

Avis de droit sur l'Utilisation du bois suisse dans les constructions financées par des fonds publics

(Avis de droit II, AD II) 2015

Mandat de l'Office fédéral de l'environnement, OFEV Berne



Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber
Telefon +41 44 634 48 84
Mail rolf.weber@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann
Telefon +41 44 634 48 65
Mail christine.kaufmann@rwi.uzh.ch

Rämistrasse 74 / 38
CH-8001 Zürich

UZH, RWI, Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber, Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann,
Rämistrasse 74 / 38, CH-8001 Zürich

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

CH-3003 Berne

Zurich, le 11 mars 2015

Modification du droit suisse sur les marchés publics

Monsieur,

Suite à la révision de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), signé par le Conseil fédéral, la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) doit être révisée. Il en découle également la nécessité d'adapter la législation au niveau des ordonnances et les règles cantonales en matière de marchés publics. Le présent avis de droit a pour objet de déterminer s'il est possible d'inclure des considérations environnementales dans cette révision de la LMP, en particulier eu égard à l'« utilisation de bois suisse dans les constructions bénéficiant d'un financement public », et, le cas échéant, comment les propositions législatives devraient être adaptées à cet effet. L'examen se concentre spécialement sur la question : dans quelle mesure la Suisse peut-elle exploiter la nouvelle marge de manœuvre créée par l'accord révisé de l'OMC pour promouvoir le bois provenant d'une exploitation durable ?

Nous avons le plaisir de vous soumettre, conformément à votre mandat, nos réflexions sur la thématique susmentionnée, en nous appuyant sur le résumé introductif.



Table des matières

0	Résumé	4
1.	Analyse de l'art. X, par. 6, AMP, comme exigence contraignante dans les appels d'offres en rapport avec l'achat de matières premières suisses et spécialement de bois	8
1.1	Contexte	8
1.2	Survol de l'Accord sur les marchés publics (AMP)	9
1.3	Les spécifications techniques dans l'AMP	10
1.4	Contenu et interprétation de l'art. X, par. 6, AMP	11
a)	« Spécifications techniques » (Technical specifications)	11
b)	« Encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » (To promote the conservation of natural resources or protect the environment)	12
c)	« Il est entendu que » (For greater certainty)	14
d)	« En conformité avec le présent article » „In accordance with this article“	15
1.5	Écart possible par rapport à des critères purement économiques	15
2	Analyse des réglementations fédérales dans le contexte de l'utilisation de bois suisse pour les constructions financées par des fonds publics	17
2.1	Survol du droit des marchés publics	17
2.2	Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)	17
a)	Champ d'application	17
b)	Principes	18
c)	Objectifs secondaires	20
2.3	Prise en compte de considérations environnementales	21
a)	Spécifications techniques	21
b)	Critères d'évaluation	22
2.4	AIMP	24
2.5	Autres dispositions légales choisies	25
a)	Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)	25
b)	Loi sur les cartels (LCart)	25
c)	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETc)	26
d)	Loi sur la protection de l'environnement (LPE)	27
e)	Loi sur les forêts (LFo)	28
f)	Loi sur les produits de construction (LPCo)	29



g) Bilan intermédiaire concernant le droit pertinent en Suisse	30
3 Prise en compte de l'art. X, par. 6 AMP dans la révision de la LMP/OMP et de l'AIMP	32
3.1 Situation initiale : besoin d'action en rapport avec la révision de la LMP	32
3.2 Cadre constitutionnel et axe de poussée générale de la révision de la LMP-	33
a) Principe du développement durable	33
b) Domaine régi par l'AP-LMP	34
3.3 Adaptation de l'art. 1 AP-LMP	34
3.4 Adaptation des art. 33/34 AP-LMP	35
a) Critères d'évaluation selon l'art. 33 AP-LMP	35
b) Spécifications techniques selon l'art. 34 AP-LMP	36
c) Digression : prise en compte des distances de transport dans les marchés publics	37
3.5 Signification de l'art. 34, al. 4, AP-LMP et de l'art. 3 AP-OMP	39
3.6 Possibilités d'élargir l'étendue de la protection de l'art. 34, al. 4, AP-LMP	39
3.7 Rapport entre les art. 33 / 34 AP-LMP et l'art. 43 AP-LMP	41
3.8 Adaptations nécessaires de l'AIMP	42
4 Propositions de compléments pour la révision de la LMP et de l'AIMP	44
4.1 Autres adaptations de la LMP	44
a) Adaptation de l'art. 31 AP-LMP (conditions de participation)	44
b) Adaptation des art. 46 et 47 AP-LMP (critères d'exclusion et de révocation)	44
4.2 Autres adaptations de l'OMP	45
4.3 Autres adaptations de l'AIMP	46
4.4 Adaptation d'autres actes législatifs	46
5 Bibliographie	47



0 Résumé

(1) En adoptant le plan d'action « Économie verte », le Conseil fédéral a souligné sa volonté d'améliorer l'efficience énergétique et de ménager les ressources. Notamment l'achat de produits efficaces sur le plan énergétique et respectueux de l'environnement doit contribuer au progrès technologique et à l'utilisation durable des ressources. Dans le contexte des marchés publics, les aspects écologiques peuvent être pris en compte par le biais de la définition de l'objet concerné (p. ex. en définissant des spécifications techniques et des critères d'évaluation [en droit Suisse « critères d'adjudication »]).

L'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a été révisé en 2012. Pour la première fois, il prévoit expressément la possibilité d'inclure des critères écologiques dans les spécifications techniques et les critères d'évaluation (art. X, par. 6 et 9, AMP). L'art. X, par. 1, AMP énonce le principe général, à savoir que les spécifications techniques ne doivent pas créer des obstacles non nécessaires au commerce international (principe de la proportionnalité). En outre, ces spécifications doivent être autant que possible indiquées en termes de performances et d'exigences fonctionnelles, plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives (art. X, par. 2, let. a, AMP) et elles doivent être fondées sur des normes internationales reconnues (art. X, par. 2, let. b, AMP). Il est en particulier admissible d'exiger des labels écologiques reconnus (p. ex. FSC) dans les spécifications techniques, pour autant qu'ils soient considérés comme exemplaires et non pas comme des conditions exclusives. Les critères se rapportant uniquement à l'origine (p. ex. « bois suisse ») enfreignent par contre l'interdiction de discrimination et sont par conséquent inadmissibles.

La nouvelle disposition de l'art. X, par. 6, AMP confère à l'entité contractante (adjudicateur dans le droit suisse) le droit de définir des spécifications visant à ménager les ressources naturelles ou à protéger l'environnement. Elle souligne que l'environnement est digne de protection et reflète d'une manière générale la tendance actuelle à prendre davantage en compte le développement durable et la protection de l'environnement dans les achats publics. Si les organes de conciliation de l'OMC laissent aux États Parties une large marge d'appréciation pour l'interprétation des termes « développement durable » et « protection de l'environnement » et pour la mise en œuvre par le biais de la politique nationale, ils posent des exigences strictes concernant l'efficacité et la nécessité des mesures correspondantes. Pour la formulation d'exigences techniques, il est dès lors important, eu égard à l'interdiction de discrimination, de mettre clairement en évidence l'aspect de la durabilité recherchée par l'utilisation du bois en tant qu'agent énergétique renouvelable et le niveau de protection visé en assurant la gestion de la forêt ; il est également essentiel de respecter le principe de proportionnalité.

(2) Le droit des marchés publics en Suisse est un rapiéçage complexe, issu de l'évolution historique de la structure fédéraliste, comprenant des sources de droit fédérales, cantonales et communales. Parallèlement à la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et à l'ordonnance d'exécution (OMP), les cantons ont mis en œuvre leurs obligations AMP de façon autonome, toutefois en les « harmonisant » sur des points essentiels par le biais de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Les lois cantonales peuvent par conséquent être maintenues, tout comme les lois dans lesquelles certaines communes ont défini les règles régissant les mandats publics sur leur territoire.

En 2012, suite à la révision de l'AMP, le Conseil fédéral a décidé de profiter de la procédure de ratification pour non seulement adapter le droit suisse au nouveau contexte juridique international, mais



aussi pour remédier à la dispersion du droit national et aligner autant que possible les législations sur les marchés publics de la Confédération et des cantons. Le présent avis de droit porte donc aussi bien sur l'avant-projet visant l'adaptation de la LMP que sur l'adaptation de l'AIMP et son harmonisation avec la LMP. Une attention particulière est portée sur la formulation de considérations de développement durable et de protection de l'environnement, sous la forme de spécifications techniques et de critères d'évaluation. Les spécifications techniques peuvent comprendre des exigences concernant les caractéristiques physiques de produits, mais aussi la gestion durable des conditions de production ; toutes les exigences doivent être raisonnables. Il est également possible d'inclure des aspects écologiques dans la grille d'évaluation servant à sélectionner le soumissionnaire (critères d'adjudication), à condition qu'ils soient appropriés et que la pondération soit équitable.

S'agissant des autres lois fédérales, il faut relever ce qui suit : différents actes fédéraux (p. ex. loi sur le marché intérieur, loi sur les cartels, loi sur les entraves techniques au commerce, loi sur la protection de l'environnement, loi sur les forêts, loi sur les produits de construction) permettent de promouvoir le bois issu d'une production durable. Le rapport direct entre les actes relatifs à la concurrence et la révision de la LMP est certes mince, l'essentiel étant toutefois que les spécifications techniques ne résultent en des entraves au commerce transfrontalier. Il est en revanche possible de se fonder sur les exigences formulées dans les lois sur l'environnement et sur les forêts, qui visent la promotion de bois produit de façon durable, pour appuyer les objectifs de développement durable dans le droit sur les marchés publics.

(3) L'AMP révisé comprend, nous l'avons évoqué, un grand nombre de modifications plus ou moins importantes, que le législateur suisse doit transposer dans le droit national, aux niveaux fédéral et cantonal, suite à la ratification de l'accord révisé. Le défi à relever en l'occurrence est d'exploiter au mieux la nouvelle marge de manœuvre s'offrant en rapport avec les critères de développement durable pour promouvoir des produits respectueux de l'environnement, notamment du bois, sans pour autant tomber dans le travers protectionniste et enfreindre le principe de non-discrimination applicable aux marchés publics.

Les propositions de réglementation qui ne se rapportent pas à la transposition des principes de développement durable de l'AMP dans le droit suisse ne sont pas incluses dans le présent avis de droit (p. ex. champ d'application, principes généraux, informations sur les marchés publics, conditions de participation aux appels d'offres, conception des documents relatifs à l'appel d'offres, délais et négociations, adjudication de gré à gré, enchères électroniques, voies de recours). Il s'agit bien plus d'évaluer les objectifs visés en matière de développement durable, d'examiner les réglementations relatives aux spécifications techniques, la qualification des soumissionnaires et l'évaluation. Dans le cadre ainsi fixé, nous formulons nos appréciations.

Adaptation de l'art. 1 AP-LMP : en utilisant le terme « principes du développement durable » à l'art. 1, al. 1, let. a, LMP, la Confédération a choisi une formulation très large ; cette démarche paraît judicieuse et mérite d'être approuvée. Ce libellé permet aussi d'atteindre les objectifs concernant l'utilisation de bois.

Adaptation des art. 33 et 34 AP-LMP : l'art. 33 AP-LMP relatif aux critères d'évaluation n'est pas entièrement nouveau par rapport à l'actuel art. 21 LMP, mais sa teneur est modifiée significativement, en ce sens que des éléments qui n'ont pas de rapport avec le prix peuvent également jouer un rôle. L'art. 34 AP-LMP en revanche est une réglementation totalement nouvelle, inspirée de l'AMP révisé et concernant les spécifications techniques. L'une des dispositions particulièrement importantes



dans notre contexte est l'al. 4 de cet article, qui stipule que « l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement ». Il s'agit certes d'une disposition potestative, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'obligation d'inscrire des spécifications techniques relatives au développement durable dans l'appel d'offres ; néanmoins, la description des préoccupations de durabilité est assez complète, à savoir qu'il est fait mention aussi bien des ressources naturelles (telles que le bois) que de la protection de l'environnement.

Le libellé des art. 33 et 34 AP-LMP, en particulier de l'art. 34, al. 4, AP-LMP, élargit clairement les possibilités pour les adjudicateurs d'inclure des critères de développement durable dans une procédure d'appel d'offres. Le bois est une ressource naturelle directement liée au produit à acheter pour des mandats de construction ; les dispositions proposées permettent de formuler des exigences relatives à la production durable (p. ex. abattage de bois) et ainsi de promouvoir le bois suisse¹ qui satisfait à ces critères. Les critères se rapportant uniquement à l'origine ne sont toutefois pas admissibles dans les nouveaux critères de développement durable. Les propositions formulées sont d'une manière générale en accord avec l'AMP et avec la révision législative prévue en Suisse.

Art. 3 AP-OMP : l'art. 3 AP-OMP concrétise, au niveau ordonnance, le terme « développement durable » de l'art. 1 AP-LMP. La définition est en l'occurrence très courte. Le projet d'ordonnance ne contient par contre aucune disposition précisant spécifiquement la disposition évoquée ci-dessus de l'art. 34, al. 4, AP-LMP. Il faudrait par conséquent envisager de compléter le libellé de l'art. 3 AP-OMP afin d'établir un lien direct avec l'exigence du développement durable énoncée à l'art. 34, al. 4, AP-LMP.

Extension du domaine de protection de l'art. 34, al. 4, AP-LMP : Comme le bois est de toute évidence une ressource naturelle, il n'est pas nécessaire de définir plus largement le domaine de protection.. L'insertion de critères géographiques dans le libellé est par contre problématique quant à la compatibilité avec le droit de l'OMC. Il serait en revanche possible d'étendre les spécifications techniques s'agissant des critères de développement durable, dans une perspective législative plus large, qui ne se concentrerait pas uniquement sur le bois suisse.

Rapport entre les art. 33 et 34 AP-LMP et l'art. 43 AP-LMP : il ne fait aucun doute que le terme « offre la plus avantageuse économiquement » utilisé dans la loi actuellement en vigueur ne se rapporte pas uniquement au prix ou à l'aspect monétaire, mais que des facteurs tels que la qualité de la prestation, l'efficacité en matière de ressources et d'énergie ainsi que l'encouragement d'innovations peuvent également jouer un rôle. Même si cette formulation peut de prime abord sembler se concentrer surtout sur l'économie, elle n'interdit aucunement la prise en compte d'objectifs secondaires tels que des critères environnementaux. À noter que le libellé de l'art. 43 AP-LMP ne restreint pas le catalogue des critères d'évaluation et des spécifications techniques selon les art. 33 et 34 AP-LMP.

Les principes de la transparence, de la proportionnalité et de l'égalité de traitement sont en revanche importants. Pour un grand nombre de critères d'évaluation, l'adjudicateur doit indiquer la pondération dans la partie normative d'une grille d'évaluation. C'est la raison pour laquelle cette grille, y compris les barèmes, doit être publiée dès le début de la procédure. Les critères environne-

¹ Le terme « bois suisse » dans le présent avis de droit comprend le bois qui provient des forêts suisses et qui a été travaillé par l'économie forestière suisse.



mentaux, eux, doivent être pondérés de façon proportionnelle à leur importance pour l'objet du marché public. Ces exigences procédurales sont justifiées et ne restreignent pas la possibilité de demander l'utilisation de bois issu d'une gestion durable.

Adaptations nécessaires de l'AIMP : si l'on considère la préservation des ressources naturelles et la protection de l'environnement, on constate que la teneur des dispositions applicables de l'AIMP en générale correspond à celle des dispositions proposées pour la LMP. Vu cette concordance des formulations, par exemple concernant les spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles, les réflexions menées plus haut pour la LMP valent aussi pour cet accord.

(4) Les autres adaptations à envisager sont les suivantes : à l'art. 31 AP-LMP, il serait souhaitable, dans l'intérêt de la sécurité juridique, d'arrêter explicitement dans la loi l'admissibilité du critère de la double évaluation de l'aptitude écologique (qualifications professionnelles ou expérience).

Pour les critères justifiant une exclusion ou une révocation (art. 46 et 47 AP-LMP), il serait judicieux de créer une base légale formelle régissant le respect de dispositions environnementales, surtout dans la perspective de l'achat de bois et de produits en bois.



1er Analyse de l'art. X, par. 6, AMP, comme exigence contraignante dans les appels d'offres en rapport avec l'achat de matières premières suisses et spécialement de bois

1.1 Contexte

Le Conseil fédéral a signalé sa volonté de promouvoir une utilisation efficace de l'énergie et des ressources en adoptant la « Stratégie énergétique 2050 » et la plan d'action « économie verte ». La définition du terme « économie » englobe en l'occurrence aussi les pouvoirs publics², qui sont tenus de prendre en compte la rareté des ressources (non renouvelables), de les ménager en conséquence et d'utiliser davantage de ressources renouvelables. Dans le cas des autorités, cette règle vaut en particulier pour les marchés publics, dont le volume représente 10 pour cent du produit intérieur brut, et qui jouent par conséquent un rôle économique significatif.

À l'avenir, la Confédération, les cantons et les communes doivent utiliser cet « effet de levier » de façon ciblée en faveur de l'environnement. En achetant des produits spécialement respectueux de l'environnement et efficaces sur le plan énergétique, ils contribuent au développement de technologies correspondantes et au renforcement de ce marché³. Cet objectif est important aussi en rapport avec la politique forestière de la Confédération : le bois étant une matière première climatiquement neutre, il doit être utilisé comme substitut de matières produisant davantage d'émissions et comme source d'énergie renouvelable. Dans ce but, l'utilisation de bois suisse (en tenant compte du droit de la concurrence) doit être accrue aussi dans les marchés publics, conformément au mandat parlementaire⁴.

La première et la principale possibilité de tenir compte d'aspects écologiques réside dans le choix de l'objet du marché⁵. Par la définition de spécifications techniques, l'adjudicateur peut concrétiser cet objet et fixer certaines exigences concernant les caractéristiques du produit ou les méthodes de production. À cet égard, l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) révisé en 2012 prévoit pour la première fois explicitement l'inclusion de critères écologiques dans les spécifications techniques (art. X, par. 6, AMP).

La Suisse a signé l'AMP révisé le 30 mars 2012. Le droit interne doit être adapté au nouvel accord avant la ratification de ce dernier. Dans ce but, la Suisse a entrepris une révision totale de son droit sur les marchés publics, aux niveaux loi et ordonnance. Elle profite de cette révision pour aligner la législation de la Confédération et celles des cantons.

² Message du 12 février 2014 relatif à l'initiative populaire « Pour une économie durable et fondée sur une gestion efficiente des ressources (économie verte) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur la protection de l'environnement), FF 2014 1756, ch. 1.2.

³ FF 2014 1797.

⁴ OFEV 2014, p. 15.

⁵ Steiner 2006, p. 109.



1.2 Survol de l'Accord sur les marchés publics (AMP)

L'Accord sur les marchés publics (AMP) prévoit le principe de l'accès non discriminatoire aux marchés publics d'autres États ; il définit des conditions cadres pour la procédure et des exigences minimales pour la protection juridique.

Accord plurilatéral, l'AMP n'est pas contraignant pour tous les États membres de l'OMC⁶ ; les États qui n'ont pas ratifié l'AMP ne bénéficient pas des principes de l'OMC - traitement national et clause de la nation la plus favorisée - pour les achats publics (art. III, par. 8, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce [GATT] et art. XIII, par. 1, de l'Accord général sur le commerce des services [AGCS]). La Suisse, qui fut l'un des premiers États signataires de l'AMP 1994, est liée par l'accord à l'égard des autres Parties depuis 1996 ; en conséquence, elle a adapté son droit interne à l'AMP, qui est la base légale la plus importante pour les marchés publics.

La ratification de l'AMP 2012 est encore pendante en Suisse, en Arménie et en Corée du Sud. Pour tous les autres États Parties à l'AMP 1994, la version révisée est entrée en vigueur en avril 2014, et le 4 juillet 2014 pour Aruba (Pays-Bas)⁷. Il n'existe pas encore d'analyse détaillée sur la mise en œuvre de l'AMP 2012 dans ces pays. Le présent avis de droit examine la transposition de l'AMP révisé dans le droit suisse sur les marchés publics en rapport avec les critères de développement durable et donc sans comparaison juridique avec la législation étrangère en la matière.

La révision de l'AMP de 2012 a non seulement élargi le champ d'application sectoriel, mais a également rationalisé et modernisé les règles de procédure. Ainsi, les enchères électroniques ont été introduites, tout comme une plus grande flexibilité dans le choix de la procédure pour les soumissionnaires. Sur le plan matériel, le nouvel accord comprend un catalogue de principes modifié et des règles sur la lutte contre la corruption et sur la protection de l'environnement. Quant à l'extension du champ d'application, il convient de le relativiser, dans la mesure où l'accord révisé maintient l'approche des listes dites positives, à savoir que les États définissent dans l'appendice 1 de l'AMP révisé le seuil minimum au-dessus duquel un marché public est soumis à l'AMP.

Les dispositions générales ne sont pas étudiées en détail dans le présent avis de droit. Les explications qui suivent se concentrent bien plus sur les dispositions qui pourraient être pertinentes en rapport avec l'utilisation de bois suisse (et les placent dans le contexte général des principes de l'AMP). En l'occurrence, la modification des dispositions de l'art. X AMP, et plus spécialement la mention explicite des principes environnementaux, fait partie des innovations les plus importantes issues de la révision 2012. Le nouvel art. X AMP impartit à l'adjudicateur une plus grande liberté dans la définition des critères d'évaluation (appelés critères d'évaluation dans le droit suisse) et des

⁶ Les États Parties à l'AMP 1994 sont [état le 6 mars 2015] : Arménie, Aruba (Pays-Bas), Union européenne et ses 28 États membres, Hong Kong (Chine), Islande, Israël, Japon, Canada, Liechtenstein, Norvège, Suisse, Singapour, Corée du Sud, Taïwan (Taïpei chinois) et les États-Unis d'Amérique. En outre, les demandes d'adhésion du Monténégro et de la Nouvelle-Zélande ont été approuvées ; ces deux pays seront Parties à l'AMP dès qu'ils auront terminé les procédures d'accession internes.

⁷ https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm [état le 20.01.2015]



spécifications techniques, contribuant ainsi à combler des lacunes juridiques et à améliorer la transparence de la procédure d'adjudication.

Il convient de relever que le droit de l'OMC est d'une manière générale caractérisé par une stricte interdiction de la discrimination. Eu égard au bois suisse, il en découle que les spécifications techniques ne peuvent pas être formulées au détriment des soumissionnaires étrangers afin de ne pas restreindre par trop le cercle des soumissionnaires ni la concurrence⁸. Sont dès lors inadmissibles aussi bien la discrimination directe (discrimination *de jure*, p. ex. exigence d'une provenance géographique) que la discrimination indirecte⁹, autrement dit des exigences qui ne peuvent *de facto* être remplies que par des soumissionnaires locaux (p. ex. exigences relatives à la langue ou la voie de transport, lorsqu'elles ne sont pas objectivement nécessaires). Une disposition qui exigerait l'utilisation d'une qualité de bois qui ne pourrait être satisfaite que par du bois suisse constituerait ainsi une discrimination *de facto*¹⁰. Les désavantages purement factuels pour les soumissionnaires étrangers doivent en revanche être acceptés (p. ex. une plus grande distance)¹¹.

Il est également important de faire une remarque préliminaire générale, à savoir que le droit de l'OMC ou l'AMP n'interdit « que » les discriminations entre les États Parties, mais pas la « discrimination des nationaux » ; autrement dit, la Suisse a le droit, selon l'AMP, de traiter moins bien les entreprises suisses que les entreprises étrangères. En outre, il convient de relever que beaucoup de désavantages apparents ne sont pas des discriminations sur le plan juridique. Les États sont libres, en vertu du principe de souveraineté, de fixer le taux des impôts, des cotisations sociales et des taxes. Si un État étranger devait renoncer à encaisser des impôts ou des cotisations sociales, le seul argument que l'on pourrait invoquer est un subventionnement contraire aux règles de l'OMC. Ainsi, l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC stipule à l'art. 1.1(a)(1) que les avantages fiscaux et autres incitations fiscales (abandon de recettes publiques) sont des subventions et par conséquent attaquables en vertu du droit de l'OMC.

1.3 Les spécifications techniques dans l'AMP

Les « spécifications techniques » sont une description détaillée des caractéristiques que doit présenter le produit faisant l'objet du marché (art. I, let. u, AMP). Ainsi, l'adjudicateur peut définir d'entrée les propriétés de la marchandise et les communiquer aux soumissionnaires le plus tôt possible. Il jouit ce faisant d'une marge de manœuvre assez grande ; l'AMP stipule uniquement que les spécifications techniques ne doivent pas être discriminatoires, qu'elles doivent être raisonnables et continues à l'avance. Les spécifications techniques sont par conséquent le moyen le plus simple et le plus transparent pour la prise en compte de considérations environnementales.

L'art. X, par. 1, AMP arrête le principe général que les spécifications techniques ne doivent pas restreindre plus que nécessaire le commerce international. Ce principe de la proportionnalité découle

⁸ Voir plus bas ch. 1.3 et 1.4 ainsi que 3.4 et 3.5.

⁹ Kaufmann et Weber, Avis de droit 2013, pp. 6-7.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Hauser 2001, p. 1409.



de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC)¹², plus précisément du « test de nécessité », qui dit que les règlements techniques ne doivent pas entraver le commerce plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre un objectif légitime. En outre, les spécifications techniques doivent être autant que possible axées sur la performance, donc sur des critères fonctionnels, et non sur la conception ou les caractéristiques descriptives (art. X, par. 2, let. a, AMP) et se fonder sur des normes internationales (art. X, par. 2, let. b, AMP).

Les objectifs dits secondaires que l'adjudicateur veut atteindre en sus de l'objectif primaire (p. ex. objectifs sociaux ou de protection de l'environnement) peuvent également être indiqués dans les spécifications techniques, à condition qu'ils soient proportionnels, c'est-à-dire que la pesée des intérêts montre que la spécification est appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif visé (dans le sens du moyen le moins restrictif). Cette pesée des intérêts laisse une certaine marge d'appréciation s'agissant de la nécessité de l'obstacle au commerce qui est créé¹³.

Les spécifications techniques sont en outre liées au principe de transparence, valable d'une manière générale dans l'AMP¹⁴, et doivent par conséquent être décrites en détail dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. X, par. 7, AMP).

1.4 Contenu et interprétation de l'art. X, par. 6, AMP

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné plus haut, la prise en compte de critères environnementaux dans les spécifications techniques est l'une des innovations de la révision 2012. La nouvelle norme de l'art. X, par. 6, AMP autorise expressément les entités contractantes à fixer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement. Le nouveau libellé souligne que l'environnement mérite d'être protégé et reflète la tendance générale à tenir compte davantage des considérations écologiques dans les achats publics. Ce nouveau droit n'ayant jamais fait l'objet d'une jurisprudence jusqu'ici, sa teneur et son étendue exacte ne sont pas encore connues. En attendant, l'interprétation de la nouvelle norme doit par conséquent se faire selon la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV), en partant de son libellé ; l'art. 31 CV arrête en substance qu'un traité (les accords de l'OMC entrent également dans cette catégorie¹⁵) doit être interprété dans le sens habituelle, dans son contexte et eu égard à son objectif et à son objet.

a) « Spécifications techniques » (Technical specifications)

La définition légale à l'art. I, let. u, AMP énonce toutes les exigences concernant les caractéristiques des marchandises ou des services devant faire l'objet du marché, y compris la qualité, les performances, la sécurité et les dimensions, ou les procédés et méthodes pour leur production ou fourniture. Les spécifications techniques portent également sur « la terminologie, les symboles, les pres-

¹² Art. 2.2 Accord OTC

¹³ Steiner 2006, p. 30.

¹⁴ Voir p. ex. le préambule de l'AMP et l'art. IV, par. 4, AMP.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R), 29 April 1996, pp. 17 ss.



criptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage » s'appliquant aux marchandises et aux services.

Il est remarquable que la définition inclue des exigences relatives à la production (procédés et méthodes de production ou de fourniture), qui ne sont pas visibles dans le produit final, d'autant plus que celles-ci ne sont jamais mentionnées dans le droit de l'OMC, à l'exception de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC). Les organes de conciliation ont jusqu'ici placé au centre de leur appréciation de l'équivalence des marchandises les caractéristiques physiques des produits finaux et les préférences des consommateurs¹⁶, n'admettant qu'avec réticence les méthodes de production comme critères¹⁷. L'AMP révisé ne considère plus comme discriminatoire un traitement nuancé de produits finis en soi identiques ; il admet en effet la prise en compte, dans les spécifications techniques, des méthodes de production et de leur impact sur l'environnement, ce qui offre une plus grande marge de manœuvre aux entités contractantes. L'étendue de cette marge ne ressort toutefois pas de l'accord révisé, signifiant que des clarifications par les organes de conciliation de l'OMC resteront indispensables¹⁸.

Eu égard au bois suisse, les autorités sont par conséquent libres de fixer différentes exigences, notamment concernant la qualité des produits issus du bois. Pour l'heure, il n'est cependant pas possible d'indiquer définitivement dans quelle mesure les méthodes de production et d'abattage, qui ne sont pas visibles dans les caractéristiques physiques du produit final, sont admissibles comme critères de qualité, en dépit des signaux positifs ressortant de la pratique de l'Organe d'appel. Une chose est certaine : il serait impératif de tenir compte de telles exigences minimales concernant la qualité du bois proposé ; les soumissionnaires qui utiliseraient du bois de qualité moindre ou provenant d'une production inappropriée ne devraient pas être pris en considération dans la procédure d'adjudication.

b) « Encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » (To promote the conservation of natural resources or protect the environment)

Les spécifications techniques ne doivent pas être formulées de manière arbitraire. Elles doivent avoir un lien objectif avec la marchandise faisant l'objet du marché. Si les objectifs secondaires, tels que la protection de l'environnement, étaient reconnus depuis quelque temps déjà, l'AMP révisé vient les établir explicitement. Ainsi, l'art. X, par. 6, AMP stipule que « des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » sont conformes à l'accord.

Les organes de règlement des différends de l'OMC ont déjà interprété à plusieurs reprises le texte de l'accord AMP dans le sens des exceptions générales formulées à l'art. XX, let. g, GATT. Le champ

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/AB/R) 12 mars 2001, par. 110-115 ; Panizzon/Arnold/Cottier, pp. 199-247, 219-222.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT/DS58/AB/R), 12 octobre 1998, par. 141-144.

¹⁸ Aussi Arrowsmith 2011, p. 323.



d'application du GATT est toutefois plus restreint, vu qu'il ne porte que sur la conservation des ressources naturelles *épuisables*, alors que l'AMP inclut toutes les ressources naturelles.

L'organe d'appel de l'OMC a interprété la formulation « conservation des ressources naturelles » comme étant « l'action de préserver ou de maintenir l'état ou le nombre de quelque chose, en l'espèce des ressources naturelles »¹⁹. Selon le droit de l'OMC, sont réputés ressources naturelles aussi bien les animaux que les matières premières non animales telles que les plantes ou les minéraux²⁰. Les organes de règlement des différends octroient aux États Parties une grande marge d'appréciation pour l'interprétation du terme « protection de l'environnement » et sa transposition dans la politique nationale. Ils exigent toutefois que les mesures correspondantes soient efficaces et nécessaires.

Dans les décisions prises jusqu'ici, les organes de règlement de différends se sont en conséquence intéressés en premier lieu à la question de savoir jusqu'où pouvaient aller les mesures visant à protéger les ressources naturelles. Un groupe spécial (panel) de l'OMC a expliqué que les États sont d'une manière générale souverains pour édicter les mesures de conservation des ressources naturelles, mais qu'ils sont liés par le principe de la proportionnalité, signifiant qu'ils doivent choisir, parmi les mesures possibles, celle qui est la plus favorable à l'économie²¹.

En outre, la terminologie de l'art. X, par. 6, AMP (*encourager*) implique un autre critère, celui du lien direct entre la spécification technique et l'objectif de protection (relation causale, causalité) ; autrement dit, les exigences formulées dans les spécifications techniques doivent favoriser la protection de l'environnement et la préservation des ressources naturelles.

Cette exigence correspond à la pratique récente des organes de règlement de différends de l'OMC en rapport avec l'art. III, par. 4, GATT, qui décrit le traitement national, et l'art. XX GATT, qui traite des exceptions. Dans le cas d'une mesure de protection de l'environnement pertinente pour le commerce et contestée par une autre Partie, il s'agira de vérifier si elle est effectivement appropriée pour atteindre l'objectif de protection visé ; elle devra en outre faire l'objet d'une pesée des intérêts entre sa pertinence environnementale et son effet protectionniste²². Le critère de la nécessité joue en l'occurrence un rôle central. En effet, selon la protection recherchée, des mesures plus ou moins restrictives peuvent être requises. Pour la formulation de spécifications techniques relatives au bois, il est par conséquent important de communiquer de façon transparente la motivation environnementale (le bois comme matière première neutre pour le climat et source d'énergie renouvelable) et le niveau de protection souhaité (substituer des substances produisant beaucoup d'émissions ; assurer la gestion des forêts [protectrices]).

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel, Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières (WT/D5394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R), 5 juillet 2011, tel que modifié dans le rapport de l'Organe d'appel, par. 7.372.

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel (note 17), États-Unis – Crevettes, par. 131.

²¹ Rapport de l'Organe d'appel (note 19), Chine – Matières premières, par. 7.381.

²² Le test SATP (« so as to afford protection », « de manière à protéger ») ; rapport de l'Organe d'appel, Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (WT/DS332/AB/R), par. 143. Pour plus de détails, voir Panizzon/Arnold/Cottier 2010, pp. 226-231.



En rapport avec le bois, la question se pose ici pour la Suisse de savoir s'il est admissible d'inclure dans les mesures visant à protéger les ressources naturelles la condition que le bois utilisé, peu importe son origine géographique, provienne d'une gestion sans coupes à blanc. Une telle exigence ne pose pas de problème, car la réglementation de l'exploitation et de la gestion des forêts suisses relèvent des compétences nationales. Il ressort de la jurisprudence de l'Organe d'appel relative à l'art. XX, let. g, GATT, que la protection des ressources naturelles peut également englober des mesures ayant un effet extraterritorial, par exemple l'exigence que le bois étranger provienne d'une production sans coupes à blanc²³. Ce qui reste incertain pour l'heure, c'est l'appréciation des organes de règlement des différends de l'OMC concernant la relation entre la spécification technique « bois provenant d'une production sans coupes à blanc » et les objectifs de protection de l'environnement poursuivis par la Suisse, en particulier la conservation de la biodiversité. Au vu cependant du large consensus international sur la nécessité de protéger la biodiversité, tel qu'il ressort notamment de la Convention sur la diversité biologique²⁴, il ne semble pas exclu qu'un organe de règlement des différends de l'OMC admette une spécification technique « bois provenant d'une production sans coupes à blanc » comme étant une mesure de politique environnementale destinée à protéger la biodiversité²⁵.

c) « Il est entendu que » (For greater certainty)

L'art. X, par. 6, AMP commence par « il est entendu que... ». Le sens de cette proposition introduc-tive (plutôt inhabituelle dans le droit de l'OMC) fait l'objet de controverse dans la doctrine²⁶. Il y a tout de même unanimité que cette clause souligne l'importance des aspects environnementaux et autorise les États Parties à tenir compte de ces préoccupations dans les marchés publics. Au vu du développement de la jurisprudence, il est ainsi clair que l'inclusion des aspects environnementaux sous la forme de spécifications techniques est admise, voire souhaitée par souci de transparence. Beaucoup de questions restent toutefois ouvertes s'agissant de la délimitation entre les mesures qui sont acceptables et celles qui ne le sont pas au titre de la politique de protection de l'environnement. Si l'on analyse l'art. X, par. 6, AMP dans son contexte, en particulier en rapport avec les nouvelles dispositions relatives à l'évaluation à l'art. X, par. 9, AMP, et avec la possibilité de l'exclusion en cas de violation du droit environnemental prévue à l'art. VIII, par. 4, AMP, il semble parfaitement plausible que les organes de conciliation donneront à l'avenir une interprétation plus large des préoccupations environnementales pouvant être incluses dans les spécifications techniques selon l'art. X, par. 6, AMP²⁷.

²³ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Crevettes (note 17), par. 121 ; voir aussi Cottier/Holzer/Liechti-McKee/Naef, p. 452, et Geraets, Dylan, Natens Bregt, « The WTO Consistency of the European Union Timber Regulation », dans: Journal of World Trade 48, N° 2 (2014), pp. 433-456.

²⁴ Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, RS 0.451.43.

²⁵ Appréciation réservée Cottier/Holzer/Liechti-McKee/Naef, p. 453.

²⁶ Voir Arrowsmith 2011, p. 323, et Reich 2009, p. 1012, pour différentes interprétations.

²⁷ Arrowsmith 2011, p. 323.



d) « En conformité avec le présent article » „In accordance with this article“

Les spécifications techniques relatives à la protection de l'environnement ne peuvent être établies, adoptées ou appliquées qu'« en conformité avec le présent article » (donc l'art. X AMP). En d'autres termes, les spécifications techniques au sens de l'art. X, par. 6, AMP doivent être nécessaires (par. 1), axées sur les performances (par. 2 et 4), transparentes (par. 3) et impartiales (par. 4).

1.5 Écart possible par rapport à des critères purement économiques

Bien que les objectifs secondaires ne soient pas expressément mentionnés dans l'AMP, celui-ci n'exclut pas d'emblée qu'il en soit tenu compte. Il s'agit en l'occurrence d'objectifs du marché public qui ne sont pas motivés par des considérations économiques, mais par des préoccupations sociales ou environnementales par exemple²⁸. Ces objectifs reposent sur la réflexion que les États, financés par les revenus fiscaux, sont des acteurs du marché particulièrement puissants, auxquels il appartient, dans les achats publics, de poursuivre des objectifs complémentaires dans l'intérêt général et donc de constituer un modèle pour la société. Si les objectifs secondaires ont parfois été appelés des « objectifs étrangers à l'adjudication », la situation a changé, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, qui n'estiment plus que les considérations écologiques et les critères économiques s'excluent les uns les autres²⁹. Les préoccupations environnementales ne sauraient plus être qualifiées de critères étrangers au marché.

L'hypothèse que les objectifs secondaires sont admissibles (jusqu'à un certain point) en vertu de l'AMP est confirmée non seulement par la pratique internationale, mais encore par les dispositions de l'accord se rapportant à la procédure d'adjudication. En effet, même si le principe des marchés publics internationaux est traditionnellement centré sur la concurrence et que l'AMP a été négocié en premier lieu dans le but de libéraliser ces marchés³⁰, l'adjudication ne se fait pas sur la base de critères purement économiques. L'AMP stipule ainsi que le marché sera adjugé au soumissionnaire qui aura présenté « la soumission la plus avantageuse » (art. XV, par. 5, let. a, AMP) ou « dans les cas où le prix sera le seul critère, le prix le plus bas » (art. XV, par. 5, let. b, AMP). L'accord ne précise pas dans quels cas le prix sera le seul critère. Il laisse aux États Parties le soin d'en décider.

Les critères d'évaluation définis par l'entité contractante dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. X, par. 7, let. c et e, AMP) sont l'élément déterminant pour désigner la soumission la plus avantageuse. Les critères d'évaluation sont – à la différence des exigences absolues fixées dans les spécifications techniques – des aspects relatifs, à considérer dans le cas particulier (cf. plus bas, ch. 2.3). Les entités contractantes disposent d'une large marge d'appréciation pour le choix des critères d'évaluation (comme d'ailleurs des spécifications techniques). L'AMP exige uniquement que les critères respectent le principe de non-discrimination (art. IV, par. 2, AMP), à savoir qu'ils ne reviennent pas à une discrimination, ni *de jure* ni *de facto*, et qu'ils soient communiqués à l'avance de façon transparente (art. X, par. 7, let. c, AMP). Si l'AMP 1994 ne contenait aucune disposition maté-

²⁸ Weber et Menoud 2009, p.188.

²⁹ Rapport de l'Organe d'appel, Chine – Matières premières (note 19), par. 7.381 ; Steiner 2006, p. 19.

³⁰ Steiner 2010, p. 12.



rielle concernant les critères d'évaluation, ce n'est plus le cas de la version 2012 révisée, qui précise expressément que l'évaluation de la « soumission la plus avantageuse » peut tenir compte, outre de facteurs financiers, d'aspects tels que la qualité, la valeur technique, les caractéristiques environnementales ou les modalités de livraison (art. X, par. 9, AMP).

En résumé, l'évaluation de l'offre la plus avantageuse ne porte pas uniquement sur les avantages mesurables en termes financiers. L'AMP révisé spécifie concrètement que le prix n'est pas l'unique critère déterminant. Cette supposition est consolidée aussi par le 3^e considérant du préambule, qui fait état de la « gestion efficiente et efficace des ressources publiques ». Et même si cet aspect doit plutôt être considéré en rapport avec la lutte anti-corruption qui a été intégrée dans l'AMP révisé, l'accord dans sa globalité indique un éloignement des considérations purement économiques dans le sens « meilleur rapport qualité-prix » (best value for money)³¹. Il ne faut cependant pas y voir un changement de paradigme total, l'AMP (qui règle les marchés publics au niveau international) ayant pour but premier de fixer des normes minimales à respecter par les États Parties.

³¹ Anderson et Arrowsmith 2011, p. 25.



2 Analyse des réglementations fédérales dans le contexte de l'utilisation de bois suisse pour les constructions financées par des fonds publics

2.1 Survol du droit des marchés publics

Le droit suisse sur les marchés publics est un « patchwork »³² complexe, né des structures fédéralistes au fil du temps, avec des sources fédérales, cantonales et communales, qui sont liées à l'AMP à différents degrés. Depuis l'entrée en vigueur de l'accord, le 1^{er} janvier 1996, celui-ci constitue la base du droit suisse dans ce domaine. La transposition dans le droit national est assurée par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), laquelle est concrétisée par l'ordonnance sur les marchés publics (OMP). Étant donné que les cantons sont autonomes pour la mise en œuvre des obligations découlant de l'AMP, il existe 26 législations au niveau cantonal, dont les traits fondamentaux sont issus de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Il arrive même que des communes se soient dotées de règles propres pour les mandats publics sur leur territoire. En conséquence, on se trouve face à une multitude de bases légales applicables dans le domaine des marchés publics en Suisse, ce qui complique à l'évidence l'application du droit.

Bien que la complexité du droit suisse sur les marchés publics donne lieu à des critiques depuis long-temps, toutes les tentatives de révision ont échoué jusqu'ici en raison de l'opposition politique. Il aura fallu attendre la révision de l'AMP pour redonner de l'élan à ce projet. C'est ainsi que le Conseil fédéral décida, en 2012, suite au processus de ratification, de procéder non seulement à une adaptation du droit suisse à la nouvelle norme internationale, mais d'en profiter pour remédier à la fragmentation du droit national, en harmonisant autant que possible la réglementation sur les marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal.

2.2 Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

a) Champ d'application

La LMP s'applique aux mandats publics de l'administration fédérale³³ dont le volume dépasse les valeurs de seuil définies pour la Suisse (dans l'annexe 1 AMP). Sont exclus du champ d'application de l'AMP les marchés publics énumérés à l'art. 3 LMP. Dans l'annexe 1, la Suisse a défini des exceptions pour les programmes de soutien à l'agriculture et les programmes d'aide alimentaire³⁴, mais n'a rien prévu d'analogique pour les programmes en faveur de l'environnement. L'achat de produits en bois est par conséquent compris dans le champ d'application de l'AMP et de la LMP, et doit respecter les exigences qui y sont formulées. Si la Suisse souhaitait établir une nouvelle exception au champ d'application de l'AMP, elle devrait la négocier avec les autres États Parties à l'AMP selon les dispositions de l'art. XIX, par. 1, AMP, et l'ajouter ensuite à l'appendice 1 AMP, annexe 5 (notes générales) de la Suisse.

³² Oesch 2010, p. 5.

³³ Les adjudicateurs entrant dans le champ d'application subjectif de la LMP sont énumérés exhaustivement à l'art. 2 LMP.

³⁴ Voir AMP, appendice 1, annexe 5, ch. 5, de la Suisse : « Le présent accord n'est pas applicable aux marchés de produits agricoles passés en application de programmes de soutien à l'agriculture ou de programmes d'aide alimentaire. »



b) Principes

Les buts de la loi fédérale arrêtés dans l'article 1 LMP ad hoc sont la transparence, le renforcement de la concurrence, l'encouragement de l'utilisation économique des fonds publics ainsi que l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. La loi suisse reprend les principes énoncés dans l'AMP, mais elle va plus loin, puisqu'elle érige en principes *sui generis* la concurrence et l'économicité, leur accordant ainsi une importance particulière.

i) Principe de la transparence

La transparence est la clé de voûte des marchés publics modernes, la condition *sine qua non* d'une concurrence efficace.³⁵ Ce principe sous-tend la procédure d'adjudication et ressort en particulier des différentes obligations de publication dont doit s'acquitter l'adjudicateur. Ainsi, les critères doivent être clairement énoncés dans les appels d'offres afin que les soumissionnaires puissent en tenir compte et éviter les distorsions de la concurrence dues à l'omission d'informations. D'où la nécessité de définir préalablement les exigences, de façon suffisamment claire et détaillée, dans les spécifications techniques des documents concernant l'appel d'offres (art. 12, al. 1, LMP en rel. avec l'art. 16a, al. 1, OMP). Il en va de même des critères d'évaluation (art. 21, al. 2, LMP en rel. avec l'art. 27 OMP) ; mais en plus de leur description, l'ordre d'énumération compte, et il faut préciser la pondération et la grille d'évaluation³⁶. Le principe de la transparence doit être appliqué aussi à l'évaluation des offres, laquelle sera documentée dans un rapport qui doit rendre la démarche intelligible (aussi pour des tiers)³⁷. L'absence d'un rapport d'évaluation est considérée comme une irrégularité formelle et une infraction au principe de la transparence³⁸. Enfin, l'adjudicateur doit indiquer aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue le nom du soumissionnaire auquel le mandat est adjugé ; il doit également motiver son choix sur demande (art. 23 LMP en rel. avec l'art. 28 OMP).

Le principe de la transparence est applicable directement³⁹. Les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue en raison du manque de transparence de la procédure d'adjudication ont le droit de former recours. Le motif de recours le plus fréquent, outre une documentation lacunaire, est une pondération fausse des critères d'évaluation ou leur modification ultérieure⁴⁰.

ii) Concurrence (art. 1, al. 1, let.b, LMP)

Le renforcement de la concurrence entre les soumissionnaires est inscrit comme principe général dans la loi fédérale (mais pas dans l'AMP), lui conférant un effet normatif⁴¹. Ce principe est une concrétisation de la liberté économique stipulée à l'art. 27 Cst.. Il suppose la neutralité concurrentielle des actes de l'État ainsi que la garantie d'un accès non falsifié aux marchés publics. Ainsi que le souligne déjà le message du Conseil fédéral, le principe de la concurrence est étroitement lié aux autres

³⁵ Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) (Message 2 GATT) du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 995, p. 1218.

³⁶ Arrêt du TAF B-4717/2010 du 15 mars 2011.

³⁷ Voir les décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM), CRM 2004-010/011 (JAAC 69.79), consid. 3a/cc et CRM 2001-003 (JAAC 65.94).

³⁸ CRM 2004-010/011 (JAAC 69.79), consid. 3a/cc.

³⁹ Trüeb 2011, Art. 1 LMP, Rz. 6.

⁴⁰ CRM 1999-006 (JAAC 64.30), consid.3c; CRM 2003-032 (JAAC 68.120), consid. 3a.

⁴¹ Trüeb 2011, art. 1 LMP, ch. 9.



principes⁴². Si la transparence est incomplète, un soumissionnaire peut être avantagé s'il dispose d'informations inconnues de ses concurrents, ce qui peut être discriminatoire. La concurrence est d'ailleurs une condition essentielle de l'économicité.

Le principe de la concurrence a gagné en importance dans la jurisprudence surtout en rapport avec les contrats de durée portant sur des marchés publics. La commission de recours fédérale (CRM) a ainsi constaté que les contrats de longue durée confèrent une position privilégiée à l'adjudicataire et se traduisent donc par une distorsion de la concurrence⁴³.

iii) Économicité (art. 1, al. 1, let. c, LMP)

Promouvoir l'utilisation économique des fonds publics est un autre but de la LMP. L'AMP par contre reconnaît bien, dans le préambule révisé, l'importance d'une utilisation rationnelle des deniers publics, mais n'en fait pas un principe indépendant.

Le droit suisse des marchés publics concrétise l'obligation d'utiliser les fonds publics de façon économique dans la procédure d'adjudication et plus spécialement en amont de l'appel d'offres. L'art. 21, al. 1, LMP arrête que le « marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement ». Les critères servant à déterminer cette offre peuvent être notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la économicité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique (art. 21, al. 1, LMP).

Cette énumération, non exhaustive, met en évidence que le prix n'est pas l'unique critère déterminant. Ce n'est que pour des biens largement standardisés que le prix peut être la seule considération (art. 21, al. 3, LMP). Si, contrairement aux dispositions de cet article, le prix est l'unique critère appliqué, la procédure de sélection des autorités peut être attaquée en justice par les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue. Cependant, la jurisprudence montre clairement que le critère du prix ne doit pas non plus être négligé ; il s'agit d'un critère d'évaluation primordial, qu'il ne faut pas ignorer ni sous-évaluer⁴⁴. Accorder trop peu de poids au prix constitue une infraction au principe de l'offre la plus avantageuse économiquement, mais c'est aussi le cas si une trop grande importance est accordée à ce facteur.

L'adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement et pour définir les critères d'évaluation. S'il va trop loin dans cette liberté et enfreint les principes du droit des marchés publics – par exemple en ne publiant pas ou mal les critères d'évaluation ou en procédant à une pondération inadéquate – les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue peuvent faire recours⁴⁵.

Il est remarquable que la LMP ait prévu d'emblée la compatibilité avec l'environnement comme critère d'adjudication possible. Le Conseil fédéral a ainsi indiqué dès l'adoption de la LMP que le respect des aspects environnementaux ne doit pas contrevienir au principe de la rentabilité et que la longévité d'un produit, sa consommation d'énergie ou son élimination peuvent justifier des prix plus élevés⁴⁶. L'AMP n'a introduit ce critère que lors de la révision 2012, à l'art. X, par. 9.

⁴² FF 1994 IV 995, p. 1218.

⁴³ CRM 2000-007 (JAAC 65.41), consid. 3.a.ii.

⁴⁴ CRM 2005-25 (JAAC 70.74), consid. 3/bb.

⁴⁵ CRM 2005-25 (JAAC 70.74) ; TAF G B-6837/2010 du 15 mars 2011.

⁴⁶ FF 1994 IV 995, p. 1232.



iv) Interdiction de la discrimination (art. 1, al. 2, LMP)

Le principe de l'égalité de traitement énoncé dans la LMP exige que tous les soumissionnaires bénéficient des mêmes conditions. Il doit, lui aussi, être respecté à toutes les étapes de la procédure. Lors de l'appel d'offres, les soumissionnaires doivent tous disposer des mêmes informations et avoir les mêmes délais pour la remise de leurs documents. Les spécifications techniques, tout comme les critères de qualification et d'adjudication, doivent être définis de façon non discriminatoire⁴⁷. Dans le cadre de la procédure de sélection, tous les soumissionnaires doivent avoir les mêmes possibilités d'améliorer leur offre et les soumissions doivent être évaluées selon des critères conformes à l'égalité de traitement, dans le cadre d'une procédure légale⁴⁸. En outre, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue doivent disposer de voies de recours.

Le principe de l'égalité de traitement ancré dans la loi fédérale est le pendant de l'interdiction de la discrimination inscrit dans le droit de l'OMC. La LMP vise en conséquence l'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers (ce qui ressort de l'art. 4 LMP), mais va plus loin que l'AMP, en ce sens qu'elle exige le traitement équivalent de tous les soumissionnaires, donc aussi de tous les résidents entre eux⁴⁹.

c) Objectifs secondaires

Même si l'adjudicateur, à l'instar de tout consommateur, souhaite en premier lieu un rapport qualité/prix optimal, il peut utiliser sa puissance d'achat pour atteindre d'autres objectifs aussi, qui ne sont pas directement en lien avec le but principal du marché public⁵⁰. De tels objectifs secondaires sont le plus souvent motivés par des considérations sociales, environnementales ou de politique locale. Sur cette base, il arrive que la préférence soit donnée à des produits ou des soumissionnaires compatibles avec l'environnement et qui respectent certaines normes sociales. Le recours à des objectifs secondaires n'est pas explicitement réglé dans la loi fédérale ; il ressort toutefois implicitement des dispositions de la LMP et de la pratique courante, en particulier en ce qui concerne les considérations environnementales. À ce propos, le Tribunal administratif fédéral a disposé que les préoccupations écologiques pouvaient d'une manière générale être prises en compte dans les marchés publics, mais qu'il n'en découlait pas un droit à leur prise en considération⁵¹.

La prise en compte de considérations environnementales est possible à trois échelons de la procédure. Premièrement, dans la définition du bien faisant l'objet du marché public, à travers les spécifications techniques. Deuxièmement, lors de l'adjudication, par le biais des critères d'évaluation. Troisièmement, de façon restreinte, à travers les exigences posées aux soumissionnaires dans les critères de qualification. En rapport avec les mesures de promotion d'une gestion forestière durable, ce sont les deux premiers instruments qui sont pertinents, à savoir les spécifications techniques et les critères d'évaluation. C'est pourquoi nous y reviendront plus en détail au ch. 2.3.

⁴⁷ Trüeb 2011, art. 1 LMP, ch. 14.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ FF 1994 IV 995, p. 1218.

⁵⁰ Arrowsmith 2003, p. 325.

⁵¹ TAF B-822/2010.



2.3 Prise en compte de considérations environnementales

a) Spécifications techniques

L'art. 12 LMP stipule, dans le sens du principe de la transparence, que l'adjudicateur établit les spécifications techniques nécessaires dans les documents concernant l'appel d'offres et doit ce faisant tenir compte des normes techniques internationales. L'art. 16a OMP précise ces dispositions sur la publication, en indiquant que les spécifications techniques doivent être formulées « de manière claire et exhaustive ». Si l'adjudicateur utilise des « marques ou des exigences qualitatives régionales ou nationales », il est tenu de préciser que des prestations équivalentes peuvent aussi être offertes (art. 16a, al. 4, OMP). Les cantons doivent garantir « le recours à des spécifications techniques non discriminatoires » dans leurs dispositions d'exécution (art. 13, let. b, AIMP). Il va sans dire que les principes généraux du droit suisse sur les marchés publics (concurrence, rentabilité, transparence et non-discrimination) doivent être respectés dans la formulation des spécifications techniques.

La réglementation nationale concernant les spécifications techniques est moins dense que celle du droit international. Les dispositions de la LMP doivent par conséquent être interprétées à la lumière des règles plus détaillées arrêtées dans l'AMP⁵²; autrement dit, les adjudicateurs doivent s'en tenir aux exigences de l'AMP relatives aux spécifications techniques (cf. ch. 1.2) pour les mandats dont la valeur dépasse les seuils AMP. Cela signifie que ces spécifications doivent être proportionnées et non discriminatoires eu égard au commerce international (art. X, par. 1, AMP). Elles doivent en outre être indiquées en termes de performances (art. X, par. 2 – 4, AMP) et respecter le principe d'interdiction de la corruption (art. X, par. 5, AMP). En vertu de l'accord révisé, l'entité contractante peut désormais aussi tenir compte de considérations environnementales (art. X, par. 6, AMP), pour autant que celles-ci ne constituent pas une infraction aux principes susmentionnés.

Ce manque de dispositions précises dans le droit suisse concernant les spécifications techniques définies dans la réglementation de l'AMP peut, pour les autorités chargées d'appliquer le droit, se traduire par une incertitude juridique s'agissant de la conception des spécifications techniques. Ces lacunes n'ont été que partiellement comblées par la doctrine et la jurisprudence nationale (relative à l'AMP 1994).

La jurisprudence a validé rapidement le principe selon lequel les adjudicateurs doivent se montrer neutres et favoriser une concurrence ouverte et juste pour tous les prestataires qualifiés et intéressés⁵³. Vu qu'un prestataire est exclu d'un appel d'offres lorsqu'il ne remplit pas les spécifications techniques, les adjudicateurs doivent décrire le mandat de façon suffisamment large afin de ne pas restreindre outre mesure le cercle des soumissionnaires potentiels⁵⁴. Dans la jurisprudence suisse, le critère lié à la « performance » est considéré comme souhaitable mais pas obligatoire⁵⁵ : la description des exigences relatives au produit en se référant à une marque précise est autorisée lorsque l'adjudicateur ne peut pas décrire autrement le bien faisant l'objet du marché de façon compréhensible.

⁵² CRM 2001-011 (JAAC 66.38), consid. 5b/bb.

⁵³ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, ch. 410 avec référence au tribunal administratif du canton d'Argovie : AGVE 1998, pp. 402 ss.

⁵⁴ TAF B-822/2010 du 19 mars 2010.

⁵⁵ TAF B-822/2010 du 19 mars 2010 ; décision du tribunal administratif du canton de Zurich : VB.2008.347 du 10 décembre 2008, consid. 7.2 avec remarques.



sible pour tous et avec suffisamment de précision⁵⁶. Dans un tel cas, l'adjudicateur doit impérativement indiquer que des prestations équivalentes peuvent également être offertes (art. 16a OMP ; art. X, par. 3 et 4, AMP). S'il omet de faire cette précision, l'adjudication sera entachée d'une irrégularité formelle et devra être annulée⁵⁷.

De ces constats, il est possible de tirer des conclusions concernant les attestations de développement durable pour le bois (p. ex. des labels). L'utilisation de labels et d'autres marques de certification est d'une manière générale admise dans les spécifications techniques, mais elle doit répondre aux exigences de l'AMP⁵⁸. La description des spécifications techniques ne doit notamment pas consister *uniquement* en labels écologiques, mais doit être détaillée et axée sur le but recherché⁵⁹. Se limiter à un label particulier n'est acceptable que s'il n'existe pas d'autres moyens pour décrire les conditions du marché (art. X, par. 4, AMP). Dans un tel cas de figure, il convient de tenir compte de l'admissibilité d'autres attestations de conformité (art. X, par. 3 et 4, AMP, critère « ou l'équivalent »). Qui plus est, il n'est permis d'utiliser que des certificats reconnus, qui sont suffisamment parlants et accessibles à tous les soumissionnaires potentiels⁶⁰. Il ressort enfin de l'AMP qu'exiger l'utilisation de labels ne doit pas « créer des obstacles non nécessaires au commerce international » (art. X, par. 1, AMP).

Ainsi que nous l'avons indiqué au ch. 1.3, la définition des spécifications techniques (art. I, let. u, AMP) incluent les procédés et méthodes de production (PMP) (« l'expression 'spécifications techniques' s'entend d'une prescription de l'appel d'offre qui énonce [...] les procédés et méthodes pour leur [les marchandises et les services devant faire l'objet du marché] production ou fourniture »). En d'autres termes, l'adjudicateur a le droit, en rapport avec l'utilisation de bois, de déterminer, dans les spécifications techniques, des exigences sur le développement durable se rapportant notamment aux conditions de production, en particulier à la récolte et aux distances de transport. Les offres proposant l'utilisation de bois dont la coupe ou le transport ont un impact sur l'environnement qui semble trop dommageable pourraient alors être écartées en vertu des spécifications techniques⁶¹. Les exigences en matière de transparence et de proportionnalité doivent cependant être respectées aussi dans ce cas.

b) Critères d'évaluation

En vertu du droit suisse, le marché est en principe adjugé au soumissionnaire « ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement » (art. 21, al. 1, LMP) ; autrement dit, l'offre retenue sera celle qui remplit le plus grand nombre des critères énoncés dans la documentation relative au marché. Il ne faut pas confondre les critères d'évaluation et les spécifications techniques. Les seconds décrivent des exigences que le produit doit impérativement satisfaire, alors que les premiers font l'objet d'une pondération ; les soumissionnaires qui remplissent un critère d'adjudication auront des « points supplémentaires » par rapport à ceux qui ne le remplissent pas. La somme des

⁵⁶ Trüeb 2011, art. 21, ch. 5; CRM 2000-011 (JAAC 66.38), consid. 5b/bb ; VGer-AG (28.12.1998), dans AGVE 1998 N° 91, pp. 402 ss, consid. 2c et 2d/bb-cc.

⁵⁷ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, ch. 407 ss.

⁵⁸ Voir aussi Kaufmann et Weber, Avis de droit 2013, pp. 11 s. et 51.

⁵⁹ Aussi arrêt de la CJCE du 10.05.2012, C-368/10 (« Arrêt Max Havelaar »).

⁶⁰ Hauser 2002, p. 353 avec référence au TA ZH 15.12.1998, URP 1999, p. 170 consid. 3c.

⁶¹ Voir aussi Hauser 2002, p. 360; zur besonderen Problematik des Transportwegs als technische Spezifikation, voir plus bas, ch. 3.4. c).



points ainsi obtenus sera finalement décisive pour l'évaluation de « l'offre la plus avantageuse économiquement » et l'adjudication.

L'offre la plus avantageuse économiquement est déterminée ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (ch. 2.2), à savoir non seulement sur la base du prix, mais également d'autres critères tels que le délai de livraison, la qualité, la économie, le caractère esthétique ou la compatibilité avec l'environnement (art. 21, al. 1, LMP). L'art. 21 LMP est concrétisé par l'art. 27, al. 2, OMP, depuis la révision de celle-ci en 2010 ; il est précisé que l'adjudicateur peut, en plus des critères énoncés dans la loi, tenir compte notamment du développement durable.

La possibilité de définir des conditions relatives à l'environnement dans les critères d'évaluation constitue un élément important des marchés publics écologiques⁶². L'inclusion des considérations environnementales dans les critères d'évaluation permet une appréciation plus nuancée que l'inscription dans les spécifications techniques, en raison de la pondération⁶³. Étant donné que les critères d'évaluation ne sont pas obligatoires, y inscrire des conditions se rapportant à l'environnement peut certes limiter l'accès aux marchés publics, mais l'effet sur la concurrence est moins radical que si ces conditions figurent dans les spécifications techniques.

S'agissant de la prise en compte du critère du « développement durable » pour déterminer « l'offre la plus avantageuse économiquement », le Conseil fédéral a précisé la situation juridique dans le rapport explicatif sur la modification de l'OMP : « Le critère d'adjudication «développement durable» englobe des aspects permettant à l'adjudicateur d'acheter en respectant des exigences sociales, écologiques et économiques élevées. Ce critère doit – comme tous les autres – présenter un lien matériel avec l'objet du marché, être décrit avec une précision suffisante et ne pas être discriminatoire »⁶⁴. Le Conseil fédéral a donc souligné l'importance du critère de la gestion durable dans l'évaluation de « l'offre la plus avantageuse économiquement ». La condition reste toutefois le respect des principes de transparence et de non-discrimination ainsi que le lien matériel. Quant à savoir quand ce « lien matériel » est donné, la jurisprudence suisse ne s'est pas encore prononcée sur le sujet. La jurisprudence de l'UE dans le cas « Concordia Bus Finland » indique cependant clairement que l'interprétation de ce critère ne doit pas être trop stricte : la Cour a estimé que les critères d'évaluation « émissions de bruit et de polluants des bus » ont un lien avec le marché et sont pertinents⁶⁵.

La pondération des critères d'évaluation est un facteur essentiel en l'occurrence, car si elle est non conforme, elle peut constituer une discrimination *de facto* et contourner les principes de la concurrence et de la rentabilité. D'où la nécessité d'une pondération raisonnée⁶⁶ : il ne faut ainsi pas accorder un poids trop faible au critère du prix par rapport aux critères environnementaux⁶⁷. Les juges ont également décidé dans ce sens, en établissant que l'adjudicateur ne peut se contenter

⁶² Hauser 2002, p. 358.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Rapport explicatif sur la modification de l'OMP, commentaire de l'art. 27 OMP, pp. 18 - 19 ; Galili/Moser/Lang/Steiner 2013, ch. 843 ss.

⁶⁵ Arrêt de la CJCE du 17 septembre 2002, C-513/99 (« Arrêt Concordia Bus Finland »), ch. 69.

⁶⁶ Kaufmann et Weber, Avis de droit 2013, p. 51.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mai 2000, 2P.342/1999, consid. 4b.



d'énumérer les critères d'évaluation dans la documentation se rapportant au marché, mais qu'il devait les pondérer⁶⁸ et publier la grille d'évaluation⁶⁹ sur laquelle se fonde le calcul.

La prise en compte de labels est d'une manière générale autorisée aussi dans les critères d'évaluation. Il convient toutefois de relever que, conformément au principe de non-discrimination, le label ne peut pas constituer l'unique critère d'adjudication⁷⁰. La description des exigences qualitatives d'un label est admissible, à condition que tous les soumissionnaires et toutes les marchandises puissent y satisfaire indépendamment de leur origine géographique⁷¹.

Pas plus l'AMP que le droit suisse relatif aux marchés publics ne contient de dispositions indiquant si les critères d'évaluation – tels que les spécifications techniques – peuvent se rapporter aux procédés et méthodes de production. Bien que cette question ait fait l'objet de controverses dans la doctrine⁷², il semble que l'on tend aujourd'hui à considérer ces critères comme légaux, à condition d'assurer une interprétation objective et moderne⁷³. La CJCE a d'ailleurs décidé dans ce sens, en arrêtant que le critère d'attribution [les critères d'adjudication (CH) sont appelés critères d'attribution dans la UE] « produite à partir de sources d'énergie renouvelables » pour un marché concernant la fourniture d'électricité était admissible et que la pondération à hauteur de 45 % n'était pas en soi incompatible avec la réglementation communautaire⁷⁴.

2.4 AIMP

La mise en œuvre de l'AMP aux niveaux cantonal et communal relève de la compétence des cantons. Ces derniers ont adopté un concordat pour le domaine des marchés publics, l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) de 1994, afin d'assurer un minimum d'harmonisation dans l'exécution. Depuis l'adhésion du canton de Glaris en 2009, tous les cantons sont parties à l'AIMP et ont adapté leurs législations sur les marchés publics en conséquence⁷⁵.

L'AIMP régit les grandes lignes des marchés publics au niveau infranational. Il vise l'ouverture des marchés publics, l'harmonisation des règles d'adjudication et la mise en œuvre de l'AMP aux niveaux cantonal et communal. En conséquence, il reprend les principes généraux de la LPM (art. 1, al. 2, AIMP : concurrence, égalité de traitement, transparence et utilisation parcimonieuse des deniers publics). Outre les dispositions définissant le but de l'accord, celui-ci contient des règles institutionnelles ainsi que des exigences minimales sur le plan matériel et procédural, règles s'appliquant aux actes cantonaux d'exécution. L'AIMP prévoit par exemple que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir des spécifications techniques non discriminatoires et que les critères d'attribution doivent obéir au principe de l'utilisation économique des fonds publics (art. 13, let. b et f, AIMP).

⁶⁸ ATF 125 II 86, consid. 7 ss.

⁶⁹ CRM 1999-006 (JAAC 64.30), consid. 3a.

⁷⁰ Kaufmann et Weber, Avis de droit 2013, p. 52.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Voir Hauser 2002, p. 361 avec remarques dans la note 54.

⁷³ « objektiv-zeitgemässer Auslegung » dans Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, ch. 839.

⁷⁴ Arrêt de la CJCE du 4 décembre 2003, C-448/01 01 (« ENV et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich »), ch. 34 et 43.

⁷⁵ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, ch. 65.



Ainsi que nous l'avons indiqué d'entrée, l'AIMP fera, à l'instar de la LMP, l'objet d'une révision complète dans le cadre de la ratification de l'AMP. Un groupe de travail, composé de représentants de la Confédération et des cantons (groupe AURORA), se charge depuis octobre 2012 de la révision de l'accord intercantonal, en tenant compte des nouvelles règles du droit fédéral, qui se trouve lui-même à l'état de projet. L'objectif est une transposition correcte de l'AMP au niveau cantonal et une cohérence maximale avec la LMP. Le projet de consultation est prêt depuis la mi-septembre 2014.

2.5 Autres dispositions légales choisies

D'autres actes peuvent jouer un rôle en rapport avec les objectifs secondaires des marchés publics. Il y a d'abord les actes relatifs à la concurrence si l'on s'intéresse à la promotion de bois issu de la gestion durable, ensuite les textes législatifs sur la protection de l'environnement et sur le bois et son utilisation.

a) Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

La loi sur le marché intérieur vise à créer un marché unifié et à en garantir l'accès dans les législations cantonales et communales⁷⁶. C'est pourquoi elle contient un article traitant des marchés publics : l'art. 5 LMI stipule que les cantons et les communes sont liés par les principes de l'égalité de traitement et de la transparence (al. 1) et, à titre déclaratif, qu'ils doivent tenir compte des engagements internationaux pris par la Confédération (al. 2). Étant donné que tous les cantons se sont dotés de bases légales suffisantes dans le domaine des soumissions, l'objectif premier de cet article est atteint. La mention des marchés publics dans la LMI n'en reste pas moins pertinente, car elle garantit que les cantons ne pourront pas à l'avenir s'écarte de ces normes minimales. L'art. 9 LMI arrête l'obligation de prendre des décisions sujettes à recours (al. 1) et de garantir au moins une voie de recours (al. 2) ; les soumissionnaires peuvent donc aussi invoquer une infraction à la LMI comme motif indépendant en cas de recours contre des exigences cantonales. L'art. 9, al. 2^{bis}, LMI confère un droit de recours à la Commission de la concurrence (COMCO) contre des décisions des autorités cantonales ou communales.

La LMI se contente d'énoncer quelques grandes lignes des marchés publics. C'est donc plutôt dans l'AIMP, en qualité d'acte d'exécution, qu'il conviendrait d'inscrire des prescriptions se rapportant à des objectifs secondaires ou à la promotion du bois.

b) Loi sur les cartels (LCart)

La loi sur les cartels (LCart)⁷⁷ a pour but « d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence » (art. 1 LCart).

Les infractions au droit des cartels peuvent devenir pertinentes en rapport avec les marchés publics également ; des ententes illégales entre soumissionnaires (ententes de soumission, « bid-rigging ») ou entre les adjudicateurs et certains soumissionnaires (soumission collusoire) sapent la concurrence.

⁷⁶ Oesch, Matthias, Zwald, Thomas, « Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt », art. 1 LMI, ch. 2, dans: Oesch/Weber/Zäch (Éd.), 2011, pp. 455-478.

⁷⁷ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251.



rence et les objectifs d'économicité ; elles peuvent causer un dommage économique considérable aux finances de l'État et donc aussi au contribuable.

À la différence de l'Allemagne – où les ententes de soumission constituent une infraction pénale sanctionnée par peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans – la Suisse ne connaît pas de normes sur la poursuite de ces délits. Cependant, l'art. 5 LCart (Accords illicites) inclut les ententes de soumission, qui peuvent par conséquent être sanctionnées selon l'art. 49a LCart. La LMP contient une seule disposition relative à ces ententes : l'art. 11, let. e, LMP arrête que l'adjudicateur peut exclure les soumissionnaires lorsqu'« ils ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace ». En cas d'ententes de soumission, la LCart et la LMP sont applicables parallèlement⁷⁸.

De nouvelles dispositions sur la lutte contre la corruption ont été insérées dans l'AMP (préambule, art. IV, par. 4, AMP). Les infractions au droit des cartels dans la LMP pourraient de ce fait gagner en importance. Mais ce point n'étant guère pertinent en rapport avec la gestion durable du bois, nous ne l'approfondissons pas dans le présent avis de droit.

c) Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC)

La loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC)⁷⁹ fait partie, à l'instar de la LMP, des actes législatifs fédéraux de promotion de la concurrence fondés sur le droit de l'OMC. La LETC régit l'élimination des entraves techniques au commerce et arrête à cet effet que les prescriptions techniques⁸⁰ doivent être formulées de façon transparente et adaptées aux principaux partenaires commerciaux. Il n'est possible de s'écartier de ce principe qu'en présence d'un intérêt public prépondérant (la protection de l'environnement en fait partie), à condition que le principe de proportionnalité soit respecté et que la dérogation ne constitue ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée aux échanges (art. 4, al. 3 LETC).

Bien que la LETC ne contienne aucune disposition relative aux marchés publics, il y a des recoulements entre les deux domaines juridiques. Ainsi, des exigences dans le domaine des appels d'offres, par exemple sous la forme de spécifications techniques, peuvent avoir l'effet d'entraves au commerce⁸¹. Dans l'interprétation de la LMP, il faut par conséquent éviter autant que possible les entraves au commerce afin de ne pas miner inutilement le but et l'objet de la LETC. À l'inverse, les prescriptions techniques peuvent influer sur le choix de l'objet du marché ou la marge de manœuvre dont jouissent les soumissionnaires. Pour fournir la prestation du marché, ces derniers ne peuvent mettre dans le commerce en Suisse que les produits correspondant aux prescriptions techniques du droit sectoriel concerné (ou qui sont régis par le principe Cassis de Dijon). Il est p. ex. interdit aux entreprises de mettre sur le marché des machines de chantier qui ne satisfont pas aux exigences relatives aux filtres à particules de l'ordonnance sur la protection de l'air. Cela peut revenir à une

⁷⁸ Weber et Rizvi 2010, ch. 14, avec référence à DPC 2005/1, p. 191 s., ch. 5.2, et DPC 2009/3, p. 203, ch. 42.

⁷⁹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce, RS 946.51.

⁸⁰ Les « prescriptions techniques » sont définies à l'art. 3, let. b, LETC ; il s'agit des exigences contraignantes pour une produit (notamment les caractéristiques, la composition ou la production), dont il faut impérativement tenir compte lors de la mise sur le marché (p. ex. déclarations obligatoires pour les denrées alimentaires étrangères ou prescriptions sur les gaz d'échappement pour les voitures).

⁸¹ BBI 1995 I ? 525.



discrimination *de facto* d'entreprises de construction étrangères, laquelle est toutefois justifiée pour des raisons de protection de l'environnement selon l'art. 4 LETC.

Si l'interdiction de la discrimination est arrêtée explicitement dans la LMP, ce n'est pas le cas du principe de la proportionnalité (art. 4, al. 3, let. c, LETC), lequel découle toutefois des dispositions de l'AMP. L'art. X, par. 1, AMP stipule que les spécifications techniques seront établies de manière à ne pas créer des obstacles non nécessaires au commerce international (cf. ch. 1.3). Lors de la définition de spécifications techniques se rapportant au bois, il faut par conséquent opter pour la solution la plus modérée par rapport au principe de proportionnalité afin d'empêcher les entraves inutiles au commerce. Eu égard à la LETC, il faut en outre veiller à ce que les spécifications techniques ne constituent pas une restriction déguisée au commerce international pour éviter le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement.

d) Loi sur la protection de l'environnement (LPE)

L'art. 74, al. 1, Cst. habile la Confédération à « légiférer sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes ». La Confédération a fait usage de ce droit en édictant la loi sur la protection de l'environnement (LPE)⁸².

L'art. 1, al. 1, LPE concrétise la notion de « protection de l'environnement naturel » inscrite dans la Constitution fédérale. Il évoque en particulier la protection des ressources naturelles et de la diversité biologique. Eu égard à d'autres textes législatifs, la LPE fixe des normes minimales, c'est-à-dire que des prescriptions plus strictes sont admissibles, mais pas des dispositions plus laxistes (art. 3, al. 1, LPE)⁸³. La protection de l'environnement présente (elle est) un intérêt public, qui doit être pris en compte dans toute action de l'État et dans l'exercice des tâches étatiques. Les dispositions de la LPE déplient par conséquent un effet horizontal sur toutes les activités étatiques, même quand celles-ci ne sont pas directement mentionnées dans la LPE.

La LPE ne contient pas de normes explicites concernant les marchés publics, mais diverses dispositions peuvent servir de base légale à des mesures de promotion :

L'art. 43a, al. 1, LPE confère au Conseil fédéral la compétence d'introduire des labels écologiques (écolabels) volontaires⁸⁴. Ce faisant, il doit tenir compte du droit international et des normes techniques reconnues au niveau international (art. 43a, al. 2, LPE). À cet égard, c'est surtout le droit de l'OMC qui joue un rôle, AMP compris. Le Conseil fédéral dispose donc déjà d'une base légale pour introduire des exigences techniques selon l'art. X, par. 6, AMP, et concrétiser des critères d'évaluation à l'aide d'écolabels. Une telle démarche serait également conforme à l'art. 5, par. 8, de la Convention d'Aarhus⁸⁵, qui exige des États Parties qu'ils mettent à la disposition des consomma-

⁸² Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement, LPE), RS 814.01.

⁸³ Le domaine de la protection contre les rayons ionisants relève de la loi sur la radioprotection (art. 3, al. 2, LPE).

⁸⁴ Griffel et Rausch 2011, pour information, art. 43a, ch. 5.

⁸⁵ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014, RS 0.814.07.



teurs suffisamment d'informations sur les produits afin que ceux-ci puissent faire des choix écologiques en toute connaissance de cause⁸⁶.

Jusqu'ici, aucune prescription n'a été édictée sur la base de l'art. 43a, al. 1, LPE. En 2010, le Conseil fédéral a mis en vigueur l'ordonnance sur la déclaration concernant le bois et les produits en bois, qui contient une obligation de déclarer l'origine du bois. Cette ordonnance a certes un rapport avec l'art. 43a, al. 1, LPE, mais elle s'appuie sur les art. 4 et 11 de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs⁸⁷.

Le projet du nouvel art. 35f LPE, conçu comme contre-proposition de l'initiative « économie verte », doit habiliter le Conseil fédéral à édicter des exigences écologiques minimales relatives à la mise sur le marché de produits, y compris de bois : « Les dispositions concernant les conditions de mise sur le marché doivent en outre fournir une base à l'élaboration de dispositions analogues au règlement de l'UE dans le domaine du bois. Celui-ci fixe des exigences en matière de mise sur le marché de bois et de produits dérivés du bois fondées sur le respect des prescriptions applicables à l'exploitation du bois dans le pays d'origine. Il vise notamment à garantir, dans un souci de protection du climat et de la biodiversité, que le bois commercialisé a bien été récolté de manière légale. »⁸⁸

On trouve un autre exemple de l'effet horizontal de la LPE en rapport avec l'utilisation de bois dans l'art. 6 de l'ordonnance sur la construction des bateaux⁸⁹. Cette disposition arrête que la protection de l'environnement doit être prise en considération lors de la planification, de la construction et de l'entretien des installations servant à la navigation.

e) Loi sur les forêts (LFo)

La protection et la conservation des forêts et de leurs fonctions protectrice, sociale et économique relèvent de la compétence de la Confédération (art. 77 Cst.). Ce mandat constitutionnel est concrétisé par la loi sur les forêts (LFo)⁹⁰ et l'ordonnance sur les forêts (OFO)⁹¹, qui régissent la protection et la conservation de ce milieu naturel. À cet effet, l'OFO autorise la Confédération à prendre des mesures pour améliorer la commercialisation du bois et en promouvoir la vente (art. 31, let. d, LFo et art. 38a, al. 1, let. c, LFo en rel. avec art. 43 OFo).

L'aspect de promotion doit être renforcé dans le cadre de la Politique forestière 2020. Le projet de révision de la LFo prévoit ainsi que « La forêt et la gestion forestière doivent par exemple contribuer à atténuer les changements climatiques en augmentant et en optimisant l'exploitation et l'utilisation de la matière première renouvelable bois »⁹². Une nouvelle section 1a (« Promotion du bois ») doit ajouter à la LFo une base légale permettant de promouvoir le bois produit selon les principes du

⁸⁶ Errass 2010, pp. 230-231.

⁸⁷ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC), RS 944.0.

⁸⁸ Message relatif à l'initiative populaire « Pour une économie durable et fondée sur une gestion efficiente des ressources (économie verte) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur la protection de l'environnement), 12 février 2014, FF 2014 1751, p. 1796.

⁸⁹ Ordonnance du 14 mars 1994 sur la construction et l'exploitation des bateaux et des installations des entreprises publiques de navigation (ordonnance sur la construction des bateaux, OCB), RS 747.201.7.

⁹⁰ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (loi sur les forêts, LFo), RS 921.0.

⁹¹ Ordonnance du 30 novembre 1992 sur les forêts (OFO), RS 921.01.

⁹² Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les forêts, projet du 16 avril 2013.



développement durable et créer ainsi un mandat légal pour encourager la vente et la valorisation du bois issu de la gestion durable. Au nombre des mesures de promotion prévues dans le nouvel art. 34, il y a les stratégies, les plans et le soutien à des projets innovants. Le projet de loi ne dit toutefois rien sur la promotion du bois dans le cadre de marchés publics. Prévoir une réglementation spéciale dans la LFo ou l'OFo concernant l'utilisation de bois dans des constructions publiques serait envisageable afin de disposer d'une définition légale des critères de gestion durable en rapport avec la récolte de bois et d'éventuels critères d'exclusion⁹³.

Les développements récents au sein de l'Union européenne sont également pertinents pour la législation suisse sur les forêts. Depuis mars 2013, les produits en bois (importés) sont soumis au « règlement de l'UE concernant le bois et ses produits dérivés »⁹⁴. L'UE entend empêcher le commerce de produits provenant de l'exploitation illégale, en posant des exigences plus sévères concernant la légalité de la récolte et les attestations et documentations à fournir par les acteurs du marché. Étant donné que l'économie du bois suisse est étroitement liée au marché intérieur européen (en 2011, 90 % des exportations de bois suisse étaient destinées à l'UE, 95 % des importations de bois provenaient de l'UE)⁹⁵, la Confédération examine actuellement l'opportunité de créer une réglementation suisse équivalente à celle de l'UE afin d'éviter les entraves au commerce non tarifaires. Une telle base légale devrait être conçue en prenant en considération l'OFo et le droit sur les marchés publics.

f) Loi sur les produits de construction (LPCo)

La loi sur les produits de construction (LPCo)⁹⁶ régit la mise sur le marché de produits de construction⁹⁷ et vise à réduire les entraves techniques au commerce dans ce secteur. Les produits de construction entrent dans le champ d'application de l'accord bilatéral avec l'UE sur la reconnaissance mutuelle (Accord de Reconnaissance Mutuelle, ARM)⁹⁸. Il est dès lors important pour la Suisse d'assurer que ses prescriptions sont équivalentes à celles de l'UE. En 2013, l'UE a mis en vigueur un nouveau règlement sur les produits de construction⁹⁹, qui définit le cadre des exigences relatives à la mise sur le marché de produits de construction et les obligations des différents acteurs du marché. La LPCo a fait l'objet d'une révision totale récemment, dans le but de l'adapter aux derniers développements législatifs de l'UE.

⁹³ Voir plus bas ch. 4.1 ; la LFo ou l'OFo pourrait ainsi préciser quels critères environnementaux les fournisseurs de bois doivent impérativement remplir dans le cadre des marchés publics et que la non-conformité peut résulter en l'exclusion de la procédure.

⁹⁴ Règlement (UE) N° 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.

⁹⁵ Morard et Pfannkuch 2013, p. 48.

⁹⁶ Loi fédérale du 21 mars 2014 sur les produits de construction, RS 933.0.

⁹⁷ Définition des produits de construction : « tout produit fabriqué et mis sur le marché en vue d'être incorporé de façon durable à des ouvrages de construction ou des parties d'ouvrages de construction [...] » (art. 2, ch. 1, LPCo).

⁹⁸ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité.

⁹⁹ Règlement (UE) N° 305/2011 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant la directive 89/106/CEE du Conseil.



La nouvelle LPCo est « d'inspiration libérale »¹⁰⁰. En principe, l'Etat ne définit pas les performances qu'un produit doit atteindre. Il fixe des exigences applicables aux produits uniquement lorsque cela est nécessaire pour protéger la santé, l'environnement, etc. Les prescriptions techniques dans les actes normatifs relatifs à la protection de l'environnement sont par conséquent applicables aux produits de construction (art. 1, al. 3, LPCo).

Le droit relatif aux produits de construction ne contient aucune réglementation sectorielle spécifique des marchés publics. Il n'y a pas d'obligation légale ni d'engagements internationaux dans ce domaine. Il n'en reste pas moins que des exigences relatives aux produits formulées dans un appel d'offres peuvent, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut en rapport avec la LETC, avoir l'effet d'entraves techniques au commerce. La nécessité d'éviter autant que possible de tels obstacles est renforcée par l'ARM : en vertu du principe d'équivalence, la Suisse doit veiller à ne pas édicter de prescriptions techniques plus strictes que celles de l'UE afin de prévenir les distorsions commerciales et de ne pas saper inutilement les avantages de l'ARM.

g) Bilan intermédiaire concernant le droit pertinent en Suisse

L'analyse des dispositions du droit fédéral pertinentes en rapport avec les marchés publics durables révèle qu'il existe une grande marge de manœuvre pour des mesures de promotion du bois issu de la gestion durable.

Les actes normatifs portant sur la concurrence contiennent certaines dispositions concernant les marchés publics (art. 5 LMI ou art. 5 LCART), mais celles-ci s'adressent aux cantons ou aux acteurs privés du marché. Ces prescriptions ne sont par conséquent pas pertinentes en rapport avec des mesures de promotion de l'économie forestière.

Le droit des marchés publics étant toutefois étroitement lié au droit du commerce international, il faut tenir compte des dispositions de la LETC (ainsi que des actes normatifs sectoriels correspondants, p. ex. la LPCo). Même si les spécifications techniques n'entrent pas dans le secteur de réglementation de la LETC et échappent donc à son champ d'application strict, elles peuvent néanmoins constituer des entraves techniques au commerce. Les exigences environnementales posées dans les spécifications techniques pour des produits en bois doivent par conséquent obéir au principe de la proportionnalité, c'est-à-dire qu'il faut opter pour la version la plus modérée, qui restreignent le moins le marché. Cette condition ressort d'ailleurs de l'art. X, par. 1, AMP et du principe constitutionnel de l'art. 5, al. 2, Cst. qui dit que l'activité de l'Etat doit être proportionnée au but visé.

Les mesures de promotion du bois occupent une place prépondérante aussi dans le droit de l'environnement et dans l'actuelle révision en rapport avec le plan d'action « économie verte ». Les projets de modification de la LPE et de la LFo prévoient de nouvelles dispositions visant à promouvoir le bois provenant de la gestion durable. Le nouvel art. 35f LPE pose des exigences plus strictes relatives à la protection de l'environnement en rapport avec la mise sur le marché de matières premières, dont fait partie le bois. Le projet de la LFo contient un chapitre consacré à la promotion du bois produit de façon durable. Même si ces actes normatifs ne sont pas en lien direct avec les marchés publics, ils peuvent néanmoins servir de base légale pour promouvoir une économie forestière durable dans le cadre de ces marchés.

¹⁰⁰ Message du 4 septembre 2013 concernant la loi fédérale sur les produits de construction, FF 2013 6677, p. 6698.





3 Prise en compte de l'art. X, par. 6 AMP dans la révision de la LMP/OMP et de l'AIMP

3.1 Situation initiale : besoin d'action en rapport avec la révision de la LMP

Les objectifs secondaires, donc aussi les considérations de développement durable et de protection de l'environnement, ne sont pas réglés explicitement dans le droit des marchés publics. Il est cependant reconnu d'une manière générale que la protection de l'environnement, inscrite à plusieurs reprises dans la Constitution, est un intérêt public important et doit être prise en compte dans les achats publics. Ce qui fait l'objet de controverses est la mesure à considérer comme adéquate et justifiée. Les dispositions de la LMP et de l'OMP ainsi que la jurisprudence fournissent divers points de repère à ce propos.

Sur le plan matériel, les critères environnementaux doivent être définis en accord avec les principes du droit suisse des marchés publics, notamment de la concurrence et de l'économicité, ainsi qu'avec les principes de transparence et de non-discrimination. En outre, les exigences en matière environnementale inscrites dans les appels d'offres doivent être proportionnées, conformément au droit de l'OMC : elles ne doivent pas restreindre la concurrence plus que nécessaire ni évincer entièrement les considérations économiques, et elles doivent être transparentes et fonctionnelles.

Sur le plan formel, la prise en compte de préoccupations écologiques peut être envisagée à différents niveaux de la procédure. D'abord, lors de la définition de l'objet du marché public, à savoir dans les spécifications techniques élaborées au tout début de la procédure. Ensuite, elle peut avoir lieu au moment de l'adjudication, par le biais de critères d'évaluation, qui peuvent être définis et pondérés en tenant compte de facteurs environnementaux. Enfin, il est possible d'axer des critères de qualification, qui se rapportent aux soumissionnaires, sur des considérations écologiques. Cette dernière option se prête surtout aux objectifs sociaux, par exemple la formation d'apprentis, mais elle est moins praticable pour les critères environnementaux et en particulier la promotion du bois. Dans ce contexte en effet, les exigences se rapportent surtout à des produits et pas tant à des personnes.

Les instruments qui se prêtent à l'inclusion de critères écologiques dans les marchés publics sont les spécifications techniques et les critères d'évaluation. Les premiers ont l'avantage d'être obligatoires : les produits qui n'atteignent pas un seuil écologique donné sont exclus d'emblée. Il subsiste toutefois une incertitude juridique concernant la prise en compte de critères portant sur la production¹⁰¹, qui n'ont pas d'effet direct sur le produit fini ; or, de tels critères jouent un rôle important dans le contexte de la promotion du bois, le caractère durable du bois dépendant essentiellement du mode de production ou de récolte.

Si les spécifications techniques incluent, selon la définition légale de l'art. I, let. u, AMP, les procédés et méthodes de production, la LMP ne dit rien à ce propos pour les critères d'évaluation. Du point de vue de la doctrine juridique, il ne serait pas logique qu'il soit interdit de tenir compte des procédés et méthodes de production dans les critères d'évaluation, lesquels sont moins restrictifs pour la concurrence que ne le sont les spécifications techniques. Cette approche est d'ailleurs confirmée par la doctrine dominante ; les critères d'évaluation se rapportant au processus de fabrication sont légaux tant qu'ils sont pondérés correctement.

¹⁰¹ Voir plus haut, ch. 1.4. a).



Cette appréciation est encore confirmée en regard des besoins des consommateurs. La population est de plus en plus sensible aux questions de protection de l'environnement, ce qui change la demande de produits de consommation. S'il est vrai que les considérations écologiques étaient par le passé considérées comme étrangères au marché public et donc comme n'ayant aucun lien avec l'objet du marché, les temps ont changé. Il est de plus en plus considéré que la compatibilité avec l'environnement est un signe de qualité, qui a un rapport direct avec le produit.

La faible densité réglementaire relative aux préoccupations environnementales est en contradiction avec ces tendances. Le fait que les objectifs secondaires ne sont pas réglés dans la législation sur les marchés publics et que la LMP ne décrit que sommairement la prise en compte de considérations écologiques engendre une insécurité du droit aussi bien pour les soumissionnaires potentiels que pour les adjudicateurs. Il convient de profiter de la révision du droit des marchés publics pour remédier au mieux à cette insécurité juridique.

3.2 Cadre constitutionnel et axe de poussée générale de la révision de la LMP-

a) Principe du développement durable

Le principe du développement durable est inscrit à plusieurs reprises dans la Constitution : le préambule reconnaît les « responsabilités envers les générations futures » et l'article définissant le but énonce comme objectifs étatiques la promotion du « développement durable » et la « conservation durable des ressources naturelles » (art. 2, al. 2 et 4, Cst.). Le développement durable se retrouve comme mandat constitutionnel concret dans la section 4 de la Constitution (« Environnement et aménagement du territoire ») : l'art. 73 Cst. charge la Confédération et les cantons d'œuvrer « à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain ». L'art. 74 Cst. confère en outre à la Confédération la compétence de légiférer « sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes ».

Le mandat constitutionnel de l'art. 73 Cst. est étroitement lié à la promotion du bois suisse. Bien que l'idée du développement durable dans sa dimension écologique découle avant tout du droit environnemental international, ce principe a déjà été inscrit très tôt dans la législation suisse, en rapport avec la gestion forestière¹⁰². Aujourd'hui, il fait l'objet de réflexions en premier lieu dans le cadre du droit pertinent pour l'environnement, mais il joue également un rôle dans le droit commercial, à titre de « garde-fou contre la liberté économique » et même « d'élément porteur du référentiel de l'économie de marché »¹⁰³. Même si l'applicabilité du principe du développement durable dans la législation et l'exécution du droit commercial n'est pas encore suffisamment tirée au clair, il faut également se rappeler le mandat constitutionnel dans ce contexte, qui peut servir d'aide à l'interprétation. Le Tribunal fédéral a précisé à ce propos que le principe du développement durable doit être inclus dans la pesée des intérêts, indépendamment de sa justicierilité¹⁰⁴.

¹⁰² Vallender, art. 73, ch. 1, St. Galler Kommentar 2008.

¹⁰³ Vallender, art. 73, ch. 35, St. Galler Kommentar 2008 ; voir aussi Petitpierre-Sauvain, Fondements écologiques, 587.

¹⁰⁴ ATF 1a.115/2003, consid. 3.2.



L'art. 74 Cst. (en rel. avec les art. 2, al. 4, et 73 Cst.) constitue la base légale pour contribuer, par le biais de dispositions légales, à éviter des atteintes excessives à l'environnement naturel¹⁰⁵.

Les art. 73 et 74 Cst. soulignent que la protection de l'environnement représente une tâche étatique importante¹⁰⁶. Le discours qui a dominé jusqu'ici la doctrine était que si la protection de l'environnement jouait bien un rôle central dans le droit commercial, il n'occupait pas pour autant une position prépondérante. Or, cette attitude passe à côté de l'essentiel. La question centrale n'est pas l'effet dérogatoire des principes constitutionnels, mais bien plus comment aménager les affaires économiques afin d'exploiter les synergies potentielles avec la protection de l'environnement ou à tout le moins sans porter atteinte aux ressources naturelles.

En conséquence, les art. 73 et 74 Cst. forment la base constitutionnelle permettant de transposer l'AMP révisé et son changement de paradigme¹⁰⁷ dans un droit des marchés publics qui ne soit plus axé uniquement sur la concurrence, mais qui intègre d'autres objectifs politiques importants.

b) Domaine régi par l'AP-LMP

Il y a un nombre considérable de modifications, petites et grandes, dans l'AMP révisé, modifications que le législateur suisse doit transposer dans le droit national suite en vue de la ratification, et ce aux niveaux aussi bien fédéral que cantonal. Le projet de révision de la LMP (tout comme les futures adaptations de l'OMP et la révision parallèle de l'AIMP) comprend par conséquent toute une série de propositions de réglementations qui ne sont pas pertinentes dans la présente analyse, cette dernière portant uniquement sur la transposition dans le droit suisse des principes de développement durable selon l'AMP.

Les commentaires qui suivent ne s'intéressent donc pas aux modifications qui portent par exemple sur le champ d'application, les principes généraux, l'information sur les marchés publics (exigences de transparence), les conditions de participation, la conception de la documentation relative à l'appel d'offres, les délais et les négociations, l'adjudication de gré à gré, les enchères électroniques, le traitement des offres ni les voies de recours. Outre l'évaluation du traitement général réservé aux objectifs de développement durable, il convient en revanche d'examiner de plus près la réglementation relative aux spécifications techniques, à la qualification des soumissionnaires et à l'adjudication.

Un autre point important pour le présent avis de droit est le but du Conseil fédéral d'harmoniser dans la mesure du possible les bases légales aux niveaux fédéral et cantonal dans le domaine des marchés publics, dans l'intérêt de l'économie suisse. La révision de la LMP et celle de l'AIMP ont de ce fait été menées en parallèle sur le plan administratif ces derniers mois. En rapport avec la prise en compte des objectifs de développement durable nouvellement prévus à l'art. X, par. 6, AMP, il convient donc d'évaluer les réglementations proposées par la Confédération et les cantons.

3.3 Adaptation de l'art. 1 AP-LMP

Le droit des marchés publics vise en premier lieu la promotion d'une concurrence efficace et fait par conséquent partie de la réglementation en matière de concurrence. Cette dernière a pour but de

¹⁰⁵ Morell, art. 74, ch. 8, St. Galler Kommentar 2008.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Steiner 2014, p. 151.



contribuer à une utilisation rationnelle des fonds publics ; dans ce contexte, il faut aussi appliquer les principes de la transparence et de la non-discrimination entre les soumissionnaires.

L'article actuel définissant le but de la loi vise spécialement les deux principes susmentionnés. La nouvelle version proposée (art. 1 AP-LMP) confirme les règles de concurrence, dans un libellé en partie modifié, mais sans changement du contenu. Le projet de l'art. 1, al. 1, let. a, AP-LMP inclut toutefois d'autres intérêts publics dans la réflexion sur l'efficacité économique en précisant « associée au respect des principes du développement durable ».

Le développement durable susmentionné, qui est aussi inscrit à l'art. 73 Cst., porte sur la dimension écologique aux termes de l'art. X, par. 6 et 9, AMP, c'est-à-dire qu'il vise la mise en œuvre d'objectifs environnementaux. Sur le plan législatif, il eut été pensable d'inclure aussi la dimension sociale des politiques dites secondaires dans le champ d'application ; les États Parties à l'AMP n'ont toutefois pas réussi à s'entendre sur le champ d'application de la dimension sociale lors de la révision de l'accord. Pour la Suisse, il s'agit par conséquent de transposer en priorité les objectifs écologiques découlant de l'AMP révisé, bien que le législateur ait déjà introduit des considérations sociales de la protection des travailleurs dans le droit en vigueur, à l'art. 8, al. 1, let. b, LMP, et repris cet objectif dans l'AP-LMP, à l'art. 14. L'utilisation de bois suisse dans les constructions publiques est clairement motivée par l'écologie, de sorte que le débat sur les aspects sociaux du développement durable n'est pas pertinent dans ce contexte.

Les aspirations législatives évoquées dans l'article énonçant le but d'un acte sont souvent formulées d'une façon qui n'en fait pas des normes directement applicables. Autrement dit, les individus ou les entreprises ne peuvent pas invoquer les exigences de cet article comme norme constitutive d'un droit. Cet article fondamental revêt toutefois une grande importance pour l'interprétation des dispositions de la loi. En mentionnant le développement durable dans l'article énonçant le but de la loi, le législateur exprime clairement que ce critère doit être appliqué à toutes les étapes de la procédure de sélection du soumissionnaire auquel sera adjugé le marché public.

Enfin, il est heureux que le choix des mots à l'art. 1, al. 1, let. a, AP-LMP se soit porté sur « développement durable », un terme dont l'acception est très large. Cette démarche est correcte et mérite d'être approuvée, vu qu'elle facilite une interprétation des dispositions de la LMP conforme à la Constitution et au droit international. L'objectif poursuivi en rapport avec l'utilisation du bois peut donc parfaitement être mis en œuvre dans le cadre de la formulation choisie.

3.4 Adaptation des art. 33/34 AP-LMP

Si la version de l'art. 33 AP-LMP régissant les critères d'évaluation n'est pas entièrement nouvelle en comparaison de l'article 21 LMP actuellement en vigueur, sa teneur s'en écarte néanmoins de façon non négligeable. L'art. 34 AP-LMP en revanche est une nouvelle norme relative aux spécifications techniques qui s'appuie sur l'AMP révisé.

a) Critères d'évaluation selon l'art. 33 AP-LMP

L'art. 33 AP-LMP arrête que l'adjudicateur doit évaluer les offres sur la base de critères d'évaluation liés aux prestations. Il s'agit en particulier du prix, mais pas uniquement. La disposition énumère en effet toute une série d'autres critères (art. 33, al. 1, 2^e phrase, AP-LMP) qui peuvent être pris en con-



sidération. Ce ne sont pas moins de 18 critères qui sont nommés explicitement dans le projet de loi, dont le développement durable, et la liste n'est pas exhaustive, signifiant que d'autres facteurs pourraient être inclus. Cet article souligne clairement la volonté de tenir compte d'une large palette de critères liés aux prestations pour l'adjudication d'un marché. En utilisant le terme « développement durable », le législateur laisse une grande marge de manœuvre pour prendre en compte des aspects environnementaux internationaux tels que le changement climatique ; en outre, il apporte une réponse à une question qui a fait l'objet de nombreuses controverses dans la doctrine¹⁰⁸.

L'art. 33, al. 2, AP-LMP qui traite des places de formation professionnelle initiale n'est pas pertinent pour la question qui nous intéresse ici. L'art. 33, al. 3, AP-LMP en revanche devra être pris en compte pour les futurs projets : conformément au principe de transparence s'appliquant d'une manière générale aux marchés publics, la disposition exige de l'adjudicateur qu'il publie les critères d'évaluation et leur pondération dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres. Cette exigence s'applique également à la prise en compte du procédé/processus de production, qui revêt une importance primordiale pour l'utilisation de bois suisse. En vertu de l'art. 33 AP-LMP, il serait ainsi possible d'octroyer des points supplémentaires en rapport avec l'évaluation du critère de la compatibilité avec l'environnement pour du bois issu d'une économie forestière durable, pour autant que la pondération de ces considérations soit transparente dans l'ensemble de l'évaluation¹⁰⁹.

En résumé, l'art. 33 AP-LMP laisse au mandataire étatique, qui définit les critères d'évaluation, une large marge d'appréciation pour la prise en compte de considérations liées au développement durable. Il n'y a par conséquent pas de besoin d'action imminente s'agissant de la formulation des dispositions légales.

b) Spécifications techniques selon l'art. 34 AP-LMP

L'art. 34 AP-LMP contient des prescriptions relatives aux spécifications techniques devant être publiées et appliquées. Il y a notamment des injonctions visant à mettre en œuvre les normes internationales à travers les spécifications techniques dans les appels d'offres en Suisse (art. 34, al. 2, AP-LMP). Le 3^e alinéa règle les rapports aux droits de propriété intellectuelle et aux désignations d'origine ; en vertu de cette disposition, les exigences restrictives concernant l'origine géographique ou le pays de production ne sont pas admissibles, car elles seraient opposées aux principes de la concurrence et de la non-discrimination qui prévalent pour les marchés publics. Autrement dit, si nous revenons au bois, il ne serait pas permis de formuler une origine purement géographique (p. ex. « bois suisse ») dans les spécifications techniques des documents d'appel d'offres¹¹⁰.

Il serait en revanche parfaitement correct de procéder selon l'art. 34, al. 4, AP-LMP. Cette nouvelle disposition revêt une importance primordiale pour l'utilisation de bois suisse. Elle arrête explicitement que l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement. Dans le but de promouvoir l'utilisation de bois suisse, il serait possible d'établir des exigences concernant la consommation d'eau, les émissions de CO₂, le mode de récolte (p. ex. sans coupe rase, en s'appuyant sur le label FSC¹¹¹), etc., même si ces facteurs ne sont pas visibles directement dans le produit qu'est le bois¹¹².

¹⁰⁸ Aperçu de cette controverse dans Steiner 2014, p. 169.

¹⁰⁹ Steiner 2014, p. 169.

¹¹⁰ Rapport explicatif concernant l'AP-LMP, p. 28 (pas encore publié).

¹¹¹ Les labels ne peuvent être mentionnés qu'à titre d'exemple, mais ne peuvent constituer un critère exclu-



En vertu de l'art. 34, al. 2, AP-LMP, les spécifications techniques doivent néanmoins toujours être définies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles. Il ne serait par conséquent pas admissible de formuler des exigences se rapportant au soumissionnaire lui-même dans les spécifications techniques.

Ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, l'art. 34 AP-LMP est une disposition potestative, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'obligation de prévoir dans l'appel d'offres des spécifications techniques visant à promouvoir la conservation des ressources naturelles et la protection de l'environnement. Il convient de noter également que la disposition est formulée de façon assez large, bien que les ressources naturelles (dont le bois) et la protection de l'environnement (qui englobe aussi la protection de l'environnement au niveau international) ne constituent que des aspects partiels du développement durable.

Un coup d'œil suffit pour voir que le libellé des nouvelles dispositions des art. 33 et 34, en particulier l'art. 34, al. 4, AP-LMP, élargit nettement les possibilités pour les adjudicateurs publics d'inclure des critères de développement durable dans les appels d'offres. Concrètement, les prescriptions prévues faciliteront l'inscription dans les spécifications techniques d'exigences relatives à la production durable du bois et donc, tout en respectant les règles sur la concurrence et la non-discrimination, permettront de promouvoir l'utilisation de bois suisse dans les constructions publiques, en se fondant sur des critères de développement durable. Il est essentiel de noter à cet égard que c'est l'aspect du développement durable qui doit être au premier plan et que des considérations géographiques à visées protectionnistes n'ont pas leur place dans les spécifications techniques.

Cette extension des possibilités de poursuivre des objectifs de développement durable dans le cadre des marchés publics concorde avec le catalogue élargi des spécifications techniques pouvant être utilisées dans les appels d'offres en vertu de l'AMP révisé (art. I, let. u, AMP). Il ne fait aucun doute que l'utilisation de bois dans des constructions a un rapport matériel avec le produit faisant l'objet du marché¹¹³. Le critère de la préservation des ressources naturelles est également rempli dans le cas du recours au bois.

En résumé, il est donc permis d'affirmer que les grands axes des projets de révision de la LMP et de l'OMP sont globalement en accord avec l'AMP et que les modifications prévues permettront de tenir compte adéquatement des objectifs de développement durable poursuivis.

c) Digression : prise en compte des distances de transport dans les marchés publics

La question de savoir dans quelle mesure la longueur du trajet d'accès ou le mode de transport peuvent être pris en compte sous la forme d'un critère d'adjudication ou de spécification technique est fort complexe. La doctrine n'y a d'ailleurs pas encore apporté de réponse définitive¹¹⁴.

La définition légale des spécifications techniques à l'art. I, let. u, AMP inclut les caractéristiques des marchandises qui se rapportent aux procédés et méthodes de production (PMP)¹¹⁵. En vertu de

sif (cf. plus haut, ch. 2.3 et 2.5).

¹¹² Steiner 2014, p. 163.

¹¹³ Voir plus haut ch. 1.3.

¹¹⁴ Voir par exemple Hauser 2002, p.382; Steiner 2006, p.83, p.87 et pp.89 ss ; Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, p. 273

¹¹⁵ Voir plus haut ch. 1.3.



l'AMP, il est dès lors admissible d'arrêter dans les spécifications techniques des prescriptions sur le développement durable qui ne sont pas directement visibles dans le produit fini. Comme toujours, la condition est bien sûr le respect des principes de la transparence et de la proportionnalité ainsi que le rapport avec l'objet du marché public. Il n'y a pas de pondération pour les spécifications techniques (à la différence des critères d'évaluation) ; comme il s'agit de critères « binaires », une exigence concernant la distance de transport ne serait probablement proportionnelle que si le transport constituait l'objet central du marché. Il convient de relever toutefois que l'utilisation de PMP n'a encore jamais fait l'objet d'une procédure de conciliation en rapport avec l'AMP auprès de l'OMC ; il appartiendra par conséquent à la jurisprudence de déterminer quels PMP sont disproportionnés et donc discriminatoires en vertu du droit de l'OMC.

En Suisse, la prise en compte du transport dans les critères d'évaluation a déjà été critiquée à plusieurs reprises. Dans le cas d'une adjudication du ramassage des ordures, le Tribunal fédéral a ainsi estimé que l'autorité adjudicatrice locale avait accordé trop de poids au critère des distances de transport¹¹⁶. Mais il a également réfuté l'argument avancé par le requérant, qui arguait que la prise en considération du transport était d'une manière générale problématique. Il a concédé qu'il pouvait même être objectivement nécessaire, lors de l'évaluation des offres, de tenir compte dans une certaine mesure du nombre de kilomètres à parcourir¹¹⁷.

S'agissant du critère du transport, il faut noter qu'il n'y a pas que la distance qui soit déterminante, mais aussi le type de transport. Dans l'affaire *Concordia Bus Finland*, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJCE) a ainsi rendu une décision favorable à l'entité contractante, qui avait adjugé le mandat au soumissionnaire utilisant le type de véhicules le moins polluant.

Selon la jurisprudence suprême et la doctrine dominante, il est donc essentiel que le critère « transport » (qui inclut distance et type) soit étroitement lié à l'objet du marché public et que l'adjudicateur soit nuancé dans sa façon de le traiter¹¹⁸, autrement dit qu'il le pondère adéquatement (proportionnalité)¹¹⁹. En raison de la proportionnalité requise, il peut être plus judicieux, dans le cas particulier, de tenir compte du transport dans les critères d'évaluation plutôt que dans les spécifications techniques (bien que leur définition légale à l'art. I, let. u, AMP inclue les PMP, alors qu'il n'existe pas de définition allant dans ce sens pour les critères d'évaluation dans le droit de l'OMC).

Pour les marchés publics ayant un rapport avec le bois, il convient également d'évaluer les critères d'évaluation dans le cas particulier. Si le transport est un élément central du mandat, il est tout à fait possible de prévoir des critères d'évaluation tels que les émissions d'azote et même la distance. En général cependant, les marchés publics englobant du bois sont des mandats de construction, où le transport ne joue qu'un rôle secondaire.

¹¹⁶ ATF 2P.342/1999 du 31 mai 2000

¹¹⁷ ATF 2P.342/1999 du 31 mai 2000, consid. 4a.

¹¹⁸ Steiner 2006, p. 92.

¹¹⁹ Steiner 2006, Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, p. 273 et pp.375/376 ; Zäch 1998, p 63.



3.5 Signification de l'art. 34, al. 4, AP-LMP et de l'art. 3 AP-OMP

Il ressort des réflexions qui précèdent que l'art. 34, al. 4, AP-LMP offre aux adjudicateurs une assez grande marge de manœuvre, qui leur permet de formuler les spécifications techniques d'un marché public de manière que la promotion ou la préservation des ressources naturelles ou de la protection de l'environnement soient une condition de participation à la procédure et un important critère d'adjudication. Dans le rapport entre loi et ordonnance, la hiérarchie des normes veut que l'ordonnance concrétise les principes généraux arrêtés dans la loi. Or, aucune disposition n'est prévue actuellement dans l'AP-OMP pour concrétiser l'art. 34, al. 4, AP-LMP. En cas de litige, il appartiendrait par conséquent au juge de décider ce qu'il faut entendre par ressources naturelles ou par protection de l'environnement.

L'art. 3 AP-OMP concrétise en revanche la notion de développement durable de l'art. 1 AP-LMP. De façon très succincte, il arrête que le développement durable comprend trois dimensions : économique, écologique et sociale. C'est surtout l'inclusion de la notion de « social » qui est importante dans cette concrétisation, car elle indique que le législateur suisse souhaite que la dimension sociale soit prise en compte dans les marchés publics, contrairement à la communauté internationale, qui n'a pas réussi à s'entendre sur les éléments sociaux lors de la révision de l'AMP (voir ch. 3.2). La Suisse peut s'appuyer sur des objectifs sociaux reconnus, en particulier sur les normes du droit du travail de l'Organisation internationale du travail.

En l'occurrence, le législateur en est resté à la notion d'écologie, qui ne dit guère plus que la protection des ressources naturelles et de l'environnement. Il y a toutefois la possibilité de recourir à la concrétisation du terme « développement durable » inscrit à l'art. 73 Cst..

De l'avis de l'Office fédéral de la justice, l'art. 73 Cst. n'est pas une simple déclaration ou une aide à l'interprétation, mais une norme constitutionnelle qui arrête un mode d'action contraignant pour les autorités compétentes. Cette obligation est toutefois soumise à une importante marge d'appréciation dans le cadre des diverses attributions, raison pour laquelle il ne devrait pas y avoir généralement de justiciabilité directe¹²⁰. L'art. 73 Cst. oblige les autorités à œuvrer à l'établissement d'un équilibre durable entre l'être humain et la nature ; l'accent doit être mis sur la capacité de renouvellement. Le but premier serait par conséquent d'éviter une surexploitation de ressources limitées. S'agissant de l'utilisation de bois, la surexploitation d'autres ressources peu abondantes n'est pas au premier plan, mais d'une manière générale la mise en œuvre de bons principes de gestion en Suisse. On ne peut toutefois pas en déduire que le principe du développement durable ne joue aucun rôle.

Même si les termes utilisés dans l'AP-LMP et l'AP-OMP sont relativement vagues, il est permis d'affirmer que la direction générale de la révision LMP/OMP va très clairement dans le sens d'une facilitation ou d'une amélioration de la prise en compte des critères de développement durable.

3.6 Possibilités d'élargir l'étendue de la protection de l'art. 34, al. 4, AP-LMP

L'art. 34, al. 4, AP-LMP évoque, ainsi que nous l'avons expliqué, la promotion ou la préservation des ressources naturelles et de la protection de l'environnement. Si l'on revient à l'utilisation de bois

¹²⁰ Office fédéral de la justice, art. 73 Cst., Nachhaltigkeit, Anwendung insbesondere im Bereich des Strassenverkehrs, avis de droit du 29 juin 2000, JAAC 65.2 (2001) N° 2, 33, 39.



suisse, c'est le terme « ressources naturelles » qui est avant tout pertinent. Dans la perspective d'un éventuel élargissement de l'étendue de la protection, il convient d'analyser trois aspects surtout, à savoir le terme ressources naturelles lui-même, le rapport avec le bois suisse et l'extension des aspects de développement durable.

(1) Le bois est de toute évidence une ressource naturelle ; lorsqu'il s'agit d'encourager l'utilisation du bois, aucune formulation (élargie) de l'étendue de la protection n'est nécessaire.

À la lumière des objectifs visés par les interventions politiques concernant l'utilisation de bois (suisse), il conviendrait de se demander si une « restriction » de l'étendue de la protection pourrait être utile. Le bois est en principe une ressource renouvelable ; en insérant l'adjectif « renouvelable » dans le texte de loi (« encourager la préservation des ressources naturelles renouvelables »), l'utilisation du bois pourrait éventuellement être favorisée, car les ressources naturelles non renouvelables ne feraient pas l'objet des spécifications techniques dans ce cas. Il n'est toutefois pas clair de prime abord quelles ressources naturelles seraient exclues du champ d'application de l'art. 34, al. 4, AP-LMP si la formulation était modifiée dans ce sens.

Pour les raisons exposées ci-dessus, il apparaît peu judicieux de restreindre la notion proposée à l'art. 34, al. 4, AP-LMP en y apposant le qualificatif « renouvelable ».

(2) Une autre modification possible consisterait en une restriction géographique, en parlant d'« encourager la préservation des ressources naturelles suisses ». Celle-ci devrait toutefois être compatible avec l'interdiction de discrimination inscrite dans le droit de l'OMC (traitement national), car l'objectif de développement durable ne dépend pas de l'origine nationale, mais des ressources naturelles correspondantes. À ce propos, les réflexions faites dans le premier avis de droit du 23 juillet 2013 sont valables par analogie. Qui plus est, une telle restriction pourrait empêcher la prise en compte d'aspects du développement durable global, par exemple du changement climatique et des répercussions qu'il pourrait avoir sur l'utilisation de bois suisse.

(3) À la différence de l'art. 33, l'art. 34, al. 4, AP-LMP ne contient pas la notion de développement durable, mais uniquement des aspects partiels : encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement. Les spécifications techniques sont des exigences minimales, contrairement aux critères d'évaluation. Elles doivent être remplies par tous les soumissionnaires. Les offres des soumissionnaires qui ne se conforment pas à ces conditions ne sont pas retenues¹²¹. Au vu des répercussions importantes sur la concurrence, les exigences en matière de proportionnalité et de transparence sont considérables dans le cas des spécifications techniques. Il est incontesté que les critères qui sont admis dans les spécifications techniques le sont aussi dans les critères d'évaluation¹²².

En rapport avec l'utilisation de bois suisse, il faut se demander quels autres critères de développement durable pourraient être significatifs outre la protection de l'environnement et la préservation des ressources naturelles. Pour l'heure, aucune extension ne semble s'imposer. Mais dans l'optique de l'actuel débat sur l'énergie et dans une perspective législative plus large, débordant le cadre concret de l'utilisation de bois suisse, il pourrait être judicieux d'élargir le spectre des critères de déve-

¹²¹ ATF B-3526/2013 consid. 6.2 avec renvois.

¹²² Steiner 2014, p. 170.



lagement durable pouvant être inscrits dans les spécifications techniques. Enfin, une utilisation cohérente et uniforme des termes serait souhaitable, car elle faciliterait considérablement l'interprétation dans la pratique.

3.7 Rapport entre les art. 33 / 34 AP-LMP et l'art. 43 AP-LMP

L'art. 43 AP-LMP arrête que l'adjudicateur adjuge le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement (al. 1). Pour les prestations largement standardisées, l'adjudication peut se faire sur la base uniquement du prix le plus bas (al. 2). Les autres critères d'évaluation énumérés aux art. 33 et 34 AP-LMP ne sont pas repris dans l'art. 43 AP-LMP.

L'AMP 1994 prévoyait déjà à l'art. XIII, par. 4, let. b, le choix pour l'entité publique entre le prix le plus bas ou l'offre la plus avantageuse selon différents critères d'évaluation. L'art. 43, par. 2, AP-LMP vient confirmer le principe déjà reconnu dans le droit en vigueur, à savoir que le marché est en règle générale adjugé à l'offre la plus avantageuse économiquement et exceptionnellement à celle dont le prix est le plus bas¹²³. Le terme « prestations largement standardisées » étant une notion juridique vague, les adjudicateurs disposent en l'occurrence d'une marge d'appréciation considérable¹²⁴. Il est par conséquent possible de répondre par la négative à la question de savoir si l'exigence particulière de l'art. 43, al. 2, AP-LMP revêt une importance pratique pour les constructions publiques. En effet, les bâtiments (publics) ont en règle générale des caractéristiques spécifiques et il ne saurait donc être question de « prestations largement standardisées ».

Le contenu de l'art. 43, al. 1, AP-LMP est très similaire au libellé de l'art. 21, al. 1, 1^{re} phrase, LMP actuellement en vigueur. L'expression « offre la plus avantageuse économiquement » ne se rapporte pas uniquement au prix (aspect pécuniaire). Cette offre la plus avantageuse est bien plus déterminée – ainsi que l'indique également le rapport explicatif du DFF concernant l'art. 43 AP-LMP¹²⁵ – sur la base de la qualité et du prix de la prestation et, selon l'objet du marché, en tenant compte d'autres critères. Et le rapport explicatif de poursuivre : « La prise en compte d'objectifs dits secondaires (tels que efficacité de l'utilisation des ressources et de l'énergie, promotion des innovations, intégration sociale) ne doit toutefois pas se solder par une discrimination déguisée ni un refus injustifié d'accès au marché. Si les préoccupations environnementales et les objectifs sociaux ne cessent de gagner en importance dans l'adjudication des marchés publics, il ne faut toutefois pas sous-estimer leur potentiel discriminatoire. »

Cette interprétation vaut d'ailleurs aussi pour l'art. 21 LMP en vigueur (cf. ch. 2.5)¹²⁶. L'adjudicateur doit publier les critères d'évaluation au moment de l'appel d'offres afin de respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement. Lorsque les critères d'évaluation sont nombreux – cette possibilité est déjà donnée par le droit en vigueur et sera encore élargie par la révision – l'adjudicateur doit faire connaître leur pondération dans la partie normative d'une grille d'évaluation¹²⁷. Selon la doctrine, les adjudicateurs publics sont bien avisés de publier l'ensemble de la grille d'évaluation, barème compris, dès le début de la procédure¹²⁸.

¹²³ Steiner 2014, p. 167.

¹²⁴ Arrêt du tribunal administratif de Zurich du 11.9.2003, VB.2003.116, consid. 3b.

¹²⁵ Rapport explicatif concernant l'AP-LMP, p. 31 (pas encore publié).

¹²⁶ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann 2011, § 19, ch. 86 ; Steiner 2014, p. 165.

¹²⁷ TAF B-891/2009, consid. 3.1.

¹²⁸ Trüeb 2011, art. 21, ch. 10 ; voir aussi TAF B-4717/2010, consid. 5.3 et 6.6.



En résumé, il est donc permis de dire que si la formule « offre la plus avantageuse économiquement » semble à première vue être fortement axée sur l'économie, la prise en compte d'autres considérations, en particulier d'objectifs secondaires, est incontestablement admise. À noter en particulier que le libellé de l'art. 43 AP-LMP ne restreint pas le catalogue des critères de l'adjudication et des spécifications techniques selon les art. 33 et 34 AP-LMP, mais se contente de fixer certaines limites pour la pondération des objectifs secondaires.

3.8 Adaptations nécessaires de l'AIMP

Le droit cantonal sur les marchés publics repose sur l'accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP), qui est concrétisé par les directives d'exécution (DEMP) de l'AIMP et les dispositions d'exécution cantonales. La Conférence des achats de la Confédération (CA) et la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) ont saisi l'occasion de l'aboutissement de la révision de l'AMP pour retenter une harmonisation des prescriptions fédérales et cantonales sur les marchés publics. Dans l'intervalle, la Confédération et les cantons ont travaillé intensivement à l'alignement du contenu des réglementations¹²⁹.

Ces travaux visent à transposer de façon cohérente dans le droit fédéral et cantonal des marchés publics les adaptations appelées par la révision de l'AMP, sur les plans formel et matériel. Parallèlement, les réglementations de la Confédération et des cantons relatives aux marchés publics doivent être alignées. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut¹³⁰, une grande partie des adaptations ne sont pas pertinentes pour le sujet dont traite le présent avis de droit, à savoir la prise en compte accrue de considérations liées au développement durable.

Sous l'angle de la préservation des ressources naturelles et de la protection de l'environnement, il convient de relever les points suivants des DEMP et de l'AIMP : la définition du terme « spécifications techniques » à l'art. 2, let. n, P-AIMP correspond mot à mot à la définition donnée à l'art. 2, let. m, AP-LMP, c'est-à-dire qu'elle ne contient aucune mention d'éléments ayant trait au développement durable ou à la protection de l'environnement. La disposition d'exécution concrétisant les spécifications techniques (art. 32 P-AIMP) est également identique à la disposition fédérale (art. 34 AP-LMP). L'al. 4 arrête en particulier que l'adjudicateur « peut prévoir des spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement » ; dans les explications concernant l'al. 4, il est expressément dit que cette disposition correspond à l'art. 6, par. 6, AMP. Quant à la question de la nécessité d'adapter le libellé proposé, les réflexions sont les mêmes que celles qui ont été faites plus haut au sujet de l'art. 34, al. 4, AP-LMP.

Le libellé des dispositions régissant les critères d'évaluation (art. 31 P-AIMP) ne s'écarte pas non plus de celui de la réglementation fédérale proposée (art. 33 AP-LMP). La longue liste de critères d'évaluation figurant dans le 1^{er} alinéa comprend le développement durable ; les critères d'évaluation et leur pondération doivent être communiqués de façon transparente dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres (al. 3), ce qui est évident et conforme aux exigences de

¹²⁹ Voir plus haut, ch. 2.4.

¹³⁰ Voir plus haut, ch. 2.4.



l'AMP. Pour la nécessité d'adapter les dispositions, ce sont là aussi les mêmes réflexions qui valent que celles qui ont été faites plus haut.

Enfin, la teneur proposée de la disposition sur l'adjudication (art. 41 P-AIMP) correspond à celle de la proposition pour la loi fédérale (art. 43 AP-LMP). La formulation succincte choisie au 1^{er} alinéa, à savoir que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement, ne signifie pas obligatoirement (ainsi que nous l'avons déjà indiqué plus haut) que c'est l'offre dont le prix est le plus bas qui doit être choisie, sauf s'il s'agit de prestations largement standardisées (al. 2). Le terme « offre la plus avantageuse économiquement » peut être interprété de façon très large et inclut aussi des éléments de développement durable et de protection de l'environnement (et même de protection sociale).



4 Propositions de compléments pour la révision de la LMP et de l'AIMP

4.1 Autres adaptations de la LMP

a) Adaptation de l'art. 31 AP-LMP (conditions de participation)

L'art. 31 AP-LMP se contente d'étendre les critères de qualification énumérés à l'art. 9 LMP, en incluant les exigences formulées à l'art. VIII, par. 1 et 2, de l'AMP révisé. L'adjudicateur dispose en conséquence d'une grande marge d'appréciation¹³¹. Le projet de révision de la LMP soumis en consultation en 2008 comprenait une annexe 2, où des preuves possibles concernant le critère de qualification « durabilité » pouvaient aussi être des mesures prises pour garantir la qualité ou des systèmes de gestion environnementale. Le nouveau projet, et plus précisément l'art. 31 AP-LMP, ne contient pas de dispositions équivalentes.

Dans le souci de réaliser une mise en œuvre la plus homogène possible de l'AMP, il serait souhaitable de déterminer plus clairement les critères de qualification se rapportant au développement durable. Ce point est important, car il peut arriver dans la pratique que des questions de délimitation complexes se posent, pour distinguer entre spécifications techniques et critères de qualification¹³². Une liste des critères possibles n'aurait pas d'effet contraignant pour les adjudicateurs, pas plus qu'elle n'empêcherait l'intégration de nouveaux développements. En revanche, elle présenterait le grand avantage de créer une meilleure sécurité du droit pour tous les intéressés, dans ce domaine où subsistent différentes incertitudes juridiques. S'agissant de l'utilisation de bois suisse, des critères de qualification envisageables pourraient être la preuve du recours à des systèmes de gestion de la qualité et de l'environnement¹³³.

Dans la perspective de la sécurité du droit, il serait également souhaitable d'arrêter expressément dans la loi ce que le Tribunal fédéral a déjà confirmé¹³⁴, à savoir que le critère de la meilleure qualification écologique, qu'il s'agisse de qualifications professionnelles ou de l'expérience, est admissible comme critère d'adjudication. Concrètement, il s'agit de prévoir que le fait de dépasser les exigences minimales fixées dans les critères de qualification peut être pondéré à titre de critère d'adjudication. Un tel complément serait en outre en accord avec les développements au sein de l'UE, plus précisément la nouvelle directive sur la passation des marchés publics¹³⁵.

b) Adaptation des art. 46 et 47 AP-LMP (critères d'exclusion et de révocation)

L'art. 46 AP-LMP contient une palette nettement plus large de motifs pour l'exclusion de la procédure ou pour la révocation de l'adjudication que l'art. 11 LMP actuellement en vigueur. Il énumère, outre les raisons reconnues jusqu'ici, les motifs d'exclusion et de révocation introduits dans l'AMP révisé, notamment la violation des dispositions relatives à la lutte contre la corruption (art. 46, let. h,

¹³¹ Équivaut à l'appréciation du Tribunal administratif fédéral dans une jurisprudence constante, par exemple TAF B-6082/2011, consid. 2.1.4.

¹³² Voir plus haut, ch. 2.3.

¹³³ Pour d'autres produits, il faudrait au besoin prévoir d'autres critères de qualité et de qualification.

¹³⁴ ATF 139 II 489, consid. 2.2.4.

¹³⁵ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, art. 67.



AP-LMP). D'autres aspects du développement durable sont traités dans cet article de l'AP-LMP : le non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes (let. g), la violation des dispositions sur le travail au noir (let. i). L'art. 47 AP-LMP régit les sanctions dont sont frappées les infractions citées à l'art. 46.

Le respect des dispositions de protection de l'environnement, qui serait important pour l'utilisation de bois suisse, fait toutefois défaut dans le catalogue des motifs d'exclusion. Cette lacune est problématique pour les raisons suivantes : s'il est incontesté que tous les soumissionnaires doivent respecter le droit suisse, y compris le droit environnemental, il faut néanmoins une base légale pour exclure un soumissionnaire de la procédure pour violation de dispositions sur la protection de l'environnement. Cette obligation découle de l'art. 164, al. 1, let. c, Cst., qui stipule que les dispositions importantes du droit, en particulier celles qui ont trait aux droits et aux obligations des personnes, doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Dans le cas présent, la base légale manque au niveau fédéral et elle continuerait à faire défaut avec les formulations proposées pour les art. 46 et 47 AP-LMP.

Cette situation serait insatisfaisante à plusieurs égards. Premièrement, en rapport avec l'objectif d'un ordre juridique et d'une application de la loi cohérents : il n'y a aucune raison matérielle de traiter différemment dans la passation des marchés publics la violation de dispositions du droit du travail et celle de dispositions sur le développement durable ou l'environnement. Cette réflexion est d'ailleurs soutenue par le droit sur la concurrence déloyale, en vertu de laquelle le non-respect de normes juridiques ne doit pas déboucher sur des avantages concurrentiels¹³⁶. Deuxièmement, en rapport avec l'harmonisation visée avec le droit cantonal sur les marchés publics dans le cadre de l'AIMP : il manque un signal clair de la Confédération pour réaliser l'alignement entre les différentes législations cantonales¹³⁷.

4.2 Autres adaptations de l'OMP

Si les adaptations proposées ci-dessus pour l'art. 31 AP-LMP et les art. 46 et 47 LMP devaient être mises en œuvre, il faudra envisager de concrétiser encore certaines notions générales de la LMP dans l'OMP.

¹³⁶ Cf. BSK-UWG-Wickihalder, Bâle 2013, art. 7, ch. 3 ss ; d'une manière générale aussi Rolf H. Weber et Romana Weber, *Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?*, GRUR Int. 2008, pp. 899 ss.

¹³⁷ Plusieurs cantons prévoient déjà la possibilité de l'exclusion en cas de violation de dispositions sur la protection de l'environnement : Berne (art. 8, al. 1, let. f, loi sur les marchés publics), Genève (art. 42, al. 2, let. d, règlement sur la passation des marchés publics), Soleure (§ 11, al. 1, let. d, *Submissionsgesetz*), Thurgovie (§ 36, al. 1, ch. 8, *Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen*), Uri (art. 48, al. 1, let. g, *Submissionsverordnung*) ou Vaud (art. 32, al. 1, let. f, règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics)



4.3 Autres adaptations de l'AIMP

Les remarques concernant d'autres adaptations de la LMP valent par analogie pour l'AIMP. Au vu de l'harmonisation visée entre la LMP et l'AIMP, qui a déjà débouché sur des formulations identiques des dispositions dans les projets de réglementation existants, il serait évidemment souhaitable qu'une éventuelle adaptation des critères de qualification et des critères d'exclusion et de révocation soit effectuée en parallèle dans les deux actes.

4.4 Adaptation d'autres actes législatifs

La reprise des propositions faites pour la révision de la LPE et de la LFo¹³⁸ favoriserait la mise en œuvre des objectifs écologiques dans les marchés publics et contribuerait à une réglementation cohérente.

¹³⁸ Voir plus haut, ch. 2.5 d) et e).



5 Bibliographie

- Anderson, Robert D, Arrowsmith, Sue, « The WTO regime on government procurement: past, present and future », dans : Anderson, Robert D., Arrowsmith, Sue (Éd.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge 2011, pp. 3 -58.
- Arrowsmith, Sue, « The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions », dans : Anderson, Robert D., Arrowsmith, Sue (Éd.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge 2011, pp. 285-336.
- Arrowsmith, Sue, *Government Procurement in the WTO*, La Haye, 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, 2014.
- 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.
- Cottier, Thomas, Holzer, Kateryna, Liechti-McKee, Rahel, Naef, Tobias, « Ökologische Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten: USG-Revision und Spielräume im internationalen Recht », *Droit de l'environnement dans la pratique (DEP)* 2014, pp. 441-462.
- Ehrenzeller, Bernhard, Mastronardi, Philippe, Schweizer, Rainer J. und Vallender, Klaus A. (Éd.), *Die Schweizerisch Bundesverfassung, Kommentar* (cit.: St. Galler BV-Kommentar), 2^e éd., Zürich/Saint-Gall, 2008.
- Errass, Christoph, « Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts? », *ZBI* (111) 2010, pp. 203-229.
- Griffel, Alain, Rausch Heribert (Éd.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz-Ergänzungsband* zur 2. Auflage, Zurich/Bâle/Genève, 2011.
- Hauser, Matthias, « Zuschlagskriterien im Submissionsrecht », *Pratique juridique actuelle (PJA)*, (12) 2001, pp. 1405-1422.
- Hauser, Matthias, « Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht », *Droit de l'environnement dans la pratique (DEP)*, 2002, pp. 339-386.
- Kaufmann, Christine, Weber, Rolf H., « Utilisation de bois suisse dans les constructions bénéficiant d'un financement public », avis de droit rédigé sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), 2013.
- Morard, Sébastien, Pfannkuch, Markus, « La Suisse face au nouveau règlement européen sur le commerce du bois », *La Vie économique* (12) 2013, pp. 48-50.
- Oesch, Matthias, « Évolution du droit des marchés publics en Suisse », *La Vie économique* (3) 2010, pp. 5-9.
- Panizzon, Marion, Arnold, Luca, Cottier, Thomas, « Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven » (résumé en français), *Droit de l'environnement dans la pratique (DEP)* 2010, S. 199-247.



Petitpierre-Sauvain, Anne, « Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse », dans : Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (Éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, pp. 579-590.

Reich, Arie, « The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment », *Journal of International Economic Law* 12 (4), 2009, pp. 989-1022.

Rhinow, René, Schmid, Gerhard, Biaggini, Giovanni, Uhlmann, Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Bâle, 2011.

Steiner, Marc, « Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen », étude sur le droit d'adjudication établie sur mandat de la Beschaffungskommission (BKB), Aarau, 2006.

Steiner, Marc, « Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung », document de travail sur le droit d'adjudication, deuxième version, rédigé sur mandat de la Communauté d'intérêt Écologie et Marché Suisse (CIEM), Berne, 2010.

Steiner, Marc, « Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven », dans : Jean-Baptiste Zufferey und Hubert Stöckli (Éd.), *Aktuelles Vergaberecht*, Zurich, 2014, pp. 149-176.

Steiner, Marc, « Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung », document de travail sur le droit d'adjudication, deuxième version, rédigé sur mandat de la Communauté d'intérêt Écologie et Marché Suisse (CIEM), Berne, 2010.

Trüeb, Hans Rudolf, « Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen », dans : Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Éd.), *Wettbewerbsrecht II*, Zurich, 2011, pp. 229-339.

Weber, Rolf H., Menoud, Valérie, « Development Promotion as a Secondary Policy in Public Procurement? An Answer in the Light of the Digital Solidarity Clause », *Public Procurement Law Review*, (4) 2009, pp. 184-200.

Weber, Rolf H. und Salim Rizvi, « Submissionskartell », *Jusletter* du 1^{er} février 2010.

Meilleures salutations

Université de Zurich

Faculté de droit

Prof. de droit Rolf H. Weber

Prof. de droit Christine Kaufmann