoniser les intérêts les plus divers et souvent contradictoires de la société s'agissant des forêts suisses. L'un des objectifs qui y est formulé est de mettre à profit le potentiel d'exploitation durable du bois. L'une des mesures prônées pour y parvenir est d'augmenter la demande de bois, notamment dans le domaine des marchés publics de la Confédération. Le remplacement des énergies non renouvelables par le bois comme source énergétique entraîne une utilisation accrue de cette matière première, ce qui correspond à un autre objectif formulé dans la Politique forestière 2020; cette utilisation contribue en outre à réduire les émissions de CO₂ et donc à lutter contre les effets des changements climatiques. Ces objectifs peuvent être inscrits à titre d'objectifs secondaires dans les procédures de soumission publiques.

Des caractéristiques spéciales telles que des labels ou des certifications peuvent être intégrées dans les critères de soumission pour réaliser les objectifs de gestion durable dans les marchés publics. Ces labels et ces certifications permettent d'inclure des aspects tels que les propriétés d'un produit ou d'un service, ou encore les conditions de production et les distances de transport. S'agissant des

normes de gestion durable pour le bois, il y a différents éléments dont il faut tenir compte d'après la jurisprudence de la CJUE: (i) La norme applicable doit être indiquée et spécifiée dans le cahier des charges; (ii) La restriction à un seul label de qualité n'est pas admissible lorsque les objectifs visés peuvent aussi être atteints par d'autres moyens ou que le label en question n'est accessible qu'aux fournisseurs nationaux; (iii) L'exigence quant à l'utilisation d'un label de qualité ne doit pas déboucher sur une restriction inadmissible du commerce.

0.4 Propositions pour atteindre l'objectif

De l'avis des auteurs de la présente expertise, les objectifs poursuivis par l'initiative parlementaire von Siebenthal ne peuvent être atteints que partiellement dans le cadre juridique donné par l'OMC. En effet, celui-ci n'admettra guère un traitement préférentiel du bois suisse dans le but, outre de promouvoir les énergies renouvelables, de réduire les désavantages concurrentiels des producteurs de bois suisses. Les propositions portent par conséquent sur la promotion plus générale du bois produit selon les principes de la gestion durable, dont l'économie forestière suisse ne sera toutefois pas nécessairement la seule bénéficiaire.

Une *adaptation des bases légales* dans quatre domaines pourrait permettre d'atteindre les objectifs visés:

- (1) La *transposition de l'AMP révisé* dans le droit suisse faciliterait la prise en compte de critères de gestion durable pour les marchés publics (art. X:6 et X:9 AMPrév). L'examen du droit suisse sur les marchés publics actuellement en cours pour en vérifier la compatibilité avec l'AMP révisé serait l'occasion d'évaluer également des options pour promouvoir l'utilisation dans les marchés publics de bois produit durablement. Il serait souhaitable de traiter cette affaire dans les meilleurs délais afin que des objectifs de gestion durable étendus puissent être mis à profit à court terme.
- (2) Il faudrait renforcer ou créer les *bases légales nécessaires à l'utilisation de labels de qualité*, en tenant compte des exigences de transparence de l'OMC. Le droit de l'OMC ne permettrait guère d'exiger dans le cahier des charges que le critère du futur label « bois suisse AOC » soit rempli dans le domaine des soumissions tombant sous le coup du droit international (c.-à-d. surtout au-dessus de la valeur de seuil déterminante). Les exigences posées en matière d'exploitation forestière durable, *indépendamment de toute origine géographique*, pourraient en revanche être rendues *transparentes* dans une norme juridique *générale et abstraite*. Les labels de qualité pourraient constituer une preuve que les critères d'adjudication sont remplis, sans être eux-mêmes un critère d'adjudication.

Outre les exigences qualitatives, la *pondération* des critères de gestion durable doit être transparente. Les critères de soumission se rapportant à la gestion durable ne doivent pas avoir pour but d'esquiver le principe de l'économicité énoncé dans le droit de l'OMC, ni résulter en une *discrimination de facto* à l'encontre des marchandises et des soumissionnaires étrangers; il n'est pas possible de leur attribuer un poids trop important dans la procédure d'adjudication.

- (3) *L'utilisation de bois dans les constructions agricoles* peut être encouragée par le biais d'une adaptation de la loi sur l'agriculture. Il y aurait par exemple la possibilité d'introduire de nouveaux paiements directs pour les constructions en bois ou de créer une catégorie spéciale de contributions écologiques pour l'utilisation de bois dans les constructions agricoles. Il



conviendrait également d'étudier l'intégration de telles mesures d'encouragement dans les contributions octroyées pour les projets d'amélioration des structures.

- (4) La *promotion de l'utilisation de bois pour la construction d'installations de protection contre le bruit par le secteur privé* nécessiterait la création d'une base légale; une réglementation dans l'ordonnance sur la protection contre le bruit serait insuffisante. Il conviendrait d'étudier la possibilité pour la Confédération de se voir attribuer la compétence, dans la loi sur la protection de l'environnement, de soutenir financièrement l'utilisation de bois pour la construction d'installations antibruit.

Dans le cadre du droit en vigueur, l'inclusion de considérations relevant de la gestion durable dans les procédures de soumission pourrait être renforcée, en conformité avec le droit de l'OMC, en *améliorant surtout la transparence*. Il doit être possible d'apprécier objectivement les critères appliqués, sur le plan tant qualitatif (normes) que quantitatif (pondération), et l'application doit être transparente pour les soumissionnaires. Concrètement, on pourrait envisager d'intégrer dans les critères d'adjudication certaines exigences des certifications FSC ou PEFC, mais indépendamment de ces labels de qualité. Il serait également possible de tenir compte des distances de transport comme critère de gestion durable. Une telle démarche serait conforme au droit de l'OMC, tant que l'on n'accorde pas un poids excessif à ce type d'exigences lors de la décision d'adjudication par rapport aux critères (primaires) économiques et qu'il n'y a pas de discrimination *de facto* des soumissionnaires et des marchandises étrangers.



1 La question et le mandat

L'initiative parlementaire von Siebenthal vise la mise en place d'un cadre juridique permettant de favoriser l'utilisation de bois suisse. Dans le développement, l'auteur de l'initiative évoque l'obligation, selon les règles régissant les subventions, de prendre en compte le matériel le meilleur marché. Mais comme les forêts suisses sont exploitées selon les prescriptions les plus strictes en Europe et que l'industrie du bois suisse est soumise à des exigences très sévères, les produits en bois suisses ont un désavantage concurrentiel par rapport aux fournisseurs étrangers en raison des coûts de production plus élevés. La force du franc suisse ne fait qu'exacerber cet effet.

Le but de l'initiative est la promotion du bois, une matière première de grande qualité sur les plans écologique et technique, ainsi que la compensation, au moins partielle, des désavantages auxquels fait face l'industrie du bois suisse.

En vue de la mise en œuvre de cette initiative, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie (CEATE) a demandé à l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) de faire réaliser une expertise externe sur les options envisageables, dans le cadre du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en matière de marchés publics, pour accroître l'utilisation du bois en général, et spécialement du bois provenant des forêts suisses. Le présent avis de droit porte par conséquent sur les dispositions pertinentes du droit de l'OMC, mais n'inclut pas d'autres traités internationaux tels que l'accord avec l'UE, la convention instituant l'AELE ou les accords de libre-échange bilatéraux.

L'initiative von Siebenthal touche au droit sur les marchés publics et aux dispositions régissant les subventions. Ce sont donc les règles de l'OMC dans ces deux domaines qui ont été étudiées. L'analyse est complétée par une étude comparative avec des Etats, des cantons et des communes, la sélection ayant été proposée par l'OFEV. Enfin, les auteurs émettent des recommandations pour la suite des démarches.

2 Analyse des conditions cadres légales valables pour les soumissions, dans la perspective d'une utilisation de matières premières suisses, avec un accent particulier sur le bois

2.1 Droit général de l'OMC et Accord sur les marchés publics

a) Remarques préliminaires

Les parties aux négociations menées au sujet de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT 1947) n'ont pas réussi à s'entendre sur l'inclusion des marchés publics. Cet accord ne contient donc pas de dispositions interdisant la discrimination de soumissionnaires étrangers dans les procédures d'adjudication.

Le droit de l'OMC sur les marchés publics repose bien plus sur l'Accord sur les marchés publics (AMP), qui a été négocié en parallèle avec le cycle de Tokyo (1979), puis révisé en 1994, dans le cadre de la création de l'OMC. Il a été adopté à titre de « convention spéciale ».¹ En 2011, l'AMP a subi une révision assez étendue, mais sa nouvelle teneur n'a pas encore force obligatoire en Suisse (cf. plus bas, ch. 2.1.c (ii)). Il s'agit en l'occurrence d'un accord dit plurilatéral, c'est-à-dire que les

¹ Weiss, § 5, ch. 7 ss.



Etats ne sont pas tenus d'y adhérer lorsqu'ils deviennent membres de l'OMC. La plupart des Etats industriels, dont la Suisse, ont signé l'AMP.²

L'AMP vise à garantir des procédures transparentes et les conditions les plus efficaces possibles (surtout le meilleur marché) pour l'adjudication de mandats.

L'accent mis sur l'aspect prix n'exclut toutefois pas la prise en compte de considérations relevant de la protection de l'environnement ou de la politique sociale. Il convient toutefois de respecter les principes fondamentaux du GATT, à savoir le *traitement national* (accorder à d'autres le même traitement que celui qui est appliqué à ses propres nationaux) et la *clause de la nation la plus favorisée* (égalité de traitement pour les autres).

Il existe toutefois une controverse au sujet des exceptions à l'égalité de traitement horizontale et verticale. En vertu du droit de l'OMC, la juste pesée des intérêts, entre libéralisation du commerce et politiques nationales légitimes, est garantie par le fait que seules les exceptions expressément prévues sont admissibles et qu'elles doivent en outre être proportionnelles et non discriminatoires. En d'autres termes, ce n'est pas n'importe quel intérêt national qui permet de justifier une dérogation au principe de non-discrimination ou à la clause de la nation la plus favorisée.

b) Marchés publics et principes du droit de l'OMC

(i) Structure de réglementation à deux niveaux: droit général de l'OMC et AMP

Les marchés publics comptent parmi les domaines qui ne se sont libéralisés que lentement et très progressivement dans le droit international du commerce. Les négociations du cycle d'Uruguay n'ont pas non plus permis de trouver un consensus pour soumettre, de façon contraignante pour tous les Etats membres de l'OMC, les marchés publics aux principes généraux de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national. Pourtant, les Etats industriels insistent depuis le cycle de Tokyo sur l'adoption d'une réglementation imposant ces principes pour les marchés publics, au moins pour les domaines définis par les gouvernements.

Ces divergences de vue ont fait que les marchés publics ont été exclus d'une manière générale du droit de l'OMC qui est contraignant pour tous les Etats membres et donc des deux principes fondamentaux du GATT (traitement national et clause de la nation la plus favorisée). L'art. III:8, let. a, GATT prévoit ainsi une exception au champ d'application du principe du traitement national pour les marchés publics; par ailleurs, l'accord général sur le commerce des services de 1994 (AGCS) stipule à l'art. XIII:1 que ni la clause de la nation la plus favorisée (art. II AGCS) ni le traitement national (art. XVII AGCS) ne s'appliquent aux marchés publics. Ces dispositions ne sont toutefois pertinentes que pour les Etats qui n'ont pas adhéré à l'AMP.³

² Les Etats suivants ont ratifié l'AMP (état le 23 juillet 2013): Belgique, Bulgarie, Danemark, Allemagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongkong (Chine), Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Corée, Croatie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, les Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba, Norvège, Autriche, Pologne, Portugal, Roumanie, Suède, Suisse, Singapour, République de Slovaquie, Slovénie, Espagne, Taiwan (Taipei chinois), République tchèque, Hongrie, Etats-Unis, Royaume-Uni, Chypre.

³ Weiss, § 5, ch. 7.

Par ailleurs, les Etats souhaitant libéraliser au moins une partie des marchés publics ont conclu une convention spéciale, l'AMP, dont l'art. III:1 arrête que les principes du traitement national et de la non-discrimination applicables à tous les produits et services valent également pour le domaine des marchés publics. Les Etats parties à l'AMP, dont la Suisse, sont donc liés par ces principes dans leurs relations et doivent les appliquer aux marchés publics quand il y va d'un produit ou d'un service que ces Etats ont soumis à l'AMP et dont le prix atteint la valeur de seuil définie (domaine de la convention).⁴

Le bois est un produit industriel et tombe par conséquent sous le coup de l'AMP. La Suisse n'ayant pas exclu le bois du champ d'application de l'AMP, celui-ci vaut donc d'une manière générale pour les acquisitions de bois dans les relations avec les autres parties contractantes de l'AMP.

Par souci de complétude, il faut ajouter que les obligations découlant de l'art. VIII:1 GATT ne sont pas non plus applicables aux marchés publics, à l'exception de la tâche évoquée à l'art. VIII:2 GATT concernant le futur développement des réglementations de ce domaine.

Il faut enfin relever que l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne (actuellement UE) sur certains aspects relatifs aux marchés publics⁵ et les dispositions sur les marchés publics contenues dans la convention de l'AELE⁶, qui sont entrées en vigueur au même moment, reposent sur l'AMP. Conformément au mandat, les réglementations ne sont toutefois pas incluses dans la présente analyse.

(ii) Champ d'application de la dérogation prévue à l'art. III:8 GATT

L'art. III:8 du GATT est pertinent pour la Suisse lorsqu'il s'agit de produits ou de services fournis par des Etats qui ne sont pas parties à l'AMP ou, en relation avec un Etat contractant de l'AMP, lorsque le marché porte sur des produits ou des prestations déterminés qui constituent une exception.

Même dans un tel cas de figure, il faut, en vertu d'une récente décision de l'Organe d'appel, que plusieurs conditions soient réunies avant que la dérogation de l'art. III:8 GATT ne soit applicable dans le cas particulier et spécialement pour la question qui nous intéresse ici:

- Les mesures doivent comprendre des règles relatives au processus d'achat de produits par le gouvernement (« rules for the process by which government purchases products »). Cette condition devrait de toute évidence être remplie pour l'acquisition de bois par un gouvernement.
- L'institution qui procède à l'acquisition doit être une agence gouvernementale (« governmental agency »), plus précisément une entité exerçant des fonctions gouvernementale et œuvrant pour le gouvernement ou au nom de celui-ci (« an entity

⁴ Les acquisitions publiques de produits par la Suisse qui entrent dans le champ d'application de l'AMP et les valeurs de seuil correspondantes sont définies dans l'annexe I pour la Suisse de l'appendice I de l'AMP: WT/Let/356, 29 septembre 2000. Les valeurs de seuil sont actuellement les suivantes: 300 000 DTS (350 000 CHF) pour les fournitures et les services à l'intention d'entités fédérales ou cantonales; 8 000 000 DTS (8 700 000 CHF) pour les mandats de construction (projet de construction complet). Voir aussi annexe 1 AIMP.

⁵ RS 0.172.052.68.

⁶ RS 0.632.31, art. 37 et annexe R Marchés publics.



performing functions of government and acting for or on behalf of government »). Ce critère devrait lui aussi être rempli régulièrement dans le cas de l'achat de bois par les pouvoirs publics.

- La dérogation prévue à l'art. III:8(a) ne s'applique qu'aux produits au sens de l'art. III, à savoir que le produit d'origine étrangère doit se trouver dans un rapport de concurrence avec le produit acheté (« the product of foreign origin must be in a competitive relationship with the product purchased »). En clair, les produits, nationaux et étrangers, devraient être des sortes de bois ou des produits en bois qui sont en concurrence directe et donc substituables.
- Le champ d'application de l'art. III:8(a) est en outre restreint aux produits achetés pour le compte du gouvernement, consommés par celui-ci ou fournis par lui à des destinataires pour l'accomplissement de fonctions publiques (« products purchased for the use of government, consumed by government, or provided by government to recipients in the discharge of its public functions »). Ne sont donc exceptés du principe du traitement national que les acquisitions servant à remplir une tâche publique. Tant que les autorités suisses peuvent invoquer un mandat inscrit dans la Constitution ou dans une loi, l'utilisation de bois suisse ne poserait aucun problème. Dans la mesure où l'initiative von Siebenthal vise à promouvoir l'utilisation de bois suisse dans le cadre des tâches publiques existantes, ce critère serait satisfait, c'est-à-dire que le bois suisse pourrait bénéficier d'un traitement de faveur par rapport à des produits provenant d'Etats qui ne sont pas parties à l'AMP.
- Ne sont pas inclus dans la dérogation de l'art. III:8(a) les produits achetés par des agences gouvernementales dans l'intention de les revendre dans des conditions de pleine concurrence, ni les produits achetés en vue de les utiliser pour la production de biens destinés à être vendus dans le commerce (« purchases made by governmental agencies with a view to reselling the purchased products in an arm's-length sale and it does not cover purchases made with a view to using the product previously purchased in the production of goods for sale at arm's length »)⁷. Dans le contexte qui nous intéresse ici, cette règle signifie que la discrimination à l'encontre de fournisseurs et de biens venant d'un Etat non signataire de l'AMP n'est admissible que si les produits favorisés ne sont pas destinés à être revendus.

L'art. III:8(a) GATT ne soulève pratiquement aucun problème pour l'exécution de l'initiative von Siebenthal en rapport avec des Etats qui n'ont pas ratifié l'AMP. Cette disposition permet en effet de favoriser les produits en bois et les fournisseurs suisses pour les marchés publics, donc de leur accorder un traitement de faveur par rapport à leurs concurrents étrangers venant d'Etats membres de l'OMC qui ne sont pas signataires de l'AMP. Trois conditions doivent cependant être remplies:

1. Il doit s'agir de produits substituables sur le marché, par exemple des fenêtres en bois du même type.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel, Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable / Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis, (WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R), 24 mai 2013, ch. 5.74.

2. La promotion des produits suisses doit se faire dans le cadre de l'accomplissement d'une tâche publique; ce serait le cas par exemple de la construction de parois antibruit.
3. Les biens bénéficiant d'une promotion ne doivent pas être destinés à la revente ni à la production de biens qui seront ensuite vendus.

Le résultat de cette analyse partielle n'est toutefois guère pertinent dans le cas présent, vu que le bois et les produits du bois proviennent probablement d'Europe surtout, et donc d'Etats parties à l'AMP. Dans l'espace européen, il y a non seulement l'AMP qui soit applicable, mais aussi l'accord entre la Confédération et la Communauté européenne (actuellement UE) sur certains aspects relatifs aux marchés publics⁸, accord dont l'analyse n'est toutefois pas incluse dans le mandat pour le présent avis de droit. En outre, il faut tenir compte de la convention de l'AELE, qui arrête des règles dans ce domaine pour les membres de l'association de libre-échange. Ces deux textes sont fondés sur l'AMP, mais vont en partie plus loin⁹. Les incompatibilités avec l'AMP qui sont évoquées dans la présente expertise doivent par conséquent être prises en compte également en rapport avec ces deux accords européens.

(iii) *Applicabilité des dispositions sur la transparence*

Il est important de noter que certaines dispositions sur la transparence contenues dans le droit général de l'OMC sont également applicables aux marchés publics. Ainsi, les réglementations qui valent pour les marchés publics doivent être publiées (art. X GATT et art. III AGCS). A l'occasion de la Conférence ministérielle de l'OMC à Singapour (1996), un « groupe de travail Transparence des marchés publics » a été créé. Il devait formuler une réglementation complète sur le sujet, mais n'a finalement pas réussi à s'entendre sur la teneur d'un « accord sur la transparence ». Dès lors, les ministres réunis en conférence à Cancún (2004) ont décidé de mettre fin à ces travaux. Ce sont par conséquent les dispositions générales de l'art. X GATT et de l'art. III AGCS qui continuent à régir les obligations en matière de transparence pour les marchés publics également. Ces règles valent pour tous les membres de l'OMC. Les Etats parties à l'AMP sont tenus, eux, par des engagements spécifiques sur la transparence (art. XVII AMP).

c) Architecture et développement de l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP)

(i) *Architecture et principes fondamentaux*

L'AMP est une convention plurilatérale qui, sur le plan juridique, fut introduite sous la forme de l'annexe 4 de l'accord de Marrakech instituant l'OMC. Ce texte n'est contraignant que pour les Etats qui l'ont ratifié. En cas de différend, ces derniers sont soumis au système de règlement des différends de l'OMC (*Dispute Settlement Mechanism*). Chacun d'entre eux doit dresser une liste des produits et des services qu'il soumet à l'AMP, ou au contraire qu'il en exclut. Ces listes sont publiées pour chaque Etat contractant, sous la forme d'un « appendix » en cinq parties complétant le texte de l'accord lui-même; elles indiquent également les valeurs de seuil applicables. La Suisse a défini des obligations et des exceptions spécifiques pour le secteur des services, tout comme elle a formulé des dérogations pour des produits et des services déterminés en rapport avec les Etats qui

⁸ RS 0.172.052.68.

⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner, ch. 10-15.

n'accordent pas de réciprocité. En outre, elle a exclu du champ d'application de l'AMP l'acquisition de produits agricoles opérée dans le cadre de programmes de promotion en faveur de l'agriculture et de l'aide alimentaire.¹⁰ Ces différentes exceptions formulées par la Suisse ne contiennent toutefois aucune disposition pertinente pour la promotion du bois indigène. En d'autres termes, l'AMP s'applique d'une manière générale aux acquisitions de bois et de produits du bois à l'égard des autres Etats signataires de cet accord.

Les deux principes fondamentaux de l'AMP sont le traitement national et la non-discrimination. L'art. III:1(a) AMP interdit ainsi la discrimination des fournisseurs étrangers, signifiant que les produits et les services des autres parties et leurs fournisseurs ne doivent pas être défavorisés par rapport à leurs concurrents nationaux. Cette interdiction vaut pour les discriminations aussi bien *de jure* que *de facto*. La discrimination juridique ressort généralement des dispositions applicables, tandis que la discrimination de fait peut également découler des conditions du marché; dans le cas particulier, il faut que son influence sur le commerce international ne soit pas uniquement théorique, mais exercée très concrètement.

L'art. III:1(b) AMP arrête le principe de la non-discrimination (clause de la nation la plus favorisée), lequel interdit de favoriser certains fournisseurs d'autres Etats tiers, ou leurs produits et services, par rapport aux fournisseurs étrangers.

L'AMP ne contient aucune disposition relative à la gestion durable en rapport avec les marchés publics, si ce n'est le motif justificatif contenu dans l'art. XXIII:2 (cf. plus bas, ch. 2.1 e). L'art. VI AMP définit les critères d'adjudication, notamment la qualité, les propriétés d'emploi et la sécurité, ainsi que – à la différence du GATT – les *procédés et méthodes de production*. Ces derniers surtout sont importants si l'on veut inclure des considérations écologiques. Il serait ainsi envisageable d'invoquer cette disposition pour prendre en compte les distances de transport ou l'objectif de promotion des énergies renouvelables en rapport avec la gestion des forêts. A noter que tous les critères doivent s'appuyer sur des normes internationalement reconnues et ils ne doivent pas être utilisés à des fins protectionnistes ou discriminatoires.

Si cette solution paraît simple de prime abord, elle est en réalité difficile à mettre en pratique; la jurisprudence cantonale sur la question est d'ailleurs hétérogène.¹¹ D'abord, de tels critères doivent être transparents et objectivés dans la procédure de soumission. Le bilan écologique et la méthode des unités de charge écologique sont des instruments possibles pour ce faire. Dans le cas du bois, il y aurait la base de données *ecoinvent*, indépendante et accessible au public, qui pourrait servir de référence.¹² Par ailleurs, il faut éviter une éventuelle discrimination *de facto* en rapport avec des critères neutres sur le plan formel, par exemple les distances de transport. Il pourrait y avoir discrimination si la combinaison de critères de soumission (p. ex. distances de transport courtes et

¹⁰ La Suisse a spécifié, dans son annexe 4, quels services tombent sous le coup de l'AMP: WT/Let/330, 1^{er} mars 2000. Différentes dispositions d'exception figurent en outre dans les « notes générales », qui ont également été ajoutées.

sous la forme d'une annexe (WT/Let/437, 7 février 2003).

¹¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, ch. 944 ss avec d'autres renvois. Rejeté par le tribunal administratif de Zurich, dans une procédure relative à l'acquisition de copeaux de bois pour le chauffage; au nombre des motifs exposés: il n'y a pas de certificats reconnus et uniformes (VB 1998.369).

¹² <http://www.ecoinvent.org/database/> (visité le 23 juillet 2013).

types de bois précis) ne pouvait être satisfaite que par du bois provenant des forêts suisses, signifiant que les produits et les fournisseurs étrangers ou non résidants seraient désavantagés. En d'autres termes, le critère des distances de transport doit être relativisé ou pondéré de manière adéquate. Le tribunal administratif du canton de Zurich a résumé comme suit les éléments essentiels pour l'admissibilité de critères environnementaux:¹³

E.3.2.1 En vertu de ces principes, il est d'emblée inadmissible de favoriser des fournisseurs locaux ainsi que le demande le recourant. Accorder une appréciation plus élevée à une offre parce qu'elle propose l'utilisation exclusive de bois provenant des forêts de la commune n'est pas acceptable pour cette raison. S'il est permis de tenir compte, dans une certaine mesure, des distances de transport du bois, ces dernières ne doivent pas être liées à des frontières communales ou cantonales.

3.2.2 La jurisprudence admet que des aspects environnementaux soient pris en compte pour l'adjudication, pour autant que cette appréciation se fasse correctement et que le poids accordé à ces critères soit raisonnable pour l'acquisition concernée. Les critères de protection de l'environnement ne doivent toutefois pas aboutir à un désavantage injustifié pour les soumissionnaires externes.

Le Tribunal fédéral¹⁴ et les ouvrages de référence en la matière¹⁵ tiennent les mêmes raisonnements.

Il est important de s'appuyer sur des normes internationales pour la formulation d'objectifs secondaires (voir plus bas, ch. 2.1 f). Plus ces derniers sont étayés par des normes reconnues internationalement, mieux ils seront acceptés du point de vue du droit de l'OMC.

Pour la question concrète qui nous intéresse ici, cela signifie en résumé que dans une procédure de soumission publique, il est possible de formuler, outre des exigences relatives aux *propriétés* du bois à fournir, des critères concernant les *conditions de production*. Il faut toutefois tenir compte d'un certain nombre de points délicats pour la mise en pratique.

Les exigences auxquelles doivent satisfaire les processus de production dans le pays d'origine du fournisseur doivent être *appropriées* pour atteindre le but visé – par exemple protéger l'environnement, gérer la forêt de manière durable ou promouvoir les énergies renouvelables –, elles doivent être *proportionnées* et *ne pas fausser les conditions de concurrence*.¹⁶ Du point de vue du droit de l'OMC, il n'est donc pas exclu de tenir compte des distances de transport à titre d'élément du processus de production.¹⁷

L'initiative parlementaire von Siebenthal est problématique en rapport avec l'AMP, car elle met en relation des objectifs environnementaux et la promotion de l'industrie du bois suisse. Un critère d'adjudication pour le bois qui soit conforme à l'AMP ne doit pas seulement être neutre *de jure* (c.-à-d. ne pas faire de distinction entre bois suisse et bois étranger), mais aussi être formulé de

¹³ VB.2007.388 du 12 novembre 2008.

¹⁴ ATF 2P.342/1999.

¹⁵ Steiner, Nachhaltige Beschaffung, pp. 57 s.; Trüb, art. 4 LMP, ch. 6, et art. 21 LMP, ch. 15.

¹⁶ Galli/Moser/Lang/Steiner, ch. 944. Rejeté par le tribunal administratif de Zurich, dans une procédure relative à l'acquisition de copeaux de bois pour le chauffage; au nombre des motifs exposés: il n'y a pas de certificats reconnus et uniformes (VB 1998.369).

¹⁷ ATF 2P.342/1999.

manière à ne pas créer un avantage *de facto* pour les produits et les fournisseurs nationaux. Certaines combinaisons de critères d'adjudication en soi admissibles, tels que les distances de transport ou des types de bois déterminés, peuvent constituer un handicap *de facto* pour les soumissionnaires étrangers, voire les exclure totalement.

Il y a deux solutions pour résoudre ces problèmes. Les Etats peuvent tenter de formuler activement des objectifs secondaires (politiques secondaires) conformes à l'OMC (voir plus bas, ch. 2.1 f). Si cela n'est pas possible, ils peuvent justifier, passivement, une dérogation au principe du traitement national, en formulant une exemption des obligations découlant de l'AMP (voir plus bas, ch. 2.1 e).

(ii) *Développement de l'AMP*

Les négociations sur l'amendement de l'AMP 1994 ont été conclues avec succès lors la Conférence ministérielle de décembre 2011. Cette entente comprend en particulier des concessions de la part des Etats signataires sur les « listes d'engagements » (Schedules of Commitment), surtout en rapport avec les droits d'accès au marché. Ces modifications sont entrées en vigueur par la décision GPA/113 du 2 avril 2012. Les principales innovations sont la plus grande flexibilité introduite par le texte révisé ainsi que l'entente sur un « programme de travail du Comité des marchés publics de l'OMC ». Il est souligné dans le préambule déjà que la flexibilisation des dispositions de l'accord revêt une grande importance (« que les engagements procéduraux au titre du présent accord devraient être suffisamment flexibles pour tenir compte de la situation spécifique de chaque Partie »).

Le texte révisé prévoit encore d'autres possibilités de flexibilisation en rapport avec l'inclusion de « politiques secondaires ». En l'occurrence, il s'agissait en particulier d'intégrer le constat que les préoccupations environnementales devraient jouer un rôle croissant dans les marchés publics. L'art. X, par. 6, AMP révisé prévoit expressément que les parties peuvent établir des spécifications techniques « pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement ». La concrétisation des principes énoncés se fait dans sept annexes.

L'art. IV, par. 1, de l'accord révisé sur les marchés publics a la teneur suivante:

« En ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés couverts, chaque Partie, y compris ses entités contractantes, accordera immédiatement et sans condition, aux marchandises et aux services de toute autre Partie et aux fournisseurs de toute autre Partie qui offrent les marchandises ou les services de toute Partie, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui que la Partie, y compris ses entités contractantes, accorde:

- (a) aux marchandises, aux services et aux fournisseurs nationaux; et
- (b) aux marchandises, aux services et aux fournisseurs de toute autre Partie. »

Le Conseil fédéral entend proposer au Parlement l'adoption de l'AMP révisé. Le message ad hoc est en cours de rédaction. La Commission européenne a déjà soumis une proposition de décision du Conseil, par laquelle l'UE ratifierait l'AMP révisé.¹⁸

¹⁸ COM(2013) 143 final du 22 mars 2013.

d) Motifs justificatifs et motifs d'exception dans le droit général de l'OMC

Le développement durable et la protection de l'environnement sont expressément indiqués dans le préambule de l'accord de Marrakech comme étant des objectifs de l'OMC. Outre cette disposition générale, à considérer avant tout comme une aide à l'interprétation, différents accords désignent des motifs spécifiques pouvant justifier une dérogation aux règles de l'OMC. Les préoccupations servant l'intérêt public occupent clairement le premier plan, par exemple la moralité, l'ordre et la sécurité publics, ou encore la protection de la vie des personnes, des animaux et des plantes.

Depuis quelques années, différentes notions ont gagné en importance: moralité (selon art. XX (a) GATT et art. XIV (a) AGCS) et ordre (art. XIV (a) AGCS) publics ainsi que santé et protection des ressources (selon art. XX (b) et (g) GATT et art. XIV (b) AGCS). Dans ce contexte, la jurisprudence des organes de conciliation de l'OMC joue un rôle essentiel. Elle laisse le soin aux Etats de définir le niveau de protection national adéquat, tant que les prescriptions n'engendrent pas une discrimination (*CE-Amiante*,¹⁹ *USA-Paris*,²⁰ *Brésil-Pneus rechapés*²¹).

L'aspect de la gestion durable se rapporte tout spécialement au fait d'éviter une utilisation injustifiée (« épuisement ») de ressources.

D'autres objectifs étatiques considérés comme légitimes sont les préoccupations en matière de santé, que nous avons déjà évoquées en rapport avec les procédures générales de l'OMC relatives au traitement national et à la clause de la nation la plus favorisée. A titre d'exemple, citons la protection des dauphins et des tortues marines, la protection contre la consommation de viande contenant des hormones ou la protection des personnes contre l'amiante ou les fumées produites par le rechapage des pneumatiques.

e) Motifs justificatifs dans l'AMP

Les motifs justificatifs n'interviennent que s'il y a eu infraction à l'AMP, par exemple si du bois provenant de forêts suisses a été favorisé dans la soumission par rapport au produit étranger.

Si les motifs justificatifs inscrits dans le GATT et l'AGCS ne s'appliquent pas directement aux marchés publics, certains d'entre eux ont été repris dans l'AMP. Ainsi, l'art. XXIII:2 AMP 1994 autorise les Etats parties à déroger aux règles de l'accord si cela est nécessaire « à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons », sous réserve que ces mesures ne constituent pas « un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié » ou « une restriction déguisée au commerce international ».

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, (WT/DS135/AB/), 12 mars 2001.

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel, Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, (WT/DS285/AB/R), 7 avril 2005, ch. 308 ss.

²¹ Rapport de l'Organe d'appel, Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, (WT/DS332/AB/R), 3 décembre 2007, ch. 145.

La teneur de cette disposition correspond à celle de l'art. XX, let. b, GATT et de l'art. XIV, let. b, AGCS. L'AMP 1994 ne contient toutefois pas de disposition parallèle à l'art. XX, let. g, GATT, qui prévoit la conservation des ressources naturelles épuisables. S'il n'est pas totalement exclu que la protection et la gestion durable des forêts suisses puissent être admises comme des mesures exigées par l'ordre public, il est peu probable, au vu de la jurisprudence des organes de conciliation de l'OMC, qu'une telle justification soit acceptée.²²

Les auteurs voient une option plus prometteuse dans les mesures actives évoquées plus haut, plus précisément dans la prise en compte autorisée de *procédés et méthodes de production* lors de l'adjudication, dans les limites de l'interdiction de discrimination. Des critères écologiques peuvent également être inclus dans ce cas. Ce droit est formulé de manière plus précise dans l'AMP 2012 (révisé): l'art. X:9 indique expressément que les qualités écologiques d'une offre peuvent constituer un critère d'adjudication.

f) Importance particulière des « politiques secondaires »

Outre les objectifs primaires des marchés publics (transparence, renforcement de la concurrence entre fournisseurs, utilisation économique des fonds publics et égalité de traitement de tous les fournisseurs), il y a de plus en plus d'objectifs non économiques, appelés « secondaires » ou « horizontaux », qui sont thématiques, spécialement dans la jurisprudence européenne.²³ Ces derniers ne sont toutefois admissibles que s'ils ne compromettent pas les objectifs primaires.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) concernant le label Max Havelaar²⁴ est primordial dans ce contexte. Cette affaire concernait une procédure d'appel d'offres d'une collectivité territoriale néerlandaise portant sur la fourniture et la gestion de distributeurs de café, y compris le café et le thé. Dans le dossier de soumission, il était précisé que « les offres seront évaluées tant en fonction de critères qualitatifs et environnementaux que sur le prix ». ²⁵ Une exigence – et non pas un souhait – formulée dans le cahier des charges était la suivante: « La province [...] fait usage des labels Max Havelaar et EKO pour la consommation de café et de thé ». Un « souhait » de la collectivité (maximum 15 points dans l'évaluation) était que « les ingrédients doivent si possible satisfaire aux labels EKO et/ou Max Havelaar ». ²⁶

Dans son arrêt, la CJUE confirme sa récente pratique, établie par l'arrêt *EVN AG et Wienstrom*, dans lequel elle a estimé que des critères de gestion durable sont admissibles lorsqu'ils sont liés à l'objet du marché.²⁷ La Cour a estimé que cette condition était remplie lorsque l'adjudicateur posait comme exigence que le café utilisé dans ses distributeurs provienne du commerce équitable.²⁸ La

²² Rapport de l'Organe d'appel, Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, (WT/DS285/AB/R), 20 avril 2005, ch. 300-303.

²³ Cf. Weber/Menoud; Steiner 2012.

²⁴ Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, arrêt de la CJUE du 10 mai 2012, C-368/10, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-368/10>.

²⁵ Arrêt CJUE (note 24), point 19.

²⁶ Arrêt CJUE (note 24), point 29.

²⁷ *EVN AG et Wienstrom GmbH contre République d'Autriche*, CJUE Recueil 2003, I-14527, point 34.

²⁸ Arrêt CJUE (note 24), point 103.

CJUE a par contre jugé que, eu égard au critère de la transparence – condition primordiale dans le droit de l’OMC également – il était inadmissible d’exiger un label de qualité précis, sans en communiqué la teneur. La province aurait dû énoncer des spécifications détaillées et admettre toutes les offres satisfaisant à ces exigences.²⁹

Dans sa récente jurisprudence, la CJUE s’est penchée sur les objectifs de gestion durable dans le domaine des marchés publics, tant du point de vue de l’AMP que du droit européen sur les marchés publics. Elle a retenu que de tels objectifs peuvent être poursuivis, tant que le principe de l’économicité n’est pas contourné et que les exigences sont formulées de manière transparente.

En rapport avec l’AMP, ces conclusions signifient qu’il faut veiller en particulier à éviter les discriminations de fait. On y parvient par exemple en n’accordant pas plus de poids aux critères de gestion durable qu’aux critères économiques.

2.2 Comparaison avec un choix de réglementations étrangères visant la mise en œuvre de l’AMP

Les programmes étrangers décrits ci-après ont un point commun: ils partent tous du raisonnement que l’utilisation du bois est souhaitable sur le plan écologique; de fait, cette ressource apporte une contribution appréciable à l’économie verte, car elle peut être produite et récoltée de manière durable, et elle est utilisable de manières très diverses. Le bois est avantageux eu égard à l’énergie grise et aux émissions de gaz à effet de serre, en ce sens qu’il peut remplacer des matériaux tirés du pétrole et restreindre des processus de production gourmands en énergie. En utilisant du bois local, on peut réduire les transports, qui consomment beaucoup d’énergie (grise) et émettent de grandes quantités de polluants (gaz à effet de serre).³⁰ Résultat: protection du climat, réduction des coûts et de différentes conséquences externes indésirables.

Il semble qu’une étude menée actuellement dans le cadre d’un projet de recherche de l’UE arrive à la conclusion que l’exploitation forestière et l’économie du bois sont les secteurs qui exercent la plus grande influence sur le PIB des régions rurales en Europe.³¹

a) France

En sa qualité d’Etat membre de l’UE, la France doit d’abord s’en tenir aux dispositions du droit directement applicable et contraignant, en l’occurrence le règlement de l’UE concernant le bois et les produits en bois (RBUE).³² Celui-ci interdit l’importation de bois issu d’une récolte illégale et son

²⁹ Arrêt CJUE (note 24), points 109-112.

³⁰ Dans ce contexte, l’OFEV souligne les nombreuses utilisations possibles du bois et des produits à base de bois, par exemple bois céramique, bois carbone, bois liquide, bois composite, mousse de bois, textiles de qualité supérieure (p. ex. pour vêtements fonctionnels), matières synthétiques fabriquées à partir de ressources climatiquement neutres à la place de ressources émettant beaucoup de CO₂, production d’énergie présentant un bilan CO₂ neutre.

³¹ Cette source est actuellement à l’étude à l’OFEV.

³² Règlement (UE) 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché.

art. 6, par. 1, let. a, impose un système de diligence aux opérateurs du marché. Ces derniers ont ainsi l'obligation de fournir une vaste documentation sur les produits qu'ils mettent sur le marché. Le RBUE ne prévoit pas de traitement de faveur pour la promotion du bois indigène dans les constructions publiques.

La comparaison avec la France est intéressante parce que le législateur français a cherché à mettre en œuvre des mesures non discriminatoires pour encourager l'utilisation du bois. Le législateur français avait ainsi arrêté dans le *Code de l'environnement* qu'un décret du *Conseil d'Etat* devait prévoir une quantité minimale de bois comme matériau dans les constructions nouvelles. Promulgué par le *Conseil d'Etat* le 15 mars 2010, ce décret³³ stipulait que les bâtiments nouveaux devaient comprendre au moins 0,035 mètres cubes de bois par mètre carré de surface hors œuvre. Cette norme ne donnait la préférence au bois français qu'indirectement tout au plus, vu qu'il n'y avait aucune distinction selon l'origine du matériau. Le 24 mai 2013, le *Conseil Constitutionnel* a dû se prononcer sur un recours interjeté par le Syndicat de l'industrie cimentière et la Fédération de l'industrie du béton, qui demandait l'abrogation du décret du 15 mars 2010³⁴, le considérant comme une base légale insuffisante et le jugeant par conséquent anticonstitutionnel.³⁵ Le *Conseil Constitutionnel* a donné raison aux requérants.³⁶ Il a reproché au législateur d'avoir laissé fixer la quantité minimale de bois au niveau décret au lieu de l'avoir fait directement dans la loi.³⁷ Si le législateur avait déterminé lui-même la part minimale de bois dans les constructions, le *Conseil Constitutionnel* aurait vraisemblablement dû accepter cette mesure comme étant une ingérence dans la liberté économique prévue par la Constitution, ingérence reposant sur un intérêt officiellement reconnu.

Il ressort par conséquent que la France ne s'est dotée d'aucune norme qui favoriserait le bois indigène dans les marchés publics. S'il est vrai que l'Hexagone a tenté de réserver, dans sa législation, une place privilégiée aux matériaux en bois, il a échoué en raison de la résistance des concurrents, à savoir les producteurs d'autres matériaux de construction, qui ont recouru, avec succès, contre une ingérence dans la liberté économique reposant sur des bases légales insuffisantes.

b) Japon

Le Parlement japonais a adopté en 2000 la « Green Purchasing Law », qui oblige les services publics à prendre en compte des produits écologiques. Se fondant sur cette base légale, le Japon a adopté

³³ Décret n° 2010-273 du 15 mars 2010. Disponible sur:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021979658&dateTexte=&categorieLi en=id> (page consultée le 23 juillet 2013).

³⁴ Art. 5, I, 40°, de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement.

³⁵ A la différence du Tribunal fédéral, le *Conseil Constitutionnel*, cour constitutionnelle suprême de la France, est habilité à procéder à une vérification concrète de normes et d'en examiner la conformité avec la Constitution.

³⁶ Conseil Constitutionnel, décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013. Disponible sur: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-137109.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).

³⁷ Conseil Constitutionnel (note 36), ch. 10.

en 2006 une stratégie d'acquisition du bois, en vertu de laquelle il n'est permis d'utiliser que du bois provenant d'une récolte légale. L'aspect de la durabilité n'est mentionné qu'à titre de critère *souhaitable* en rapport avec le bois.³⁸

En 2009, le gouvernement nippon a annoncé qu'il entendait assurer une forte promotion de la production de bois indigène (l'objectif étant de couvrir 50 % de la demande nationale).³⁹ Le 19 mai 2010, il édicta la loi sur la promotion du bois dans les constructions publiques.⁴⁰ L'objectif énoncé à l'art. 1 de cette loi est une gestion durable des forêts. Pour l'atteindre, le législateur arrête que les bâtiments publics doivent être en partie réalisés avec des éléments en bois. Sont concernées les constructions publiques aux niveaux national et régional ainsi que les constructions privées à usage public (art. 3 en rel. avec art. 1). Outre les ministères compétents (Ministère de l'agriculture, des forêts et de la pêche ainsi que Ministère du territoire, de l'infrastructure, des transports et du tourisme), chaque préfecture et chaque commune est chargée de veiller à la mise en œuvre de cette norme (art. 7-9).⁴¹

A l'instar de la France, le Japon exige que les services publics n'achètent que du bois provenant de la récolte légale. Contrairement au décret français, la loi japonaise n'indique pas en chiffres combien de bois doit être utilisé dans les constructions publiques. Chose inhabituelle pour un Etat très centralisé⁴² comme l'est le Japon, le gouvernement laisse aux entités subordonnées le soin de mettre au point leur propre stratégie dans ce domaine.

c) Nouvelle-Zélande

La loi néo-zélandaise sur les marchés publics s'intitule « Government Rules of Sourcing », dont la version révisée est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2013.⁴³ Pour la catégorie bois, on trouve, dans la « Rule 65 », une disposition relative aux projets de soumission publics, qui dicte de s'en tenir à la

³⁸ Lopez-Casero/Scheyvens.

³⁹ Cet objectif a été formulé dans la « nouvelle stratégie de croissance ». Il existe des informations détaillées à ce sujet (en japonais seulement) sur le site:

<http://www.kantei.go.jp/jp/sinseichousenryaku/sinseichou01.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013). L'objectif de promotion de la production de bois a été relevé dans le rapport 2013 de l'OMC sur la politique commerciale du Japon (WT/TPR/S/276). Voir en particulier le n° 39.

⁴⁰ Sur le site Web du Ministère japonais de l'agriculture et des forêts, on ne trouve que des documents en japonais: <http://www.rinya.maff.go.jp/j/riyou/koukyou/index.html> (page consultée le 23 juillet 2013). Une traduction officielle (en anglais) est disponible sur:

http://homepage2.nifty.com/fujiwara_studyroom/english/policy/woodproact/wodproact.pdf (page consultée le 23 juillet 2013).

⁴¹ Le site suivant donne un aperçu des différentes stratégies de mise en œuvre dans les préfectures japonaises (en japonais): <http://www.rinya.maff.go.jp/j/riyou/koukyou/pdf/todoufukenhousin.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).

⁴² Haller/Kölz/Gächter, p. 140.

⁴³ New Zealand Government Rules of Sourcing. Disponible sur: <http://www.business.govt.nz/procurement/pdf-library/agencies/rules-of-sourcing/government-rules-of-sourcing-April-2013.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).

« New Zealand Timber and Wood Products Procurement Policy (TWPP) ». ⁴⁴ Cette politique décrète que seul du bois provenant de la récolte légale peut être utilisé. Elle arrête en outre que, pour les soumissions publiques, les acheteurs accorderont la préférence au bois venant de forêts exploitées de manière durable. Les acquéreurs publics doivent respecter des règles de documentation détaillées sur la provenance légale du bois.

En 2008, le gouvernement néo-zélandais a publié des directives destinées à aider les services publics à appliquer les principes de la durabilité à leurs projets de soumission. Ces directives sont structurées par catégorie de produits. ⁴⁵ Pour le bois, on trouve différents principes, qui s'appliquent également à certains tiers (p. ex. entrepreneurs généraux). La directive n° 6 par exemple arrête que pour les bâtiments comportant jusqu'à quatre étages, il faut proposer une option de construction en bois dès le stade de la planification. ⁴⁶ Cette exigence constitue un critère d'adjudication supplémentaire et contraignant pour les autorités adjudicatrices. En vertu de ces directives, l'option « construction en bois » signifie que le principal matériau de construction et les structures porteuses d'un bâtiment doivent être du bois.

La démarche de la Nouvelle-Zélande est donc différente de celle du Japon ou de la France, puisqu'elle ne prescrit pas un certain pourcentage de bois pour les constructions, mais énonce que des options de construction en bois doivent être prises en compte dans une certaine mesure. Elle garantit ainsi qu'il n'y a pas de discrimination des autres matériaux de construction. La Nouvelle-Zélande ne connaît pas de traitement préférentiel du bois indigène.

d) Autriche

(i) Réglementations fédérales

L'Autriche comme la France est tenue d'abord par le règlement de l'UE, RBUE⁴⁷, qui n'autorise que l'utilisation de bois provenant de la récolte légale. Elle rejoint donc le rang des pays comparables qui appliquent ce critère.

Le gouvernement autrichien a adopté en 2010 un plan d'action sur les achats durables. Elle y recommande tout spécialement le bois, matériau de construction écologique et renouvelable, pour

⁴⁴ New Zealand Timber and Wood Products Procurement Policy. Disponible sur: <http://www.mpi.govt.nz/portals/0/documents/forestry/forestry-nz/illegal-log/twpp.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).

⁴⁵ Ministry of Economic Development of New Zealand, Sustainable Government Procurement Project Category Reviews: Standards, guidelines, and targets for core Public Service departments, 2008. Disponible sur: http://www.business.govt.nz/procurement/pdf-library/agencies/Category_reviews.pdf (page consultée le 23 juillet 2013).

⁴⁶ Ces directives reposent sur la « Cabinet Minute (07) 22/9 ». Les procès-verbaux des séances du cabinet néo-zélandais ne sont pas publics d'une manière générale. Ces directives ont toutefois été concrétisées par le biais d'un document d'information du Ministère de l'agriculture et des forêts: Government Initiatives for Building in Wood. Disponible sur: <http://www.nzwood.co.nz/images/fck/File/Government%20Initiatives%20for%20Building%20in%20Wood4.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).

⁴⁷ Voir note 32.

les aménagements intérieurs.⁴⁸ Le plan, qui souligne encore une fois l'importance du facteur de la récolte légale, s'adresse à tous les services publics qui s'occupent de marchés publics.

L'actuel programme de législature du gouvernement autrichien (2008 – 2013) contient l'objectif d'accorder une plus grande importance au bois autrichien comme matériau de construction.⁴⁹ Jusqu'ici, il n'a toutefois pas encore influé sur des décrets contraignants du Parlement.

Il semble donc que l'Autriche soit moins avancée que d'autres pays dans ce domaine. Elle n'a adopté aucune norme contraignante sur la promotion du bois indigène. Quant à savoir dans quelle mesure la stratégie choisie permettra effectivement de favoriser le bois autrichien, il est impossible de le dire.

(ii) Réglementations dans le Land du Vorarlberg

Le Land du Vorarlberg va nettement plus loin. Dans sa stratégie forestière⁵⁰, il se fixe pour objectif d'augmenter de 30 % l'exploitation du bois indigène.

Un élément central pour la mise en œuvre de cette stratégie réside dans la promotion du chauffage à distance à biomasse. Les 120 centrales thermiques du Vorarlberg fonctionnant à la biomasse ont brûlé quelque 417 000 stère (st) de bois au cours de la période de chauffage 2011/2012.⁵¹

La directive 2013 sur l'énergie prévoit en outre la promotion des chauffages au bois dans les logements:⁵² [notre traduction]

§ 4 Mesures pouvant bénéficier d'un soutien

(2) Chauffages au bois (systèmes de chauffage utilisant des combustibles biogènes produisant peu d'émissions) ou raccordement à un réseau de chauffage local:

- a) chauffage central à bûches (chaudière à gazéification soutenue par une soufflerie), combinée avec un accumulateur de chaleur tampon
- b) chauffage central automatique utilisant des copeaux de bois ou des pellets
- c) poêles de faïence et cheminées utilisés comme chauffage central
- d) raccordement du bâtiment à un réseau de chauffage local.

⁴⁸ Österreichischer Aktionsplan zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung TEIL II, Disponible sur: <http://www.nachhaltigebeschaffung.at/sites/default/files/Aktionsplan%20nachhaltige%20Beschaffung%20Teil%20II.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013). Voir en particulier la p. 56.

⁴⁹ Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode (2008-2013), p. 76. Disponible sur: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32966> (page consultée le 23 juillet 2013).

⁵⁰ Forststrategie des Landes Vorarlberg, mars 2009. http://www.vorarlberg.at/pdf/forststrategie201805_03_2.pdf (page consultée le 23 juillet 2013).

⁵¹ Amt der Vorarlberger Landesregierung, Landwirtschaft – Forstwirtschaft 2013 (Agrarbericht 2013), p. 25. <http://www.vorarlberg.at/pdf/agrarbericht2013.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).

⁵² Richtlinie des Landes Vorarlberg zur Förderung von thermischen Solaranlagen, Holzheizungen, Wärmepumpen, Lüftungsanlagen mit Wärmerückgewinnung (WRG) und Anschluss an Nahwärme in Wohnbauten vom 1.1.2013. <http://www.vorarlberg.at/pdf/energiefoerderungsrichtl9.pdf> (page consultée le 23 juillet 2013).



De jure, le Land du Vorarlberg ne prévoit pas de traitement privilégié du bois indigène, mais les mesures de promotion débouchent *de facto* sur une augmentation de la consommation de bois local. Cela revient-il à une discrimination *de facto* du bois étranger ? Des examens approfondis sont actuellement en cours pour la version finale du présent avis de droit, mais a priori, la réponse est non.

2.3 Les marchés publics en Suisse

a) Mise en œuvre de l'AMP au sein de la Confédération

La structure fédérale de la Suisse fait que l'AMP n'est pas mis en œuvre uniquement par des actes législatifs fédéraux, mais aussi par une multitude de réglementations cantonales.

Les textes législatifs déterminants au niveau fédéral sont la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP).

En vertu de l'art. 21, al. 1, LMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Selon la teneur de cette disposition, cette dernière est déterminée aussi en fonction du caractère écologique. La liste des critères énumérés dans le premier alinéa n'est pas exhaustive, signifiant que d'autres motifs d'adjudication peuvent être inclus.

L'art. 27, al. 2, OMP prévoit que, outre les critères d'adjudication mentionnés dans l'art. 21, al. 1, LMP, il est possible de tenir compte du développement durable. Il faut rappeler que l'énumération de l'art. 21, al. 1, LMP, qui inclut aussi l'impact sur l'environnement, n'est pas exhaustive.

L'art. 9 LMP stipule que l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il n'y est donc fait aucune mention d'aspects écologiques. L'art. 3, al. 2, LMP contient toutefois une disposition d'exception qui précise que l'adjudicateur n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les critères de la LMP « lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige ». Cette disposition s'appuie sur l'art. XXIII:2 AMP, qu'elle transpose dans le droit national.

b) Réglementations intercantionales visant la mise en œuvre de l'AMP

Les marchés publics des cantons sont régis, outre par l'AMP, par la norme cadre qu'est l'accord intercantional sur les marchés publics (AIMP) et par la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

L'un des buts de l'AIMP, défini à l'art. 1, al. 2, est d'« harmoniser les règles de passation des marchés conformément à des principes définis en commun, ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'Accord relatif aux marchés publics (OMC) ». Un modèle de dispositions d'exécution est proposé aux cantons sous la forme des directives d'exécution de l'AIMP (DEMP) du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001.

En vertu de l'art. 13, let. f, AIMP, ce sont les dispositions d'exécution cantonales qui définissent les « critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse ». Pour les biens largement standardisés, l'adjudication peut d'ailleurs se faire exclusivement selon le critère du prix le plus bas (§ 32 II DEMP). L'art. 10, al. 2, let. b, AIMP quant à lui transpose la clause d'exception de l'art. XXIII:2 AMP dans le droit cantonal. Il stipule que l'adjudicateur n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les dispositions de l'accord « lorsque la protection de la santé et de la vie

de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige ». A la différence de l'AMP, il manque ici une clause générale interdisant une discrimination ou une « restriction déguisée au commerce international ».

Le § 21, al. 2, DEMP arrête que les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles. Mais le § 32, al. 1, DEMP précise expressément que le développement durable peut constituer un critère d'adjudication.

c) Sélection de cantons

(i) Canton de Berne

L'Office des immeubles et des constructions du canton de Berne (ODB) est chargé de la gestion des bâtiments et des terrains dont le canton de Berne est propriétaire ou qu'il utilise. Ce faisant, il doit poursuivre les objectifs du développement durable. L'ODB s'appuie sur la recommandation SIA 112/1 « Construction durable – Bâtiment ». Les « fiches eco-bau de construction écologique » notamment valent comme normes contraignantes. Elles exigent que le bois et les dérivés du bois proviennent d'une production durable avec un label FSC⁵³ ou PEFC⁵⁴; l'utilisation de bois extra-européen sans label FSC, PEFC ou équivalent est déconseillée. Les deux labels de qualité recommandés incluent les aspects aussi bien des caractéristiques du bois que du mode de production. Pour les revêtements extérieurs, la priorité est donnée aux bois de sciage ou aux bardeaux (épicéa/sapin, mélèze, douglas). Les auteurs du présent avis de droit ne disposent d'aucun indice laissant à penser que ces critères équivaldraient à un traitement préférentiel du bois indigène.

En plus de ces exigences qualitatives, l'ODB a fixé en 2007 des objectifs quantitatifs *internes* qui sont contraignants pour l'utilisation de bois. En 2009, au moins 750 m³ de bois devaient être utilisés dans les constructions cantonales, puis au moins 1500 m³ par an à partir de 2010, pour le gros œuvre, les façades et les aménagements intérieurs. Cet objectif a été inscrit dans des directives internes de l'office; il appartient à la direction de secteur de l'atteindre.

Concrètement, cet objectif signifie que tout projet de construction pouvant être réalisé en bois devra l'être. Il devient par conséquent un critère pour le choix du soumissionnaire dans toute procédure de marché public. Pour les projets de construction conventionnels, il faut veiller à ce qu'un maximum d'éléments – fenêtres, sols, façades, aménagements intérieurs – soient réalisés en bois. Ces exigences sont formulées dans l'appel d'offres.⁵⁵

Le canton de Berne met donc en œuvre un modèle similaire à celui qui aurait dû l'être en France (voir plus haut, ch. 2.2 a). La formulation des objectifs dans une directive *interne* est délicate sur le plan juridique. Au vu des conséquences pour les maîtres d'ouvrage et des prescriptions sur la transparence contenues dans l'AMP, il faut se demander s'il ne serait pas nécessaire de disposer d'une base légale explicite (cf. plus bas, ch. 2.4).

⁵³ Forest Stewardship Council. <http://www.fsc-schweiz.ch> (voir plus bas, ch. 4.4 b (i)).

⁵⁴ Programme for the Endorsement of Forest Certification. <http://www.pefc.ch> (voir plus bas, ch. 4.4 b (i)).

⁵⁵ Selon le courriel du 17.12.2012 de Marcel Herzog, responsable Management de projets 2, ODB, mis à la disposition des auteurs de l'avis de droit.

(ii) *Canton de Lucerne*

Le canton de Lucerne a inscrit la promotion de l'utilisation de bois dans sa loi sur les forêts: [notre traduction]

§29 Promotion du bois

¹Le canton encourage l'utilisation de bois indigène comme matériau, pour les constructions notamment, et comme source d'énergie, dans toutes ses activités. Il soutient les mesures visant à promouvoir l'utilisation de bois et la recherche sur ce matériau.

²Lors de la planification de constructions cantonales, communales ou subventionnées par le canton, l'utilisation de bois pour la construction et pour le chauffage doit être incluse dans l'évaluation. Il convient ce faisant de tenir compte de critères écologiques également.

Le guide pour la mise en œuvre de ces objectifs précise que le bois doit être thématiqué dans l'évaluation des matériaux, mais qu'il ne doit pas être favorisé d'une manière générale par rapport à d'autres matériaux, qu'il convient bien plus de le considérer comme une variante, un matériau de construction et une source d'énergie équivalents.⁵⁶

(iii) *Thurgovie*

Alternative: en vertu du § 30 de la loi sur les forêts du canton de Thurgovie, le Conseil d'Etat est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à l'utilisation de bois indigène par les services étatiques.⁵⁷ Dans l'ordonnance d'exécution de la loi sur les forêts, il prévoit, au § 32, l'obligation d'inclure l'option de l'utilisation de bois dans la planification de projets de construction du canton ou subventionnés par lui.⁵⁸

Contrairement à la Nouvelle-Zélande et à l'Autriche, qui se sont dotées de dispositions analogues, le canton de Thurgovie a jusqu'ici renoncé à exprimer la promotion du bois indigène sous la forme de critères de soumission transparents. Le Conseil d'Etat a répondu à une intervention parlementaire en juin 2012. Il y a expliqué que l'utilisation de bois, si possible avec le label FSC (voir plus haut, ch. 4.4 b (i)), devait être envisagée lors de la planification et de l'adjudication de tout projet de construction, mais que les appels d'offres tombant sous le coup des règles sur les marchés publics étaient formulés de façon neutre et ne spécifiaient donc pas le matériau à utiliser, d'où leur conformité à la loi. Le Conseil d'Etat ayant reconnu les avantages du matériau qu'est le bois, le canton de Thurgovie souhaite mieux en tenir compte dans les procédures d'adjudication. A cet effet, il étudie actuellement la possibilité d'intégrer les critères correspondants dans la grille d'évaluation.

⁵⁹

⁵⁶ PIRMIN JUNG, Promotion von Holz bei öffentlichen Bauherrn: Fachordner Hochbau mit Holz – Arbeitshilfen für Impuls und Projektentwicklung, Lucerne 2004, ch. 3.1. Leitfaden zum Einbezug von Holzvarianten bei Wettbewerben.

⁵⁷ Waldgesetz vom 14. September 1994, RB 921.1.

⁵⁸ Verordnung des Regierungsrates vom 26. März 1996, RB 921.11.

⁵⁹ Question simple de Paul Koch du 9 mai 2012 « Holzverwendung bei kantonalen und vom Kanton subventionierten Bauten », réponse du Conseil d'Etat du canton de Thurgovie du 26 juin 2012.



(iv) Zurich

Le Conseil municipal (exécutif) a édicté en 2010 une directive sur la durabilité sociale, qui est contraignante pour tous les départements, divisions et services adjudicateurs. Le bois n'y est toutefois pas mentionné explicitement.⁶⁰ Dans le contexte de la société à 2000 watts, la Ville de Zurich multiplie ses efforts pour assurer une exploitation durable des forêts. Selon un document adopté en 2012 et intitulé « Grundsätze der Holzenergieposition der Stadt Zürich » (principes de la position de la Ville de Zurich sur l'énergie du bois), toutes les forêts municipales, à l'exception des surfaces hors forêt gérées par la municipalité elle-même, seront exploitées conformément aux critères du label FSC.⁶¹ Ces principes ont valeur de lignes directrices ou de guide et ne sont donc pas contraignantes. S'agissant de l'utilisation du bois, la Ville de Zurich met l'accent sur une exploitation énergétique ciblée. Ainsi, le fonds pour les économies d'énergie de la Ville de Zurich peut accorder un soutien financier pour les installations de couplage chaleur-force. Le document ne prévoit pas de traitement préférentiel du bois local, qui sera bien plus pris en compte en rapport avec des critères de soumission plus généraux (efficacité énergétique, etc.).

2.4 Constat intermédiaire

La comparaison de la situation juridique dans différents pays montre qu'aucun des Etats considérés n'accorde un traitement de faveur au bois indigène ainsi que le demande l'initiative parlementaire. Tous se contentent de prescrire l'utilisation de bois provenant de la récolte légale pour les marchés publics. En outre, plusieurs critères qualitatifs (respect de normes spécifiques en matière durabilité) et quantitatifs (exigences quant à la part minimum de bois dans les constructions) sont énoncés.

Le constat est similaire pour l'analyse comparative portant sur plusieurs cantons. Aucun des cantons considérés ne connaît une obligation explicite de donner la préférence au bois indigène. Quant à savoir si le fait de donner la priorité à certains types de bois constitue *de facto* un traitement de faveur, des investigations sont encore en cours pour le déterminer.

Eu égard à la transparence prescrite par l'AMP, les exigences formulées uniquement sous la forme de critères d'adjudication internes peuvent se révéler problématiques, n'étant pas clairement reconnaissables pour les soumissionnaires. Etant donné que de telles exigences pourraient également restreindre la liberté du commerce des maîtres d'ouvrage, la question se pose de savoir si la base légale est suffisante pour satisfaire à l'art. 36 Cst. En effet, une argumentation similaire à celle du Conseil constitutionnel français n'est pas exclue. Pour rappel, celui-ci avait conclu que des exigences concernant une quantité minimum de bois dans les constructions publiques limitaient la liberté de commerce à un point tel qu'elles ne pouvaient être promulguées dans un simple décret, mais devaient l'être dans la loi. Ce raisonnement s'appliquerait probablement aussi au droit suisse, signifiant qu'il faudrait créer une base légale appropriée, prévoyant des mesures de promotion du bois suisse.

Au vu des réflexions ci-dessus, l'évaluation concrète des risques juridiques que présente la mise en œuvre des mesures réclamées dans l'initiative von Siebenthal permet d'émettre l'appréciation suivante:

⁶⁰ Extrait du procès-verbal du Conseil municipal de Zurich du 17 mars 2010, n° 459.

⁶¹ Décision du Conseil municipal du 12 septembre 2012, StRB 1166/2012.

- *Eviter les discriminations de facto*: il y a discrimination *de facto* lorsque la formulation du cahier des charges ne permet qu'à des fournisseurs suisses de remplir les conditions ou si les obstacles administratifs et financiers pour les fournisseurs étrangers sont tels que la participation à la soumission n'est pas intéressante pour eux. En d'autres termes, les conditions de soumission doivent être définies de façon que les effets de discrimination décrits plus haut soient exclus. Il est d'une manière générale permis d'énoncer des objectifs secondaires de nature non économique (« politiques secondaires »), mais ils doivent être fixés de façon à viser le but recherché sans contourner le critère de l'économicité. Il faut tenir compte de cet aspect tout spécialement lors de la pesée des objectifs secondaires dans la procédure d'adjudication.
- *Conditions de production respectueuses de l'environnement*: l'art. VI AMP admet la prise en compte des conditions de production, sous réserve de l'interdiction de la discrimination. Des objectifs secondaires qui sont déjà poursuivis, tels que la promotion des énergies durables, pourraient ainsi être intégrés dans les exigences techniques posées pour les procédés de production et donc constituer un critère d'adjudication. L'AMP révisé va d'ailleurs plus loin à cet égard dans son art. X:6, en ce sens que les spécifications techniques quantifiables visant à préserver les ressources naturelles ou à protéger l'environnement sont expressément mentionnées et que l'art. X:9 précise que l'impact sur l'environnement peut constituer un critère d'adjudication.
- *Protection de la vie et de la santé des personnes, des animaux et des plantes*: s'il est vrai que l'on trouve, dans la jurisprudence des organes de conciliation de l'OMC, quelques cas relatifs au GATT et à l'AGCS où ce motif d'exception a été admis, il était généralement couplé avec l'exigence d'une preuve solide de la nécessité de la mesure. D'ailleurs, l'invocation de ce motif d'exception, même si ce dernier était considéré comme satisfait, a souvent été rejetée en raison du critère de la discrimination arbitraire et injustifiée. Dès lors, il n'est guère réaliste de penser que les mesures requises dans l'initiative parlementaire pourraient s'appuyer sur le motif d'exception susmentionné. Un autre motif d'exception, celui de la moralité, de l'ordre et de la sécurité publics, est tout aussi difficile à justifier. La prise en compte autorisée de *méthodes et de procédés de production* pour l'adjudication, dans le cadre des objectifs secondaires et dans le respect de l'interdiction de discrimination, paraît une option plus prometteuse.

3 Analyse des principaux éléments du droit applicable en matière de subventions

3.1. Remarque préliminaire: droit sur les subventions et marchés publics

Si la promotion du bois en général ou du bois suisse en particulier est reliée à des incitations financières, par exemple un traitement préférentiel dans les marchés publics ou des contributions pour l'installation de chauffages au bois (Vorarlberg), la question se pose de savoir s'il y a un soutien étatique sous la forme de subventions. Le droit sur les subventions et le droit sur les marchés publics sont souvent étroitement liés, bien qu'il s'agisse de deux sujets distincts. Dans le cas des subventions, à la différence des marchés publics, les contributions financières occupent le premier plan.

3.2. Les grandes lignes du droit sur les subventions de l'OMC

En accordant des subventions, l'Etat crée des incitations lui permettant d'influer sur le comportement des agents de l'économie privée afin qu'ils agissent dans le sens de ses objectifs et stratégies politiques.⁶² Considérées d'un point de vue économique, les subventions peuvent avoir pour but de contrebalancer des distorsions sur des marchés partiels. Les subventions peuvent ainsi servir à compenser les avantages injustes dont profitent certains concurrents pour des raisons qui ne sont pas des paramètres économiques. Elles peuvent également être utiles si des considérations écologiques ou sociales jouent un rôle important en rapport avec la survie d'une branche de l'économie (p. ex. agriculture). Cependant, les subventions peuvent constituer une entrave au commerce et créer une distorsion de la concurrence. C'est pourquoi le régime du commerce mondial se préoccupe des questions de subventionnement; il a en particulier adopté un accord sur les subventions.

Les subventions jouent un rôle important dans les secteurs de l'agriculture et des services surtout, et donc dans les accords y relatifs.⁶³ Ces derniers ne sont toutefois guère pertinents pour l'industrie du bois et ne sont par conséquent pas analysés dans la présente expertise.

a) Subventions et principes généraux du droit de l'OMC

Comme pour les marchés publics, l'art. III:8(b) GATT prévoit des exceptions au principe du traitement national (interdiction de la discrimination) pour le domaine des subventions également. Ainsi, il n'est pas interdit d'attribuer des subventions aux seuls producteurs nationaux, à condition que le GATT n'exclue pas les subventions d'une manière générale, ce qui n'est pas le cas dans le contexte qui nous intéresse. Les dispositions clés sur les subventions font l'objet de l'art. XVI GATT, qui porte essentiellement sur l'obligation des Etats membres de présenter des rapports sur les subventions accordées. L'al. 1 contient les dispositions générales qui s'appliquent à tous les types de subventions, tandis que les al. 2 à 5 régissent plus spécifiquement les subventions à l'exportation. Ces dernières ne sont pas thématiques ici, vu que le présent avis de droit ne porte pas sur l'exportation de produits du bois.

Les dispositions de l'art. III:8(b) GATT sont concrétisées et complétées par l'accord de l'OMC portant spécifiquement sur les subventions et qui est analysé plus en détail ci-après.

b) Accord sur les subventions de l'OMC

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC)⁶⁴, conclu dans le cadre du Cycle d'Uruguay, fait partie d'un ensemble d'accords contraignants pour tous les Etats membres de l'OMC. A la différence du GATT, son art. 1, al. 1, contient une définition de la notion de subvention. Au sens de l'ASMC, une subvention est:

⁶² Cf. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 16, ch. 44.

⁶³ *Accord sur l'agriculture (AsA)*, annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord de Marrakech), conclu le 15 avril 1994, RS 0.632.20; *Accord général sur le commerce des services (AGCS)*, annexe 1B de l'Accord de Marrakech, RS 0.632.20.

⁶⁴ *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC)*, 14 avril 1994, annexe 1A de l'Accord de Marrakech, RS 0.632.20.

- toute *contribution financière* attribuable à l'*Etat*⁶⁵
- toute forme de *soutien des revenus ou des prix* au sens de l'art. XVI GATT
- si un *avantage* est ainsi conféré à son bénéficiaire.

Les subventions satisfaisant à ces critères doivent en outre être *spécifiques* afin qu'elles soient concernées par l'ASMC (art. 2). Le but est d'exclure du champ d'application de l'ASMC les mesures de promotion générales et de le restreindre aux avantages conférés à des acteurs spécifiques du marché.⁶⁶ Ne tombent donc pas sous le coup de l'accord les avantages dont bénéficie toute une branche de l'économie, par exemple dans le cadre du système de formation ou de l'infrastructure⁶⁷ et signifiant que ces soutiens non spécifiques n'auront pas de conséquences juridiques matérielles selon l'art. 1.2 en rel. avec l'art. 2 ASMC. Les mesures visant à promouvoir les énergies renouvelables sont-elles « spécifiques » au sens de l'ASMC? La réponse à cette question n'est pas univoque et doit être apportée dans chaque cas particulier.⁶⁸

De par sa nature, le droit de l'OMC se rapporte à des états de fait interétatiques. Pour qu'une subvention soit concernée par ses dispositions, elle doit entraver le commerce entre les Etats. L'art. 3 ASMC interdit en conséquence les subventions accordées pour l'exportation de marchandises et de produits – ce qui n'est pas pertinent pour la présente expertise – ou qui résultent en un traitement préférentiel des biens indigènes (subventions prohibées).⁶⁹ Une liste exemplative de subventions à l'exportation est dressée dans l'annexe I de l'accord. L'interdiction des subventions qui sont liées à l'exigence d'utiliser des produits indigènes pour la production ou qui ont l'effet d'une substitution d'importations est fondée sur le principe du traitement national inscrit à l'art. III:4 GATT (l'exception au principe du traitement national prévue à l'art. III:8 GATT pour les subventions est donc relativisée par l'ASMC). Les autres Etats membres peuvent attaquer de telles subventions sans faire valoir un dommage. En vertu de l'art. 5 ASMC, une subvention peut également être contestée par un autre Etat membre si elle a des effets défavorables pour ses intérêts, en particulier si elle cause un dommage à son industrie ou compromet des avantages résultant du GATT (*subventions pouvant donner lieu à une action*).

Les Etats membres souhaitant contester des subventions prohibées ou pouvant donner lieu à une action disposent de deux instruments pour ce faire.⁷⁰ Premièrement, ils peuvent entamer une procédure multilatérale de règlement des différends selon le droit de l'OMC, s'ils peuvent démontrer qu'il s'agit d'une subvention prohibée par l'art. 3 ASMC ou d'une subvention pouvant donner lieu à une action parce qu'elle a des répercussions négatives sur le commerce. Deuxièmement, ils peuvent prélever sur le produit subventionné des droits compensateurs (*mesures compensatoires*) à hauteur de la valeur estimée de la subvention afin de compenser le dommage économique subi.

⁶⁵ Les contributions financières au sens de l'ASMC peuvent être des paiements directs, la non-perception de taxes, la fourniture par les pouvoirs publics de biens ou de services allant au-delà de l'infrastructure générale ou l'achat de biens; art. 1.1, let. a, ch. 1, ASMC; cf. Seitz/Breitenmoser, p. 144; Oesch, p. 258.

⁶⁶ Rubini, p. 532 s.

⁶⁷ Rodi, p. 128 et d'autres références

⁶⁸ Rubini, p. 547-549.

⁶⁹ Seitz/Breitenmoser, p. 142.

⁷⁰ On parle aussi de l'*approche à deux volets* de l'ASMC; Clarke/Horlick, p. 687; cf. OMC, Rapport sur le commerce mondial 2006, p. 217, http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min11_f/brief_svc_f.htm.

A l'instar de l'Accord sur les subventions, l'Accord sur l'agriculture de l'OMC (AsA) vaut pour tous les membres de l'OMC et prévoit quelques exceptions à l'AMP. Il porte sur le soutien interne, les questions d'accès aux marchés et les subventions à l'exportation pour les produits agricoles. S'agissant du soutien intérieur, l'AsA autorise en partie les subventions sur les produits visés, pour autant que la distorsion de la concurrence ne soit que minime (on parle de la « *catégorie verte* », annexe 2 AsA). Entrent aussi dans cette catégorie les subventions accordées dans le cadre de programmes de protection de l'environnement, tant qu'elles ne représentent pas un soutien des prix et qu'elles ne sont pas liées aux volumes de production. Elles sont exemptées des actions fondées sur l'art. XVI GATT et la partie III de l'AMP, et ne peuvent par conséquent pas donner lieu à une action (art. 13, let. a, ch. ii, AsA).⁷¹ Le bois et les produits dérivés du bois ne font toutefois pas partie du champ d'application de l'AsA (art. 2 AsA).⁷² En d'autres termes, il n'est pas possible de tenir compte des règles d'exception valables pour les produits agricoles pour étudier les questions qui nous intéressent ici en rapport avec la gestion forestière.

L'ASMC ne prévoit aucune clause d'exception en faveur d'intérêts et d'objectifs étatiques légitimes. La partie IV de l'accord prévoyait bien des subventions ne donnant pas lieu à une action et qui permettaient à un Etat membre de tenir compte notamment de facteurs écologiques admissibles sous certaines circonstances. Ces dispositions de l'ASMC ont toutefois expiré en 1999 et n'ont pas été reconduites, faute d'accord entre les Etats membres.⁷³

3.3. Le droit sur les subventions en Suisse

a) Bases constitutionnelles

Les subventions ayant pour vocation de diriger l'économie (à la différence des mesures générales de promotion de l'économie), elles peuvent déboucher sur des distorsions de la concurrence et donc restreindre la liberté économique; elles requièrent une justification constitutionnelle (art. 94, al. 4, Cst.). Les motifs permettant à la Confédération de déroger au principe de la liberté économique sont donc tous inscrits dans la Constitution. Il s'agit de la protection de l'économie nationale (art. 101 Cst.), de la garantie de l'approvisionnement national (art. 102 Cst.), du soutien aux régions du pays, aux branches économiques et aux professions économiquement menacées (art. 103 Cst.) et de la promotion des exploitations paysannes cultivant le sol (art. 104 Cst.). La protection des forêts et la préservation de leurs fonctions ainsi que les objectifs écologiques plus généraux ne constituent pas pour l'heure une justification constitutionnelle pour des mesures influant sur l'économie.

⁷¹ En dépit du renvoi de l'art. 3.1 ASMC aux éventuelles exceptions de l'Accord sur l'agriculture, l'*Organe d'appel*, en sa qualité d'organe de conciliation suprême de l'OMC, a décidé que les subventions agricoles qui ne sont pas prévues à l'annexe II AsA et ne font donc pas partie de la catégorie verte ne constituent pas des exceptions à l'Accord sur les subventions. Il a par conséquent affirmé l'application parallèle des deux accords, dans la mesure où il n'y a pas d'incompatibilité entre leurs dispositions; Etats-Unis — Subventions concernant le coton Upland, (WT/DS267/AB/R), 3 mars 2005, ch. 342, 394.

⁷² L'art. 2 AsA restreint l'applicabilité de l'accord aux produits énumérés à l'annexe 1 selon un système harmonisé pour la désignation des biens (*système harmonisé*, SH) et qui comprennent avant tout des animaux et des produits d'origine animale, des légumes et des produits alimentaires.

⁷³ Cf. OMC, Rapport sur le commerce mondial 2006, p. 217. Il faut compter qu'à plus ou moins long terme une catégorie de subventions internationalement acceptables sera (ré)introduite; cf. Oesch, p. 262.



L'art. 101 Cst. autorise la Confédération à prendre, dans des circonstances particulières, des mesures pour protéger l'économie suisse et de déroger si nécessaire au principe de la liberté économique. Elle peut également procéder de la sorte pour assurer l'approvisionnement du pays (art. 102 Cst.), pour soutenir les régions économiquement menacées et promouvoir des branches économiques et des professions (art. 104 Cst.).

Les mesures prises en vertu de l'art. 103 Cst. doivent dans tous les cas viser la promotion de branches économiques ou de professions dans leur ensemble, c'est-à-dire être accessibles à tous les agents du marché. Soutenir des secteurs partiels uniquement à la charge de la communauté tout entière ne serait pas compatible avec l'art. 94 de la Constitution.⁷⁴

En vertu de l'art. 104 Cst., la Confédération doit veiller à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, puisse remplir ses multiples fonctions. Elle encourage tout spécialement les exploitations écologiques et proches de la nature et protège l'environnement contre les atteintes liées à l'utilisation abusive d'engrais et de produits chimiques. Sauf dans le cas de cette disposition, les critères de durabilité ne valent pas comme justification d'une dérogation aux principes de la liberté économique et de la neutralité concurrentielle.

Aucune disposition constitutionnelle habilitant la Confédération à déroger au principe de la liberté économique et à accorder, si nécessaire, des subventions orientant l'activité économique, ni aucune disposition légale allant dans ce sens ne saurait délier la Suisse de ses obligations découlant de l'affiliation à l'OMC ou d'accords de libre-échange bilatéraux. Les mesures de promotion visant des entreprises individuelles sont spécialement problématiques à cet égard.⁷⁵ Si les réglementations nationales contreviennent à ces obligations, les Etats touchés peuvent prendre les mesures exposées plus haut.

b) Droit de la concurrence

(i) Influence des dispositions du droit de l'UE

Il faut commencer par se demander si des dispositions du droit de l'UE relatives aux aides peuvent jouer un rôle pour la Suisse. Les aides accordées par les Etats membres requièrent une autorisation préalable de la Commission de l'UE (art. 107, al. 1, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE], ex-art. 87, al. 1 TCE); les dispositions régissant les aides sont très strictes, bien qu'elles aient été quelque peu assouplies dans la pratique pour le secteur financier dans le sillage de la crise financière. Les normes des art. 107/108 TFUE ne sont toutefois pas directement applicables en Suisse en raison du principe de territorialité.

L'art. 23 de l'Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (ALE)⁷⁶ contient des dispositions matérielles correspondant pour l'essentiel aux règles du droit européen sur la concurrence. Il arrête que le jeu de la concurrence en ce qui concerne les échanges de marchandises doit être protégé non seulement contre les pratiques concertées

⁷⁴ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 27, ch. 12.

⁷⁵ Cf. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 27, ch. 4; Oesch, p. 255 s.

⁷⁶ RS 0.632.401.

enfreignant le droit sur les cartels, mais encore contre les aides publiques; de telles pratiques sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où elles « sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse ». L'art. 23, al. 1, let. iii, ALE stipule que « toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions » est incompatible.

En d'autres termes, l'interétatisme est exigé comme dans le droit de l'OMC. Si une entreprise étrangère est affectée, la partie concernée (UE ou Suisse) peut prendre les mesures appropriées dans les conditions et selon les procédures prévues à l'art. 27 ALE (art. 23, al. 2, ALE); de telles mesures de protection peuvent notamment être l'annulation de concessions tarifaires. En cas de mise en péril tangible du commerce entre les parties contractantes, le comité mixte doit être impérativement consulté. L'exécution directe de l'art. 23 ALE n'est donc pas prévue; la surveillance et l'exécution relèvent de la politique extérieure. C'est la raison pour laquelle des entretiens de politique étrangère sont menés au sujet des divergences sur les privilèges fiscaux accordés par les cantons; il s'agit en l'occurrence de déterminer si ces avantages octroyés en Suisse en rapport avec l'imposition directe des personnes morales constituent ou non des aides étatiques prohibées.

(ii) Droit suisse sur la concurrence

La loi sur les cartels⁷⁷ ne contient aucune disposition relative aux subventions ou au traitement des aides étatiques. La question d'un subventionnement croisé inadmissible ne pourrait être examinée qu'en rapport avec les pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante.

Si une entreprise n'occupe pas une position dominante dans l'industrie du bois, la loi concernant la surveillance des prix⁷⁸ n'est pas non plus applicable.

Si des subventions (aides) sont accordées, la doctrine retient (dans le contexte de la crise financière) cependant que l'entreprise soutenue n'a pas le droit de faire des offres à bas prix évinçant les concurrents qui ne sont pas bénéficiaires d'une aide. De telles pratiques enfreindraient les dispositions de la loi contre la concurrence déloyale (LCD).⁷⁹ Ce problème ne se pose toutefois pas dans le cas qui nous intéresse dans la présente expertise, raison pour laquelle la question n'est pas étudiée plus avant.

c) Loi sur les subventions (LSu)

La loi sur les subventions (LSu)⁸⁰ a été adoptée par la Suisse en 1990 à titre de réglementation générale. Elle a pour but de garantir que la Confédération n'accorde des subventions que si ces aides sont suffisamment motivées, que le but auquel elles tendent sera atteint de manière économique et efficace, qu'elles sont allouées selon des principes uniformes et équitables et qu'elles sont fixées

⁷⁷ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart) (état le 1^{er} mai 2013), RS 251.

⁷⁸ Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPR) (état le 1^{er} janvier 2013), RS 942.20.

⁷⁹ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD) (état le 1^{er} janvier 2013), RS 241.

⁸⁰ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions, LSu), RS 616.1.

conformément aux impératifs de la politique financière (art. 1 LSU).⁸¹ La LSU contient des dispositions générales énonçant les conditions d'octroi de subventions, la détermination des montants et les procédures applicables.

La LSU distingue entre les aides financières et les indemnités. Par le biais des *aides financières*, la Confédération soutient les activités de tiers qui présentent un intérêt public et qui pourraient ne pas être réalisables sans ce soutien. L'art. 3, al. 1, LSU définit les aides financières comme étant des « avantages monnayables accordés à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer ». Les avantages monnayables peuvent prendre la forme de prestations pécuniaires à fonds perdu, des conditions préférentielles consenties lors de prêts ou des prestations en nature et services accordés à titre gracieux ou à des conditions avantageuses.⁸² Les aides financières ont toujours une affectation spéciale et ne sont accordées que si leur bénéficiaire remplit une tâche déterminée. Elles constituent donc une sorte d'incitation à agir d'une certaine manière.

Les *indemnités*, elles, sont définies comme étant des prestations de la Confédération destinées à atténuer ou à compenser les charges financières liées à des obligations découlant du droit fédéral (en vertu d'un contrat ou de la loi) (art. 3, al. 2, LSU).⁸³ La question de savoir si elles font partie des subventions ou non fait l'objet d'une controverse, mais les avis sont en majorité réservés.⁸⁴

La terminologie utilisée dans le droit de l'OMC, dans l'UE et en Suisse n'est pas identique. Les accords de l'OMC ne s'intéressent aux subventions que si elles affectent ou menacent d'affecter le commerce interétatique (distorsions). Le droit de l'OMC exclut en particulier les mesures de promotion générales et non spécifiques. La notion d'aide financière dans l'acceptation du droit suisse est plus large; ainsi, elle englobe également les prestations non spécifiques et celles qui sont versées à des entités publiques telles que les cantons et les communes. Les contributions accordées aux cantons pour la promotion des hautes écoles sont par exemple considérées comme des aides financières selon la LSU, mais pas comme des subventions selon le droit de l'OMC. La loi sur les subventions régit en outre les indemnités qui compensent simplement des charges et n'entraînent donc généralement aucun avantage financier par rapport à la concurrence.

Les subventions requièrent non seulement une justification inscrite dans la Constitution, mais aussi une base légale; la LSU n'est pas suffisante en l'occurrence. C'est pourquoi le droit fédéral compte un grand nombre de lois et d'ordonnances contenant des dispositions sur l'octroi de subventions s'appuyant sur la LSU.⁸⁵ Elles portent sur différents domaines, en particulier la prévoyance sociale, l'éducation et la recherche, les transports et l'agriculture.⁸⁶

⁸¹ Cf. Message à l'appui d'un projet de loi sur les aides financières et les indemnités, FF 1987 I 369, 370 ss.

⁸² Poltier, ch. 81 ss.

⁸³ Sont par exemple des indemnités les prestations que la Confédération verse à des entreprises de transport pour les coûts non couverts liés aux art. 49 ss de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF), RS 742.101.

⁸⁴ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 16, ch. 46.

⁸⁵ Voir par ex.: art. 2, al.1, let. b, de la loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (loi sur l'agriculture, LAgr), RS 910.1; cf. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 16, ch. 48.

⁸⁶ Ces cinq domaines ont obtenu 89 % des subventions fédérales en 2012; Département fédéral des finances (DFF), politique des dépenses, Subventionen des Bundes im Jahr 2012, Disponible sur:

d) Sélection de textes législatifs spéciaux

(i) Loi sur l'agriculture

Pour que l'agriculture suisse puisse remplir ses fonctions selon les exigences du développement durable (art. 1 LAgr), la Confédération peut accorder des paiements directs aux exploitations paysannes (art. 2, al. 1, let. b, LAgr). Ce faisant, elle soutient l'utilisation durable des ressources naturelles (art. 2, al. 1, let. b^{bis}, LAgr). Pour toucher des paiements directs, les exploitations paysannes doivent fournir des prestations écologiques (art. 70, al. 1, LAgr). Les paiements directs généraux (titre 3, chapitre 2) sont versés notamment sous la forme de contributions à la surface, de contributions pour la garde d'animaux consommant des fourrages grossiers ou pour la garde d'animaux dans des conditions de production difficiles. La Confédération peut soutenir par des contributions écologiques les modes de production particulièrement respectueux de la nature et de l'environnement (art. 76, al. 1, LAgr). La LAgr prévoit enfin la possibilité de soutenir, sous certaines conditions, des projets régionaux ou propres à une branche qui visent à améliorer l'utilisation durable des ressources naturelles (art. 77a LAgr).

Dans le cadre de projets d'amélioration des structures, la Confédération peut accorder, outre des paiements directs, des contributions et des crédits d'investissement afin de contribuer à la réalisation d'objectifs relevant de la protection de l'environnement, de la protection des animaux et de l'aménagement du territoire (art. 87, al. 1, let. c, LAgr). Les mesures ne doivent pas avoir d'incidence sur la concurrence dans le rayon d'activité immédiat (al. 2) et peuvent porter notamment sur des bâtiments ruraux (art. 93, al. 1, let. b, LAgr). La Confédération est en particulier habilitée à octroyer des contributions pour la construction, la transformation et la rénovation de bâtiments ruraux (art. 96, al. 1, LAgr).

Si la Confédération souhaitait encourager l'utilisation de bois dans les constructions rurales, la loi sur l'agriculture pourrait constituer un cadre possible pour la base légale à créer. Elle pourrait prévoir des paiements directs pour des bâtiments en bois dans une nouvelle catégorie du titre 3 de la loi ou introduire une catégorie spéciale de contributions écologiques pour l'utilisation de bois dans les bâtiments ruraux (en complément de l'art. 76 LAgr). Des incitations pourraient également être intégrées en rapport avec les contributions aux projets d'amélioration des structures, par exemple en faisant une mention explicite dans l'art. 96 LAgr.

L'intégration de telles mesures dans la loi sur l'agriculture, donc au plan national, n'en fait toutefois pas des subventions agricoles au sens du droit de l'OMC. Le bois ne fait pas partie des produits subventionnés mentionnés dans l'Accord sur l'agriculture (AsA) et les dispositions d'exception ne s'appliquent donc pas dans ce cas;⁸⁷ l'Accord sur les subventions est par conséquent intégralement applicable. Les mesures de soutien visant à promouvoir tout spécialement le *bois suisse* ne seraient donc pas autorisées (art. 3 ASMC), même si elles reposaient sur une base légale (LAgr) au niveau fédéral.

http://www.efv.admin.ch/f/dokumentation/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruefung.php, (page consultée le 23 juillet 2013).

⁸⁷ Cf. plus haut, p. 36.

(ii) *Ordonnance sur la protection contre le bruit (O d'exécution de la LPE)*

L'ordonnance sur la protection contre le bruit (OPB)⁸⁸ vise la protection contre les atteintes nuisibles et incommodantes au sens de l'art. 1 LPE. A cet effet, elle définit des valeurs limites d'exposition au bruit émanant de différentes sources (notamment trafic routier, ferroviaire et aérien): ce sont les valeurs limites d'immissions arrêtées dans les annexes 3 ss OPB. Dans le cas des routes et des installations publiques existantes où ces valeurs sont dépassées, la Confédération procède à des assainissements dans la mesure du possible (art. 13 OPB). Si les valeurs limites ne sont pas respectées en dépit de l'assainissement, de la construction ou de la transformation de telles installations, la Confédération peut obliger les propriétaires des bâtiments exposés à prendre des mesures de protection contre le bruit (art. 10 et 15, al. 1 et 2, OPB). Le détenteur de l'installation supporte les coûts de ces mesures, tandis que les propriétaires des bâtiments en assurent l'entretien et le renouvellement (art. 11 et 16 OPB).

Au nombre des mesures de protection contre le bruit envisageables, il y a les parois antibruit, qui sont aménagées sur le chemin de propagation des ondes sonores. Ces parois se révèlent judicieuses lorsque les mesures à la source (par ex. un détournement du trafic ou la pose de revêtements routiers phonoabsorbants) ne sont pas possibles, sont insuffisantes ou disproportionnées; elles sont préférables aux mesures prises au lieu d'immission. Les parois antibruit sont généralement constituées de piles en acier et d'éléments surfaciques dotés d'un revêtement absorbant en bois, béton, verre, matière plastique ou métal. Le bois offre de multiples possibilités d'aménagement pour ces parois et s'intègre généralement bien dans le paysage. Sa surface rugueuse permet en outre de le verdir aisément avec des plantes grimpantes.⁸⁹

Si des particuliers souhaitent se protéger contre le bruit avant l'expiration des délais d'assainissement fixés pour la Confédération, ils peuvent eux-mêmes ériger une paroi antibruit avec l'assentiment du détenteur de l'installation.⁹⁰ Si la Confédération souhaite avoir son mot à dire dans le choix des matériaux choisis par ces particuliers pour la construction de l'installation antibruit, des subventions entrent en ligne de compte, vu qu'elles permettent aux autorités d'influer sur ces choix dans une direction donnée. Il convient toutefois de prendre en considération les points suivants.

La Confédération ne peut pas déroger au principe de la liberté économique sans y être habilitée par une disposition spécifique de la Constitution. Si des subventions dans ce domaine devaient entraîner des distorsions de la concurrence ou porter atteinte à la liberté économique de certains fournisseurs parce que cette mesure les désavantagerait sur le plan concurrentiel, il faudrait une disposition constitutionnelle autorisant la Confédération à déroger au principe de la liberté économique exactement dans le but qu'elle entend poursuivre en octroyant les subventions.

⁸⁸ Ordonnance du 15 décembre 1986 sur la protection contre le bruit (OPB), RS 814.41.

⁸⁹ Fachstelle Lärmschutz, Lärminfo 3: « Privater Bau einer Lärmschutzwand », Direction des constructions du canton de Zurich, septembre 2012, pp. 2 ss.

⁹⁰ En règle générale, il s'agit de la Confédération (routes nationales), du canton (routes principales) ou d'une entreprise ferroviaire. Dans le cadre de projets d'assainissement du bruit en cours, la Confédération ou le canton sont en train d'étudier la possibilité de rembourser les frais encourus par les particuliers pour construire des parois antibruit, si les valeurs limites d'immissions selon l'OPB étaient dépassées le long des routes concernées; Fachstelle Lärmschutz, Lärminfo 3: « Privater Bau einer Lärmschutzwand », Direction des constructions du canton de Zurich, septembre 2012, p. 6.



Savoir si et dans quelle mesure de telles subventions engendrent des distorsions de la concurrence est une question de nature économique et la réponse dépend des conditions concrètes dans le cas particulier. Il est concevable que les fournisseurs qui vendent des parois antibruit en béton, en verre, en pierre ou en métal soient exclus des subventions et pourraient donc en subir un désavantage. Les sous-traitants pourraient également être touchés. Si tel est le cas, l'octroi de subventions de ce type ne serait pas constitutionnel.

Si les mesures étaient qualifiées de constitutionnelles (surtout s'il n'y a pas de distorsion de la concurrence), elles auraient également besoin d'une base légale, qui n'existe pas pour l'heure. La disposition correspondante doit figurer dans une loi formelle, donc une loi fédérale; le niveau OPB serait insuffisant. La Confédération pourrait être habilitée à octroyer des subventions dans ce domaine par une disposition de la LPE, sur laquelle est fondée l'OPB; il faudrait que le but premier soit de conserver les ressources naturelles (cf. art. 1 LPE) et non pas de promouvoir la vente de bois.

3.4. Constat intermédiaire

Il faut d'abord souligner que la notion de subvention n'est pas la même dans le droit de l'OMC et dans la législation suisse, même s'il s'agit dans les deux cas d'une prestation monnayable. Lorsque la Confédération met en œuvre des mesures de promotion pour atteindre des objectifs spécifiques de durabilité sans fournir de prestations monnayables (p. ex. introduction de normes de qualité ou de labels), le droit sur les subventions n'est d'une manière générale pas applicable.

Les subventions à l'exportation selon la terminologie de l'OMC ne sont pas concernées dans le présent avis de droit. Il en va de même de la réglementation spéciale valable pour l'agriculture. En outre, le droit européen sur les aides financières n'est pas applicable en Suisse.

Les réglementations concernant un traitement préférentiel de biens indigènes pourraient en revanche être pertinentes en rapport avec l'exigence formulée dans l'initiative parlementaire et visant une utilisation accrue de bois suisse dans les constructions. Du point de vue du droit de l'OMC, il semble problématique de favoriser le bois suisse si des prestations financières (subventions) sont fournies pour atteindre ce but. L'initiative von Siebenthal ne précise pas comment doit se faire la promotion du bois suisse. La LSu prévoit deux formes de subventions. Premièrement, si la Confédération souhaite créer des incitations générales pour favoriser un comportement donné, par exemple les soins aux jeunes arbres par les propriétaires de forêts ou les entreprises forestières, elle peut accorder des *aides financières*. Deuxièmement, elle peut envisager d'énoncer des obligations contractuelles ou légales, qu'elle compense par le versement d'*indemnités*.⁹¹ Il serait donc théoriquement possible de compenser les frais supplémentaires résultant de l'utilisation de bois suisse par des subventions de la Confédération. Une telle mesure ne serait toutefois guère compatible avec le droit de l'OMC (art. 3 ASMC), car le bois suisse bénéficierait d'un traitement de faveur par le biais d'aides financières de l'Etat. Pourraient être admises des subventions neutres sur le plan concurrentiel, qui n'entraîneraient pas non plus de distorsion de la concurrence dans les faits. Il faut tenir compte de ces constats dans la formulation des solutions possibles (ch. 4) dans la version définitive de l'avis de droit.

En résumé, les mesures de soutien de nature financière pour promouvoir l'utilisation de bois suisse seraient problématiques du point de vue du droit de l'OMC sur les subventions.

⁹¹ Exemples d'indemnités versées en contrepartie de prestations écologiques: les indemnités pour les mesures prises par l'agriculture afin d'empêcher le ruissellement et le lessivage des sols selon l'art. 62a de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux), RS 814.20; les montants compensatoires que la Confédération alloue aux collectivités autorisées à utiliser les eaux en vue de combler le manque à gagner résultant d'une restriction considérable de l'utilisation de forces hydrauliques en tant que celui-ci est imputable à la sauvegarde et à la protection de sites d'importance nationale dignes d'être protégés (art. 22 de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques [loi sur les forces hydrauliques, LFH], RS 721.80).

4 Analyse de dispositions spéciales dans le contexte des objectifs de développement durable

4.1. Droit général de l'environnement

La base constitutionnelle pour arrêter des objectifs de développement durable dans la législation sur l'environnement figure aux art. 2, al. 2, 73 et 74 Cst.

Il y a des dispositions traitant explicitement du développement durable à l'art. 20 de la loi sur les forêts (LFo)⁹², aux art. 1, al. 1, let. c, et art. 3, al. 1, de la loi sur la pêche (LFSP)⁹³, à l'art. 33, al. 2, de la loi sur la protection de l'environnement (LPE)⁹⁴ et dans différents articles de la loi sur l'agriculture (LAgr).⁹⁵

Les dispositions susmentionnées s'appuient sur les principes fondamentaux suivants de la durabilité:⁹⁶

- (1) Régénération: le taux d'exploitation ne doit pas dépasser le taux de régénération.
- (2) Substitution: les ressources non renouvelables ne peuvent être utilisées que si un substitut fonctionnel adéquat peut être créé.
- (3) Intégration: la durabilité n'est pas une discipline en soi, mais bien plus un aspect devant être intégré dans toutes les activités économiques.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de la durabilité est un principe constitutionnel, mais pas un droit constitutionnel.⁹⁷

Pour la question à laquelle doit répondre le présent avis de droit, l'art. 73 Cst. revêt une importance particulière dans l'interprétation du droit positif, par exemple de la notion de caractère écologique figurant dans l'art. 21 LMP.⁹⁸ L'aspect de l'intégration signifie que des réflexions sur la durabilité doivent être considérées dans toutes les activités économiques, dans une perspective holistique et non pas en fonction de disciplines spécifiques.

Lorsqu'il est question d'utiliser du bois provenant des forêts suisses, l'art. 73 Cst. et les principes qu'il énonce (régénération, substitution et intégration) ne visent pas en premier lieu à protéger nos forêts contre la surexploitation. Il s'agit bien plus d'accroître l'utilisation de cette matière première et source d'énergie indigène, pour des raisons de politique énergétique et climatique. Cette valorisation de la filière du bois augmenterait la plus-value en Suisse et serait une option durable dans une perspective holistique.⁹⁹

⁹² Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts, RS 921.0.

⁹³ Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche, RS 923.0.

⁹⁴ Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement, RS 814.01.

⁹⁵ Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture, RS 910.1: art. 1, al. 1, art. 5, al. 1, art. 7, al. 1, art. 70, al. 3, let. c, Titre 3a: Utilisation durable des ressources naturelles (art. 77a-77b), 103, al. 1, let. a, art. 113.

⁹⁶ Bernd Marquardt, Die Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips im Recht Deutschlands und der Schweiz, DEP 2003, 201, 217 s.

⁹⁷ ATF 1A.115/2003 du 23.2.2004.

⁹⁸ Voir plus haut ch. 2.3.a), p. 29.

⁹⁹ Conseil fédéral, Stratégie pour le développement durable 2012-2015, p. 35.

4.2. Droit général sur l'énergie

L'art. 89 Cst. constitue la base de l'approvisionnement durable en énergie. Au niveau loi, ce sont surtout les dispositions relatives à la promotion des énergies renouvelables qui sont importantes pour l'exploitation durable des forêts.

a) Rétribution à prix coûtant du courant injecté

Lors de la révision de la loi sur l'énergie (LEne)¹⁰⁰ en 2007, le Parlement a décidé d'augmenter la production annuelle d'électricité à partir d'énergies renouvelables de 5400 GWh d'ici à 2030.¹⁰¹ L'un des instruments primordiaux pour atteindre cet objectif réside dans la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC). Pour l'utilisation du bois, c'est spécialement l'art. 7a LEne, portant sur les énergies renouvelables, qui oblige les gestionnaires de réseau à reprendre sous une forme adaptée au réseau et à rétribuer toute l'électricité produite dans des installations nouvelles situées dans leur zone de desserte, adaptées au site concerné et utilisant notamment la biomasse et les déchets provenant de la biomasse.¹⁰² La rétribution prend la forme de la RPC. Sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006. Les installations de combustion de bois sont des « installations de biomasse » selon l'art. 1, let. f, de l'ordonnance sur l'énergie (OEne)¹⁰³ et l'appendice 1.5, ch. 6, OEne.

Pour qu'une centrale électrique au bois ait droit à la RPC, elle doit satisfaire à des exigences énergétiques minimales.

b) Le bois dans le contexte de la transition énergétique

La décision prise par le Conseil fédéral et le Parlement en 2011 sur le tournant dans le domaine de l'énergie va accroître la demande de sources d'énergie renouvelables et donc aussi de bois.¹⁰⁴ Ces développements sont repris dans la Politique de la ressource bois, qui est étroitement liée à la Politique forestière 2020 du Conseil fédéral. La version actualisée de cette dernière attache une plus grande importance encore à la ressource bois comme énergie renouvelable dans le contexte de l'économie verte.

La Stratégie énergétique 2050 prévoit différentes mesures visant à promouvoir les énergies renouvelables. La procédure de consultation s'est terminée en janvier 2013. Le rapport explicatif concernant la Stratégie énergétique 2050 énonce que la promotion des énergies renouvelables doit être prioritaire, soulignant que la force hydraulique et le soleil doivent en particulier être mieux exploités. Les réflexions sur la promotion du bois comme source d'énergie qui sont menées dans la Politique forestière 2020 ne semblent toutefois pas avoir été reprises dans la Stratégie énergétique. Les modifications prévues de la RPC ne revêtent pas une importance primordiale pour l'utilisation du bois comme source d'énergie.

¹⁰⁰ Loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne), RS 730.0.

¹⁰¹ Voir Hans Ulrich Schärer, Förderinstrumente für erneuerbare Energien, DEP 2010, 13, 23.

¹⁰² Weber/Kratz, § 10, ch. 14 ss.

¹⁰³ Ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne), RS 730.01.

¹⁰⁴ OFEV, Politique de la ressource bois, 12 mai 2009, p. 12.

4.3. Dispositions dans le droit sur les forêts

a) Gestion des forêts

La Confédération est chargée de veiller à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, économique et sociale, elle fixe les principes applicables à la protection des forêts et elle encourage les mesures de conservation des forêts (art. 77 Cst.). C'est en vertu de cette compétence qu'elle a édicté la loi sur les forêts (LFo)¹⁰⁵ et l'ordonnance sur les forêts (OFo)¹⁰⁶, qui dictent une exploitation durable des forêts.¹⁰⁷

Le Conseil fédéral a adopté la Politique forestière 2020 en se fondant sur l'art. 77 Cst. et la loi sur les forêts. L'un des objectifs de cette politique est la mise à profit du potentiel d'exploitation durable du bois des forêts suisses.¹⁰⁸ Pour y parvenir, elle propose de rechercher de nouvelles filières de transformation et de commercialisation pour les feuillus, de développer la demande de bois et de mettre à disposition des bases décisionnelles solides pour une gestion optimale.¹⁰⁹

La LFo dicte une gestion des forêts assurant que leurs fonctions soient pleinement et durablement garanties (art. 20, al. 1, LFo). Les prescriptions nécessaires en matière d'aménagement et de gestion relèvent de la compétence des cantons (art. 20, al. 2, OFo; art. 18 OFo). Là où la sauvegarde de la fonction protectrice l'exige, les cantons doivent garantir des soins minimums (art. 20, al. 5, LFo). Les cantons ont également pour tâche de veiller à la conservation des forêts et à leur régénération naturelle, et de prévenir à cet effet une prolifération nuisible du gibier (art. 27, al. 2, LFo). La Confédération, elle, peut édicter des prescriptions sur des mesures forestières visant à réparer les dégâts aux forêts et à remédier aux conséquences des catastrophes forestières (art. 26 LFo). Dans ce dernier cas, elle peut prendre elle-même des mesures pour sauvegarder l'économie forestière et l'industrie du bois (art. 28 LFo).

La LFo autorise la Confédération à accorder des aides financières pour la recherche sur les forêts et en particulier aussi pour l'étude et le développement de procédés permettant d'améliorer la commercialisation et l'utilisation du bois (art. 31, al. 1, LFo). Elle peut confier à des associations

¹⁰⁵ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (loi sur les forêts, LFo), RS 921.0.

¹⁰⁶ Ordonnance du 30 novembre 1992 sur les forêts (OFo), RS 921.01.

¹⁰⁷ La loi sur les forêts a ainsi pour but d'assurer la conservation des forêts, en tant que milieu naturel, dans leur étendue et leur répartition géographique afin qu'elles puissent continuer à remplir leurs fonctions protectrice, sociale et économique (art. 1 LFo). Sous réserve de raisons importantes, dont ne font pas partie les motifs financiers, les défrichements sont interdits (art. 5 LFo). Les exploitations qui compromettent les fonctions ou la gestion des forêts ne sont pas non plus autorisées (art. 16 ss LFo). En outre, l'accès à la forêt peut être limité si la conservation des forêts ou la protection des plantes ou d'animaux sauvages l'exigent (art. 14 LFo).

¹⁰⁸ Politique forestière 2020, pp. 18 ss.

¹⁰⁹ Ces mesures ont pour but d'améliorer la productivité de l'économie forestière et, partant, les structures des entreprises et la collaboration entre propriétaires. Les dépenses supplémentaires que les gestionnaires encourent pour fournir les prestations forestières attendues ou les pertes sur les recettes qui en résultent sont compensées. Etant donné que l'OFEV estime que ces aspects ne sont pas pertinents dans le contexte qui nous intéresse ici, ces points ne sont pas approfondis.

d'importance nationale des tâches en rapport avec la conservation des forêts et leur allouer des aides financières à cet effet (art. 32, al. 1, LFo). Par ailleurs, elle peut allouer des indemnités aux cantons afin qu'ils prennent les mesures nécessaires pour que les forêts protectrices puissent remplir leur fonction (art. 37 LFo; art. 40 OFo); elle peut également octroyer des aides financières pour les mesures destinées au maintien de la diversité biologique de la forêt (art. 38 LFo; art. 41 OFo). En l'occurrence, elle peut notamment encourager des mesures visant à soigner les jeunes peuplements (art. 38, al. 1, let. b, LFo). Enfin, elle peut accorder des aides financières en cas de surproduction exceptionnelle, pour des mesures temporaires de publicité et de promotion des ventes prises en commun par l'économie forestière et l'industrie du bois (art. 38a, al. 1, let. c, LFo).

b) La transformation du bois

Les usages du bois sont multiples: construction, menuiserie, industrie des emballages, cellulose pour la fabrication de papier et de vêtements et bien sûr aussi production d'énergie. Il peut être utilisé sous forme massive, de matériaux dérivés homogènes ou de cellulose. Ces différents produits requièrent plusieurs étapes de transformation. En conséquence, les acteurs dans l'industrie de transformation du bois sont nombreux.¹¹⁰

Les mesures visant à promouvoir l'écoulement du bois peuvent par conséquent être prises à différents niveaux, que ce soit auprès des propriétaires des forêts (privés ou publics), des exploitations et des entreprises forestières, des scieries, des fabricants de panneaux en bois ou d'autres industries de transformation du bois, ou encore auprès des fabricants de produits destinés au consommateur final ou des acheteurs.

4.4. Conditions cadres légales régissant les indications spéciales (labels)

a) Obligation de fournir des indications

Depuis le 1^{er} janvier 2012, la loi sur l'information des consommateurs¹¹¹ impose une obligation de fournir des indications sur le bois: *l'espèce du bois et sa provenance* doivent être déclarés.¹¹² Cette obligation s'applique à toutes les entreprises qui font le commerce du bois ou le transforment en Suisse.

Il est possible d'intégrer dans les appels d'offres des prescriptions sur des indications spéciales sous la forme de labels de qualité ou de certifications. Ce type de distinction permet de tenir compte – outre des indications sur l'origine exigées par le droit – des caractéristiques d'un produit ou d'un service, tout comme des conditions de production ou des distances de transport.

¹¹⁰ Pour une description détaillée, voir: Schmithüsen/Kaiser/Schmidhauser/Mellinghoff/Kammerhofer, pp. 60 ss.

¹¹¹ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs, RS 944.0, art. 2.

¹¹² Ordonnance du 4 juin 2010 sur la déclaration concernant le bois et les produits en bois, RS 944.021, art. 2 et 3.

b) Labels utilisés en Suisse

(i) Certifications FSC et PEFC

Les labels FSC et PEFC sont largement répandus en Suisse pour la gestion des surfaces forestières.¹¹³ Ces deux initiatives ne sont pas étatiques, mais émanent d'organisations privées. Il faut se soumettre à une procédure de certification afin de pouvoir apposer ces labels sur le bois. Lorsque ces certifications sont posées comme critère d'adjudication dans les marchés publics (comme c'est le cas dans le canton de Berne), ces labels obtiennent, bien qu'ils soient de nature privée, une certaine valeur juridique et donc une force obligatoire (cf. plus bas, let. c).

FSC et PEFC connaissent des principes fondamentaux identiques, mais les appliquent parfois différemment.¹¹⁴

Ces principes fondamentaux peuvent être résumés comme suit:

- (1) *Respect des lois et des principes*: la gestion forestière se conforme à toutes les lois en vigueur dans le pays où elle s'exerce ainsi qu'à tous les traités internationaux dont ce pays est signataire. De même, elle est conforme aux principes et critères du FSC et/ou du PEFC.
- (2) *Propriété foncière, droits d'usage et responsabilités*: la propriété foncière et les droits d'usage à long terme des ressources du sol et de la forêt doivent être clairement définis, documentés et légalement établis.
- (3) *Droits des peuples autochtones*: les droits légaux et coutumiers des peuples autochtones à la propriété, à l'usage et à la gestion de leurs terrains, territoires et ressources doivent être reconnus et respectés.
- (4) *Relations avec la population locale et droits des travailleurs*: les opérations de gestion forestière maintiennent ou améliorent le bien-être social et économique des travailleurs forestiers et de la population locale.
- (5) *Prestations de la forêt*: la gestion forestière encourage l'utilisation efficace des multiples produits et services de la forêt, de telle sorte qu'elle soit économiquement viable et qu'elle puisse garantir une large variété de prestations environnementales et sociales.
- (6) *Impact environnemental*: la gestion forestière préserve la diversité biologique et les valeurs qui lui sont associées, les ressources hydriques, les sols, ainsi que les écosystèmes et les paysages uniques et fragiles, de manière à assurer la conservation des fonctions écologiques et l'intégrité de la forêt.
- (7) *Plan de gestion*: un plan de gestion adapté à la taille et à l'intensité de l'exploitation forestière doit être établi, appliqué et mis à jour. Les objectifs à long terme de la gestion et les moyens d'y parvenir sont clairement décrits.

¹¹³ Environ 56 % des surfaces forestières suisses sont certifiées, dont 59 % avec un certificat FSC et PEFC; 37 % n'ont que le label FSC, et près de 4 % n'ont que le label PEFC. Recommandation KBOB 2012/1, p. 2.

¹¹⁴ FSC Principles and Criteria for Forest Stewardship, FSC-STD-01-001 (Version 4.0), 1996 et la norme nationale FSC 2008 pour la Suisse, disponible sur: <http://www.fsc-schweiz.ch/fr/les-normes/normes-forestieres> (page consultée le 23 juillet 2013).

- (8) *Suivi et évaluation*: une documentation et une évaluation adaptées à la structure de l'exploitation forestière établissent l'état de la forêt, les rendements des produits forestiers récoltés, la filière de commercialisation et de transformation du bois, les mesures de gestion et leurs impacts sociaux et environnementaux.
- (9) *Préservation des forêts à haute valeur de conservation* (High Conservation Value Forests – HCVF): les mesures de gestion réalisées dans des forêts à haute valeur de conservation préservent ou accroissent ce qui fait leur valeur. Les décisions qui concernent ces forêts sont toujours mûrement réfléchies, en appliquant le principe de précaution.
- (10) *Plantations*: Les plantations doivent être gérées en conformité avec les principes 1 à 9, ainsi qu'avec le principe 10 et ses critères. Dans la mesure où des plantations procurent aussi une série d'avantages sociaux et économiques et peuvent contribuer à satisfaire les besoins globaux en produits forestiers, elles devraient être complémentaires à la gestion de forêts naturelles, en réduisant la pression sur ces dernières et en favorisant leur restauration et leur conservation.

Ces principes généraux ont été transposés dans les normes suisses par le Groupe de travail FSC Suisse (FSC Suisse) avec le soutien de l'OFEV. Le FSC Suisse est une société au sens du code civil. Il ne certifie pas lui-même les produits, mais confie cette tâche à des organismes indépendants, eux-mêmes certifiés. En Suisse, sept entreprises-conseils se chargent actuellement de ce travail.

PEFC Suisse est également une société de droit privé. Elle a formulé des normes spécifiques pour la Suisse.¹¹⁵

Les rapports entre les deux normes font l'objet de vives controverses. Elles sont souvent considérées comme équivalentes dans les marchés publics.

(ii) *Certificat d'origine bois Suisse (COBS) et AOC*

Le *Certificat d'origine bois Suisse (COBS)* garantit le suivi d'un produit en bois de son origine à son utilisateur final. En se référant à l'origine suisse, ce label vise à mettre en exergue que le produit répond aux exigences écologiques de la LFo en matière de gestion des forêts, très strictes en comparaison internationale.¹¹⁶ Etant un certificat d'origine, les fournisseurs peuvent l'utiliser en guise d'indication obligatoire selon la loi sur l'information des consommateurs.

¹¹⁵ <http://fr.pefc.ch/> (page consultée le 23 juillet 2013); PEFC Suisse, Standards für die Waldbewirtschaftung, document normatif ND 005, 2 décembre 2008.

¹¹⁶ « Le Certificat d'origine BOIS Suisse vise à augmenter et à promouvoir la vente de bois issu des forêts suisses. En encourageant l'utilisation du bois des forêts suisses, cette marque doit contribuer à freiner le vieillissement et la perte de vitalité de la forêt, à favoriser son développement durable ainsi qu'à promouvoir un écosystème efficient et équilibré. Le Certificat d'origine BOIS Suisse doit également renforcer l'économie indigène de la forêt et du bois, favoriser l'ouverture de nouveaux marchés et, communiquer les valeurs positives dans les domaines des caractéristiques des produits, des méthodes de production, de l'environnement et des conditions cadres liées au nom Suisse. » Lignum, Règlement Certificat d'origine bois Suisse, version du 14 juin 2011.



L'organisme responsable du COBS est Lignum, Economie suisse du bois, association de droit privé qui est l'organisation faîtière de l'économie suisse de la forêt et du bois. Elle octroie le label et vérifie que les conditions sont remplies, à savoir que les produits comprennent une part minimale, arrêtée dans le règlement, de bois suisse dont la traçabilité est garantie.¹¹⁷ Pour la part admise de bois étranger, des exigences qualitatives sont en outre formulées: les conditions de production du pays d'origine doivent être comparables à celles de la Suisse ou le bois doit être au bénéfice d'une origine contrôlée au sens des labels FSC ou PEFC.

L'appellation d'origine protégée (AOP, *geschützte Ursprungsbezeichnung GUB*) reposant sur la loi doit aller encore plus loin que la désignation d'origine privée.¹¹⁸ Le Parlement a approuvé durant la session d'été 2013, dans le cadre de la révision de la loi sur la protection des marques (Projet « Swissness »)¹¹⁹, une modification de la loi sur les forêts afin de pouvoir introduire un label AOC pour le bois et les produits du bois. Le nouvel art. 41a a la teneur suivante:

Art. 41a

¹ Le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions sur la désignation facultative indiquant l'origine des produits sylvicoles et des produits sylvicoles transformés, pour en promouvoir la qualité et l'écoulement.

L'objectif de cette disposition est d'étendre l'appellation AOC jusqu'ici réservée aux produits agricoles afin qu'elle puisse être utilisée aussi pour la commercialisation de produits sylvicoles et de produits sylvicoles transformés (bois et produits du bois) venant de régions qui restent à préciser. La procédure de certification doit se faire selon les dispositions de la législation sur l'agriculture. A la différence des labels privés, une désignation AOC bénéficie d'une protection pouvant faire l'objet d'une action judiciaire selon la loi sur la protection des marques.

c) Classification légale

Les normes de durabilité qui étaient appliquées jusqu'ici pour le bois émanaient d'organisations privées. Leur utilisation dans des marchés publics leur a conféré un effet normatif. En conséquence, elles sont soumises à un certain nombre d'exigences en vertu de la Cst., de l'AMP et du droit suisse sur les marchés publics. Au premier plan, il y a les principes de la légalité, de la transparence et de la non-discrimination.

Ces mêmes exigences valent également pour les désignations d'origine protégées par la loi telles qu'elles doivent être créées dans le cadre du Projet « Swissness » pour le bois et les produits du bois.

http://www.lignum.ch/uploads/media/Reglement_110614_COBS.pdf (page consultée le 23 juillet 2013). La version actuelle date du 13 août 2013 (http://www.lignum.ch/uploads/media/HSH_Reglement_130813.pdf).

¹¹⁷ Règlement COBS 2013 (voir note 116), ch. 2.1.3.

¹¹⁸ A l'origine de cette appellation, il y a eu la motion Favre (08.3247). Cf. rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du 25 juin 2009.

¹¹⁹ Message du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet « Swissness »), FF 2009 7711, p. 7793.

Lorsque des normes de durabilité sont utilisées pour le bois, les éléments suivants doivent être pris en compte:

- La norme applicable doit être indiquée et spécifiée dans les critères d’adjudication
- La limitation à un seul label de qualité n’est pas admissible,
 - si les mêmes objectifs peuvent être atteints par d’autres moyens également;
 - si le label exigé est réservé aux fournisseurs nationaux uniquement.
- L’exigence d’un label de qualité ne doit pas aboutir à une restriction prohibée du commerce.

5 Propositions pour atteindre l’objectif

5.1 Remarques préliminaires

De l’avis des auteurs de la présente expertise, il est difficile de concilier avec le droit de l’OMC un traitement préférentiel du bois provenant des forêts suisses ainsi que le demande l’initiative parlementaire von Siebenthal, qui vise non seulement à promouvoir les énergies renouvelables, mais encore à atténuer les désavantages concurrentiels subis par les producteurs de bois suisses. Il convient en revanche d’étudier de plus près la possibilité de faire la promotion du bois produit de façon durable, mesure dont profiterait l’économie forestière suisse, mais pas elle exclusivement. Les propositions formulées ci-après reposent sur ce scénario.

5.2 Adaptation de bases légales

a) Transposition de l’AMP révisé

Une transposition rapide de l’AMP révisé dans le droit suisse permettrait, en s’appuyant sur les art. X:6 et X:9 AMPPrév, de renforcer les bases légales visant la promotion du bois produit de façon durable, en tenant compte de l’interdiction de discrimination. Toutefois, avant que l’accord ne puisse être ratifié, il faut non seulement procéder à un certain nombre de flexibilisations et de modernisations, mais encore mettre en œuvre des obligations légales aux niveaux fédéral, cantonal et communal. Le 30 octobre 2012, la Confédération et les cantons ont entamé leur collaboration en vue d’adapter les bases légales requises à cet effet.¹²⁰

Dans le domaine des marchés publics, ce sera certainement le bois produit de façon durable dans les pays européens qui jouera un rôle dominant. Dès lors, il est essentiel que les mesures envisagées par la Suisse soient en harmonie avec les efforts entrepris par l’UE pour adapter le droit européen

¹²⁰ Exposé de Patrick Leduc, « Revision des Staatsvertragsrechts (GPA): Der Entstehungsprozess und die neuen Inhalte » (Assemblée d’automne de l’ASMP, 2 novembre 2012, Centre Paul Klee, Berne).

sur les marchés publics à l'AMP révisé.¹²¹ Cela est d'autant plus important qu'il faut escompter que l'accord entre la Suisse et l'UE relatif aux marchés publics et les chapitres pertinents de la convention de l'AELE seront à moyen terme adaptés à l'AMP révisé.

b) Bases légales pour des labels

L'adaptation de la loi sur les forêts dans le cadre du projet Swissness a créé la base légale nécessaire à l'introduction d'une appellation d'origine légalement protégée (AOC) pour le bois et les produits du bois. Dans le cas des marchés publics entrant dans le champ d'application du droit international, c'est-à-dire surtout s'ils dépassent les valeurs de seuil déterminantes¹²², il n'est toutefois pas permis d'exiger le label « AOC bois suisse » dans les critères d'adjudication, car cela reviendrait à discriminer les marchandises et les soumissionnaires étrangers.

Il serait en revanche admissible selon le droit de l'OMC de poser comme *critère d'adjudication* des exigences qualitatives se rapportant à l'exploitation durable des forêts, pour autant qu'elles puissent être satisfaites par tous les soumissionnaires et toutes les marchandises, *indépendamment de leur origine géographique*. Il serait possible, comme c'est le cas du label privé COBS¹²³, de formuler de manière générale des critères de durabilité correspondant à ceux qui valent pour le bois suisse et de les inscrire dans le cahier des charges.

Pour éviter une discrimination *de facto* des soumissionnaires et des marchandises étrangers, la *pondération* des critères d'adjudication non économiques, tels que l'exploitation durable des forêts, doit être prudente afin qu'ils ne priment pas les critères économiques. Ce type de critères ne doit donc *pas revêtir une trop grande importance* dans l'évaluation globale par rapport aux critères économiques tels que le rapport prix/prestation. Ils ne doivent pas non plus déboucher sur des obstacles administratifs ou des charges financières disproportionnées pour les soumissionnaires étrangers.

L'AMP impose des *exigences de transparence* particulières pour les marchés publics. Les critères d'adjudication doivent être limpides, à savoir accessibles et compréhensibles pour tous les soumissionnaires. Pour satisfaire à cette obligation, il faut créer des réglementations générales et abstraites. Etant donné que le droit suisse sur les marchés publics devra de toute façon être entièrement révisé pour transposer l'AMP, l'occasion serait toute donnée d'inclure la promotion du bois produit de manière durable dans la réflexion et de créer les bases légales nécessaires à cet effet.

c) Promotion de l'utilisation de bois dans les constructions agricoles

Pour encourager l'utilisation de bois dans les bâtiments ruraux, la Confédération devrait élaborer les bases légales nécessaires. Une possibilité consisterait à *adapter la loi sur l'agriculture*. De nouveaux

¹²¹ Cf. plus haut, note 18 et texte auquel elle fait référence.

¹²² Cf. plus haut, note 4 et texte auquel elle fait référence.

¹²³ Le label COBS peut aussi être octroyé si un produit contient du bois étranger dans une proportion ne dépassant pas les limites fixées dans le règlement et à condition que la production du bois étranger soit soumise à des règles comparables à celles qui valent en Suisse ou que le bois soit au bénéfice d'un label FSC ou PEFC; cf. plus haut, ch. 4.4 b (ii).



paiements directs pourraient être introduits pour les constructions en bois ou une nouvelle catégorie de contributions écologiques pourrait être créée pour l'utilisation de bois dans les constructions rurales. A cet effet, l'art. 76 LAgr pourrait par exemple être complété ou des mesures dans ce sens être intégrées dans les contributions aux projets d'amélioration des structures selon l'art. 96 LAgr.¹²⁴

d) Promotion de l'utilisation de bois pour la construction d'installations antibruit

Si la Confédération veut encourager l'utilisation de bois pour les installations de protection contre le bruit construites par le secteur privé et donc accorder des subventions à cet effet, il faut une base légale formelle; une réglementation dans l'ordonnance sur la protection contre le bruit serait insuffisante. Il conviendrait d'étudier la possibilité pour la Confédération de se voir attribuer la compétence, dans la loi sur la protection de l'environnement, de soutenir financièrement l'utilisation de bois pour la construction d'installations antibruit. La condition serait que cette mesure corresponde au champ d'application de la LPE (art. 1), c'est-à-dire qu'elle vise à conserver durablement les ressources naturelles et qu'elle n'ait pas pour objectif premier de favoriser l'écoulement du bois.

5.3 Adaptation de la pratique pour les appels d'offres concernant des marchés publics

En améliorant la transparence, il serait possible d'inclure des considérations sur la durabilité dans les marchés publics dans le cadre du droit en vigueur et conformément au droit de l'OMC. Les normes applicables doivent être transparentes et objectives, qu'il s'agisse de l'aspect qualitatif ou quantitatif (pondération). En outre, elles ne doivent pas résulter en un traitement préférentiel des soumissionnaires et des marchandises suisses. Les labels peuvent servir d'exemple, mais ne doivent pas constituer l'unique manière de prouver que les critères sont remplis. Concrètement, on pourrait envisager d'intégrer dans les critères d'adjudication certaines exigences des certifications FSC ou PEFC, mais indépendamment de ces labels de qualité. On pourrait aussi demander que la consommation d'énergie liée au transport soit la plus faible possible. Une telle démarche serait conforme au droit de l'OMC, tant que l'on n'accorde pas un poids excessif à ce type d'exigences lors de la décision d'adjudication par rapport aux critères (primaires) économiques et qu'il n'y a pas de discrimination *de facto* des soumissionnaires et des marchandises étrangers.

¹²⁴ Cf. plus haut, ch. 3.3 d (i).



6 Bibliographie

- Anderson, Robert, « The Conclusion of the Renegotiation of the World Trade Organization Agreement on Government Procurement: What It Means for the Agreement and for the World Economy », *Public Procurement Law Review* 3, n° 2012 (2012), pp. 83-94.
- Anderson, Robert, et Sue Arrowsmith, « The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future », dans: Robert Anderson et Sue Arrowsmith (Ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, pp. 3-58.
- Anderson, Robert D., « The WTO Agreement on Government Procurement: An Emerging Tool of Global Interacion and Good Governance », *Law in Transition Online* 1, n° 8 (2010) (www.ebrd.com)
- Anderson, Robert D., Philippe Pelletier, Kodjo Osei-Lah, et Anna Caroline Mueller, « Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering the Accession », dans: *Documents de travail OMC, ERSD-2011-15*, Genève: OMC Division de la recherche économique et des statistiques 2011.
- Anderson, Robert D., Steven L. Schooner, et Collin D. Swan, « The WTO's Revised Government Procurement Agreement – an Important Milestone toward Greater Market Access and Transparency in Global Procurement Markets », *Government Contractor* 54, n° 1 (2012) pp. 1-6
- Arrowsmith, Sue, « Government Procurement in the WTO », Den Haag: Kluwer Law International 2003.
- Office fédéral de l'environnement (OFEV), « Politique de la ressource bois. Stratégie, objectifs et plan d'action bois », Office fédéral de l'environnement, Berne, 2008, 32 p.
- Office fédéral de l'environnement (OFEV), « Politique forestière 2020. Visions, objectifs et mesures pour une gestion durable des forêts suisses », Office fédéral de l'environnement, Berne, 2013: 66 p.
- Calster, Geert Van, « Green Procurement and the WTO – Shades of Gray », *Review of European Community & International Environmental Law* 11, n° 3 (2003), pp. 298-305.
- Clarke, Peggy A. et Gary N. Horlick, « The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures », dans: Patrick F. J. Macrory et al. (Ed.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, o.O.: Springer 2005, pp. 679-734.
- Evenett, Simon, « Multilateral Disciplines and Government Procurement », dans: Philip English, Bernard Hoekman et Aaditya Mattoo (Ed.), *Development, Trade and the WTO. A Handbook*, Washington DC: Publications de la Banque mondiale 2002, pp. 417-27.
- Galli, Peter, André Moser, Elisabeth Lang et Marc Steiner, « Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts », 3^e éd., Zurich 2013.
- Haller, Walter, Alfred Kölz et Thomas Gächter, « Allgemeines Staatsrecht », 4^e éd., Bâle 2008.



- Jiang, Lili, « Developing Multilateral Rules on Government Procurement: The Value of Soft Law », dans: Sue Arrowsmith et Robert Anderson (Ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, pp. 719-45.
- Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB), *Recommandation Construction durable: Achat de bois produit durablement*, 2012/1.
- Lopez-Casero, Federico et Henry Scheyvens, « Public procurement policies for legal and sustainable timber: How to strengthen Japan's policy », *IGES Policy Brief 7*, 2008.
- Lester, Simon, Bryan Mercurio, et Arwel Davies, « World Trade Law. Text, Materials and Commentary », 2^e éd., Oxford and Portland: Hart Publishing 2012.
- Marquardt, Bernd, « Die Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips im Recht Deutschlands und der Schweiz », *URP* 2003, pp. 201-234.
- McCrudden, Christopher, « Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change », New York: Oxford University Press 2007.
- McCrudden, Christopher, « International Economic Law and the pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of 'Selective Purchasing' Law Under the WTO Government Procurement Agreement », *Journal of International Economic Law* 2 (1999), pp. 3-48.
- Muller, Anna Caroline, « Special and Differential Treatment and Other Special Measures for Developing Countries under the Agreement on Government Procurement: The Current Text and New Provisions », dans: Sue Arrowsmith et Robert Anderson (Ed.), *Le régime des marchés publics de l'OMC: Problèmes et réforme*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, pp. 339-76.
- Oesch, Matthias, « Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer » (résumé en français), *RDS* 2012 I, pp. 255-284.
- Poltier, Etienne, « Les subventions », dans: Andreas Lienhard (Ed.), *Finanzrecht*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, volume X, Bâle 2011, pp. 343-442.
- Rhinow, René, Gerhard Schmid, Giovanni Biaggini et Felix Uhlmann, « Öffentliches Wirtschaftsrecht », 2^e éd., Bâle 2011.
- Rodi, Michael, « Die Subventionsrechtsordnung: Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht », Tübingen 2000.
- Rubini, Luca, « Ain't Wastin' Time no more: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform », *Journal of International Economic Law* 15 (2012), pp. 525-579.
- Schärer, Hans Ulrich, « Förderinstrumente für erneuerbare Energien », *DEP* 2010, pp. 13-32.
- Schmithüsen, Franz, Bastian Kaiser, Albin Schmidhauser, Stephan Mellinghoff et Alfred W. Kammerhofer, « Unternehmerisches Handeln in der Wald- und Holzwirtschaft », 2^e éd., Gernsbach: Deutscher Betriebswirteverlag 2009.



- Seitz, Claudia et Stephan Breitenmoser, « Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Beihilferechts der EU und des Subventionsrechts der WTO », dans: Astrid Epiney et Nina Gammenthaler (Ed.), *Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2009/2010*, Berne 2010, pp. 139-165.
- Steiner, Marc, « Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? », dans: *Jusletter* 16 janvier 2012.
- Steiner, Marc, « Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen », *Baurecht* 2004, pp. 54-61.
- Trepte, Peter, « Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation », Oxford: Oxford University Press 2005.
- Trüeb, Hans Rudolf, « Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen », dans: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Ed.) *Wettbewerbsrecht II*, Zurich 2011 (cit. art. et ch.).
- Weber, Rolf H. et Mira Burri, « Classification of Services in the Digital Economy », Zurich 2012.
- Weber, Rolf H. et Brigitta Kratz, « Stromversorgungsrecht », *Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Berne 2009.
- Weber Rolf H., et Valérie Menoud, « Development Promotion as a Secondary Policy in Public Procurement? An Answer in the Light of the Digital Solidarity Clause », *Public Procurement Law Review* 2009, pp. 184-200.
- Weiss Friedl, « Internationales öffentliches Beschaffungswesen », dans: Christian Tietje (Ed.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin: De Gruyter 2009, pp. 243-265.

Meilleures salutations

Universität de Zurich
Faculté de droit

Prof. de droit Christine Kaufmann

Prof. de droit Rolf H. Weber