



Actes de conférence

2024

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit public face à la transition écologique

Bellanger, François (ed.); Bernard, Frédéric (ed.)

How to cite

BELLANGER, François, BERNARD, Frédéric, (eds.). Le droit public face à la transition écologique.
Genève : Schulthess, 2024. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:178700>

Pratique du droit administratif

Le droit public face à la transition écologique

Édité par
François Bellanger et Frédéric Bernard

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Le droit public face à la transition écologique

Le droit public face à la transition écologique

Édité par
François Bellanger et Frédéric Bernard

Citation suggérée: FRANÇOIS BELLANGER/FRÉDÉRIC BERNARD (éds), Le droit public face à la transition écologique, collection «Pratique du droit administratif», Schulthess Éditions Romandes 2024

ISBN 978-3-7255-8991-3

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2024
www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

FRÉDÉRIC BERNARD	État de droit et transition écologique	9
NESA ZIMMERMANN	Transition écologique : quelle relation avec les libertés fondamentales?.....	55
NICOLAS WISARD	Réseaux thermiques : L'exemple du monopole genevois.....	91
MARTIN BEYELER	Quelques thèses sur la durabilité des marchés publics.....	121
FRANÇOIS BELLANGER	Les obligations légales en matière d'énergie pour la construction ou rénovation de bâtiments	251
EMMANUEL CHAZE	Praille Acacias Vernets Réinventer l'aménagement du territoire : agir dans un contexte de réchauffement climatique	291

Avant-propos

La transition écologique constitue un défi majeur et urgent impliquant des changements importants dans le fonctionnement social et économique de notre pays. Cette évolution doit s'accompagner non seulement de l'adaptation de nombreuses normes légales, mais aussi de l'inflexion marquée de nombreuses politiques publiques.

La Journée de droit administratif organisée au mois de juin 2023 entendait faire un point de situation et présenter les perspectives de changement, en portant une attention particulière à certains domaines clés du droit administratif.

Le présent ouvrage s'ouvre par une réflexion générale sur les rapports que la transition écologique entretient, d'une part, avec les exigences de l'État de droit et, d'autre part, avec les libertés individuelles. Il se poursuit par l'analyse des enjeux juridiques de la transition écologique qui sont à l'œuvre dans les domaines suivants : les réseaux thermiques, les marchés publics, les bâtiments et l'usage de l'eau. Il se conclut par la présentation de la vision des autorités genevoises de l'impact du réchauffement climatique sur l'aménagement du territoire.

Les éditeurs tiennent à exprimer leur gratitude à celles et ceux qui ont permis le succès du colloque et la publication de ses Actes, Mesdames Layla Schriber et Valérie Findeisen et Messieurs Nicolas Conti et Antoine Da Rugna, avec des remerciements tout particuliers à Madame Isabella Tonna.

François Bellanger

Frédéric Bernard

État de droit et transition écologique

FRÉDÉRIC BERNARD*

Professeur, Université de Genève

« We stand now where two roads diverge. But unlike the roads in Robert Forst's familiar poem, they are not equally fair. The road we have long been travelling is deceptively easy, a smooth superhighway on which we progress with great speed, but at its end lies disaster. The other fork of the road – the one 'less travelled by' – offers our last, our only chance to reach a destination that assures the preservation of our earth. The choice, after all, is ours to make. »

RACHEL CARSON¹

« Dans notre époque tardive de l'Occident, toutes les grandes aventures européennes me semblent finir dans le piège d'un paradoxe terminal qui se referme sur elles. Les temps modernes sont nés avec une idée optimiste selon laquelle l'homme (grâce à la science et à la technique) deviendrait le maître de la nature et de la planète. Après deux siècles de révolution technique, le sort de la planète a complètement échappé à l'homme, qui n'est même plus maître de sa propre survie. »

MILAN KUNDERA²

* Mes vifs remerciements sont adressés à M. Antoine Da Rugna, assistant doctorant à l'Université de Genève, pour sa relecture minutieuse de la présente contribution et ses suggestions, et à Mme Camilla Jacquemoud, docteure en droit, avocate au Barreau de Genève et chargée de cours aux Universités de Fribourg et de Genève, pour ses précieux commentaires relatifs à une première version de ce texte.

1 RACHEL CARSON, *Silent Spring*, Londres 2000 (publication originale: 1962), p. 240.

2 MILAN KUNDERA, cité in: CHRISTIAN SALMON, « Une vie de plaisanteries et de silences volontaires, *Le 1*, hors-série juillet 2023.

« [I]l s'agit pour [les sciences humaines et sociales] de réintégrer la nature et le Système Terre dans la grille conceptuelle de notre appréhension de l'histoire, des arrangements socio-politiques et économiques, de notre conception de la liberté et de notre pratique de la démocratie. »

CHRISTOPHE BONNEUIL³

Introduction

La question écologique⁴ et son urgence sont aujourd'hui omniprésentes dans les débats scientifiques, politiques, publics et privés. L'année 2023 a d'ailleurs battu plusieurs records, en particulier celui de l'année la plus chaude depuis le début des mesures (soit le milieu du 19^e siècle)⁵, celui de la plus haute concentration de gaz à effet de serre dans l'atmosphère⁶ et celui de la plus grande consommation de charbon⁷.

Sur le plan scientifique, la situation a beaucoup changé depuis le célèbre témoignage du scientifique de la NASA James Hansen devant le Sénat des États-Unis en 1988⁸. En effet, malgré l'impression qui pourrait se dégager de la consultation de divers réseaux sociaux⁹, la communauté

3 CHRISTOPHE BONNEUIL, « Anthropocène (point de vue 2) », in: DOMINIQUE BOURG, ALAIN PAPAUX (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Paris 2015, p. 35-40, à la p. 39.

4 Voir la définition proposée *infra* II.A.

5 WORLD METEOROLOGICAL ASSOCIATION, *Provisional State of the Global Climate 2023*, 16 novembre 2023.

6 GLOBAL CARBON PROJECT, *Briefing on key messages Global Carbon Budget 2023*, 5 décembre 2023.

7 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Coal 2023*, décembre 2023.

8 PHILIP SHABECOFF, « Global Warming Has Begun, Expert Tells Senate », *The New York Times*, 24 juin 1988. Sur cet épisode et son contexte plus large, consulter MARK BOWEN, *Censoring Science: Inside the Political Attack on Dr. James Hansen and the Truth on Global Warming*, New York 2009; SPENCER R. WEART, *The Discovery of Global Warming*, éd. revue, Cambridge 2008, spéc. chapitre 7. Voir également l'ouvrage écrit ultérieurement par JAMES HANSEN, *Storms of my Grandchildren: The Truth About the Coming Climate Catastrophe and Our Last Chance to Save Humanity*, New York 2009.

9 Voir entre autres les multiples « rectifications » apportées par le service de l'Agence France-Presse AFP Factual, par exemple en matière de taux de CO₂ dans l'atmosphère : <https://factuel.afp.com/doc.afp.com.33G7649> (consulté le 15 mars 2024). Lire également KATE YODER, « Why people still fall for fake news about climate change », *Grist*, 18 décembre 2023.

scientifique est pour ainsi dire unanime à considérer que le réchauffement des températures est lié à l'activité humaine¹⁰ et qu'il est donc nécessaire de réagir sous peine de transformer la planète en espace invivable (au sens propre du terme)¹¹.

Par ailleurs, il est remarquable d'observer la très grande diversité des profils qui appellent les États et les individus à agir davantage pour protéger la planète, qu'il s'agisse d'une jeune suédoise entamant une grève scolaire (Greta Thunberg¹²), d'un ancien vice-président des États-Unis (Albert Arnold Gore Jr., dit Al Gore¹³), d'une docteure en physique indienne (Vandana Shiva¹⁴), d'un ancien Secrétaire d'État des États-Unis que l'on ne saurait soupçonner de gauchisme (Henry Kissinger¹⁵), d'une professeure d'anatomie vétérinaire kenyane (Wangari Muta Maathai¹⁶) ou encore du Secrétaire général des Nations unies (António Guterres¹⁷).

-
- 10 MARK LYNAS, BENJAMIN Z. HOULTON, SIMON PERRY, « Greater than 99% consensus on human caused climate change in the peer-reviewed scientific literature », *Environmental Research Letters* 2021, 114005.
- 11 DAVID WALLACE-WELLS, *The Uninhabitable Earth: Life after Warming*, New York 2019; GWYNNE DYER, *Climate Wars: The Fight for Survival as the World Overheats*, Oxford 2008. Voir également l'emballage de l'effet de serre modélisé par GUILLAUME CHAVEROT, EMELINE BOLMONT, MARTIN TURBET, « First exploration of the runaway greenhouse transition with a 3D General Circulation Model », *Astronomy & Astrophysics* 2023, <https://doi.org/10.1051/0004-6361/202346936>.
- 12 Voir GRETA THUNBERG, *Our House is on Fire: Scenes of a Family and a Planet in Crisis*, New York 2020.
- 13 La lutte d'Al Gore pour sensibiliser l'opinion publique à la question climatique est ancienne. Voir le film *An Inconvenient Truth* (Une vérité qui dérange), réalisé en 2006 par Davis Guggenheim.
- 14 VANDANA SHIVA, *Terra Viva: My Life in a Biodiversity of Movements*, Londres 2022.
- 15 HENRY A. KISSINGER, « The Future Role of the IEA », 14 octobre 2009, disponible à l'adresse suivante : <https://www.henryakissinger.com/speeches/the-future-role-of-the-iea/> (consulté le 15 mars 2024) : « A continuation on our current path risks catastrophic impacts across many parts of the globe (including in currently producing areas) manifest in coastal flooding, drought, crop decline, and species extinctions. With little difficulty we can envision these leading to more human-oriented problems – hunger, disease, population displacement, and conflict – problems that could grow unmanageable from governance and international security perspectives. »
- 16 WANGARI MAATHAI, *Unbowed: A Woman's Story*, Londres 2008.
- 17 Les prises de parole du Secrétaire général contiennent systématiquement des formules choc visant à faire prendre conscience de la gravité de la situation. Voir, par exemple, son discours du 15 juin 2023 à New York : « I am very worried about where the world stands on climate (...) The climate agenda is being undermined. At

Or, si la nécessité d’agir est ainsi très largement reconnue, les liens de cette action avec les principes et les valeurs de l’État de droit méritent d’être davantage explorés. En effet, l’État de droit constitue, avec la démocratie, le fédéralisme et l’État social, l’un des principes fondamentaux structurants dont se réclame l’État helvétique¹⁸.

Dans la présente contribution, nous nous proposons donc d’analyser la position de l’État de droit confronté au défi écologique. Pour ce faire, nous commencerons par définir l’État de droit (*infra* I.) et la crise écologique (*infra* II.). Nous nous interrogerons ensuite sur le cadre de la transition écologique (*infra* III.), puis nous examinerons le rôle qu’y jouent l’État et le droit public (*infra* IV.). Nous terminerons en analysant quelques aspects spécifiques liés à la sécurité et à la prééminence du droit (*infra* V.), avant de conclure brièvement (*infra* VI.).

I. L’État de droit

Nous évoquerons d’abord la consécration de cette notion en droit suisse (*infra* A.) et son évolution au fil du temps (*infra* B.), avant d’en proposer une définition (*infra* C.)¹⁹.

a time when we should be accelerating action, there is backtracking. At a time when we should be filling gaps, those gaps are growing (...) That spells catastrophe. Yet the collective response remains pitiful. We are hurtling towards disaster, eyes wide open – with far too many willing to bet it all on wishful thinking, unproven technologies and silver bullet solutions. It’s time to wake up and step up», disponible à l’adresse suivante : <https://press.un.org/en/2023/sgsm21840.doc.htm> (consulté le 15 mars 2024). Ou son discours pour l’ouverture du Sommet sur l’ambition climatique à New York le 20 septembre 2023 : « *Humanity has opened the gates of hell. Horrendous heat is having horrendous effects. Distraught farmers watching crops carried away by floods; Sweltering temperatures spawning disease; And thousands fleeing in fear as historic fires rage. Climate action is dwarfed by the scale of the challenge* », disponible à l’adresse suivante : <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2023-09-20/secretary-generals-opening-remarks-the-climate-ambition-summit> (consulté le 15 mars 2024).

¹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 14 : « *Comme la constitution fédérale le laisse clairement apparaître, la Confédération suisse se veut un État de droit fédéral, libéral, démocratique et social.* » Cf. CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 35; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 13.

¹⁹ La présente section reprend et prolonge les développements consacrés à la notion d’État de droit dans FRÉDÉRIC BERNARD, État de droit et état d’urgence : perspectives de droit constitutionnel, SJ 2023, p. 267 ss, p. 271-273.

A. La consécration en droit suisse

Depuis la révision intégrale de la Constitution fédérale en 1999, la notion d'État de droit est inscrite à l'article 5 Cst.²⁰ (Principes de l'activité de l'État régi par le droit)²¹, et ce malgré une certaine hésitation terminologique²². En tout état, la Constitution fédérale ne définit pas la notion d'« État de droit »²³ et se contente d'en identifier cinq principes. Ces derniers, absents de l'ancienne Constitution de 1874, avaient progressivement été dégagés par la jurisprudence et la doctrine en tant que droits et principes constitutionnels non écrits²⁴.

L'art. 5 Cst. féd. est rédigé comme suit :

«¹ Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.

² L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

³ Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.

⁴ La Confédération et les cantons respectent le droit international. »

Sur le plan international, le contenu de la notion d'« État de droit » n'est pas univoque, car elle est un amalgame de la *rule of law* anglaise (DICEY), du *Rechtsstaat* allemand (VON MOHL) et de l'*État légal* français (CARRÉ DE MALBERG)²⁵. Au surplus, elle est parfois remplacée, en particulier

²⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 – RS 101.

²¹ GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, MAYA HERTIG RANDALL, ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne 2021, p. 540-541 ; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^e éd., Berne 2021, p. 90-91.

²² L'expression « État de droit » ne figure en effet pas en tant que telle à l'art. 5 Cst. dans sa version française. Elle est en revanche utilisée indirectement dans sa version allemande (« *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* ») et directement dans sa version italienne (« *Stato di diritto* »). Cela fait dire à JACQUES DUBEY que « *le constituant semble avoir eu du mal à appeler un chat un chat* ». Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 2.

²³ OFK-BIAGGINI, BV Art. 5 N 2.

²⁴ OFK-BIAGGINI, BV Art. 5 N 1.

²⁵ LUC HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris 2002.

dans le cadre du Conseil de l'Europe, par l'expression « prééminence du droit », qui constitue une traduction plus littérale de *rule of law*²⁶.

B. L'évolution

La notion d'État de droit a évolué au fil du temps. Ainsi, elle a d'abord fait l'objet d'une vision essentiellement formelle, centrée sur la séparation des pouvoirs et l'application du principe de la légalité à l'administration²⁷.

Le talon d'Achille de cette vision formelle est que l'État de droit peut alors parfaitement être respecté par des États indignes de cette appellation, à l'exemple de l'Allemagne du Troisième Reich et de l'Afrique du Sud de l'Apartheid²⁸. Il est donc largement admis aujourd'hui que la notion d'État de droit comprend, outre son volet formel, un volet matériel²⁹.

C. La définition

Dans le cadre de la présente contribution, nous proposons de nous fonder sur la définition de l'État de droit élaborée en 2011 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) du Conseil de l'Europe dans son *Rapport sur la prééminence du droit*. Selon la Commission, il existe un large consensus sur les composantes de l'État de droit suivantes³⁰:

- 1) la légalité (qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable et démocratique);
- 2) la sécurité juridique;

26 Voir, par exemple, le préambule du Statut du Conseil de l'Europe où les États fondateurs se déclarent « [i]nébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » (soulignement ajouté).

27 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 21), p. 539.

28 AHARON BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton 2006, p. 54.

29 NESA ZIMMERMANN, « Entre innovations et résistances : la garantie des droits humains dans l'État fédéral suisse », *RDS* 142 II 151, p. 169.

30 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Rapport sur la prééminence du droit*, 28 mars 2011, CDL-AD(2011)003rev., p. 10.

- 3) l'interdiction de l'arbitraire;
- 4) l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales, qui procèdent notamment à un contrôle juridictionnel des actes administratifs;
- 5) le respect des droits humains;
- 6) la non-discrimination et l'égalité devant la loi.

Ces composantes peuvent être utilement complétés et précisés par les huit principes identifiés par Tom BINGHAM comme constitutifs de la *rule of law*³¹:

- 1) La loi doit être accessible et, autant que possible, intelligible, claire et prévisible.
- 2) Les questions de droit et de responsabilité doivent en principe être résolues par l'application de la loi et non par l'exercice de discrétion.
- 3) Les lois doivent s'appliquer de manière égale à toutes et tous, sauf dans la mesure où des différences objectives justifient une différenciation.
- 4) Les ministres et membres du personnel de l'État de tout niveau doivent exercer les pouvoirs qui leur ont été conférés de bonne foi, de manière équitable, dans le but pour lequel ils leur ont été conférés, sans excéder les limites de ces pouvoirs et de manière raisonnable.
- 5) La loi doit offrir une protection adéquate des droits humains fondamentaux.
- 6) Des moyens doivent être prévus pour résoudre, sans coût prohibitif ou délai excessif, les différends civils que les parties ne sont pas en mesure de résoudre elles-mêmes.
- 7) Les procédures juridictionnelles prévues par l'État doivent être équitables.
- 8) L'État doit respecter ses obligations de droit international et de droit national³².

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement rattaché à la Convention, qui garantit le volet matériel de l'État de

³¹ TOM BINGHAM, *The rule of law*, Londres 2010 (traduction libre).

³² Ces éléments ne sont pas sans rappeler les huit principes identifiés par FULLER comme constitutifs de l'*internal morality of law* (généralité des lois, publicité, limitation de la rétroactivité, clarté, absence de règles contradictoires, absence de lois irréalistes, permanence des lois dans le temps et convergence entre l'action officielle et la règle déclarée). Cf. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. revue, New Haven 1969, p. 46 ss.

droit (les droits humains), l'élément démocratique et la prééminence du droit³³. La Commission européenne défend une position similaire³⁴.

Ces différentes définitions réunissent sous l'égide de l'État de droit trois dimensions principales : la prééminence du droit (via un ensemble d'exigences formelles et procédurales), le respect de la démocratie et la protection de l'autonomie et des libertés individuelles³⁵. Conçu ainsi, l'État de droit s'avère compatible avec une large palette de convictions idéologiques et politiques, par exemple en matière de régime de propriété³⁶.

Pour conclure, on relèvera que cette définition est plus large que celle qui est intégrée à l'article 5 Cst. Pour identifier la « constitution thématique »³⁷

33 CourEDH (GC), *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, § 45 : « La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de l'ordre public européen ». Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part. Le même préambule énonce ensuite que les États européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention. » Sur les rapports entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'État de droit, voir Geranne LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford 2013.

34 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, COM(2014) 158 final, Strasbourg, 11 mars 2014, p. 4 : « Ainsi, le respect de l'état de droit est intrinsèquement lié à celui de la démocratie et des droits fondamentaux : les seconds ne sauraient exister sans le premier, et vice-versa. Les droits fondamentaux ne sont effectifs que s'ils peuvent être invoqués en justice (droits justiciables). La démocratie n'est protégée que si le rôle fondamental du système judiciaire, notamment des juridictions constitutionnelles, est de nature à garantir la liberté d'expression, la liberté de réunion et le respect des règles régissant le processus politique et électoral. »

35 ÉRIC CARPANO, « La crise de l'État de droit en Europe : de quoi parle-t-on ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2019.

36 OLIVIER BEAUD, « Nationalisation et souveraineté de l'État », *Histoire@Politique* 2014, p. 72-87.

37 Sur la notion de constitution thématique, voir OFK-BIAGGINI, BV Einleitung N 10. Pour une vision (très) critique de cette terminologie, voir VINCENT MARTENET, « La Constitution et l'économie », in : OLIVER DIGGELMANN, MAYA HERTIG RANDALL, BENJAMIN SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2020, p. 2061-2090, p. 2063 ss.

helvétique de l'État de droit, il conviendrait d'ajouter les articles 8 (égalité de traitement et non-discrimination), 9 (interdiction de l'arbitraire), 29, 29a et 30 (garanties de procédure et d'accès à la justice) et 7 à 36 Cst. (droits fondamentaux, en complétant l'art. 34, relatif aux droits politiques, par les dispositions pertinentes en matière d'élection et de votation) de la Constitution.

Le volet des droits fondamentaux est par ailleurs complété, au plan international, par des traités de garantie des droits humains, au premier rang desquels la Convention européenne des droits de l'homme de 1950³⁸ et les deux Pactes des Nations unies de 1966 (le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, ou « Pacte ONU I », et le Pacte sur les droits civils et politiques, ou « Pacte ONU II »)³⁹.

II. La crise écologique

Par une forme de synecdoque malheureuse, l'action écologique est souvent réduite à sa dimension climatique. Or, si cette dernière est incontournable, elle s'inscrit dans une problématique plus large composée de plusieurs éléments (*infra A.*), qui entretiennent de multiples liens (*infra B.*). Cette section se terminera par quelques développements terminologiques (*infra C.*).

A. Les trois composantes de la crise

La problématique écologique comprend fondamentalement trois composantes, qui sont rassemblées, dans le langage onusien, sous l'appellation de « triple crise planétaire »⁴⁰. Ces composantes sont les suivantes :

³⁸ RS 0.101.

³⁹ RS 0.103.1 et 0.103.2.

⁴⁰ Voir UNFCCC, « What is the Triple Planetary Crisis? », disponible à l'adresse suivante : <https://unfccc.int/news/what-is-the-triple-planetary-crisis> (consulté le 15 mars 2024). Ces trois éléments se retrouvent également, sous des formulations variées, dans les documents officiels des États ayant adopté une stratégie nationale « globale » en matière écologique. Voir, par exemple, pour la France, la Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020, qui identifie quatre « enjeux écologiques majeurs » : le changement climatique, la perte accélérée de biodiversité, la raréfaction des ressources et la multiplication des risques sanitaires (p. 8-9). Dans d'autres États, comme le Royaume-Uni, chaque composante a donné lieu à l'adoption de rapports et programmes spécifiques.

– le changement climatique

Le changement climatique désigne l'influence exercée par les activités humaines sur le climat, en particulier par l'émission de gaz à effet de serre – dont les deux principaux sont le dioxyde de carbone (CO₂) et le méthane (CH₄) – l'émission d'aérosols et l'utilisation des terres⁴¹.

Les gaz à effet de serre sont naturellement présents dans l'atmosphère et rendent possibles les conditions de vie sur Terre, car ils captent une partie du rayonnement infrarouge émis par cette dernière après absorption de l'énergie solaire et la réchauffent⁴². Toutefois, depuis la révolution industrielle⁴³, la combustion d'énergies fossiles (charbon, pétrole et gaz) a rejeté d'importantes quantités de gaz à effet de serre supplémentaires dans l'atmosphère, augmentant la part du rayonnement infrarouge capté et perturbant ainsi le bilan d'énergie de la Terre (*forçage radiatif*)⁴⁴.

Un premier effet de cette perturbation est l'augmentation de la température de surface terrestre globale, qui s'est élevée en 2023 à environ 1,4° au-dessus du niveau préindustriel⁴⁵ (et plus de 2° en ce qui concerne la Suisse⁴⁶). Cette augmentation est attribuée de manière

41 CHRISTOPHE CASSOU, VALÉRIE MASSON-DELMOTTE, *Parlons climat en 30 questions*, Paris 2022, p. 32.

42 MARK MASLIN, *Climate Change: A Very Short Introduction*, 4^e éd., Oxford 2021, p. 2.

43 Le début de la révolution industrielle est fréquemment situé dans les années 1780, symboliquement avec l'invention de la machine à vapeur rotative par JAMES WATT. Cf. ERIC HOBBSBAWM, *The Age of Revolution: 1789-1848*, New York 1996, p. 30. Sur JAMES WATT, consulter BEN RUSSELL, *James Watt: Making the World Anew*, Londres 2014. En revanche, du point de vue climatique, l'expression « préindustrielle » désigne en principe la période 1850-1900. Voir ED HAWKINS ET AL., « Estimating Changes in Global Temperature since the Preindustrial Period », *American Meteorological Society*, 2017, 1841-1856. Les auteurs et autrices de cette étude jugent plus approprié, pour de nombreuses raisons (dont le degré d'activité volcanique) de prendre comme référence la période 1720-1800.

44 CASSOU/MASSON-DELMOTTE (note 41), p. 34.

45 WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION, *Provisional State of the Global Climate 2023*, p. 6.

46 OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Climat: En bref*, disponible à l'adresse suivante https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/climat/en-bref.html#44_1543577680099__content_bafu_fr_home_themen_thema-klima_klima--das-wichtigste-in-kuerze_jcr_content_par_tabs (consulté le 15 mars 2024). Consul-

aujourd'hui indiscutable aux facteurs humains précités et non à des variations naturelles⁴⁷.

Un deuxième effet est de rendre plus fréquents et plus sévères les événements météorologiques et climatiques extrêmes (chaleur, pluie, sécheresse, etc.)⁴⁸.

Si l'on entend régulièrement que les émissions suisses sont dérisoires par rapport à celles de grandes puissances telles que les États-Unis ou la Chine⁴⁹, il convient de rappeler que, ramené à un bilan par individu, la Suisse est l'une des plus mauvaises élèves de la planète, avec, en 2021, non moins de 13,7 tonnes de CO₂ émises par personne contre 6,4 en France ou 10 en Allemagne⁵⁰.

– la perte de biodiversité

La biodiversité (ou diversité biologique) peut être définie comme la « *variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie; cela*

ter MARTINE REBETEZ, *La Suisse se réchauffe: Effet de serre et changement climatique*, 5^e éd., Lausanne 2022.

47 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC) (Working Group I), *Summary for Policymakers*, in: *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, p. 6.

48 CASSOU/MASSON-DELMOTTE (note 41), p. 8.

49 SUSAN MISICKA, « La Suisse – petit pays, grosse empreinte carbone », *swissinfo.ch*, disponible à l'adresse suivante: <https://www.swissinfo.ch/fre/la-suisse---petit-pays-grosse-empreinte-carbone/47031124> (consulté le 15 mars 2024).

50 Consulter le site <https://ourworldindata.org/co2-and-greenhouse-gas-emissions#co2-and-greenhouse-gas-emissions-country-profiles> (consulté le 15 mars 2024). Cf. OFEV (note 46): « *Depuis 1990, les émissions de gaz à effet de serre générées sur le territoire suisse ont reculé de 18%. En 2021, la Suisse a rejeté dans l'atmosphère une quantité de gaz à effet de serre correspondant à 45,2 millions de t d'équivalents-CO₂ (sans inclure le transport aérien et maritime international), soit 5 t d'équivalents-CO₂ par habitant (dont 4 t de CO₂ par habitant). Si l'on tient compte des émissions générées à l'étranger par la production des biens importés en Suisse, les émissions annuelles par habitant sont plus que doublées (environ 12 t d'équivalents-CO₂ par habitant en 2020). L'empreinte gaz à effet de serre helvétique est donc bien au-dessus de la moyenne mondiale, qui avoisine 6 t d'équivalents-CO₂ par personne. Le seuil découlant des limites planétaires est inférieur à 0,6 t d'équivalents-CO₂ par habitant et par an. Chaque année passée avec une empreinte gaz à effet de serre par personne supérieure à ce seuil entraîne un abaissement de celui-ci et accentue le besoin d'agir.* »

comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes »⁵¹.

La perte de biodiversité désigne ainsi le déclin ou la disparition de la diversité biologique des animaux, des végétaux et des écosystèmes⁵². Comme le changement climatique, elle est due à des activités humaines, entre autres la destruction des espaces naturels et la déforestation afin de permettre l'agriculture ou l'urbanisation⁵³.

Selon l'Office fédéral de l'environnement, en 2023, 35% des espèces évaluées en Suisse sont éteintes ou menacées et 12% supplémentaire potentiellement menacées⁵⁴. Une large étude d'espèces d'insectes en Europe a également montré que 60% d'entre elles éprouvent des difficultés à garder leur rythme, car le changement climatique fait avancer les événements périodiques saisonniers de plantes dont elles ont besoin (décalage phénologique)⁵⁵.

Plus largement, la question de la biodiversité questionne notre rapport au monde vivant et notre capacité à créer de nouveaux liens avec lui⁵⁶.

– la pollution

La pollution peut être définie comme *« l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biolo-*

⁵¹ Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 – RS 0.451.43.

⁵² UNFCCC (note 40).

⁵³ Ibid. Cf. EDWARD O. WILSON, *The Diversity of Life*, Cambridge 2010; ELIZABETH KOLBERT, *The Sixth Extinction: An Unnatural History*, New York 2014; ADAM WELZ, *The End of Eden: Wild Nature in the Age of Climate Breakdown*, Londres 2023.

⁵⁴ OFEV, *Biodiversité en Suisse: État et évolution*, Berne 2023, p. 11.

⁵⁵ BRITISH ECOLOGICAL SOCIETY, « Climate change causing 60% of plants and insects to fall out of sync », 12 décembre 2023, disponible à l'adresse suivante : <https://phys.org/news/2023-12-climate-insects-fall-sync.html> (consulté le 15 mars 2024).

⁵⁶ BAPTISTE MORIZOT, *Les Diplomates: Cohabiter avec les loups sur une autre carte du vivant*, Marseille 2016. Dans ce contexte, la possibilité de régulation préventive des meutes de loups décidée par le Conseil fédéral en novembre 2023 apparaît singulièrement anachronique. Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Régulation préventive des meutes de loups: l'OFEV approuve la plupart des demandes cantonales*, Berne, 28 novembre 2023.

giques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement »⁵⁷.

La pollution peut concerner en particulier l'air, le sol et l'eau. Elle est souvent longue, difficile et coûteuse à éliminer : ainsi, si la qualité des eaux suisses s'est améliorée depuis les mesures adoptées dans les années 1970, celles-ci contiennent encore fréquemment des teneurs trop élevées de certains éléments chimiques (tels que l'azote et le phosphore)⁵⁸.

B. Les liens entre les composantes

Les trois composantes de l'action écologique entretiennent des liens étroits.

Premièrement, elles ont toutes une proximité avec la révolution industrielle et les choix de société que celle-ci a rendus possibles⁵⁹. Leur impact conjoint a par ailleurs été multiplié de manière exponentielle après la seconde guerre mondiale avec l'augmentation de la population mondiale, de la richesse et de la technologie, dans un mouvement souvent qualifié de « Grande accélération »⁶⁰. Cette augmentation a eu des effets dans la plupart des domaines de la vie sociale et humaine, à l'exemple de l'agriculture, qui a été radicalement transformée dans un but productiviste par la « révolution verte » initiée à partir des années 1940, qui reposait notamment sur la sélection des semences, l'utilisation d'engrais chimiques et la mécanisation⁶¹.

⁵⁷ OCDE, *Recommandation du Conseil du 14 novembre 1974 concernant des Principes relatifs à la pollution transfrontière*, Annexe « Quelques principes relatifs à la pollution transfrontière ».

⁵⁸ TRINIDAD BARLEYCORN, « Un demi-siècle au chevet de nos rivières », *l'environnement* 4/2022, p. 14-15.

⁵⁹ FRANÇOIS JARRIGE, THOMAS LE ROUX, *La contamination du monde : Une histoire des pollutions à l'âge industriel*, Paris 2017 ; JEAN-BAPTISTE FRESSOZ, *L'apocalypse joyeuse : Une histoire du risque technologique*, Paris 2020. Lire également PETER SLOTERDIJK, *Le remords de Prométhée : Du don du feu à la destruction mondiale par le feu*, Paris 2023.

⁶⁰ WILL STEFFEN ET AL., « The Anthropocene: From Global Change to Planetary Stewardship », *Ambio* 2021, p. 739-761, p. 744.

⁶¹ MARCI R. BARANSKI, *The Globalization of Wheat: A Critical History of the Green Revolution*, Pittsburgh 2023. Cf. également VANDANA SHIVA, *The Violence of Green Revolution*, Londres 1992.

Cet impact humain considérable sur la planète est traduit de manière graphique dans le concept des limites planétaires (*planet boundaries*)⁶². Ces dernières correspondent, de manière générale, aux principaux processus environnementaux identifiés comme régulateurs de la stabilité du système Terre et, pour chacun d'eux, de la frontière à ne pas franchir⁶³. Elles sont au nombre de neuf : changement climatique, intégrité de la biosphère, changement d'usage des sols, changement de la ressource en eau douce, perturbation des cycles biochimiques de l'azote et du phosphore, acidification des océans, charge en aérosols atmosphériques, diminution de la couche d'ozone et nouvelles entités introduites dans l'environnement. Si trois de ces limites étaient considérées comme dépassées au moment de la création du concept en 2009, ce nombre s'élève aujourd'hui à six⁶⁴.

Deuxièmement, ces trois composantes ont pour toile de fond commune les besoins énergétiques en constante augmentation de nos sociétés contemporaines. En effet, la Grande accélération précitée s'est accompagnée d'une multiplication de la consommation d'énergie au niveau planétaire⁶⁵. En Suisse, par exemple, la consommation finale d'énergie a quasiment quintuplé depuis 1950⁶⁶. Au surplus, la diversification des sources d'énergie a essentiellement conduit à leur addition plutôt qu'à leur substitution⁶⁷. Comme indiqué ci-dessus, la combustion d'énergies fossiles est la cause principale du changement climatique, mais elle porte également atteinte à la biodiversité et constitue une source majeure de pollutions de tout type (lors de l'extraction des matières premières, de leur transport et de leur utilisation finale)⁶⁸.

62 JOHAN ROCKSTRÖM ET AL., « A safe operating space for humanity », *nature* 2009, p. 472-475.

63 AURÉLIEN BOUTAUD, NATACHA GONDRAN, *Les limites planétaires*, Paris 2020, p. 26.

64 KATHERINE RICHARDSON ET AL., « Earth beyond six of nine planetary boundaries », *Science Advances* 2023, eadh2458.

65 JEAN-MARC JANCOVICI, CHRISTOPHE BLAIN, *Le Monde sans fin*, Paris 2021, p. 51.

66 OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), *Statistique globale suisse de l'énergie 2022*, Berne 2023, p. 3.

67 OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE, *Statistique globale suisse de l'énergie 2022*, p. 3.

68 OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *UN experts: Fossil fuels at the heart of the planetary environmental crisis*, 30 novembre 2023, dispo-

Troisièmement, les trois composantes de la crise écologique entretiennent toutes des liens avec la santé publique (en particulier humaine)⁶⁹. De ce fait, une action visant à améliorer l'une d'entre elles a fréquemment des conséquences positives pour la santé (appelées « co-bénéfices » par le Groupe d'expertes et d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ou GIEC⁷⁰). À titre d'exemple, réduire la consommation carnée a un impact à la fois sur le climat (l'industrie bovine est une grande émettrice de méthane) et sur la santé (réduction des risques de cancer et de maladies cardio-vasculaires)⁷¹.

Quatrièmement, ces composantes sont mêlées à des inégalités et discriminations sociales qu'elles contribuent à créer ou à renforcer. Ainsi, selon une étude récente, le fait que de nombreux quartiers défavorisés se situent encore aujourd'hui à l'est des anciennes villes industrielles anglaises trouve son explication au 19^e siècle, car c'est dans cette direction que les vents dominants dirigeaient la pollution atmosphérique issue de la combustion du charbon qui sortait des cheminées⁷². Pour évoquer ce lien, Bruno LATOUR utilise le concept de « *classes géosociales* »⁷³. L'économiste Kate RAWORTH a, quant à elle, développé la « théorie du donut » (*doughnut economics*), qui s'appuie sur la forme torique typique de cette pâtisserie : tandis que le cercle extérieur du tube, qu'il convient de ne pas dépasser, est constitué des limites planétaires précitées, son cercle intérieur représente un plancher social composé de plusieurs élé-

nible à l'adresse suivante : <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/fossils-fuels-heart-planetary-environmental-crisis-un-experts> (consulté le 15 mars 2024).

69 OFEV/OFSP, *Environnement et santé en Suisse : Une relation aux multiples facettes*, Berne 2019.

70 IPCC (Working Group III), *Summary for Policymakers*, in : *Climate Change 2022 : Mitigation of Climate Change – Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, p. 28.

71 KÉVIN JEAN, « Tout ce qui est bon (ou presque) pour le climat est bon pour la santé », *Bon Pote*, 18 octobre 2023, disponible à l'adresse suivante : <https://bonpote.com/tout-ce-qui-est-bon-ou-presque-pour-le-climat-est-bon-pour-la-sante/> (consulté le 15 mars 2024).

72 STEPHAN HEBLICH, ALEX TREW, YANOS ZYLBERBERG, « East-Side Story : Historical Pollution and Persistent Neighborhood Sorting », *Journal of Political Economy* 2021, p. 1508-1552.

73 BRUNO LATOUR, *Où atterrir ? Comment s'orienter en politique*, Paris 2017, p. 82-83.

ments (égalité sociale, logement, éducation, santé, alimentation, etc.) en-deçà duquel il ne faut pas descendre⁷⁴.

Par ailleurs, ces trois composantes interagissent.

La plupart du temps, l'effet est unidirectionnel : la péjoration d'une composante entraîne la péjoration d'une ou des deux autres. Ainsi, le réchauffement des températures (dimension climatique) peut engendrer, directement ou indirectement (via une sécheresse prolongée par exemple) une perte de biodiversité, qui découlera de la disparition d'espèces locales (les hêtres des forêts jurassiennes par exemple⁷⁵) ou de l'apparition d'« espèces exotiques envahissantes »⁷⁶ telles que le moustique tigre⁷⁷. Ces deux effets peuvent d'ailleurs se conjuguer⁷⁸. De même, la déforestation a à la fois un impact sur la biodiversité (destruction d'écosystèmes) et sur la question climatique, puisqu'elle entraîne le rejet dans l'atmosphère du CO₂ emmagasiné dans les arbres⁷⁹.

À l'inverse, l'amélioration d'une composante produit en général des bénéfices sur les autres. Ainsi, la lutte contre le changement climatique

74 KATE RAWORTH, *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist*, New York 2017.

75 YAN PAUCHARD, « Le Jura, en situation de catastrophe forestière », *Le Temps*, 8 juillet 2019.

76 INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE (IUCN), *Invasive Alien Species and Climate Change*, février 2021. Ces espèces sont définies par le Conseil fédéral comme des « espèces exotiques dont on sait ou dont on doit supposer que leur propagation en Suisse peut porter atteinte à la diversité biologique et à son utilisation durable ou mettre en danger l'être humain ou l'environnement ». Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie de la Suisse relative aux espèces exotiques envahissantes*, 18 mai 2016, p. 5.

77 OFEV, *Espèces exotiques en Suisse : État 2022*, Berne 2022, p. 39. Dans certains cas, en revanche, l'impact du changement climatique est encore incertain, comme au sujet de l'augmentation de la présence de la moule quagga dans les lacs suisses. Cf. BENJAMIN M. KRAEMER, « An abundant future for quagga mussels in deep European lakes », *Environmental Research Letters*, 2023.

78 CHRISTOPHE BOUGET, MARION GOSSELIN, FABIEN LAROCHE, « Changement climatique : la biodiversité forestière à la croisée des enjeux de conservation et d'atténuation », *Sciences Eaux & Territoires* 2020, p. 84-89.

79 MINISTÈRE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Les forêts : entre biodiversité, climat et développement*, mars 2022, disponible à l'adresse suivante : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/climat-et-environnement/la-preservation-de-la-biodiversite/les-forets-entre-biodiversite-climat-et-developpement/> (consulté le 15 mars 2024).

tend à atténuer les modifications des conditions de vie sur terre, contribuant ainsi à préserver la biodiversité. Le renforcement ou la préservation de la biodiversité peut aussi avoir des bénéfices en matière climatique, à l'exemple du castor, dont la réintroduction est évoquée par le deuxième groupe de travail du GIEC pour favoriser la séquestration naturelle du carbone⁸⁰.

Il convient cependant de noter que, parfois, les effets réciproques sont plus complexes : ainsi, les normes plus sévères en matière d'émissions d'oxydes de soufre des navires entrées en vigueur en 2020⁸¹ ont permis de limiter la pollution aux particules fines et d'améliorer la qualité de l'air, mais elle a vraisemblablement aussi contribué au réchauffement des températures globales, car ces particules fines ont un effet refroidissant⁸².

C. La terminologie

Compte tenu des développements qui précèdent, plusieurs expressions couramment utilisées, dérivées des termes « environnement » ou « climat », s'avèrent insatisfaisantes, car elles ont pour effet de restreindre la problématique en se concentrant sur une seule de ses composantes. Par exemple, l'action climatique ne désigne explicitement que les démarches mises en œuvre pour faire face au changement climatique.

Au surplus, il convient de prendre garde aux préconceptions que certaines de ces expressions charrient, en raison de leur histoire et du contexte qui les a vu apparaître. Ainsi, dans le domaine juridique, le « droit de l'environnement » demeure fortement marqué par une vision

⁸⁰ IPCC (Working Group II), *Full Report Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability – Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, p. 1996-1997. Pour une étude identifiant d'autres animaux qui favorisent la capture naturelle de carbone, voir OSWALD J. SCHMITZ ET AL., « Trophic rewilding can expand natural climate solutions », *Nature Climate Change*, 2023, p. 324-444.

⁸¹ COMITÉ DE LA PROTECTION DU MILIEU MARIN, Résolution MEPC.176(58), 10 octobre 2008 (Amendements à l'Annexe au Protocole de 1997 modifiant la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif), publiée in FF 2012 8021, règle 14.

⁸² À la fois parce qu'elles réfléchissent directement une partie du rayonnement solaire vers l'espace et parce qu'elles fonctionnent comme des noyaux de condensation de nuage. Cf. CARBON BRIEF, *Analysis: How low-sulphur shipping rules are affecting global warming*, 7 mars 2023.

anthropocentrique de l'être humain situé dans un milieu – ou décor – composé d'air, de sol et d'eau, vision caractéristique des années 1970 qui ont vu émerger cette préoccupation⁸³.

Pour toutes ces raisons, nous estimons que l'utilisation du terme « écologie » et de ses dérivés (*écologique*) doit être préférée.

En effet, étymologiquement, le terme « écologie » est issu du grec ancien et est construit sur l'association des termes *oïκος* (*oikos*: maison, patrimoine, habitat, milieu) et *λόγος* (*lógos*: discours)⁸⁴. Son origine remonte à 1867, lorsqu'il est forgé par le zoologiste et biologiste allemand Ernst HAECKEL, dans la préface de l'ouvrage *Natürliche Schöpfungsgeschichte*, pour désigner la science ayant pour objet les relations des êtres vivants (animaux, végétaux, micro-organismes) avec leur environnement et avec les autres êtres vivants⁸⁵. Le terme « écologie » présente ainsi l'avantage d'être suffisamment large pour englober les différentes composantes de la triple crise planétaire (*supra* II.A) et, simultanément, d'évoquer à bon escient la juste place occupée par l'humanité sur la Terre⁸⁶.

83 Voir le préambule de la Déclaration de la Conférence des Nations unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm), juin 1972: « *L'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel. Dans la longue et laborieuse évolution de la race humaine sur la terre, le moment est venu où, grâce aux progrès toujours plus rapides de la science et de la technique, l'homme a acquis le pouvoir de transformer son environnement d'innombrables manières et à une échelle sans précédent. Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même.* »

84 ALAIN REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, nouvelle éd., Paris 2019, p. 1171.

85 Id. Un exemple d'utilisation antérieure isolé est identifié chez HENRY DAVID THOREAU.

86 NATE CORTAS, « Bill McKibben: We must learn to <fit back inside creation> », *The Jesuit Post*, 31 octobre 2022: « *I hope that over time we'll be able to make ourselves smaller. Right at the moment the way to do that is to start making use of renewable energy, because that makes us a little smaller, do a little less damage. And over time I hope that we'll figure out a lot of other ways to fit back inside creation.* »

III. La transition écologique

La transition écologique regroupe l'ensemble des changements que nos sociétés doivent opérer pour faire face à la crise qui vient d'être décrite. Selon la définition du canton de Genève, la transition écologique constitue ainsi « *un processus de transformation profonde du modèle actuel, qui vise à renouveler les façons de produire, de consommer, de travailler et de vivre ensemble, afin de respecter les limites écologiques planétaires, tout en assurant les conditions d'un bien-vivre individuel et collectif.* »⁸⁷

Dans cette section, nous évoquerons les objectifs que la transition écologique peut se voir assigner (*infra* III.A.), la temporalité particulière qui est à l'œuvre dans ce domaine (*infra* III.B.) et le cadre politique et idéologique plus large dans lequel elle peut être mise en œuvre (*infra* III.C.).

A. Les objectifs

L'action écologique, dans les dimensions de la triple crise planétaire, peut se voir assigner différents objectifs : la suppression ou la limitation des comportements néfastes, la restauration de l'état antérieur ou d'un état qui s'en approche et l'adaptation à la nouvelle situation. Selon la dimension de l'action écologique en cause, ces dimensions et les rapports qu'elles entretiennent prendront des colorations différentes. Dans ce chapitre, nous nous proposons de prendre comme cadre principal d'analyse la dimension climatique de l'action écologique.

– La suppression ou la diminution

De manière générale, ce premier objectif consiste à agir à la source du problème. En matière climatique, cela suppose de lutter contre les émissions de gaz à effet de serre en adoptant des mesures susceptibles de les réduire. Dans le langage onusien, ce type de mesures est appelé « atténuation » (*mitigation*) et fait l'objet des travaux du troisième groupe de travail du GIEC⁸⁸.

Afin de structurer les différentes facettes que cet objectif peut inclure, un concept développé en Allemagne dans les années 1990 en matière de

⁸⁷ État de Genève, *Genève en transition*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ge.ch/teaser/geneve-transition> (consulté le 15 mars 2024).

⁸⁸ Voir PASCALINE MINET, « COP28 : dix mots pour comprendre les négos », *Le Temps*, 7 décembre 2023.

mobilité s'avère extrêmement utile. Il s'agit du triptyque suivant : *Vermeiden – Verlagern – Verbessern* (en français Éviter – Changer – Améliorer et en anglais *Avoid – Shift – Improve*)⁸⁹. Dans la mesure où ces mesures doivent être envisagées dans l'ordre d'énonciation, cette vision incorpore une dimension de sobriété⁹⁰.

En 2022, pour la première fois, le troisième groupe de travail du GIEC a intégré dans son sixième rapport cette approche au titre de mesure d'atténuation touchant la demande, en précisant qu'elle ne se limitait pas à des changements individuels, mais qu'elle nécessitait des changements sociaux, technologiques et institutionnels⁹¹. Dans le domaine de la mobilité, le GIEC a notamment identifié les options suivantes : renoncer à des vols long-courriers (éviter), se déplacer à vélo (éviter/changer), utiliser les transports publics (changer) ou encore utiliser un véhicule électrique (améliorer)⁹². Dans le domaine des bâtiments, les principales interventions consistent en des améliorations (rénovation, installation de pompes à chaleur, utilisation d'électricité issue d'énergies renouvelables)⁹³.

Il convient cependant de relever que, fréquemment, les dimensions « changer » et « améliorer » supposent une électrification du secteur concerné⁹⁴. Par exemple, dans le domaine de la mobilité, comme cela vient d'être mentionné, une voiture à moteur thermique peut être remplacée par une voiture électrique. Or, cette transformation n'est pas exempte de questions et de défis. Ainsi, l'origine de l'électricité joue un rôle fondamental : en effet, si elle a été produite par une centrale à gaz

⁸⁹ DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT, *Sustainable Urban Transport: Avoid-Shift-Improve (A-S-I)*, Eschborn 2019, p. 1.

⁹⁰ PERRINE MOUTERDE, « La sobriété, un levier pour accélérer la lutte contre le dérèglement climatique », *Le Monde*, 4 avril 2022.

⁹¹ IPCC (Working Group III), *Technical Summary*, in : *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change – Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, p. 117-118.

⁹² Id., p. 118.

⁹³ Id., p. 118.

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Environnement Suisse 2022: Rapport du Conseil fédéral*, Berne 2022, p. 26.

ou à charbon, le gain est inexistant, voire peut même s'avérer négatif⁹⁵. L'électrification doit donc aller de pair avec le développement des énergies renouvelables issues de sources telles que le soleil, le vent, l'eau ou le sous-sol (via la géothermie)⁹⁶. Cette exigence pose des défis techniques et géopolitiques, par exemple pour la construction de batteries, lesquelles nécessitent d'importantes quantités de métaux et de terres rares⁹⁷. Au surplus, la construction des infrastructures de production et de transport d'électricité entre fréquemment en conflit avec d'autres intérêts publics tels que la protection de la nature et du paysage⁹⁸.

– La restauration

La restauration de l'état antérieur ou l'amélioration de la situation n'agit pas sur les causes du problème, mais cherche à en éliminer ou diminuer les conséquences négatives. Dans le domaine climatique, cet objectif ne consiste donc pas à éliminer ou limiter les émissions de gaz à effet de serre, mais à agir *a posteriori* en éliminant une partie du carbone rejeté dans l'atmosphère au moyen de techniques de capture et séquestration⁹⁹. On relèvera que, si le GIEC inclut ces méthodes dans la palette des instruments susceptibles d'atténuer le changement climatique, il leur accorde une place secondaire par rapport à la réduction des gaz à effet de serre¹⁰⁰.

95 MARTIN RÜDISÜLI, ELLIOT ROMANO, SVEN EGGIMANN/MARTIN K. PATEL, « Decarbonization strategies for Switzerland considering embedded greenhouse gas emissions in electricity imports », *Energy Policy* 162 (2022) 112794.

96 Voir la liste figurant à l'art. 19 al. 1 de la loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne – RS 730.0).

97 GUILLAUME PITRON, *La guerre des métaux rares: La face cachée de la transition énergétique et numérique*, Paris 2018.

98 Voir, par exemple, les arrêts publiés rendus par le Tribunal fédéral au sujet de la construction de parcs d'éoliennes: ATF 132 II 408, ATF 147 II 319, ATF 148 II 36 et ATF 149 II 86.

99 UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, *Technology Brief: Carbon capture, use and storage*, Genève 2021.

100 IPCC (Working Group III), *Technical Summary* (note 91), p. 114: « While national mitigation portfolios aiming at net zero emissions or lower will need to include some level of CDR [Carbon Dioxide Removal], the choice of methods and the scale and timing of their deployment will depend on the achievement of gross emission reductions, and managing multiple sustainability and feasibility constraints, including political preferences and social acceptability. »

Un autre type d'instrument, désigné sous l'appellation générale « géo-ingénierie », inclut différentes techniques envisagées pour refroidir artificiellement la Terre – en « compensant » le réchauffement causé par les gaz à effet de serre – par exemple par l'injection d'aérosols supplémentaires dans la stratosphère afin d'augmenter la réflexion dans l'espace des rayons du soleil¹⁰¹. Ces pistes de réflexion suscitent un nombre important de questions et de controverses¹⁰².

Dans le domaine de la biodiversité, la restauration passe par exemple par la constitution d'un réseau interconnecté d'aires protégées¹⁰³.

– L'adaptation

Un troisième objectif consiste à s'adapter aux conditions de vie modifiées. Cet objectif prend acte du fait que certaines modifications des conditions de vie sur Terre sont dorénavant inévitables et cherche à en minimiser les conséquences. Dans le domaine climatique, cela signifie par exemple prendre les mesures nécessaires pour la protection contre les crues¹⁰⁴.

Les mesures d'adaptation font l'objet du travail du deuxième groupe de travail du GIEC¹⁰⁵.

¹⁰¹ « Solar geoengineering is becoming a respectable idea », *The Economist*, 22 novembre 2023.

¹⁰² ELIZABETH KOLBERT, *Under a White Sky: The Nature of the Future*, New York 2021.

¹⁰³ VALÉRIE DUPONT, THIERRY LARGEY, « La consécration légale de l'infrastructure écologique à l'aune des principes de conservation de la biodiversité », *DEP* 2023 p. 343-379.

¹⁰⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Adaptation aux changements climatiques en Suisse: Plan d'action 2020-2025*, Berne 2020, p. 44: « Les stratégies de protection contre les crues doivent faire l'objet d'une planification intégrée et fondée sur les risques, être conçues de manière robuste et évolutive et tenir compte des événements extrêmes de manière cohérente. »

¹⁰⁵ IPCC (Working Group II), *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability – Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Technical Summary*, p. 20: « Adaptation, in response to current climate change, is reducing climate risks and vulnerability mostly via adjustment of existing systems. Many adaptation options exist and are used to help manage projected climate change impacts, but their implementation depends upon the capacity and effectiveness of governance and decision-making processes. These and other enabling conditions can also support climate resilient development. »

B. La temporalité spécifique de la crise écologique

La crise écologique, en particulier sous l'angle climatique, obéit à une temporalité qui pose de multiples défis à la vision classique de l'État de droit et des politiques publiques. En effet, alors qu'une action décisive est nécessaire de manière urgente, les conséquences d'inaction ne seront (pleinement) ressenties que demain. Ce phénomène est notamment dû à l'effet d'accumulation des gaz à effet de serre dans l'atmosphère – le CO₂ a une durée de vie supérieure à cent ans, le méthane d'environ douze ans – qui a pour conséquence que les émissions actuelles auront un impact sur la température du globe pendant des dizaines d'années¹⁰⁶.

Cette décorrélation temporelle pose d'importants défis pour les catégories juridiques traditionnelles¹⁰⁷, défis particulièrement visibles, pour ne pas dire choquants, dans l'arrêt du Tribunal fédéral concernant la requête de décision des *Aînés pour la protection du climat*¹⁰⁸. Comme nous le verrons dans les deux sections suivantes, la question de la temporalité a un impact à chaque étape de la réflexion.

106 <https://www.ecologie.gouv.fr/changement-climatique-causes-effets-et-enjeux> (consulté le 15 mars 2024).

107 RICHARD B. ROOD, « If we stopped emitting greenhouse gases right now, would we stop climate change ? », *The Conversation*, 5 juillet 2017.

108 ATF 146 I 145. Le litige portait sur le droit de l'association et de certaines de ses membres d'obtenir une décision administrative selon l'art. 25a PA en lien avec un acte matériel par omission des autorités fédérales, à savoir l'insuffisance de leur action en matière climatique. La disposition précitée soumet le droit à une décision au fait que la personne requérante soit touchée dans ses droits ou ses obligations. Or, selon le Tribunal fédéral, tel n'était pas le cas au moment où l'arrêt a été prononcé : « *L'Accord de Paris et le régime de protection du climat qu'il institue présument également que le seuil <nettement au-dessous de deux degrés> ne sera pas dépassé dans un futur proche. Il est présumé qu'un certain laps est encore disponible pour éviter un réchauffement final dépassant ce seuil (voir notamment les art. 3 et 4 de l'Accord). La prochaine mise en oeuvre de l'Accord en droit suisse repose elle aussi sur cette présomption. Dans leur demande d'une décision relative à des actes matériels, les recourantes admettent elles également qu'un certain temps s'écoulera encore.* » (références omises). Or, c'est négliger la temporalité particulière de l'action écologique (l'inaction d'aujourd'hui causera mécaniquement le réchauffement de demain).

C. Le cadre politique et idéologique

Les objectifs qui viennent d'être présentés peuvent être mis en œuvre dans des cadres idéologiques et politiques radicalement différents. Comme indiqué ci-dessus (*supra* I.C), un État de droit peut accueillir plusieurs de ces visions, pour autant que celles-ci respectent ses éléments constitutifs (en particulier, la prééminence du droit, la démocratie et les droits fondamentaux). En revanche, certaines conceptions de la transition écologique ne sont pas compatibles.

Cette question évoque la distinction opérée par Maurice DUVERGER entre la lutte « dans » le régime et la lutte « sur » le régime: « *Dans le premier cas, le combat consiste pour chaque parti à essayer de conquérir le pouvoir, pour l'exercer ensuite dans l'intérêt des classes et des catégories sociales qu'il représente, tout en maintenant les institutions et les règles existantes. Celles-ci font ainsi l'objet d'un « consensus » quasi général. Dans le second cas, certains partis estiment que les intérêts des classes et des catégories qu'ils représentent ne peuvent pas être satisfaits dans le cadre du régime établi. Ils veulent donc le remplacer par un autre.* »¹⁰⁹

Dans les débats actuels relatifs à la transition écologique et aux moyens de mettre celle-ci en œuvre, les positions occupent l'entier du spectre allant d'un type de lutte à l'autre. Ainsi, si des voix et des institutions appellent à agir dans le cadre de l'État de droit, c'est-à-dire par une lutte dans le régime¹¹⁰, d'autres courants préconisent une lutte sur le régime, en affirmant que la transition écologique requiert de remplacer l'État de droit par un système plus autoritaire, caractérisé par davantage de verticalité du pouvoir¹¹¹.

¹⁰⁹ MAURICE DUVERGER, *Introduction à la politique*, Paris 1990, p. 236-237.

¹¹⁰ UNION INTERNATIONALE POUR LA CONSERVATION DE LA NATURE, Déclaration mondiale de l'UICN sur l'état de droit environnemental, avril 2016: « *L'état de droit environnemental s'entend du cadre juridique énonçant les droits et obligations, d'ordre procédural et substantiel, qui intègre les principes du développement écologiquement durable dans l'état de droit. Le renforcement de l'état de droit environnemental est la clé de la protection, la préservation et la restauration de l'intégrité environnementale. Sans l'état de droit, la gouvernance environnementale et l'application des droits et obligations peuvent être arbitraires, subjectives et imprévisibles.* »

¹¹¹ Voir ÉMELINE BAUDET, « Dictature verte, la tentation », *Revue Projet* 2021, p. 46-49.

La présente contribution se place résolument dans l'optique d'une transition écologique menée dans le cadre de l'État de droit (lutte dans le régime), en particulier car elle ne doit pas être un prétexte pour revenir sur les nombreux et indéniables acquis d'un État régi par le droit¹¹². Si la justification détaillée de ce choix échappe au champ de cette contribution, deux points méritent d'être brièvement relevés au sujet de la tentation autoritaire. Premièrement, la verticalité du pouvoir, pour tentante qu'elle puisse parfois apparaître face aux lenteurs de la démocratie, implique un changement de système qui ne se limite pas à l'action écologique, mais s'étend à l'ensemble de l'activité de l'État (surveillance, données personnelles, etc.)¹¹³. Deuxièmement, l'analyse historique et politologique tend à montrer que les démocraties présentent globalement un meilleur bilan écologique que les régimes autoritaires¹¹⁴.

Il convient enfin de faire preuve de prudence au moment de classer tel ou tel mouvement de pensée dans la lutte dans ou sur le régime. Ainsi, il est parfaitement possible d'être favorable à l'État de droit et à la démocratie, tout en soulignant les risques que la fin des énergies fossiles et l'inaction climatique font courir à la démocratie¹¹⁵. De même, le fait, pour des mouvements activistes climatiques, de recourir à des actes de désobéis-

112 PHILIPPE DESCOLA, ALESSANDRO PIGNOCCHI, *Ethnographies des mondes à venir*, Paris 2022, p. 128.

113 NICOLE KOBIE, « The complicated truth about China's social credit system », *Wired*, 7 juin 2019. Voir, pour un argumentaire de nature politique contre l'énergie nucléaire, en raison de la vision verticale du pouvoir qu'elle suppose, HERVÉ KEMPF, *Le nucléaire n'est pas bon pour le climat*, Paris 2022.

114 DANIEL LINDVALL, MIKAEL KARLSSON, « Exploring the democracy-climate nexus: a review of correlations between democracy and climate policy performance », *Climate Policy*, 10 septembre 2023. Consulter également « Are dictatorships better than democracies at fighting climate change ? », *The Economist*, 21 septembre 2019.

115 Voir par exemple JEAN-MARC JANCOVICI, « Il y a un risque que la démocratie ne survive pas à la fin des énergies fossiles », *L'Obs*, 11 mars 2021 ; ANDREAS MALM, *How to Blow Up a Pipeline: Learning to Fight in a World on Fire*, Londres 2021. Si ANDREAS MALM est très controversé pour son soutien à la « théorie du front radical », qui implique le sabotage d'infrastructures de l'industrie fossile, son objectif porte essentiellement sur l'expropriation des industries pétrolières. Voir RÉMI NOYON/SÉBASTIEN BILLARD, « Du sabotage à Lénine : tout comprendre à Andreas Malm, le penseur qui inspire Les Soulèvements de la Terre », *L'Obs*, 12 juin 2023. Pour une vision très approfondie de la pensée d'Andreas Malm, notamment ses angles morts, lire BUE RÜBNER HANSEN, « The Kaleidoscope of Catastrophe: On the Clarities and Blind Spots of Andreas Malm », *Viewpoint Magazine*, 14 avril 2021.

sance civile (blocage d'axes routiers, occupation de bâtiments, perturbation de salons aéronautiques, etc.¹¹⁶) n'est pas forcément synonyme de lutte sur le régime : l'objectif peut consister à faire « bouger les lignes » à l'intérieur de l'État de droit, dans le cadre dessiné entre autres par les droits fondamentaux¹¹⁷.

IV. L'État et la transition écologique

Il est à présent nécessaire de s'interroger sur le rôle de l'État et du droit public dans la transition écologique (*infra* IV.A.), avant d'aborder la place qu'occupent dans ce contexte les « deux grands domaines »¹¹⁸ du droit public : le droit constitutionnel (*infra* IV.B.) et le droit administratif (*infra* IV.C.).

A. Le rôle de l'État et du droit public

La première question consiste à se demander si la transition écologique doit être portée par l'État ou par la société (en particulier, par le biais de changements de comportement individuels).

Comme souvent, la réponse se situe au milieu : ainsi, dans le domaine climatique, si l'action individuelle a un rôle incontournable à jouer, elle est insuffisante pour parvenir aux réductions de gaz à effet de serre nécessaires afin de respecter l'Accord de Paris¹¹⁹. Selon les calculs effectués par le cabinet de conseil Carbone 4, la réduction de l'empreinte carbone due à des efforts individuels (par exemple, changer de régime alimentaire, renoncer à prendre l'avion, équiper son logement de lampes LED) permettrait d'atteindre 20 à 40% de la réduction totale nécessaire, selon que l'engagement personnel est « moyen » ou « héroïque »¹²⁰. Le solde

116 Consulter, de manière générale, CLÉMENCE DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile : Quelle catégorisation pour un « objet juridique non identifié ? »*, Zürich 2022.

117 Les rapports entre transition écologique et libertés fondamentales sont abordés dans la contribution de Nesa Zimmermann.

118 JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, ISABELLE ROMY, *La construction et son environnement en droit public : Éléments choisis pour les architectes, les ingénieurs et les experts de l'immobilier*, 2^e éd., Lausanne 2017, p. 10.

119 MICHAEL E. MANN, « Lifestyle Changes Aren't Enough to Save the Planet: Here's What Could », *Time*, 12 septembre 2019.

120 CARBONE 4, *Faire sa part ? Pouvoir et responsabilité des individus, des entreprises et de l'État face à l'urgence climatique*, Paris 2019, p. 17-18.

des réductions, qui suppose une modification de l'environnement social et technique actuel, passe nécessairement par une action au niveau collectif¹²¹.

Dans ces conditions, le droit public, défini comme la partie de l'ordre juridique qui comprend l'ensemble des règles régissant l'accomplissement de tâches publiques et poursuivant un intérêt public¹²², est appelé à jouer un rôle central dans la transition écologique. Tous les niveaux de la pyramide juridique – droit international, droit fédéral, droit cantonal et droit communal – sont concernés¹²³.

L'analyse du droit public en lien avec la transition écologique peut emprunter en particulier trois dimensions¹²⁴: faire évoluer le droit actuel dans une direction plus écologique, réexaminer son contenu pour identifier les freins à la transition¹²⁵ et retrouver les signes de ce que le droit aurait pu être (et a d'ailleurs souvent été avant le début du vingtième siècle et les grandes codifications)¹²⁶.

B. Le droit constitutionnel

Le droit constitutionnel est la « *branche du droit qui a pour objet les règles, les institutions juridiques et les pratiques politiques essentielles*

121 Id., p. 4-5: « Pour gagner la bataille, il faut transcender le seul maillon individuel et accéder à un niveau collectif d'action (...) Il revient à l'État d'assumer pleinement son rôle de régulateur, d'investisseur, et de < catalyseur > à tous les niveaux (...) L'État est seul à même d'édicter les règles qui permettent de réorienter les investissements dans les filières décarbonées au détriment des actifs « bruns », et seul à pouvoir mettre en place les incitations fiscales et réglementaires adéquates, former ses fonctionnaires aux enjeux climat, ou encore conditionner les accords commerciaux au climat si nécessaire. »

122 CHRISTIAN BOVET, ANGELA CARVALHO, *Glossaire juridique*, Genève 2017, p. 73.

123 DANIEL A. FARBER, CINNAMON P. CARLARNE, *Climate Change Law*, 2^e éd., Saint Paul 2022.

124 FRÉDÉRIC BERNARD, « Recension: Où suis-je? Bruno Latour, le Nouveau Régime Climatique et le droit », *Jusletter* du 27 juin 2022.

125 Par exemple, supprimer dans les législations pertinentes l'obligation de construire des places de stationnement pour véhicules privés. Cf. *Environnement Suisse 2022* (note 94), p. 39.

126 Pour la Suisse, voir, par exemple, les modes traditionnels de propriété collective de la terre. Cf. MARTIN LEONHARD, « Biens communaux » (version du 17.1.2001), *Dictionnaire historique de la Suisse*, 2001.

qui concernent l'État et l'exercice de la puissance publique, de même que les relations que cet État entretient avec la société »¹²⁷.

À ce titre, il a un rôle essentiel à jouer dans la transition écologique, notamment s'agissant de la définition des tâches de l'État, c'est-à-dire des tâches qui visent un intérêt public et se fondent sur un mandat constitutionnel¹²⁸. L'évolution du texte constitutionnel peut emprunter la voie d'un amendement formel ou celle de l'interprétation judiciaire¹²⁹. Si cette dernière est hors du champ de la présente contribution, quelques exemples de modifications formelles récentes sont utiles.

Au cours des dernières années, certaines constitutions cantonales ont été modifiées pour inclure la protection du climat dans les tâches de l'État. Par exemple, la population du canton de Vaud a accepté le 18 juin 2023, à une large majorité (62,72%), l'initiative populaire constitutionnelle « Pour la protection du climat »¹³⁰. En conséquence, l'article 6 alinéa 1 Cst./VD, qui énumère les buts de l'État, a été complété par l'ajout d'une lettre e qui charge l'État de veiller à « [l]a protection du climat et de la biodiversité ainsi que la lutte contre le réchauffement climatique et les dérèglements qu'il génère »; pour sa part, l'article 6 alinéa 2 Cst./VD s'est vu adjoindre une nouvelle lettre k qui prescrit à l'État de tenir compte, dans ses activités, de « l'urgence environnementale »¹³¹.

127 GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, MAYA HERTIG RANDALL, ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse, vol. I: L'État*, 4^e éd., Berne 2021, p. 9.

128 VINCENT MARTENET, « Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux », in: ANNE-CHRISTINE FAVRE, VINCENT MARTENET, ÉTIENNE POLTIER (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève 2016, p. 123-143, p. 124-130.

129 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS* 1991 p. 9-141, p. 39: « [N]ous sommes en présence d'une règle qui appartient au niveau de la constitution formelle, en ce qu'elle ne peut pas être modifiée selon la procédure de la législation ordinaire, mais bien selon la procédure de la révision constitutionnelle, et qui a ceci de particulier qu'elle peut aussi – dans les limites de l'interprétation et dans le respect des principes applicables aux revirements de jurisprudence – être modifiée par un tribunal. »

130 <https://www.vd.ch/themes/environnement/climat/initiative-populaire-cantonale-pour-la-protection-du-climat> (consulté le 15 mars 2024).

131 L'initiative a également conduit à l'ajout d'un nouvel article 52b Cst./VD spécifiquement consacré à la protection du climat.

L'enrichissement des tâches de l'État par la modification du texte constitutionnel est une première étape importante, mais elle ne suffit pas nécessairement à résoudre la crise écologique.

D'une part, la tâche de protéger le climat vient s'ajouter à d'autres tâches publiques avec lesquelles elle est susceptible d'entrer en conflit. Outre le conflit déjà évoqué entre production d'énergie renouvelable et protection de la nature et des sites (*supra* III.A), l'article 89 alinéa 1 Cst., relatif à la politique énergétique, montre la complexité des différents intérêts publics en jeu : « *Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons s'emploient à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie.* » En effet, il n'est de loin pas évident qu'un approvisionnement énergétique suffisant, sûr et économiquement optimal soit nécessairement respectueux de l'environnement¹³².

D'autre part, il n'est pas acquis que l'État et son administration sachent ce que la protection du climat et la lutte contre le réchauffement climatique signifient concrètement du point de vue de leur action et des politiques publiques mises en œuvre¹³³. Si tel est le cas, le simple ajout d'une tâche de l'État n'est pas suffisant pour influencer concrètement sur les choix et les décisions publiques.

Un autre type de modification constitutionnelle est celui des droits fondamentaux, en particulier par la reconnaissance d'un droit à un environ-

¹³² CR Cst.-POLTIER, art. 89 N 36 : « *Il faut souligner ici que ces objectifs, par leur diversité, sont loin d'être convergents : fonctionnement du marché, sécurité de l'approvisionnement ou encore protection de l'environnement ne vont en effet pas de pair. Il s'agit au contraire de réaliser des arbitrages entre ces différents objectifs, avec toutes les difficultés que cela représente.* »

¹³³ BRUNO LATOUR, cité in : YOUNESS BOUSENNA, « Bruno Latour : la révolution a déjà eu lieu, elle s'appelle l'Anthropocène », *Socialter*, 11 février 2021 : « *Il existe seulement un État vaguement capable de défendre la volonté générale sur l'épidémie, mais pas d'État de l'écologie apte à prendre en compte autre chose que l'emploi si Amazon décide d'implanter un entrepôt dans une campagne. Personne au sein de l'État n'est là pour penser un État d'abondance dans les limites de l'accord de Paris sur le climat (...) Aucun fonctionnaire ne connaît l'hypothèse Gaïa ! Notre État reste fondamentalement un État de la reconstruction de l'après-guerre et de la modernisation. Un État armé pour la mutation écologique ne peut pas exister car il faudrait d'abord que la société civile, dont il est l'émanation, ait pris en charge le problème par elle-même.* »

nement sain. Même si ce thème fait l'objet d'une autre contribution dans ce recueil¹³⁴, il convient de relever à titre d'exemple quela Constitution genevoise de 2012 intègre dans son catalogue de droits fondamentaux un article 19 garantissant le droit de toute personne de vivre dans un environnement sain. De la même manière, au niveau du Conseil de l'Europe, des discussions portent de longue date sur l'adoption d'un protocole additionnel à la CEDH qui viendrait garantir explicitement ce droit¹³⁵. Si la reconnaissance explicite d'un tel droit aurait indéniablement un fort impact symbolique, il convient de s'interroger sur les avancées qu'il permettrait sur le plan technique par rapport aux droits existants aujourd'hui (notamment le droit à la vie et la protection de la vie privée et familiale). On pourrait souhaiter, à cet égard, que sa consécration soit l'occasion de dés-anthropocentrer le droit à un environnement sain pour intégrer la dimension des droits (écocentriques) de la nature¹³⁶.

C. Le droit administratif

Le droit administratif est usuellement défini comme « *l'ensemble des normes qui régissent l'administration publique, à savoir son organisation, ses activités et la procédure qu'elle doit appliquer* »¹³⁷. Ainsi, à partir du moment où l'État se voit confier une mission dans le domaine écologique, les politiques publiques qu'il adoptera pour l'accomplir prendront la forme du droit administratif. Dans ces conditions, si le droit administratif peut parfois apparaître moins « spectaculaire » que le droit constitutionnel, il joue en réalité un rôle absolument central dans la transition écologique.

Le droit administratif est en effet le vecteur privilégié des législations ayant trait à l'action écologique, qu'il s'agisse de protéger l'environne-

¹³⁴ Les rapports entre transition écologique et libertés fondamentales sont abordés spécifiquement dans la contribution de Nesa Zimmermann.

¹³⁵ ASSEMBLÉE DU CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION DES QUESTIONS SOCIALES, DE LA SANTÉ ET DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Ancre le droit à un environnement sain: la nécessité d'une action renforcée du Conseil de l'Europe*, 9 septembre 2021.

¹³⁶ ALEXANDRE FLÜCKIGER, « Droits de l'homme et environnement », in: MAYA HERTIG RANDALL, MICHEL HOTTELIER (dir.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, p. 606-620, p. 617, qui propose de reconnaître un « droit à un environnement sain et écologiquement harmonieux ».

¹³⁷ THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève 2018, p. 3.

ment¹³⁸, la biodiversité¹³⁹ ou la nature¹⁴⁰. Au surplus, les principaux secteurs concernés par la transition écologique sont des domaines traditionnellement régis eux aussi par le droit administratif: bâtiments, alimentation, transport et, plus largement, énergie¹⁴¹. Enfin, le droit administratif général encadre la maîtrise et l'usage que les collectivités publiques ont sur plusieurs outils centraux dans la transition écologique, parmi lesquels l'utilisation du domaine public et la création de monopoles¹⁴².

L'étude de la place et du rôle du droit administratif dans la transition écologique doit porter simultanément sur ses aspects substantiels et sur ses aspects procéduraux.

Les premiers portent sur le contenu du droit administratif et traitent notamment des objectifs que l'État souhaite atteindre ou des moyens qu'il met en œuvre pour y parvenir. Si la définition des objectifs échappe en tant que telle au champ de la présente contribution, il est en revanche important de rappeler qu'au fil du temps, la panoplie des instruments à disposition de l'État s'est considérablement enrichie et diversifiée¹⁴³. En effet, alors que, traditionnellement, l'action étatique se concrétisait surtout par l'adoption d'une réglementation contraignante, incluant des interdictions et/ou des obligations ainsi que des sanctions (y compris, le

138 Voir entre autres la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE – RS 814.01) et ses nombreuses ordonnances d'application.

139 Voir entre autres la loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP – RS 922.0).

140 Voir entre autres la loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN – RS 451).

141 Selon l'OFEV, en 2021, les bâtiments étaient responsables de 25,8% des émissions de gaz à effet de serre, les transports de 30,6% et l'agriculture de 14,3%. Cf. OFEV, *Données: Émissions de gaz à effet de serre en Suisse*, disponible à l'adresse suivante: <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/climat/État/donnees.html> (consulté le 15 mars 2024).

142 Voir par exemple, pour le canton de Genève, la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (RS/GE L 1 05) et l'art. 168 Cst./GE qui prévoit un monopole cantonal en matière d'approvisionnement et de distribution d'eau et d'électricité ainsi que pour l'évaluation et le traitement des eaux usées. Voir, dans le présent recueil, la contribution de Nicolas Wisard.

143 CHARLES-ALBERT MORAND, « Les nouveaux instruments d'action de l'État et le droit », in: CHARLES-ALBERT MORAND (éd.), *Les instruments d'action de l'État*, Genève 1991, p. 237-252.

cas échéant, pénales) en cas de non-respect, elle a emprunté, au cours des dernières décennies, d'autres canaux : adoption de mesures d'incitation ou d'orientation (notamment par le biais de subventions ou de taxation, mais aussi par la mise à disposition d'infrastructures telles qu'un réseau protégé de pistes cyclables)¹⁴⁴, utilisation de *nudges* (« coups de pouce »)¹⁴⁵, déploiement de campagnes d'information ou encore appui sur le secteur privé, par exemple par le biais de l'utilisation de labels¹⁴⁶.

Les seconds portent sur les conditions de mise en œuvre du droit administratif et, en particulier, sur la possibilité de faire contrôler l'action de l'administration par la voie judiciaire (qui fait partie des éléments fondamentaux de l'État de droit, comme nous l'avons vu plus haut, cf. *supra* I.C). Si cette thématique échappe, en tant que telle, au champ de la présente contribution, il convient de souligner que plusieurs règles classiques du droit administratif suisse, comme le rejet de l'action populaire (*actio popularis*)¹⁴⁷ – c'est-à-dire de la possibilité pour n'importe quelle personne de contester par un moyen de droit une décision administrative quelconque – ou les critères en matière de qualité pour agir, s'avèrent peu appropriées pour appréhender de manière satisfaisante la transition écologique et sa temporalité particulière (cf. *supra* III.B)¹⁴⁸.

144 Voir, par exemple, BARBARA RONGA, EMMANUEL SANDRA, « Les taxes d'incitation environnementales : Pourquoi et comment les évaluer ? », *Leges* 2010/2, p. 199-210.

145 RICHARD H. THALER, CASS R. SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, Londres 2021. Cf. la définition du *nudge* en p. 5 : « *Good architects realize that although they can't build the perfect building, they can make some design choices that will have beneficial effects (...). And just as a building architect must eventually produce the plans for a building, a choice architect (...) must choose a particular arrangement of the food options at lunch, and by so doing she can influence what people eat. She can nudge.* »

146 ALEXANDRE FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019, p. 271 et ss.

147 Par exemple, ATF 146 I 145 c. 5.5. Voir TANQUEREL (note 137), p. 456.

148 À titre d'exemple, aux États-Unis, les règles proposées par des agences fédérales doivent être validées par le *White House Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), qui fait partie de l'*Office of Management and Budget* (OMB) et dont la mission consiste à s'assurer qu'elles sont juridiquement et économiquement saines (*sound*). Historiquement, l'OIRA a souvent fonctionné comme frein aux réglementations environnementales au motif que leurs coûts seraient trop élevés pour l'industrie et l'économie. Cf. « Lobbyists Bidding to Block Government Regs Set Sights on Secretive White House Office », *ProPublica*, 31 juillet 2014. En avril 2023, l'OIRA, sous la houlette de son nouveau directeur, RICHARD REVESZ, a mis en consultation une proposition de révision des critères d'analyse applicables afin de mieux tenir

V. La prééminence et la sécurité du droit

Pour terminer, nous nous proposons d'examiner trois aspects spécifiques de la prééminence et de la sécurité du droit dans le contexte particulier de la Suisse. Comme nous l'avons évoqué plus haut (*supra* II.B), les dimensions d'État social et d'égalité sont au cœur de la transition écologique, mais il ne nous est pas possible de les traiter de manière détaillée et satisfaisante dans le cadre de la présente contribution. Nous avons donc privilégié des thématiques d'ordre structurel : le fédéralisme (*infra* V.A.), la séparation des pouvoirs (*infra* V.B.) et la démocratie directe (*infra* V.C.).

A. Le fédéralisme

Selon l'article 1^{er} Cst. féd., la Suisse est un État fédéral, composé de la Confédération et des cantons (ainsi que des communes). Conformément à la règle de répartition des compétences figurant à l'article 3 Cst. féd., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. En conséquence, les compétences originaires appartiennent aux cantons tandis que la Confédération n'exerce que les tâches qui lui sont confiées par la Constitution fédérale¹⁴⁹. Par ailleurs, l'article 49 Cst. prévoit que le droit fédéral prime le droit can-

compte des bénéfices d'une réglementation pour les générations futures. CORAL DAVENPORT, « You've Never Heard of him, but He's Remaking the Pollution Fight », *The New York Times*, 28 mai 2023. Cette proposition est notamment justifiée de la manière suivante : « *Special ethical considerations arise when comparing benefits and costs across generations. Although most people demonstrate time preference in their own consumption behavior, which may vary by the good or service at hand, it may not be appropriate for society to demonstrate a similar preference when deciding between the well-being of current and future generations. Future citizens and residents who are affected by such choices cannot take part in making them, and today's society must act with some consideration of their interest.* » Voir *Office of Management and Budget, Circular A-4-Draft*, 6 avril 2023, p. 80. Lire également RICHARD L. REVESZ, MICHAEL A. LIVERMORE, *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, Oxford 2008 ; MICHAEL A. LIVERMORE, RICHARD L. REVESZ, *Reviving Rationality: Saving Cost-Benefit Analysis for the Sake of the Environment and Our Health*, Oxford 2020.

149 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 127), p. 380-381.

tonal qui lui est contraire, consacrant ainsi le principe de la « primauté du droit fédéral » (aussi appelé « force dérogatoire du droit fédéral »)¹⁵⁰.

En droit public, contrairement au droit privé ou au droit pénal, la Confédération ne bénéficie pas d'une compétence générale¹⁵¹. En conséquence, en fonction du domaine concerné, le droit public sera fédéral, cantonal (voire communal) ou hybride. Cette diversité caractérise tout particulièrement les champs inclus dans la transition écologique: certains font l'objet d'une compétence fédérale (par exemple, la législation en matière d'aviation¹⁵²), d'autres font traditionnellement partie des compétences cantonales (par exemple, le droit de la construction¹⁵³), d'autres encore font l'objet d'un mélange de règles fédérales et cantonales (par exemple, la protection de la biodiversité¹⁵⁴). L'analyse de la collectivité publique compétente doit donc être effectuée attentivement pour déterminer le niveau auquel l'action doit porter¹⁵⁵.

Plus largement, l'absence de compétence exclusive de la Confédération en matière de transition écologique a pour effet d'impliquer dans l'action tous les niveaux de collectivité publique de l'État fédéral suisse. Cet effet est d'abord visible dans les constitutions cantonales, notamment celles qui ont été récemment révisées et qui contiennent des dispositions spécifiques consacrées au climat¹⁵⁶. Plusieurs collectivités publiques ont par ailleurs décrété l'urgence climatique¹⁵⁷.

¹⁵⁰ CR Cst.-MARTENET, art. 49 N 16-17.

¹⁵¹ TANQUEREL (note 137), p. 11-12.

¹⁵² Art. 87 Cst. féd. et la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA – RS 748.0).

¹⁵³ ZUFFEREY/ROMY (note 118).

¹⁵⁴ Voir notamment, au niveau fédéral, art. 78 al. 2 à 5 Cst. féd. et la loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN – RS 451) et, au niveau cantonal, par exemple, la loi genevoise sur la biodiversité du 14 septembre 2012 (LBio/GE – RS/GE M 5 15).

¹⁵⁵ Pour donner un exemple récent, les cantons ne disposaient pas de la compétence de décréter des moratoires concernant l'installation d'antennes de téléphonie mobile 5G. Cf. OFEV/OFCOM, *Prise de position commune: Moratoires cantonaux sur les antennes de téléphonie mobile 5G et droit fédéral*, 3 mai 2019.

¹⁵⁶ Art. 158 Cst./GE: « L'État met en œuvre des politiques propres à réduire les gaz à effet de serre. »

¹⁵⁷ Dans le canton de Vaud, par exemple, le 19 mars 2019. Voir la résolution « Urgence climatique » adoptée par le Grand Conseil, disponible à l'adresse suivante: <https://>

Cet effet est aussi visible dans les outils de planification adoptés au cours des dernières années par les différentes collectivités publiques. Par exemple, la Confédération s'est dotée en 2021 d'une Stratégie climatique à long terme¹⁵⁸, le canton de Genève la même année d'un Plan climat cantonal 2030-2^e génération¹⁵⁹ et la Ville de Genève en 2022 d'une Stratégie climat¹⁶⁰. La Confédération dispose par ailleurs d'une stratégie et d'un plan d'action relatifs à la biodiversité¹⁶¹, tandis que le canton de Genève dispose d'une loi sur la biodiversité et d'une Stratégie Biodiversité Genève 2030 et que l'axe 6 de la Stratégie climat de la Ville de Genève porte sur la préservation de la biodiversité au cœur de la ville¹⁶². En matière d'énergie, le Conseil fédéral a adopté la Stratégie énergétique 2050, tandis que la dimension énergétique a été intégrée à Genève dans le Plan climat canton – 2^e génération. Si cette action sur plusieurs niveaux est à saluer, il est tout aussi important de prendre soin à la coordination et à la cohérence des différentes planifications et actions envisagées¹⁶³.

Pendant la phase aiguë de la crise du nouveau coronavirus (2020-2022), le fédéralisme a été vivement critiqué comme archaïque et source de maux divers (lenteurs, incohérences, etc.)¹⁶⁴. Des effets négatifs similaires ne peuvent bien évidemment pas être exclus en matière de transition écologique. Toutefois, dans ce domaine, le fédéralisme dispose aussi d'atouts majeurs. D'une part, il peut y jouer son rôle classique de « labo-

www.vd.ch/toutes-les-actualites/actualite/news/11576i-le-grand-conseil-adopte-une-resolution-declarant-lurgence-climatique (consulté le 15 mars 2024).

158 CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie climatique à long terme de la Suisse*, Berne 2021.

159 CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE, *Plan climat cantonal 2030 – 2^e génération*, 2 juin 2021.

160 CONSEIL ADMINISTRATIF DE LA VILLE DE GENÈVE, *Stratégie climat de la Ville de Genève*, février 2022.

161 CONSEIL FÉDÉRAL, *Plan d'action – Stratégie Biodiversité Suisse*, 6 septembre 2017.

162 *Stratégie climat de la Ville de Genève* (note 160), p. 16.

163 *Adaptation aux changements climatiques en Suisse* (note 104), p. 75: « La stratégie d'adaptation ne donne pas de consignes aux cantons, aux villes et aux communes. Cependant, pour en réussir la mise en oeuvre, il est essentiel que les différents niveaux institutionnels collaborent et coordonnent leurs mesures liées à des thèmes sectoriels et transversaux, car nombre d'entre elles relèvent de la responsabilité des cantons, des villes et des communes. »

164 VINCENT BOURQUIN, « Crise du covid: questionner le fédéralisme », *Le Temps*, 17 février 2022.

ratoire d'idées », qui permet à certaines collectivités publiques d'innover puis, selon la méthode du *trial and error*, d'être imitées en cas de succès¹⁶⁵. D'autre part, le découpage de la Suisse en vingt-six cantons et deux mille cent trente-six communes (au 1^{er} janvier 2023¹⁶⁶) lui confère une structure décentralisée qui apparaît particulièrement propice à certaines actions écologiques, par exemple pour le développement d'énergies renouvelables comme la création d'un parc de panneaux solaires d'envergure¹⁶⁷.

B. La séparation des pouvoirs

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il appartient en règle générale au parlement démocratiquement élu d'adopter les lois¹⁶⁸. Cette exigence est intégrée dans le principe de la légalité sous la forme de l'exigence de la base légale (art. 5 al. 1 Cst.)¹⁶⁹, à laquelle s'ajoute l'exigence de densité normative (qui exige que la norme présente des garanties suffisantes de clarté, de précision et de transparence)¹⁷⁰. Notons qu'en Suisse, tant au niveau fédéral que cantonal, la procédure législative ordinaire inclut en principe une possibilité de participation démocratique sous forme de référendum obligatoire ou facultatif (cf. *infra* V.C.)¹⁷¹. Dans la suite de cette section, nous nous concentrerons sur le niveau fédéral.

En cas d'urgence, la Constitution fédérale prévoit plusieurs mécanismes qui permettent aux autorités d'accélérer le processus législatif. Ainsi, l'Assemblée fédérale a la possibilité d'adopter une loi fédérale urgente si son entrée en vigueur ne souffre aucun retard (art. 165 Cst.)¹⁷². Elle peut aussi, lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent, prendre les

¹⁶⁵ NICOLAS SCHMITT, « Le droit intercantonal comparé, reflet de l'essence même du fédéralisme », *LeGes* 2012/3 (2013), p. 277-294.

¹⁶⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Répertoire officiel des communes de Suisse*, 15 décembre 2022.

¹⁶⁷ Voir la série d'articles de FABRICE DELAYE, « Remettre l'énergie du milieu du village », *heidi.news*, juin-septembre 2023.

¹⁶⁸ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 127), p. 660.

¹⁶⁹ OFK-BIAGGINI, BV Art. 5 N 7.

¹⁷⁰ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 127), p. 689.

¹⁷¹ TANQUEREL (note 137), p. 110.

¹⁷² OFK-BIAGGINI, BV Art. 165 N 2-7.

mesures nécessaires pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance, la neutralité et la sécurité intérieure de la Suisse sous forme d'ordonnances ou d'arrêtés fédéraux simples (art. 173 al. 1 let. a-c Cst.)¹⁷³. Le Conseil fédéral, pour sa part, a la compétence d'adopter des ordonnances indépendantes, c'est-à-dire directement fondées sur la Constitution fédérale, lorsque la sauvegarde des intérêts du pays, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure l'exigent (art. 184 al. 3 et art. 185 al. 3 Cst., d'ailleurs souvent utilisés conjointement¹⁷⁴).

Au cours des deux dernières décennies, le recours aux ordonnances indépendantes s'est nettement accru¹⁷⁵. Le Conseil fédéral a adopté par ce biais l'ordonnance du 7 novembre 2001 interdisant le groupe « Al-Qaïda » et les organisations apparentées¹⁷⁶, l'ordonnance du 15 octobre 2008 relative à la recapitalisation d'UBS SA¹⁷⁷, l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus¹⁷⁸, l'ordonnance du 5 septembre 2022 sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique¹⁷⁹ et l'ordonnance du 16 mars 2023 accordant une garantie à la Banque nationale suisse afin de permettre à cette dernière d'octroyer à Crédit Suisse une aide supplémentaire sous forme de liquidités¹⁸⁰.

On observe une absence dans cette longue liste : l'urgence climatique¹⁸¹. En effet, à ce jour, les mesures relatives à la transition écologique ont toujours été adoptées dans le strict respect du processus législatif ordi-

173 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 127), p. 572-573.

174 OFK-BIAGGINI, BV Art. 184 N 18.

175 OFK-BIAGGINI, BV Art. 184 N 1.

176 RO 2001 3040. Sur cette ordonnance et ses suites, voir FRÉDÉRIC BERNARD, « État de droit et situations extraordinaires », in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2020, p. 979-998, p. 995 ss.

177 RO 2008 4741.

178 RO 2020 773 (version du 17 mars 2020).

179 RO 2022 492.

180 RO 2023 135.

181 HENRY MANCE, « Political inaction is dragging the UK deeper into the climate crisis », *The Financial Times*, 4 août 2021 : « *What the politicians (...) really get wrong is to treat climate action as a headache, not a heart attack.* »

naire¹⁸². Si ce mode de procéder est compréhensible, voir même souhaitable, du point de vue de l'acceptation des mesures par la population, il soulève toutefois certaines questions au regard de la large pratique développée ces dernières années en matière de compétences extraordinaires.

Il est vrai qu'à l'automne 2022, le gouvernement et le parlement ont adopté des mesures urgentes dans le domaine de l'énergie, parmi lesquelles l'obligation d'utiliser l'énergie solaire pour les bâtiments (art. 45a et 45b LEne) et la facilitation de la construction de grandes installations photovoltaïques et de centrales hydroélectriques à accumulation (art. 71a et 71b LEne)¹⁸³. Toutefois, cette action urgente visait surtout à répondre aux craintes de pénurie d'électricité pendant l'hiver 2022-2023¹⁸⁴. Au surplus, elle est entrée en conflit avec d'autres aspects de la transition écologique, par exemple en faisant primer la production d'énergie renouvelable sur la préservation de la biodiversité et des écosystèmes¹⁸⁵. Enfin, elle a parfois même porté atteinte aux objectifs de la transition écologique, par exemple en rehaussant temporairement cer-

182 Voir encore la brochure contenant les explications du Conseil fédéral relatives à la votation populaire du 18 juin 2023 concernant la loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique (contre-projet indirect à l'initiative pour les glaciers; cf. *infra* V.C), p. 33: « *Le projet pose le cadre de la politique climatique suisse et contient les mesures nécessaires pour sa mise en oeuvre. Il appartient au Parlement de décider de mesures supplémentaires pour protéger le climat. Les décisions en question seront sujettes au référendum. Le peuple continuera donc d'avoir le dernier mot.* »

183 RO 2022 543 (Loi sur l'énergie (Mesures urgentes visant à assurer rapidement l'approvisionnement en électricité pendant l'hiver), modification du 30 septembre 2022). Ces dispositions ont été « pérennisées » dans la loi fédérale du 29 septembre 2023 relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables (Modification de la loi sur l'énergie et de la loi sur l'approvisionnement en électricité). Cf. FF 2023 2301. Cette loi prend la forme d'un acte modificateur unique (*Mantelerlass*), défini comme un « *acte unique modifiant plusieurs lois ou ordonnances (...) rassembl[ant] des modifications qui ont un rapport final très étroit entre elles* », cf. CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives sur la technique législative*, Berne 2019, p. 93-94.

184 ATS KEYSTONE, « Les sénateurs veulent une offensive sur le solaire », Berne, 15 septembre 2022.

185 Art. 71a al. 1 LEne, qui pose notamment les principes suivants pour la construction de « *grandes installations photovoltaïques* » (au sens de l'al. 2 de la disposition): leur nécessité est démontrée (let. a), elles sont considérées comme des constructions relevant d'un intérêt national et dont l'implantation est imposée par leur destination (let. b) et l'intérêt de les réaliser prime en principe d'autres intérêts nationaux, régionaux et locaux (let. d).

taines valeurs limites en matière de protection de l'environnement pour permettre la mise en service de modes de production d'énergie plus polluants¹⁸⁶.

Ce traitement différent de l'urgence climatique et de la (possible) pénurie d'électricité s'explique par la temporalité spécifique de la crise écologique (cf. *supra* III.B), puisque les conséquences de la première déploieront leurs effets pendant des décennies tandis que celles de la seconde auraient été perceptibles dans les semaines ou mois suivants.

Toutefois, la temporalité écologique fait douter de la capacité des organes législatifs à adopter à temps les mesures nécessaires. En effet, les démocraties sont institutionnellement davantage équipées pour réagir à des préoccupations à court terme, notamment en raison de la tenue d'élections « à des intervalles raisonnables » (art. 3 du protocole additionnel à la CEDH)¹⁸⁷. Pour compenser cette « myopie »¹⁸⁸, plusieurs propositions ont été faites. Parmi celles-ci, on citera la proposition de créer un « par-

¹⁸⁶ Ainsi, le 16 septembre 2023, le Conseil fédéral a modifié l'OPair pour permettre aux installations de combustion équipées pour un fonctionnement avec du gaz et de l'huile d'être alimentées avec de l'huile « extra-légère » et donc de faire face à une pénurie de gaz. À cet effet, le gouvernement a relevé les valeurs limites d'émission relatives au monoxyde de carbone (le CO) de 80 mg/m³ à 170 mg/m³ et à l'oxyde d'azote (NO₂) de 120/150 mg/m³ à 250 mg/m³ fixées à l'Annexe 3 de l'OPair. Cf. RO 2022 515. Ce relèvement se justifiait, selon le rapport explicatif du DETEC daté du même jour, car « les valeurs limites relatives à l'oxyde d'azote, en particulier, ne peuvent pas être respectées dans chaque cas par les installations bicom bustibles lorsque celles-ci fonctionnent à l'huile » (p. 4) et « le changement de combustible devrait occasionner des émissions supplémentaires de l'ordre de 100 à 200 t d'oxyde d'azote » (p. 6). Le Département ajoute : « Le surplus d'émissions hivernal représente moins de 1% des émissions totales de la Suisse. Il est indésirable sur les plans sanitaire et environnemental, étant donné que l'oxyde d'azote entraîne généralement des maladies des voies respiratoires ainsi qu'une surfertilisation et une acidification des écosystèmes. Cependant, une commutation des installations de combustion du gaz à l'huile, associée à un assouplissement temporaire des valeurs limites fixées dans l'OPair, constitue une mesure efficace et proportionnée eu égard au risque de pénurie et à l'objectif de réduction » (soulignement ajouté). On notera le caractère (involontairement) ironique de la conclusion du Département : « L'adaptation temporaire des valeurs limites pour les installations bicom bustibles commutées garantit aux exploitants d'installations de continuer à respecter les prescriptions en matière de protection de l'air. »

¹⁸⁷ GRAHAM SMITH, « Concevoir la démocratie pour le long terme : innovation institutionnelle et changement climatique », *La Pensée écologique* 2017/1, DOI: 10.3917/lpe.001.0158.

¹⁸⁸ *Ibid.*

lement des choses » qui inclurait des représentantes et des représentants des êtres humains et des êtres non humains¹⁸⁹. On évoquera également l'idée d'instituer une troisième chambre législative, appelée « chambre du futur », non élue et composée de spécialistes et de personnes tirées au sort, qui aurait pour mission de veiller sur le temps long et la complexité et serait dotée d'un droit de veto¹⁹⁰. La Commission de Venise y voit, quant à elle, un argument en faveur du rôle du pouvoir judiciaire dans ce domaine¹⁹¹.

Une manière (partielle) de compenser ce déficit pourrait consister à ancrer plus fermement le principe de non-régression dans le domaine écologique. Ce principe, originairement développé dans le domaine des droits humains¹⁹², signifie que, dans le domaine concerné, « *on ne recule*

189 BRUNO LATOUR, « Esquisse d'un Parlement des choses », *Écologie & Politique* 2018/1, p. 47-64. Lire également à ce sujet OLIVER STREIFF, *Rechtsproduktion und Technikwissenschaften: Theorie, Phänomene und Modell eines Grenzgangs*, Zurich 2022, p. 122 ss.

190 DOMINIQUE BOURG ET AL., *Retour sur Terre: 35 propositions*, Paris 2020.

191 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Avis sur quatre projets de loi constitutionnels sur la protection de l'environnement, sur les ressources naturelles, sur les référendums et sur le président de l'Islande, le gouvernement, les fonctions de l'exécutif et d'autres questions institutionnelles n° 997/2020*, 9 octobre 2020, CDL-AD(2020)020e, p. 28: « La Commission de Venise est consciente des problèmes de contrôle judiciaire dans le domaine de la protection de l'environnement. Les critiques ou les sceptiques diront que ce domaine ne se prête pas au contrôle judiciaire, car il entraînera les tribunaux dans des discussions sophistiquées sur les sciences naturelles. Ils pourraient également prétendre que, puisque la protection de l'environnement est un domaine qui relève du pouvoir discrétionnaire et des compromis politiques, au cas où un parlement ou un gouvernement ferait un compromis politique sur la protection de l'environnement, le pouvoir judiciaire ne devrait pas intervenir. Cependant, un argument important pour contrer une telle conclusion est que la protection de l'environnement n'est pas comme le conflit traditionnel des droits de l'homme, où la minorité a besoin de protection contre la majorité. Dans le domaine de la protection de l'environnement, il existe une dimension totalement nouvelle: la protection des droits des générations futures. Comme les générations futures ne participent pas à la démocratie actuelle et ne votent pas aux élections actuelles, le pouvoir judiciaire semble être le mieux placé pour protéger les générations futures contre les décisions des hommes politiques actuels. »

192 COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Observation générale n° 3: La nature des obligations*, 1990, § 9: « En outre, toute mesure délibérément régressive dans ce domaine doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles. » Cf. MAR-

pas dans la protection »¹⁹³. Aujourd'hui, ce principe est consacré, explicitement ou implicitement, dans plusieurs textes internationaux relatifs à la transition écologique¹⁹⁴. Son application dans le domaine de la transition écologique permettrait d'éviter que celle-ci soit remise en question à chaque élection¹⁹⁵ et de fournir une prévisibilité souhaitable notamment en matière d'investissements provenant de sources privées¹⁹⁶.

C. La démocratie directe

En Suisse, les instruments de démocratie directe englobent le référendum, qui permet au peuple de se prononcer, obligatoirement ou sur demande, sur un acte adopté par une autorité étatique¹⁹⁷, et l'initiative populaire, qui permet à une fraction du corps électoral de déclencher la procédure conduisant à l'adoption, à la révision ou à l'abrogation d'un acte étatique¹⁹⁸.

KUS VORDERMAYER-RIEMER, *Non-Regression in International Environmental Law Human Rights Doctrine and the Promises of Comparative International Law*, Cambridge 2020.

193 MICHEL PRIEUR, « Une vraie fausse création juridique: le principe de non-régression », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2016, p. 319-326, à la p. 320.

194 Voir notamment le principe 12 (intitulé « non-régression ») de la Déclaration mondiale de l'IUCN sur l'état du droit environnemental, avril 2016: « *Les États, les entités infranationales et les organisations d'intégration régionale ne doivent pas autoriser ou poursuivre des actions ayant pour effet net une diminution de la protection juridique de l'environnement ou de l'accès à la justice environnementale.* » Voir également le mécanisme mis en place par l'Accord de Paris (Accord sur le climat) du 12 décembre 2015 (RS 0.814.012) au sujet des contributions déterminées au niveau national que chaque Partie doit établir en vertu de l'art. 4 § 2 de l'Accord. L'art. 4 § 11 de l'Accord incorpore de manière implicite le principe de non-régression: « *Une Partie peut à tout moment modifier sa contribution déterminée au niveau national afin d'en relever le niveau d'ambition, conformément aux directives adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au présent Accord* » (soulignement ajouté).

195 FRED PEARCE, « Why is Britain Retreating from Global Leadership on Climate Action? », *Yale Environment* 360, 17 octobre 2023.

196 « Rishi Sunak's anti-green turn on Britain's climate targets », *The Economist*, 20 septembre 2023: « *It is stable, long-term policies that drive down the costs of new technologies. In March, renewables provided 47% of Britain's electricity production. But too often, action has been hindered by stop-start schemes.* »

197 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 127), p. 222.

198 *Ibid.*, p. 225.

Les instruments de démocratie directe jouent de longue date un rôle central dans les thématiques écologiques. Ainsi, depuis 1979, la population (et, le cas échéant, les cantons) se sont prononcés pas moins de neuf fois sur le thème de l'énergie nucléaire¹⁹⁹. Par ailleurs, la démocratie directe a aussi fortement impacté le domaine de l'agriculture. Ainsi, la teneur actuelle de l'article 104 Cst. découle du contre-projet direct qui avait été opposé par les autorités à deux initiatives populaires en 1996²⁰⁰.

Cela étant, les instruments de démocratie directe n'ont pas d'effet univoque : ils jouent parfois le rôle de freins (essentiellement par le biais du référendum) et parfois celui de moteur (essentiellement par le biais de l'initiative)²⁰¹.

Ce double effet a été particulièrement visible ces dernières années. Ainsi, la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre, qui mettait notamment en place certaines taxes incitatives en matière de transports, a été attaquée par un référendum et rejetée par la population le 13 juin 2021²⁰². À l'inverse, l'initiative populaire fédérale « Pour un climat sain (initiative pour les glaciers) », déposée en novembre 2019, a conduit à l'élaboration d'un contre-projet indirect par le Parlement²⁰³, la loi fédérale sur les objectifs en matière de

¹⁹⁹ Voir https://www.kernenergie.ch/fr/acceptation_content---1--1098.html (consulté le 15 mars 2024). Une dixième votation devrait avoir lieu suite à l'aboutissement de l'initiative populaire fédérale « De l'électricité pour tous en tout temps (Stock au blackout) ». Cf. « L'initiative « Stop au blackout » récolte 120 000 signatures pour relancer le nucléaire », *Le Temps*, 12 novembre 2023. Le texte de l'initiative a été publié à la FF 2022 2037. En proposant d'introduire un nouvel art. 89 al. 7 Cst. féd. selon lequel « [t]oute forme de production d'électricité respectueuse du climat est autorisée », l'initiative remet en question la décision d'abandonner le nucléaire suite à l'accident de Fukushima intégrée dans la Stratégie énergétique 2050 et concrétisée à l'art. 12a de la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu – RS 732.1): « L'octroi d'autorisations générales pour la construction de centrales nucléaires est interdit. »

²⁰⁰ « Pour une agriculture paysanne compétitive et respectueuse de l'environnement » et « Paysans et consommateurs – pour une agriculture en accord avec la nature ». Cf. CR Cst.-HENRY, art. 104 N 6-8.

²⁰¹ JEAN-DANIEL DELLEY, « La démocratie directe : Un système politique aux portes ouvertes », *Pouvoirs* n° 43, 1987, p. 101-114, à la p. 112.

²⁰² <https://www.bk.admin.ch/ch/ff/pore/va/20210613/index.html> (consulté le 15 mars 2024).

²⁰³ Le Conseil fédéral proposait initialement l'adoption d'un contre-projet direct. Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 11 août 2021 relatif à l'initiative populaire « Pour*

protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique²⁰⁴, qui a aussi été attaquée par un référendum et qui a été approuvée le 18 juin 2023 par la population²⁰⁵.

Notons que si l'adoption de la LCI est un pas important dans la mise en œuvre des obligations pour la Suisse découlant de l'Accord de Paris²⁰⁶, elle constitue une loi-cadre qui fixe l'objectif de la neutralité climatique d'ici 2050, en incluant des objectifs intermédiaires, et prévoit des aides financières, notamment pour remplacer les chauffages. Elle doit toutefois à présent être mise en œuvre par des mesures concrètes. Or, de manière générale, il est toujours plus aisé de s'entendre sur des objectifs que sur les moyens d'y parvenir²⁰⁷.

En tout état, la démocratie directe, en tant qu'« *ouverture du système politique* »²⁰⁸, a l'indéniable atout de rapprocher la question écologique des préoccupations de chacune et de chacun. Le bien-fondé de ce rapprochement est confirmé par la création, au cours des dernières années, de plusieurs assemblées ou conventions citoyennes chargées d'examiner la transition écologique et de formuler des propositions de mesures concrètes. En France, la Convention Citoyenne pour le Climat, composée de cent cinquante personnes tirées au sort, a été créée en 2019 afin

un climat sain (initiative pour les glaciers) » et au contre-projet direct (arrêté fédéral relatif à la politique climatique), FF 2021 1972. L'idée d'élaborer un contre-projet indirect sous forme de loi-cadre vient de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national. Cf. CEAT-N, Initiative parlementaire 21.501: Contre-projet indirect à l'initiative pour les glaciers. Zéro émission nette de gaz à effet de serre d'ici à 2050, Rapport du 25 avril 2022, FF 2022 1536.

204 LCI – RS 814.310.

205 <https://www.bk.admin.ch/ch/ff/pore/va/20230618/index.html> (consulté le 15 mars 2024).

206 CONSEIL FÉDÉRAL, *Avis du 3 juin 2022 relatif au rapport du 25 avril 2022 de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national*, FF 2022 1540, p. 4.

207 DELLEY (note 201), p. 113: « *Les normes constitutionnelles et les lois sont d'un niveau relativement abstrait. De plus en plus la loi se contente de définir un cadre général pour l'action de l'État. Et les enjeux véritables se situent dans les textes d'application et même dans les décisions concrètes. Cette évolution a dévalué les droits populaires: les citoyens sont plus intéressés par la concrétisation des principes que par les principes et c'est pourtant sur ces derniers que leur avis est sollicité.* »

208 DELLEY (note 201), p. 112.

de s'informer, de débattre et de préparer des projets de loi « *sur l'ensemble des questions relatives aux moyens de lutter contre le changement climatique* »²⁰⁹. En juin 2020, après huit mois de travail, la Convention a adopté 149 propositions qui ont été transmises à la ministre de la transition écologique et solidaire²¹⁰. De même, en octobre 2022, l'Université de Lausanne a mis sur pied une Assemblée de la transition écologique et sociale, composée de soixante personnes tirées au sort et chargée d'examiner comment l'Université pouvait se conformer aux exigences de l'Accord de Paris²¹¹.

Si la mise en œuvre concrète des solutions proposées s'est souvent avérée décevante²¹², il est très intéressant de constater que les personnes composant ces assemblées, qui n'étaient pas nécessairement sensibilisées à la question écologique auparavant, ont saisi cette occasion pour développer leurs connaissances sur cette thématique, pris au sérieux les informations qui leur étaient fournies par les scientifiques et adopté des propositions ambitieuses à l'issue de leurs travaux²¹³. Ce constat fournit une réponse supplémentaire à la tentation verticale examinée ci-dessus (*supra* III.C)²¹⁴. Toutefois, il révèle simultanément les obstacles et les défis

209 Voir le site officiel de la Convention : <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/> (consulté le 15 mars 2024).

210 CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT, *Rapport*, 21 juin 2020.

211 ASSEMBLÉE DE LA TRANSITION UNIL, *Rapport final*, septembre 2023.

212 En février 2021, la Convention s'est exprimée de manière très mitigée sur les suites données à ses travaux. Voir CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT, *Avis sur les réponses apportées par le gouvernement à ses propositions*, 28 février 2021.

213 Cf. JANCOVICI (note 115) : « *La bonne idée, c'est d'avoir pris des gens* » au hasard », et de leur avoir dit : « *Nous avons un problème à résoudre, est-ce que vous voulez bien passer un peu de temps à y réfléchir ?* » Une personne tirée au sort n'est pas prisonnière de la rente électorale, et donc de logiques court-termistes. On pouvait penser que ces Français allaient donner une réponse différente de celle des politiques, qui, eux, doivent songer à leur réélection. Et c'est bien ce qui est survenu. En l'espace de quelques mois, 150 personnes ordinaires, qui avaient certainement un rapport assez distant avec le problème climatique, sont devenues très mobilisées sur ces sujets et en sont ressorties avec l'envie d'en découdre. Ce point devrait nous alerter : à partir du moment où une population, quelle qu'elle soit, commence à s'intéresser au problème climatique, il est rare qu'elle s'en détourne complètement ensuite. »

214 Voir aussi BERTRAND KIEFER, « Grand témoin de l'Assemblée », in : *Rapport final* (note 211), p. 11 : « *[I]l n'existe pas d'autre choix que de changer de paradigme, de récit commun, et surtout de promouvoir et piloter ce changement non par moins, mais par plus de démocratie. Par exemple, en partant des communautés locales, et*

qui rendent particulièrement délicate la réplification de cet exercice, mené en petit groupe, à l'échelle de la population d'un État démocratique entier²¹⁵.

Conclusion

La crise écologique et ses trois composantes (changement climatique, biodiversité et pollution) exigent une transition rapide et profonde des modèles de société occidentaux actuels. Cette transition nécessite une combinaison d'actions individuelles et collectives, ce qui confie une responsabilité particulière à l'État et au droit public. Malgré les difficultés, notamment temporelles, présentées par la crise écologique, la transition doit selon nous être menée dans le cadre de l'État de droit et ne saurait être vue comme l'occasion de remettre en question ses principes et ses acquis fondamentaux. En Suisse, l'action écologique est par ailleurs imprégnée par certains éléments structurels tels que le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et la démocratie directe.

en réfléchissant à ce qui est commun, pour faire émerger un sens nouveau et partagé de la responsabilité. »

- ²¹⁵ Parmi ces obstacles figure évidemment la désinformation en matière climatique. Voir, par exemple, TOBIA SPAMPATTI/ULF J.J. HAHNEL/EVELINA TRUTNEVYTE/TOBIAS BROSCHE, « Psychological inoculation strategies to fight climate disinformation across 12 countries », *Nature Human Behaviour*, 30 novembre 2023. Cette désinformation est activement promue par certains États et groupes d'intérêt. Voir CLIMATE ACTION AGAINST DISINFORMATION, *Deny, Deceive, Delay (vol. 3)*, 29 novembre 2023. Le rôle des groupes pétroliers, en particulier, a été richement documenté ces dernières années. Voir notamment INSIDE CLIMATE NEWS, *Exxon: The Road Not Taken*, Scotts Valley 2015 ; CHRISTOPHE BONNEUIL, PIERRE-LOUIS CHOQUET, BENJAMIN FRANTA, « Total face au réchauffement climatique (1968-2021) », *Terrestres*, 26 octobre 2021. Un autre obstacle réside dans la difficulté pour la science de se faire entendre dans le débat démocratique et politique. Cf. SOCIÉTÉS SAVANTES ACADÉMIQUES DE FRANCE, *Réflexions sur les missions d'un Conseiller Scientifique du Gouvernement*, 30 septembre 2023.

Transition écologique: quelle relation avec les libertés fondamentales ?

NESA ZIMMERMANN*

Professeure assistante, Université de Neuchâtel

I. Introduction

La notion de *transition écologique* apparaît de plus en plus fréquemment dans des communications officielles. À titre d'illustration, l'on peut citer le changement de dénomination du ministère français de l'Environnement, qui s'appelle depuis 2017 le ministère de la Transition écologique¹. À Genève, aussi, la transition écologique est devenue le maître-mot des politiques publiques environnementales, au point de reléguer le développement durable au second plan². Sans se prononcer sur l'impact réel de ce glissement sémantique dans la communication officielle – changement de cap des politiques publiques ou simple exercice de *framing* rhétorique ?³ – indiquons que la notion de *transition écologique* est également mise en avant dans de nombreuses contributions scientifiques⁴. Selon ces auteur-es, l'idée de transition permet de souligner l'ampleur des changements sociétaux, politiques et économiques nécessaires pour faire face à

* L'autrice souhaite remercier MAGALI BAER, ROMAIN DE RIVAZ et ANTOINE DA RUGNA pour leurs relectures soigneuses et leurs commentaires avisés.

1 Cf. à ce propos les divers noms : « Ministère de la Protection de la nature et de l'environnement » lors de sa création en 1971, « Ministère de l'Écologie et du développement durable » en 2002, « Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie » en 2012 ; « Ministère de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer » en 2016, « Ministère de la Transition écologique et solidaire en 2017 », « Ministère de la Transition écologique » en 2020, « Ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires » depuis 2022.

2 RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE (2021), Réussir la transition écologique pour garantir les conditions essentielles à la vie, mai 2021 ; <https://www.grand-geneve-en-transition.org> [11 janvier 2024]. À propos du développement durable en droit suisse, voir notamment FLÜCKIGER (2006), p. 417-526 ; MAHAIM (2014) ; FAVRE (2020), N 29-48.

3 A propos du « framing » politique, voir notamment DE BRUJIN (2019) ; WEHLING (2017).

4 Voir notamment l'analyse de BEUCHER/MARE (2020), p. 383-394.

l'urgence écologique caractérisée par les changements climatiques, la perte de la biodiversité et le dépassement des ressources planétaires⁵.

La transition écologique – à ne pas confondre avec la transition énergétique, dont la visée est plus limitée – peut être définie comme « le processus de changement profond, indispensable, individuel et collectif, appelant à agir sans délai pour transformer le modèle socio-économique actuel construit sur la croissance continue de l'utilisation des ressources vers un modèle économique et social qui tienne compte des limites de notre planète »⁶. Il n'est donc pas question d'un « simple ajustement », mais d'une « reconfiguration fondamentale du fonctionnement et de l'organisation du système »⁷. Ainsi, la transition écologique ne se résume pas à une « opérationnalisation » du développement durable. Elle met également en avant les insuffisances du concept de développement durable, et surtout le poids disproportionné du pilier économique – qui défend l'idée d'une « croissance verte » – par rapport aux deux autres piliers, environnemental et social⁸. Ainsi, le concept de la transition écologique souligne que des changements profonds s'imposent pour faire face aux défis environnementaux du 21^e siècle : il est question de « trouver de nouveaux équilibres et [d']engendrer une nouvelle façon de produire, de commercer, de consommer, de travailler et de vivre ensemble »⁹. L'ampleur des transformations nécessaires, mais aussi l'inaction ou action insuffisante de la communauté internationale génère des inquiétudes et questionnements en lien avec les libertés fondamentales. Ainsi, une question dont la portée pratique va croissant est de savoir dans quelle mesure ces libertés peuvent être mobilisées pour obliger les États à prendre des mesures en vue de la transition écologique. L'émergence du contentieux climatique basé sur les droits fondamentaux montre que ces droits peuvent aussi – jusqu'à un certain point – être mobilisés en faveur de mesures de transition écologique. À côté de ces synergies, il existe

5 BOURG (2012), p. 77-96.

6 RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE (2021), Réussir la transition écologique pour garantir les conditions essentielles à la vie, mai 2021, p. 3.

7 MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, Commissariat général au développement durable, La transition. Analyse d'un concept, juin 2017, p. 1.

8 BOURG (2012); BEUCHER/MARE (2020).

9 République et canton de Genève (2021), Réussir la transition écologique pour garantir les conditions essentielles à la vie, mai 2021, p. 3.

toutefois aussi des tensions. En particulier, la compatibilité des mesures écologiques avec les droits fondamentaux est parfois questionnée, et l'argument est avancé que ces mesures restreindraient indûment les libertés fondamentales¹⁰.

Dans la présente contribution, nous nous intéresserons de plus près à ces deux aspects de la relation entre transition écologique d'une part et libertés fondamentales d'autre part : les synergies (*infra* II) et les tensions (*infra* III). Deux précisions s'imposent d'emblée. Premièrement, nous nous concentrerons ici sur le rôle des libertés fondamentales, en laissant largement de côté les autres droits fondamentaux – à savoir, les garanties de l'État de droit, les droits sociaux et les droits politiques, dont l'étude devra attendre une prochaine contribution. Deuxièmement, compte tenu de l'ampleur du sujet, la présente contribution ne prétend nullement à l'exhaustivité ; notre objectif est de donner un aperçu des synergies, tout en renvoyant à des contributions doctrinales plus spécifiques pour ce vaste champ d'études, et d'explorer les tensions, qui ont beaucoup moins retenu l'attention de la doctrine.

II. Les synergies entre transition écologique et libertés fondamentales

Les changements climatiques, les dégradations environnementales et l'érosion des ressources planétaires impactent la vie humaine et portent, dans certains cas, atteinte aux droits humains. La transition écologique vise à trouver un fonctionnement sociétal qui tienne compte des limites planétaires et partant, à sauvegarder à moyen et long terme les bases naturelles de la vie, y compris humaines. Ce faisant, elle pose également les bases pour le respect des droits fondamentaux des générations futures, comme l'a reconnu la Cour constitutionnelle allemande¹¹. Dans cette optique, la transition écologique est nécessaire pour assurer le plein respect – dans le présent et à l'avenir – des libertés fondamentales. Néanmoins, les synergies vont aussi dans l'autre sens : il est possible de se baser sur des libertés fondamentales pour revendiquer un certain nombre de mesures environnementales. En effet, une jurisprudence de plus en

¹⁰ À propos de la relation entre protection de l'environnement et État de droit, voir aussi CALLIES (2001).

¹¹ BVerfG 157, 30-177 *Neubauer*.

plus nombreuse reconnaît que certaines dégradations environnementales ainsi que la crise climatique impactent les droits humains.

Dans ce qui suit, nous retracerons brièvement cette évolution. Nous traiterons d’abord des affaires environnementales au sens large, en prenant l’exemple de la Cour européenne des droits de l’homme, qui a développé une riche jurisprudence environnementale au cours des trente dernières années (infra II, A). Nous nous pencherons ensuite sur un phénomène plus récent : le contentieux climatique (infra II, B). Enfin, nous nous intéressons de plus près à la portée environnementale des différentes libertés fondamentales (infra II, C).

A. Le potentiel et les limites des libertés fondamentales dans des litiges environnementaux : l’exemple de la Cour européenne des droits de l’homme

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme illustre tant le potentiel que les limites des libertés fondamentales – ou, dans la terminologie de la Convention, des droits civils et politiques – en matière environnementale. En effet, depuis les années 1990, la Cour EDH a commencé à se saisir des thématiques environnementales¹². Au fil des années, elle a développé une jurisprudence considérable, prêtant une véritable portée environnementale aux libertés fondamentales garanties par la Convention. Ainsi, en dépit du fait que la Convention ne garantit pas de droit à un environnement sain¹³, la Cour a déduit des droits et obligations en matière environnementale du droit à la vie (art. 2 CEDH), du droit à une vie privée et familiale (art. 8 CEDH), de la liberté d’expres-

12 Voir not. Cour EDH, *López Ostra c. Espagne*, requête n° 16798/90, 9 décembre 1994 et Cour EDH, *Guerra c. Italie*, requête n° 14967/98), 19 février 1998, deux arrêts fondateurs. Cette jurisprudence a fait l’objet de maintes analyses doctrinales : voir, parmi d’autres, BAUMANN (2021) ; BENTIROU MATHLOUTI (2020) ; BRAIG (2013) ; FITZMAURICE/MARSHALL (2007) ; MAGISTRO (2016) ; ROBERT (2013).

13 Voir p.ex. Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 36022/97, 8 juillet 2003, § 96 ; Cour EDH, *Fägerskjöld c. Suède* (déc.), requête n° 37664/04, 26 février 2008, § 1 ; Cour EDH, *Apanasewicz c. Pologne*, requête n° 6854/07, 3 mai 2011, § 94. Plusieurs tentatives d’introduire un tel droit, notamment par le biais de l’adoption d’un protocole additionnel, sont restées sans effet, en particulier Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, Recommandation 683 (1972) ; Résolutions 1614 (2003) et 1885 (2009). À ce propos, voir GARCÍA SAN JOSÉ (2012), p. 7 ; RUOZZI (2011), p. 39-50.

sion (art. 10 CEDH), de la protection de la propriété (art. 1 P1-CEDH) ou encore des garanties procédurales de la Convention protégeant l'accès à des voies de recours effectives (art. 6 et 13 CEDH)¹⁴. Les affaires ont concerné des situations aussi variables que des explosions de méthane aux abords d'une décharge¹⁵, des coulées de boue dans une zone de montagne¹⁶, des émissions nocives d'une usine¹⁷, des émissions sonores et atmosphériques d'une route¹⁸ ou de déchets urbains non collectés¹⁹, pour ne citer que quelques exemples.

À travers sa jurisprudence, la Cour a consacré des obligations négatives, notamment le devoir, pour les autorités, de s'abstenir d'activités indûment polluantes ou dangereuses. Elle a aussi dégagé un certain nombre d'obligations positives visant à prévenir efficacement et protéger contre les menaces environnementales, qu'elles soient d'origine naturelle ou humaine²⁰. Ces obligations positives comprennent à la fois des obligations procédurales et matérielles. Les États doivent notamment intégrer des enquêtes et études appropriées, assurer la transparence, et prévoir des voies de droit pour les personnes concernées par les activités, projets ou décisions en cause²¹. En plus de garantir l'accessibilité d'un certain nombre d'informations, ils ont aussi l'obligation d'avertir le public de façon proactive dans certaines circonstances²². En cas de réalisation d'un préjudice, les États ont par ailleurs l'obligation de mener une enquête prompte et effective, tout particulièrement en cas d'atteinte au droit à la

¹⁴ Pour une présentation détaillée de cette jurisprudence, voir Cour EDH, *Guide sur la jurisprudence – Environnement*, 2023, N 1-191.

¹⁵ Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie*, requête n° 48939/99, 30 novembre 2004.

¹⁶ Cour EDH, *Boudaïeva c. Russie*, requêtes n°s 15339/02 et al., 20 mars 2008.

¹⁷ Cour EDH, *Guerra c. Italie* [GC], requête n° 14967/98, 19 février 1998 ; Cour EDH, *Cordella et autres c. Italie*, requêtes n°s 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019.

¹⁸ Cour EDH, *Deés c. Hongrie*, requête n° 2345/06, 9 novembre 2010.

¹⁹ Cour EDH, *Di Sarno et autres c. Italie*, requête n° 30765/08, 10 janvier 2012.

²⁰ Voir p.ex. Cour EDH, *Boudaïeva c. Russie*, requêtes n°s 15339/02 et al., 20 mars 2008, § 128-145 ; Cour EDH, *Tătar c. Roumanie*, requête n° 67021/01, 27 janvier 2009, § 88 ; FLÜCKIGER (2014), p. 610 ; NIVARD (2020), p. 12-13.

²¹ Cour EDH, *Taşkin et autres c. Turquie*, requête n° 46117/99 § 119 ; voir aussi EICKE (2021), p. 268 ; GARCÍA SAN JOSÉ (2012), p. 90-112.

²² Cour EDH, *Kolyadenko et autres c. Russie*, requêtes n°s 17423/05 et al., 28 février 2012, § 161 ; Cour EDH, *Association Burestop 55 et autres c. France*, n°s 56176/18 et al., 1^{er} juillet 2021, § 107.

vie²³. Par ailleurs, les États ont l'obligation de créer un cadre législatif et réglementaire suffisant pour encadrer les activités à impact environnemental et garantir l'application effective de ce cadre²⁴. Ils sont aussi tenus de prendre des mesures opérationnelles pour protéger les individus contre les dommages environnementaux causés par de tierces personnes²⁵. Enfin, des considérations environnementales peuvent jouer un rôle dans la pesée des intérêts : ainsi, dans des affaires concernant des protestations contre des projets miniers ou urbanistiques, la Cour a souligné que les intérêts écologiques mis en avant par les requérant-es étaient d'un grand intérêt public et que, par conséquent, leur liberté d'expression ne pouvait être limitée qu'à des conditions très restrictives²⁶.

Consacrée au cours des trente dernières années, cette jurisprudence découle d'une interprétation dynamique de la CEDH. Principe cardinal de la jurisprudence, l'interprétation dynamique conçoit la Convention comme un « instrument vivant » qui doit être lu à la lumière des conditions actuelles²⁷ et qui doit notamment être adapté aux nouveaux défis qui se posent sous l'angle des droits fondamentaux²⁸. La doctrine des obligations positives – à savoir, l'obligation faite aux États d'agir, sous forme de mesures institutionnelles, législatives, réglementaires ou opérationnelles pour assurer la protection effective des droits conventionnels – a également été instrumentale dans l'émergence d'une jurisprudence environnementale²⁹. Un autre adage interprétatif pertinent dans ce contexte est le fait d'interpréter les obligations conventionnelles à la lumière d'autres obligations découlant d'autres traités, que ce soit d'autres

23 Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie*, requête n° 48939/99, 30 novembre 2004, § 91-96, 111-118 ; Cour EDH, *Boudaïeva c. Russie*, requêtes n°s 15 339/02 et al., 20 mars 2008, § 138-145, 161-165.

24 EICKE (2021), p. 268 ; GARCÍA SAN JOSÉ (2012), p. 51-60 ; NIVARD (2020), p. 13 et 22, MAGISTRO (2016), p. 124-134 et 139.

25 Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie*, requête n° 48939/99, 30 novembre 2004, § 71 ; Cour EDH, *Tătar c. Roumanie*, requête n° 67021/01, 27 janvier 2009, § 87 ; NIVARD (2020), p. 13.

26 Cour EDH, *Peradze et autres c. Géorgie*, requête n° 5631/16, 15 mars 2023, § 41 ; Cour EDH, *Bumbeş c. Roumanie*, requête n° 18079/15, 3 mai 2022, § 92.

27 Pour la première consécration de ce principe, voir *Tyrer c. Royaume-Uni*, requête n° 5856/72, 25 avril 1978, § 31. À ce propos, voir p.ex. LETSAS (2013), p. 106-141.

28 EICKE (2021), p. 268 ; LETSAS (2013), p. 106-141 ; ZÜND (2023), p. 6-9.

29 ZIMMERMANN (2023), *passim*.

conventions de protection des droits humains, comme la Convention relative aux droits de l'enfant, ou des instruments juridiques relevant d'autres domaines, par exemple du droit international de l'environnement³⁰. Cette « approche intégrée »³¹ ou « adage de l'harmonisation »³² vise notamment à réduire le risque de fragmentation du droit international, et du droit international des droits humains en particulier³³.

Si la jurisprudence environnementale de la Cour constitue une évolution remarquable des trente dernières années, il ne faut pas perdre de vue ses limites. Une limite importante est liée au texte même que la Cour interprète : l'absence d'un droit à un environnement sain dans le texte de la Convention signifie qu'un état de fait doit rentrer dans le cadre des autres droits conventionnels existants, ce qui renforce l'accent anthropocentrique de la jurisprudence³⁴. Cela signifie aussi que la Convention ne garantit pas, en l'état actuel des choses, un droit à préserver ou protéger le milieu naturel en tant que tel³⁵, ce qui limite le potentiel transformatif de la jurisprudence en matière de transition écologique. La Cour s'impose par ailleurs une retenue certaine – et parfois excessive – lorsqu'elle est appelée à déterminer les obligations étatiques en matière environnementale, rappelant fréquemment son rôle subsidiaire et accordant généralement une marge d'appréciation étendue aux États dans le domaine de l'environnement³⁶. Cette jurisprudence a notamment deux effets. D'une part, la Cour se concentre souvent sur les obligations positives procédurales³⁷, phénomène qu'on appelle aussi la procéduralisation des droits conventionnels³⁸. D'autre part, lorsqu'elle détermine l'étendue des obligations positives matérielles, la Cour se borne souvent

30 Voir aussi MURCOTT/TIGRE/ZIMMERMANN (2023), p. 305-306.

31 MURCOTT/TIGRE/ZIMMERMANN (2023), p. 305 et les références citées.

32 ZÜND (2023), p. 17-19.

33 À propos du risque de fragmentation, voir ZIMMERMANN (2022), N 777 et les références citées.

34 Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, requête n° 41666/98, 22 mai 2003, § 53, 68.

35 Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, requête n° 41666/98, 22 mai 2003, § 53, 68.

36 Voir p.ex. Cour EDH, *Flamenbaum et autres c. France*, requêtes nos 3675/04 et 23264/04, 13 décembre 2012, § 137; MAGISTRO (2016), p. 169-172; NIVARD (2020), p. 14 et 20.

37 Cour EDH, *Guide sur la jurisprudence – Environnement*, 2023, § 133-139.

38 Pour un aperçu de la doctrine et une discussion de l'analyse, voir KLEINLEIN (2021), p. 91-110.

à examiner si les autorités ont respecté leurs obligations environnementales découlant d'autres normes, notamment du droit interne³⁹. Ceci peut limiter la portée environnementale de la jurisprudence; il s'agit toutefois aussi d'une ouverture, permettant aussi la prise en compte d'obligations environnementales découlant du droit international liant l'État en question⁴⁰.

Le potentiel de la jurisprudence environnementale de la Cour est par ailleurs circonscrit par le système conventionnel lui-même, et en particulier les exigences strictes quant à la recevabilité des requêtes. Pour porter une requête devant la Cour, il faut – parmi beaucoup d'autres conditions – pouvoir se prétendre victime de la violation conventionnelle alléguée⁴¹. Cela signifie notamment qu'il faut être personnellement atteint-e par une situation; il n'est pas possible de s'opposer à la dégradation environnementale dans l'intérêt général⁴². Par exemple, dans une affaire concernant la pollution de l'air, la Cour a reconnu la qualité de victime des personnes résidant dans les communes ayant été identifiées comme étant affectées par la pollution et l'a niée pour les personnes habitant d'autres communes de la même région⁴³. En revanche, le fait que toutes les personnes habitant les communes en question aient été affectées – donc un nombre relativement conséquent de personnes – n'a pas remis en question leur qualité de victime. Précisons que la Cour n'a que très

³⁹ Voir p.ex. Cour EDH, *Giacomelli c. Italie*, requête n° 59909/00, 2 novembre 2006, § 93; EICKE (2021), p. 267.

⁴⁰ Voir p.ex. Cour EDH, *Fägerskiöld c. Suède* (déc.), requête n° 37664/04, 26 février 2008; Cour EDH, *Oluić c. Croatie*, requête n° 61260/08, 20 mai 2010, § 52-60; Cour EDH, *Di Sarno et autres c. Italie*, requête n° 30765/08, 10 janvier 2012, § 107; Cour EDH, *Kožul et autres c. Bosnie et Herzégovine*, requête n° 38695/13, 22 octobre 2019, § 35-38; voir aussi MURCOTT/TIGRE/ZIMMERMANN (2023), p. 305-306.

⁴¹ À propos de la notion de victime, voir en particulier MARQUIS (2017).

⁴² Voir en particulier Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, requête n° 41666/98, 22 mai 2003, § 53; Cour EDH, *Di Sarno et autres c. Italie*, requête n° 30765/08, 10 janvier 2012, § 80; Cour EDH, *Cordella et autres c. Italie*, requêtes n°s 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019, § 101. Voir aussi Cour EDH, *Guide sur la jurisprudence – Environnement*, 2021, § 63; KELLER/CIRIGLIANO (2012), p. 838-839.

⁴³ Cour EDH, *Cordella et autres c. Italie*, requêtes n°s 54414/13 et 54264/15, 24 janvier 2019, § 100-109.

rarement reconnu la qualité pour agir d'associations, généralement en lien avec le droit à un procès équitable⁴⁴.

B. Les litiges climatiques mobilisant des libertés fondamentales

1. L'émergence et la multiplication des litiges climatiques

Dans une décision historique, la Cour suprême néerlandaise a jugé en 2019 qu'en prenant des mesures insuffisantes pour lutter contre le réchauffement climatique, lesquelles ne lui permettaient notamment pas d'honorer ses engagements faits en vertu de l'Accord de Paris, le gouvernement néerlandais avait violé les articles 2 et 8 CEDH, à savoir le droit à la vie et le droit à la vie privée et familiale⁴⁵. Dans cette affaire, devenue célèbre sous le nom d'*Urgenda*, la Cour a entre autres estimé que l'objectif du gouvernement de diminuer les émissions de 16% par rapport au niveau de 1990 était insuffisant pour prévenir un réchauffement de 2 °C. Elle a jugé que l'objectif devrait être de réduire d'au moins 25% ces émissions, insistant notamment sur le fait que chaque État, peu importe sa taille, avait une part de responsabilité dans la lutte contre le changement climatique⁴⁶.

Deux ans après, la Cour constitutionnelle allemande a rendu, elle aussi, un arrêt phare dans l'affaire *Neubauer*⁴⁷, jugeant similairement que l'absence de mesures suffisantes pour permettre d'atteindre les objectifs de l'Accord de Paris constituait une violation des libertés fondamentales. La Cour reconnaît que les droits à la vie et à l'intégrité physique protègent aussi contre les atteintes causées par les dégradations environnementales, peu importe l'auteur ou les causes, et que l'État a une obligation positive de protéger les personnes contre les dangers émanant des changements climatiques. La Cour insiste par ailleurs sur des aspects de justice globale – en soulignant notamment la responsabilité des pays industrialisés – ainsi que de justice intergénérationnelle – en jugeant

⁴⁴ Voir notamment Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*, requête n° 62534/00, 27 avril 2004, § 36 ; Cour EDH, *Association Burestop 55 et autres c. France*, requêtes nos 56176/18 et al., 1^{er} juillet 2021, § 64-75 ; Cour EDH, *Stichting Landgoed Steenbergen et autres c. Pays-Bas*, requête n° 19732/17, 16 février 2021.

⁴⁵ Hooge Rad, ECLI:NL:HR:2019:2006, 20 décembre 2019, *Urgenda*.

⁴⁶ Hooge Rad, ECLI:NL:HR:2019:2006, 20 décembre 2019, *Urgenda*.

⁴⁷ BVerfG 157, 30-177 *Neubauer*.

notamment que les émissions d'aujourd'hui violent les libertés fondamentales des générations futures⁴⁸. Le programme gouvernemental modifié à la suite de l'arrêt *Neubauer* fait d'ores et déjà l'objet d'un nouveau recours constitutionnel par des activistes climatiques⁴⁹.

Si ces deux affaires ont connu un grand écho médiatique et doctrinal⁵⁰, elles ne sont ni les premières ni les seules : au contraire, au cours des dernières années, le « contentieux climatique » s'est développé dans de nombreux pays, comme l'attestent divers rapports⁵¹. Si quelques affaires climatiques sont antérieures à 2015, ce n'est qu'après l'adoption de l'Accord de Paris que le phénomène a réellement pris de l'ampleur⁵². Sur le plan international, aussi, des affaires ont été portées devant des institutions aussi diverses que la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Comité relatif aux droits de l'enfant ou la Cour internationale de justice⁵³. Face à la multiplication de ces affaires, la doctrine les a regroupées sous l'appellation de contentieux climatique, catégorie définie comme comprenant « toutes les procédures judiciaires soulevant des questions factuelles ou juridiques en lien avec l'atténuation des changements climatiques, l'adaptation des changements climatiques ou les

48 BVerfG 157, 30-177 *Neubauer*. À propos du concept de justice climatique, voir not. MURCOTT/TIGRE/ZIMMERMANN (2023), p. 300-304. L'arrêt *Neubauer* soulève par ailleurs des questions intéressantes quant à la justiciabilité d'une disposition formulée comme but étatique (*Staatszielbestimmung*), à ce propos, voir p.ex. HÄRTEL (2020), p. 577-588.

49 BvR 2047/23 *Steinmetz*.

50 KOTZÉ (2021), p. 1423-1424 ; RODRÍGUEZ-GARAVITO (2022), p. 9-10.

51 Voir notamment UN ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP) (2023), *Global Climate Litigation Report – Status Review 2023* ; RODRÍGUEZ-GARAVITO (2022), p. 9-83. Voir aussi SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, *Climate Litigation Cases*, <https://climatecasechart.com> et CLIMATE RIGHTS AND REMEDIES, *Database*, <https://climaterightsdatabase.com/database/> [11 janvier 2023].

52 RODRÍGUEZ-GARAVITO (2022), p. 10-11 ; ainsi que p. 40-83 pour un aperçu des affaires.

53 Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis consultatif OC-23/17 concernant l'interprétation des articles 1(1), 4(1) et 5(1) de la Convention américaine des droits de l'homme, 15 novembre 2017 ; Comité relatif aux droits de l'enfant, *Sacchi, et al. c. Argentine*, requête n° CRC/C/88/D/108/2019, 23 septembre 2021 ; Cour internationale de justice, Obligations des États en matière de changement climatique (Requête pour avis consultatif), Communiqué de presse 2023/76, 20 décembre 2023. Pour deux analyses générales à propos du contentieux climatique en matière de droits fondamentaux, voir COUNIL (2018) ; MAYER (2021).

sciences à propos des changements climatiques »⁵⁴. Il ressort notamment de cette définition que les contentieux climatiques ne doivent pas nécessairement avoir lieu devant des juridictions constitutionnelles ou des organes de protection des droits humains, ni nécessairement invoquer des droits fondamentaux : il peut aussi s'agir de litiges portés devant les juridictions administratives, pénales ou civiles⁵⁵.

La doctrine distingue les affaires dites « proactives » des affaires dites « réactives » : si les premières regroupent les affaires portées devant des juridictions par des activistes écologistes ou climatiques, les secondes concernent des cas initiés par l'État, notamment le ministère public, souvent à la suite d'actions de type « désobéissance civile »⁵⁶ menées par des activistes défendant l'idée de la transition écologique⁵⁷. Deux exemples français permettent d'illustrer cette différence : ainsi, *l'Affaire du Siècle*, dans laquelle le Tribunal administratif de Paris a reconnu l'existence d'un préjudice lié aux changements climatiques et un manquement de la part de l'État, fait partie des affaires dites proactives⁵⁸, alors que celle des *Soulèvements de la terre*, une association dissoute par le gouvernement français, décision par la suite annulée par le Conseil d'État, tombe dans la catégorie des affaires réactives⁵⁹. Dans les deux catégories d'affaires, des libertés fondamentales peuvent être touchées.

En Suisse aussi, la Haute cour a eu à se prononcer sur un certain nombre d'affaires relevant du contentieux climatique. S'agissant d'affaires dites proactives, son arrêt dans la cause des Aînées pour le climat (Verein Klimaseniorinnen Schweiz) contraste fortement avec les considérations de ses homologues dans les affaires Urgenda et Neubauer⁶⁰. Le Tribunal fédéral confirme d'abord la non-entrée en matière du Tribunal adminis-

54 UN Environment Programme (UNEP) (2023), Global Climate Litigation Report – Status Review 2023.

55 Voir aussi MAHON (2023), p. 414-417 ; RODRÍGUEZ-GARAVITO (2022), p. 40-83.

56 DEMAY (2022).

57 HILSON (2010), p. 421-422 ; HILSON (2013).

58 Tribunal administratif de Paris, jugement n° 1904967-1904968-1904972-1904976, <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Espace-presse/L-Affaire-du-Siecle-l-Etat-devra-reparer-le-prejudice-ecologique-dont-il-est-responsable> [11 janvier 2024].

59 Conseil d'État, ECLI:FR:CESEC:2023:476384.20231109, 9 novembre 2023.

60 ATF 146 I 145.

tratif fédéral, précisant que l'article 25a PA permet certes de contester des omissions des autorités et d'exiger l'exécution d'actes déterminés, mais uniquement lorsqu'on est « affecté dans une certaine mesure dans sa sphère juridique personnelle »⁶¹. Or, le Tribunal fédéral estime que les recourantes, des femmes âgées recourant à titre individuel ainsi que par le biais d'une association qui avaient entre autres allégué souffrir particulièrement des vagues de chaleur, ne sont pas touchées dans une intensité suffisante. Les juges estiment par ailleurs qu'il « reste encore du temps pour éviter un réchauffement climatique supérieur à [2 °C] »⁶². En avril 2024, le Tribunal fédéral s'est vu désavoué par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a conclu à une violation du droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 CEDH) et du droit à une vie privée (art. 8 CEDH) dans le chef de l'association requérante⁶³.

Sur le plan des affaires dites réactives, on recense en Suisse de nombreuses actions climatiques ayant donné lieu à des procédures judiciaires⁶⁴. Plusieurs de ces affaires se sont d'ores et déjà soldées par un jugement du Tribunal fédéral⁶⁵. Celui-ci a notamment confirmé la condamnation de certaines militantes pour violation de domicile (art. 186 CP) et contrainte (art. 181 CP), jugeant notamment que l'état de nécessité (art. 17 CP) ne s'appliquait pas à l'urgence climatique⁶⁶. Sans examiner en détail ces différentes affaires⁶⁷, soulignons ici le lien avec le sujet de cette contribution, à savoir les libertés fondamentales. En effet, selon nous, certaines de ces affaires restreignent indûment la liberté de réunion pacifique. Nous pensons notamment à l'arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a estimé que le fait de jouer une partie de tennis dans le hall d'entrée d'une banque privée relevait de la contrainte au sens pénal. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a non seulement cautionné la

⁶¹ ATF 146 I 145 c. 4.4 (nous traduisons).

⁶² ATF 146 I 145 c. 5.3 (nous traduisons).

⁶³ Cour EDH, *Affaire Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 538-640.

⁶⁴ Voir en particulier BLUWSTEIN/DEMAY/BENOIT (2023).

⁶⁵ Voir, parmi d'autres, ATF 147 IV 297; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1061/2022 du 9 mai 2022; arrêt du Tribunal fédéral 6B_620/2022 du 30 mars 2023; arrêt du Tribunal fédéral 6B_145/2021 du 3 janvier 2022; arrêt du Tribunal fédéral 6B_138/2023 du 18 octobre 2023.

⁶⁶ ATF 147 IV 297; voir aussi MAHON (2023), p. 414-415.

⁶⁷ Pour un aperçu et une analyse, voir not. BLUWSTEIN/DEMAY/BENOIT (2023).

condamnation pénale d'une manifestation n'ayant causé aucun dommage personnel ou matériel et aucune perturbation allant au-delà de ce qui est inhérent aux manifestations ; il a également estimé que la liberté de réunion pacifique ne s'appliquait pas dans le foyer publiquement accessible d'une banque privée⁶⁸. Les deux aspects sont à notre sens difficilement compatibles avec le droit international des droits humains, qui protège également les réunions ayant lieu sur sol privé⁶⁹. À ce propos, le Tribunal fédéral semble nuancer sa position dans un arrêt plus récent, dans lequel il a jugé – à juste titre selon nous – que le blocage d'une entrée (parmi d'autres) d'un centre commercial était non seulement protégé par la liberté de réunion, mais encore qu'il constituait un exercice justifié de cette dernière et ne devait pas faire l'objet d'une sanction pénale⁷⁰.

2. *Les affaires devant la Cour européenne des droits de l'homme*

De nombreuses requêtes individuelles en lien avec le changement climatique ont été soumises à la Cour depuis 2020⁷¹, plusieurs d'entre elles suscitant un nombre record de tierces opinions⁷². En 2023, la Grande Chambre a tenu des audiences dans trois de ces affaires, à savoir *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* et *Carême c. France*⁷³. Les autres affaires

⁶⁸ ATF 147 IV 297.

⁶⁹ Pour une analyse plus approfondie de la liberté de réunion tel qu'elle découle du droit international, voir notamment ZIMMERMANN (2021).

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_138/2023 du 18 octobre 2023 (destiné à publication).

⁷¹ Voir en particulier *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*, requête n° 39371/20 ; *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20 ; *De Conto c. Italie et 32 autres États*, requête n° 14620/21, *Uricchio c. Italie et 32 autres États*, requête n° 14615/21 ; *Carême c. France*, requête n° 7189/21 ; *Greenpeace Nordic et autres c. Norvège*, requête n° 34068/21 ; *Müllner c. Autriche*, requête n° 18859/21 ; *Soubeste et quatre autres requêtes c. Autriche et 11 autres États*, requêtes n°s 31925/22 et al. ; *Engels c. Allemagne*, requête n° 46906/22. Pour un aperçu, voir en particulier les fiches d'actualité de la Cour, accessibles sous : <https://www.echr.coe.int/fr/factsheets> [11 janvier 2024].

⁷² Par exemple, dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen c. Suisse*, pas moins de 23 parties ont déposé des tierces interventions devant la Grande Chambre, <https://www.klimaseniorinnen.ch/drittparteien-interventionen/> [11 janvier 2024].

⁷³ Pour les retransmissions d'audiences, voir <https://www.echr.coe.int/fr/all-webcasts> [11 janvier 2024].

ont été ajournées en attendant que la Grande Chambre se prononce, à l'exception de quelques affaires d'ores et déjà déclarées irrecevables⁷⁴. Le 9 avril 2024, alors que la présente contribution était déjà en voie de publication, la Grande Chambre a rendu ses jugements dans les trois affaires clés susmentionnées. Dans ce qui suit, nous nous contenterons d'un bref résumé de chacune de ces affaires, renvoyant par ailleurs aux analyses doctrinales nombreuses rédigées alors que les affaires étaient pendantes⁷⁵ ainsi qu'à celles qui vont être publiées dans les jours, semaines et années à venir⁷⁶. Les personnes requérantes, les circonstances concrètes ainsi que les griefs soulevés varient bien sûr d'une affaire à l'autre. Néanmoins, de manière quelque peu schématique, on peut dire que, dans toutes ces affaires, les requérant-es estiment que les États défendeurs n'ont pas pris des mesures suffisantes pour lutter contre les changements climatiques et que ce manquement se traduit en une violation de leurs droits fondamentaux. À ce propos, les requêtes citent en particulier les effets du réchauffement climatique qui se font déjà ressentir, comme des vagues de chaleur ou incendies de forêt, mais également les effets à venir, dont l'impact sur la vie et la santé risque d'être de plus en plus grave. Souvent, les requêtes établissent un lien avec l'Accord de Paris⁷⁷, argumentant notamment que les États n'ont pas pris les mesures suffisantes pour atteindre les objectifs auxquels ils se sont pourtant engagés en vertu de cet instrument⁷⁸.

Plus concrètement, l'affaire Duarte Agostinho a été portée devant la Cour par six ressortissant-es portugais-es âgé-es entre 10 et 23 ans, qui estiment que le non-respect des engagements pris dans le cadre de l'Ac-

⁷⁴ Cour EDH, *Humane Being et autres c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 36959/22, 1^{er} décembre 2022; Cour EDH, *Plan B. Earth et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 35057/22, 13 décembre 2022.

⁷⁵ Voir, parmi d'autres, EICKE (2021); EICKE (2022); FERIA-TINTA (2021); KELLER/HERI/PISKÓTY (2022); KELLER/HERI (2022); KELLER/PERSHING (2021); MURCOTT/TIGRE/ZIMMERMANN (2023).

⁷⁶ Voir en particulier la base de données recensant la doctrine en la matière <https://climaterightsdatabase.com/further-reading-and-relevant-scholarship/> [12 avril 2024].

⁷⁷ Accord de Paris (Accord sur le climat), du 12 décembre 2015 (RS 0.814.012).

⁷⁸ Voir p.ex. *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*, requête n° 39371/20, Application, <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2020/12/Application-form-annex.pdf>, § 29-34; *Verein Klimasenioren Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, Application, <https://www.klima.senioren.ch/dokumentel/>, § 14-56.

cord de Paris par le Portugal et les 32 autres États mis en cause, dont la Suisse, viole leur droit à la vie ainsi qu'à la vie privée et familiale⁷⁹. Les requérant·es invoquent également l'interdiction des discriminations, alléguant que le réchauffement climatique – et donc, l'inaction étatique – les touche de manière disproportionnée en raison de leur âge. Une particularité de cette affaire est qu'elle a été portée directement devant la Cour, sans que les instances internes aient été épuisées. En dépit de ce fait, les requérant·es arguent que leur requête est recevable, la jurisprudence de la Cour exigeant uniquement d'épuiser les voies de droit effectives et raisonnablement accessibles : or, selon elles et eux, l'urgence et l'ampleur transnationale des changements climatiques impliquent que de telles voies de droit n'existent tout simplement pas⁸⁰. La Cour n'a pas suivi l'argumentation des requérant·es, jugeant la requête irrecevable faute d'épuisement des voies de droit internes s'agissant du Portugal et irrecevable pour manque de compétence juridictionnelle s'agissant des autres États défendeurs⁸¹. La Cour pose ainsi les jalons d'une approche restrictive concernant la juridiction pour des affaires climatiques, dont l'impact concret se révélera à l'occasion d'affaires futures.

Le même jour, la Cour a également rendu une décision d'irrecevabilité dans l'affaire *Carême c. France*⁸². Sur le fond, cette affaire soulève des questions similaires : notamment celle de savoir si la France, en poursuivant une politique climatique peu ambitieuse, a violé ses obligations découlant du droit à la vie et à la vie privée et familiale. Elle présente la particularité d'avoir été portée devant la Cour par une personne qui agit en tant qu'habitant, mais aussi ancien maire, d'une commune particulièrement impactée par le changement climatique. Or, entretemps, le requérant avait déménagé à Bruxelles, ce qui a permis à la Cour de déclarer la requête irrecevable pour incompétence *ratione personae*⁸³.

79 Cour EDH, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États* (déc.), requête n° 39371/20, 9 avril 2024.

80 Cour EDH, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États* (déc.), requête n° 39371/20, 9 avril 2024, § 128-134.

81 Cour EDH, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États* (déc.), requête n° 39371/20, 9 avril 2024, § 177-228.

82 Cour EDH, *Carême c. France* (déc.), requête n° 7189/21, 9 avril 2024.

83 Cour EDH, *Carême c. France* (déc.), requête n° 7189/21, 9 avril 2024, § 88.

À l'inverse, dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, la Cour a rendu un jugement sur le fond, concluant à une violation du droit à un procès équitable ainsi que du droit à la vie privée⁸⁴. De façon quelque peu surprenante, la Cour a reconnu la qualité de victime non pas des requérantes individuelles, mais de l'association requérante⁸⁵. À ce propos, et d'une manière générale pour l'ensemble de l'arrêt, la Cour précise que si la jurisprudence environnementale de la Cour a une certaine pertinence et peut être « utile jusqu'à un certain point » pour les affaires climatiques, celles-ci doivent clairement en être distinguées⁸⁶. Elle estime ainsi que les principes applicables aux affaires climatiques leur sont, dans une certaine mesure, propres et procède à les présenter de manière très détaillée⁸⁷. Le degré de détail caractérise d'ailleurs l'arrêt dans son ensemble : sur environ trois cents pages, il comprend une présentation et une appréciation détaillées des connaissances scientifiques en matière climatique ainsi qu'une analyse extensive du droit international et comparé pertinent montrant la reconnaissance graduelle du climat comme un enjeu de droits humains⁸⁸. L'arrêt de la Cour stipule sans équivoque que, pour respecter les droits de la Convention, les États doivent prendre les mesures indiquées par la science climatique pour lutter contre les changements climatiques⁸⁹. À ce propos, l'arrêt utilise une approche intégrée, analysant les obligations en matière de droits humains à la lumière du droit international de l'environnement, accordant une importance particulière à l'Accord de Paris⁹⁰. L'arrêt précise aussi que les tribunaux, dont la Cour européenne des droits de l'homme, ont un rôle à jouer pour assurer le respect des droits humains, y compris

84 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 458-506, 521-535, 590-593, 615-625.

85 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 414-415.

86 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 414-415.

87 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 423-520.

88 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 413.

89 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 436.

90 Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 452-457, 546.

en matière climatique. Néanmoins, la Cour se montre aussi consciente des enjeux en lien avec la séparation des pouvoirs⁹¹. Ceci résulte par exemple en une marge d'appréciation réduite pour les objectifs climatiques à atteindre, mais en une marge d'appréciation large quant aux moyens pour ce faire⁹². Une discussion plus approfondie de cet arrêt inédit, qui marquera sans doute les esprits et dont il est encore difficile d'estimer l'impact concret, devra se faire ultérieurement. Retenons-en pour l'instant la confirmation, par la Cour européenne des droits de l'homme, de la relation synergique entre transition écologique d'une part, et libertés fondamentales de l'autre. Celle-ci n'est toutefois pas dénuée d'ambivalence, raison pour laquelle nous nous intéresserons dans la partie suivante aux tensions qui peuvent émerger dans ce contexte.

III. Les tensions entre transition écologique et libertés fondamentales

Il n'est pas rare d'entendre que les mesures visant à lutter contre les changements climatiques ou plus généralement à favoriser la transition écologique limiteraient indûment la liberté individuelle⁹³. Si de telles affirmations ne font pas nécessairement référence à la liberté individuelle comprise comme un droit fondamental – en Suisse, ce serait la liberté personnelle – il est néanmoins pertinent de s'interroger sur les tensions qui peuvent exister entre transition écologique d'une part, et libertés fondamentales d'autre part. La question qu'il convient de se poser est double : les libertés fondamentales posent-elles un obstacle à des mesures de transition écologique et la transition écologique restreint-elle indûment les libertés fondamentales ? Dans ce qui suit, nous explorerons les tensions qui peuvent exister entre ces deux concepts à l'aide d'exemples jurisprudentiels tirés de plusieurs ordres juridiques. Pour plus de lisibilité, nous avons regroupé les libertés en trois grands groupes : les libertés

⁹¹ Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 411-413, 453, 457, 561.

⁹² Cour EDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024, § 543, 550.

⁹³ Pour une brève analyse de ces arguments, voir p.ex. FRAGNIÈRE (2019).

de la sphère personnelle (infra III, A), les libertés de communication (infra III, B) et les libertés de la sphère économique (infra III, C)⁹⁴.

A. Les libertés de la sphère personnelle

Existe-t-il un « droit à conduire une voiture » (Grundrecht auf Autofahren)? Ou plutôt, s'agit-il là d'un aspect protégé par les libertés de la sphère personnelle (comme la liberté personnelle ou le droit à la vie privée et familiale)? Loin d'être théorique, la question s'est effectivement posée à Berlin – et continue de se poser, dans la mesure où les tribunaux allemands seront probablement appelés à trancher la question⁹⁵. En effet, en mai 2022, le Sénat de Berlin s'est prononcé sur la compatibilité de la pétition populaire (Volksbegehren) Berlin autofrei avec la Loi fondamentale allemande⁹⁶. La pétition en question propose un projet de loi qui interdirait largement l'utilisation privée de voitures sur une grande partie de la commune de Berlin⁹⁷.

Sans entrer dans les détails de cette proposition qui soulève de nombreuses questions tant juridiques que pratiques⁹⁸, nous nous bornerons ici à quelques réflexions à propos du champ d'application du droit à l'épanouissement personnel garanti par l'article 2 al. 1 de la Loi fondamentale allemande (Grundgesetz, GG). Cette disposition a une visée très large: en effet, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, l'article 2 al. 1 GG protège « toute forme d'activité humaine, indépendamment de son poids pour l'épanouissement personnel »⁹⁹. Il s'agit ainsi d'une liberté d'action générale (allgemeine Handlungsfreiheit)¹⁰⁰. Une lecture extensive de ce droit a amené le Sénat de Berlin à estimer que l'initiative violait l'article 2 al. 1 GG. Néanmoins, cette décision n'est pas restée sans critiques. En effet, comme nous le rappelle Hohnerlein, le droit de l'article 2 al. 1 GG constitue un droit fondamen-

⁹⁴ Voir p.ex. la classification dans MAHON (2014), p. 78, 150 et 191.

⁹⁵ HOHNERLEIN (2022).

⁹⁶ <https://www.parlament-berlin.de/ados/19/IIIPlen/vorgang/d19-0362.pdf> [11 janvier 2024].

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Pour une analyse, voir HEPPNER (2021).

⁹⁹ BVerfGE 80, 137.

¹⁰⁰ BVerfGE 6, 32; BVerfGE 75, 108; BVerfGE 80, 137; voir aussi KIENER (2020), N 5; HOHNERLEIN (2022).

tal subsidiaire et n'est garanti que dans les limites de l'ordre juridique constitutionnel (*verfassungsmässige Rechtsordnung*)¹⁰¹. En d'autres termes, la législation – pour autant qu'elle soit conforme à la Constitution – façonne et concrétise, par avance, ce droit, qui est donc loin d'être absolu¹⁰². Au-delà de la question du champ d'application de l'article 2 al. 1 GG, l'initiative soulève d'autres questions sous l'angle des droits fondamentaux, notamment la question de savoir si elle peut être mise en œuvre dans le respect de la sphère privée, dans la mesure où elle prévoit un contrôle des déplacements en voiture rationnés¹⁰³. Une question tout autre est bien sûr celle des chances de succès politiques de telles propositions, que ce soit devant le parlement ou en votation populaire¹⁰⁴. Si l'affaire est ainsi loin d'être close, elle illustre la portée – et le rôle de frein potentiel – des libertés de la sphère personnelle face à des mesures visant à favoriser la transition écologique.

Il s'agit toutefois d'une question assez spécifique à l'ordre juridique allemand : en effet, la reconnaissance d'une liberté d'action générale est quelque peu spécifique à la Loi fondamentale allemande¹⁰⁵. En Suisse, la situation juridique de départ est différente : en effet, le Tribunal fédéral a précisé à de nombreuses reprises que la liberté personnelle garantie par l'article 10 al. 2 Cst.¹⁰⁶ ne comporte pas une liberté d'action générale¹⁰⁷. Son rôle se limite ainsi – mais s'étend aussi – à la protection de « toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et dont devrait jouir tout être humain »¹⁰⁸. Cela comporte un droit à l'autodétermination et à un mode de vie indi-

101 HOHNERLEIN (2022).

102 HOHNERLEIN (2022).

103 Voir aussi HEPNER (2021).

104 Pour la portée des différents instruments de démocratie directe dans le *Land* de Berlin, voir Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Abstimmungsgesetz, AbstG) du 11 juin 1997, en particulier les § 10 ss pour la pétition populaire.

105 Voir aussi HOHNERLEIN (2022).

106 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

107 Voir, parmi beaucoup d'autres, ATF 108 Ia 59, c. 4a (sous la Constitution de 1874); ATF 138 IV 13 c. 7.1 (à propos de l'art. 10 al. 2 Cst.); voir aussi KIENER (2020), N 5; BIAGGINI (2017), N 21-22.

108 ATF 147 I 393, c. 4.1.

viduel¹⁰⁹. Le caractère général de ces formulations l'indique : la définition de la sphère protégée est une étape cruciale dans l'analyse juridique de la liberté personnelle ; le Tribunal fédéral a d'ailleurs produit une riche jurisprudence à cet égard¹¹⁰.

Le Tribunal fédéral a également eu l'occasion d'appliquer les principes susmentionnés à des questions en lien avec l'environnement : ainsi, il a jugé qu'une interdiction de circuler empêchant un propriétaire de chalet d'y accéder entre neuf heures et dix-sept heures en été et entre dix heures et seize heures en hiver¹¹¹, une interdiction de naviguer dans certaines zones d'un lac¹¹², de promener plus que cinq chiens en même temps¹¹³, de pouvoir accéder à tous les parcs publics avec son chien¹¹⁴ ou encore de détenir des chiens d'une race spécifique tombaient en dehors de la sphère protégée de la liberté personnelle¹¹⁵. Le Tribunal fédéral a en revanche accepté que les relations personnelles existantes entre un humain et son animal de compagnie fussent protégées par la liberté personnelle¹¹⁶. Si ces affaires concernent pour l'instant exclusivement des chiens, la question pourrait se poser différemment à l'avenir : par exemple, dans quelle mesure une réglementation pourrait-elle limiter la possibilité de détenir des chats, compte tenu de leur impact néfaste sur la biodiversité¹¹⁷ ?

Un autre aspect de la liberté personnelle – ou, sous l'angle de la CEDH, du droit à une vie privée et familiale – concerne les modes de vie (semi-) nomades. Dans ce contexte, les tensions avec des prescriptions liées à la protection de l'environnement ou l'aménagement du territoire sont facilement prévisibles, par exemple en cas de stationnement de caravanes

¹⁰⁹ ATF 138 IV 13, c. 7.1.

¹¹⁰ Pour un aperçu, voir BIAGGINI (2017), N 16-24.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.113/1999 du 17 avril 2000, c. 3a.

¹¹² ATF 108 Ia 59 c. 4a.

¹¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_856/2013 du 10 février 2014, c. 5.3.

¹¹⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 2C_81/2008 et 2C_82/2008 du 21 novembre 2008.

¹¹⁵ ATF 133 I 249 c. 2. Auparavant, le Tribunal fédéral avait plusieurs fois laissé ouverte la question de savoir si le fait de détenir un animal de compagnie entrainait dans la sphère de protection de la liberté personnelle (ATF 132 I 7 c. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.221/2006 du 2 mars 2007, c. 2).

¹¹⁶ ATF 134 I 293 c. 5.2 (atteinte en l'occurrence considérée comme proportionnée).

¹¹⁷ LEPCZYK ET AL. (2023), p. 6.

sur des terrains agricoles¹¹⁸. Dans ce domaine, la Cour EDH a développé une riche jurisprudence¹¹⁹, consacrant notamment une obligation positive de faciliter les modes de vie nomade¹²⁰. En pratique, toutefois, cette obligation est avant tout procédurale, à savoir que les États doivent soigneusement peser tous les intérêts en jeu, en accordant suffisamment de considération au droit des personnes menant un mode de vie (semi-) nomade¹²¹ et mettre en place des sauvegardes procédurales comme des procédures d'avertissement avant l'expulsion d'une aire de stationnement¹²². En revanche, sur le fond, l'obligation positive reste très limitée, notamment parce que la Cour a régulièrement considéré que les États jouissaient d'une marge d'appréciation étendue dans des domaines relevant de l'aménagement du territoire¹²³, et cela malgré la vulnérabilité particulière de ces minorités, un facteur plaidant pour une marge d'appréciation étatique réduite¹²⁴. À cet égard, la Cour a notamment souligné le « caractère complexe et sensible des questions que soulèvent les politiques mettant en balance les intérêts de la population en général, notamment en matière de défense de l'environnement, et les intérêts d'une minorité, avec des exigences qui peuvent être contradictoires »¹²⁵. Néanmoins, la Cour a constaté des violations de l'article 8 CEDH dans des cas où une expulsion intervenait après des années, voire des décennies,

118 BENTIROU MATHLOUTI (2020), p. 385-393 ; ZIMMERMANN (2023), p. 567-569 ; voir p.ex. Cour EDH, *Wells c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 63477/00, 16 janvier 2007, § 1.

119 Il s'agit ici d'un résumé très bref. Pour plus de détails, voir ZIMMERMANN (2023), p. 567-569 ; ZIMMERMANN (2022), N 293-299, 428-436 et les références citées.

120 *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 96 ; Cour EDH, *Connors c. Royaume-Uni*, requête n° 66746/01, 27 mai 2004, § 84 ; Cour EDH, *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 148.

121 Cour EDH, *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, § 71-76.

122 Cour EDH, *Connors c. Royaume-Uni*, requête n° 66746/01, 27 mai 2004, § 84 ; Cour EDH, *Buckland c. Royaume-Uni*, requête n° 40060/08, 18 septembre 2012, § 28 ; Cour EDH, *Hirtu et autres c. France*, requête n° 24720/13, 14 mai 2020, § 70-76.

123 Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, requête n° 20348/92, 25 septembre 1996, § 75 ; *Wells c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 37794/05, 16 janvier 2007, § 1 ; Cour EDH, *Stenegry et Adam c. France* (déc.), requête n° 40987/05, 22 mai 2007, § 2.

124 Cour EDH, *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 148, §, 160-161.

125 Cour EDH, *Wells c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 63477/00, 16 janvier 2007, § 1.

de tolérance de la part des autorités¹²⁶. Dans de tels cas, la Cour a par ailleurs reconnu que les autorités étaient exceptionnellement tenues de fournir une proposition de relogement ou d’abri à des personnes particulièrement vulnérables¹²⁷.

Les principes jurisprudentiels que nous venons d’évoquer sont également pertinents pour le contexte suisse, comme le montrent deux affaires du Tribunal fédéral. Examinant d’abord la loi neuchâteloise sur le stationnement des communautés nomades¹²⁸, puis la loi bernoise sur la police qui traite également du stationnement de caravanes¹²⁹, le Tribunal fédéral a fait siens les principes développés par la Cour EDH, en soulignant par ailleurs que ceux-ci doivent être lus à la lumière des exigences de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales (CCMN)¹³⁰. Partant, le Tribunal fédéral a estimé que la loi bernoise – qui prévoyait entre autres la possibilité d’une évacuation forcée sous vingt-quatre heures sans une quelconque obligation de proposer une solution de rechange – violait le droit à une vie privée et familiale¹³¹. Il a en revanche estimé, de manière tout à fait critiquable, que la loi neuchâteloise prévoyait des sauvegardes suffisantes et se prêtait à une interprétation conforme aux droits fondamentaux¹³². On aurait pu imaginer une interprétation plus favorable aux recourants : par exemple, une obligation de tolérer un stationnement non conforme aux prescriptions en vigueur tant que les autorités n’ont pas rempli leur obligation, découlant pourtant de la CCMN, de créer des aires de stationnement et de transit en nombre suffisant¹³³. Une telle interprétation du droit à une vie privée et

126 Cour EDH, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012; Cour EDH, *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013.

127 Cour EDH, *Winterstein et autres c. France*, requête n° 27013/07, 17 octobre 2013, § 159; Cour EDH, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 avril 2012, § 73, 74 et 83, 130.

128 ATF 145 I 73.

129 ATF 147 I 103.

130 ATF 145 I 73 c. 4 et 7; ATF 145 I 73 c. 11; Convention-cadre du Conseil de l’Europe pour la protection des minorités nationales, du 1^{er} février 1995 (RS 0.441.1).

131 ATF 147 I 103 c. 14.4.3.

132 ATF 145 I 73 c. 7. Pour une critique, voir not. BELSER/MINDER (2019), p. 4-6; KAEMPFER (2020), p. 14-17.

133 Une recommandation en ce sens avait été adressée par le ministère de l’environnement aux autorités locales en charge dans l’une des premières affaires devant la

familiale, qui protégerait mieux les intérêts d'une minorité particulièrement vulnérable, créerait peut-être davantage de conflits avec la protection de l'environnement. En l'état actuel de la jurisprudence, tant européenne que fédérale, le conflit demeure négligeable¹³⁴.

B. Les libertés de communication

Des tensions entre les libertés fondamentales d'une part et les mesures visant la transition écologique d'autre part sont aussi imaginables en lien avec les libertés de communication. Du côté de Strasbourg, quelques affaires mettent en lumière des tensions entre la liberté d'expression d'une part (un projet artistique et une affiche électorale respectivement, les deux non conformes aux prescriptions urbanistiques en vigueur) et des questions environnementales d'autre part : il s'agit toutefois d'affaires traitant de la préservation du paysage bâti et du patrimoine culturel¹³⁵. Ainsi, bien qu'en lien avec l'environnement au sens large, ces affaires ne traitent pas de questions en lien avec la transition écologique. Les affaires servent néanmoins à confirmer que des considérations urbanistiques et d'aménagement du territoire constituent bel et bien un intérêt public permettant la restriction de libertés fondamentales, y compris des libertés de communication.

Un exemple directement en lien avec la transition écologique, qui pourrait aussi être pertinent pour la Suisse, nous vient des Pays-Bas. Plusieurs villes néerlandaises, dont Amsterdam et Utrecht, ont récemment modifié la réglementation régissant la distribution de la publicité papier et des journaux gratuits. La ville d'Amsterdam a introduit un régime selon lequel les ménages, plutôt que d'afficher un autocollant « non à la publicité », comme c'est aussi le cas en Suisse, doivent afficher un autocollant au cas où ils souhaiteraient recevoir de la publicité papier. Ce système de

Cour EDH, cf. Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27238/95, 18 janvier 2001, § 35.

¹³⁴ Précisons que les affaires liées au stationnement de caravanes ne sont pas les seules opposant protection de l'environnement et droit à la vie privée et familiale : voir aussi Cour EDH, *Kaminskas c. Lituanie*, requête n° 44817/18, 4 août 2020, § 48-66, relative à l'ordre de détruire une maison construite illégalement dans un secteur classé zone forestière (atteinte jugée admissible en l'occurrence).

¹³⁵ Voir notamment Cour EDH, *Ehrmann et SCI VHI c. France* (déc.), requête n° 2777/10, 7 juin 2011 ; Cour EDH, *Tőkés c. Roumanie*, requêtes nos 15976/16 et 50461/17, 27 avril 2021.

« opt-in », qui permettait d'économiser plusieurs tonnes de papier, a été validé par la Cour suprême néerlandaise¹³⁶. La ville d'Utrecht, pour sa part, avait adopté un système similaire, concernant aussi les journaux gratuits. Une procédure instiguée par l'éditrice d'un journal gratuit communal est révélatrice : elle montre en effet que sous l'angle de la liberté d'expression, l'analyse n'est pas la même pour des envois publicitaires et pour des journaux certes gratuits, mais présentant une réelle valeur informative. Ainsi, il ressort de cette affaire que le système instauré par la ville, qui ne présentait pas des sauvegardes suffisantes pour préserver les intérêts de la recourante, au point de mettre en danger l'existence de celle-ci, portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression¹³⁷.

C. Les libertés de la sphère économique

Il n'est pas difficile d'imaginer des tensions entre les libertés de la sphère économique, avant tout la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst.) d'une part, et les intérêts de la transition écologique d'autre part. Nous pensons par exemple à des parcs éoliens, des mesures de protection de la nature et de la biodiversité ou encore une obligation de se raccorder aux réseaux de géothermie et de chauffage à distance¹³⁸. Dans ce qui suit, nous nous bornerons à décrire brièvement trois arrêts du Tribunal fédéral rendus en 2023. Il s'agit d'une affaire zurichoise concernant la modification de la loi cantonale sur l'énergie et deux affaires lucernoises à propos d'initiatives populaires communales invalidées par les autorités cantonales¹³⁹. Bien qu'il s'agisse en théorie de constellations différentes (un recours contre un acte normatif et deux recours en matière de droit de vote), ces trois affaires se rejoignent néanmoins en ce qu'elles constituent toutes des cas de recours abstraits. Dans ces cas, le Tribunal fédéral se limite en principe à déterminer si une interprétation conforme au droit supérieur est possible. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a estimé dans les trois affaires que tel était le cas, estimant notamment que les mesures préconisées par les

¹³⁶ Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1360.

¹³⁷ Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1358.

¹³⁸ Vor p.ex. SEYDOUX (2022), p. 282-323; ABEGG (2015); FLÜCKIGER (2016), p. 103-151.

¹³⁹ ATF 149 I 49; arrêts du Tribunal fédéral 1C_391/2022 du 3 mai 2022 et 1C_392/2022 du 3 mai 2022.

actes normatifs litigieux étaient conformes à la garantie de la propriété protégée par l'article 26 de la Constitution fédérale¹⁴⁰.

L'arrêt relatif au canton de Zurich concernait une norme introduisant l'obligation d'enlever tous les chauffages électriques fixes jusqu'en 2030, et interdisant les chauffages électriques à partir de ce moment-là¹⁴¹. La modification légale visait notamment à adapter la loi-modèle adoptée par la conférence des directrices et directeurs cantonaux (EnDK) de l'énergie en 2014¹⁴². Dans son analyse, le Tribunal fédéral tient compte de plusieurs éléments atténuant l'atteinte à la garantie de la propriété, comme l'existence de subventions, le fait que la plupart des chauffages interdits à partir de 2030 doivent de toute manière être remplacés d'ici là pour des questions de durée de vie, ou encore le fait que la loi prévoit un certain nombre d'exceptions, notamment lorsqu'une installation photovoltaïque suffisamment puissante est construite¹⁴³.

Les deux arrêts impliquant le canton de Lucerne portent, quant à eux, sur deux initiatives populaires communales, toutes deux issues de la commune de Hochdorf et visant la réduction des émissions de CO₂¹⁴⁴. Les mesures préconisées étaient d'une part l'obligation de remplacer l'ensemble des chauffages par des chauffages fonctionnant exclusivement avec des énergies renouvelables jusqu'en 2030¹⁴⁵ et d'autre part l'obligation d'installer des gaines passe-câbles facilitant la création de stations de recharge pour véhicules électriques dans les immeubles d'habitation¹⁴⁶. Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral confirme d'abord la compétence de la commune pour adopter les dispositions litigieuses ; ensuite, il les juge compatibles avec la garantie de la propriété, indiquant entre

140 Pour une analyse, voir aussi BÄHR (2023) ; THURNHERR (2023), p. 517-520.

141 ATF 149 I 49.

142 EnDK, Modèle des prescriptions énergétiques des cantons, accessible sous : https://www.endk.ch/fr/politique-energetique/mopec?set_language=fr [11 janvier 2024].

143 ATF 149 I 49 c. 5. À ce propos, voir notamment le commentaire de BÄHR (2023), qui souligne à juste titre que le fait de souligner la possibilité d'exceptions dans le cadre de la pesée des intérêts ou proportionnalité au sens strict remet quelque peu en question la conclusion sous l'angle de la nécessité, à savoir qu'aucune mesure moins restrictive qu'une interdiction n'existe.

144 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_391/2022 du 3 mai 2022 (prévu pour la publication) et arrêt du Tribunal fédéral 1C_392/2022 du 3 mai 2022.

145 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_391/2022 du 3 mai 2022.

146 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_392/2022 du 3 mai 2022.

autres que l'atteinte à cette dernière doit être relativisée, notamment au vu des mesures d'encouragement financières existantes. Précisons que les deux initiatives ont finalement été refusées en votation populaire, le contre-projet prévoyant un chauffage renouvelable dès 2040 étant adopté de justesse¹⁴⁷.

Il découle de ces trois affaires, de façon plus ou moins explicite, que les considérations climatiques et énergétiques constituent des buts d'intérêt public de taille. Dans l'arrêt zurichois, le Tribunal fédéral mentionne très succinctement l'importance d'une « utilisation économique de l'énergie dans le respect de l'environnement »¹⁴⁸; les deux autres arrêts sont plus explicites, précisant notamment qu'il existe un « intérêt public important » à réduire les émissions de CO₂¹⁴⁹ et à protéger le climat¹⁵⁰. Les trois affaires démontrent que des mesures visant la protection du climat, y compris des mesures ambitieuses, peuvent être compatibles avec la garantie de la propriété; elles indiquent toutefois aussi que cette compatibilité dépendra souvent de l'existence de subventions ou aides publiques¹⁵¹. Le même constat vaut également pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, celle-ci a rendu divers arrêts examinant la compatibilité de mesures environnementales avec la protection de la propriété (art. 1 P1-CEDH), qui sont également pertinents pour l'interprétation de l'article 26 Cst., même si la Suisse n'a pas ratifié le protocole additionnel en question¹⁵². Dans ce contexte, la Cour a notamment constaté une violation de la protection de la propriété dans une affaire roumaine qui classait des forêts en zone de protection sans dédommager les associations propriétaires¹⁵³.

¹⁴⁷ <https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/kanton-luzern/abstimmung-hochdorf-ld.2538742?reduced=true> [11 janvier 2024].

¹⁴⁸ ATF 149 I 49 c. 4.2 (nous traduisons).

¹⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_391/2022 du 3 mai 2022, c. 5.7 (nous traduisons).

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_392/2022 du 3 mai 2022, c. 4.2 (nous traduisons).

¹⁵¹ Voir aussi THURNHERR (2023), p. 520.

¹⁵² À ce propos, voir, par analogie, les considérations du Tribunal fédéral dans l'ATF 146 I 20 à propos du droit à un enseignement de base qui est, lui aussi, protégé par le PA 1 que la Suisse n'a pas ratifié.

¹⁵³ Cour EDH, *Associations de copropriété forestière Porceni Pleșa et Piciorul Bătrân Banciu (Obștea de Pădure Porceni Pleșa și Composesoratul Piciorul Bătrân Banciu) c. Roumanie*, requêtes nos 46201/16 et 47379/18, 28 novembre 2023.

IV. Conclusion et perspectives

Dans la présente contribution, nous nous sommes penché sur la relation entre transition écologique d'une part et droits fondamentaux d'autre part.

Cette relation est source de synergies, la transition écologique favorisant la protection et la pleine réalisation des droits fondamentaux qui peuvent à leur tour être bénéfiques à la transition écologique. Premièrement, la mise en danger des droits fondamentaux par les changements climatiques et l'effondrement des ressources planétaires étant attestée par de nombreux rapports, les mesures visant à lutter contre ces risques, en d'autres termes, les mesures de transition écologique, doivent être considérées comme étant bénéfiques aux droits fondamentaux dans le moyen et long terme. Ce constat est d'autant plus vrai lorsqu'on tient compte des intérêts des générations futures : en effet, sans transition écologique, la protection de leurs droits semble fortement compromise.

Deuxièmement, et dans l'autre sens, les droits fondamentaux permettent, jusqu'à un certain point, de favoriser la transition écologique. Cette synergie ressort tout particulièrement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît que des dégradations environnementales peuvent constituer des violations des droits et libertés garanties par la Convention. Cette jurisprudence montre qu'un certain potentiel existe dans l'«environnementalisation» (greening) de droits existants, mais en esquisse également les limites, dues notamment au caractère anthropocentré de ces droits, ce qui montre aussi la pertinence de reconnaître un droit à un environnement sain à part entière. Trente ans après le premier arrêt de cette jurisprudence environnementale, la Cour a inauguré sa jurisprudence climatique à travers trois jugements clés, dont celui dans l'affaire Verein Klimaseniorinnen c. la Suisse. Si les conséquences – et particulièrement l'impact – de ces jugements sont à clarifier dans les années à venir, il en découle que les États ont une obligation, en vertu de la Convention, de prendre des mesures efficaces et raisonnablement ambitieuses pour lutter contre les changements climatiques.

Il existe cependant aussi des tensions entre transition écologique et droits fondamentaux. À ce propos, on peut distinguer deux phénomènes, qui sont en réalité les deux faces de la même médaille : les droits fondamen-

taux comme obstacles à la transition et deuxièmement, la transition écologique comme raison pour justifier la restriction des droits fondamentaux. Dans le premier cas de figure, les droits fondamentaux peuvent être invoqués à l'encontre de mesures visant la transition écologique. Ainsi, nous avons vu que la garantie de la propriété et la liberté économique, en particulier, sont régulièrement invoquées dans des litiges portant sur des mesures de transition écologique – et notamment sur des mesures de transition énergétique. Encore relativement rares, ces conflits risquent de se multiplier et de s'accroître si les collectivités publiques parviennent à prendre des mesures plus ambitieuses en vue de la transition écologique. Les exemples examinés nous rappellent toutefois aussi que les droits fondamentaux ne sont pas absolus, et que les libertés fondamentales en particulier peuvent être restreintes en appliquant les conditions prévues par l'article 36 de la Constitution fédérale, à savoir que la mesure restrictive repose sur une base légale suffisante, répond à un intérêt public et est proportionnée au but poursuivi. Si les libertés fondamentales ne rendent pas impossibles les mesures de transition, elles les encadrent et posent certains obstacles, notamment financiers.

L'analyse de ces conditions de restriction révèle la seconde tension, à savoir la transition écologique comme motif justifiant la limitation des droits fondamentaux. À ce propos, précisons d'abord qu'une restriction des libertés fondamentales pour des motifs de transition écologique n'est pas particulièrement surprenante : elle s'inscrit au contraire dans le système habituel de l'analyse des libertés fondamentales. On constate tout au plus un certain glissement, à savoir que plusieurs arrêts récents reconnaissent explicitement l'importance de la protection du climat et de l'environnement. Ainsi, on peut considérer qu'il s'agit ici d'intérêts publics particulièrement significatifs, qui revêtent un poids certain dans la pesée des intérêts publics et privés en jeu. Cette analyse permet aussi, jusqu'à un certain point, de donner corps au principe constitutionnel du développement durable (art. 73 Cst.), qui acquiert par ce biais une certaine justiciabilité.

Les synergies et tensions entre transition écologique et libertés fondamentales s'inscrivent dans le domaine plus général du constitutionnalisme environnemental¹⁵⁴. Si nous avons pu répondre à certaines interro-

¹⁵⁴ Voir p.ex. KOTZÉ (2016); MAY/DALY (2016); MURCOTT (2021).

gations dans le cadre de la présente contribution, une myriade d'autres questions se posent dans ce contexte. En restant dans le cadre relativement circonscrit de la relation entre les droits fondamentaux et la transition écologique, il serait intéressant d'examiner plus en détail la relation entre droits politiques et transition écologique, ou encore celle entre les droits sociaux garantis par la Constitution – dont notamment le droit à de l'aide dans des situations de détresse et le droit à un enseignement de base – avec la transition écologique¹⁵⁵. Une autre proposition qui, bien que déjà ancienne, bénéficie aujourd'hui d'une actualité renouvelée est la reconnaissance d'un droit à un environnement sain à part entière et de la portée de celui-ci. Si le canton de Genève a d'ores et déjà reconnu un tel droit, la situation longtemps bloquée au sein du Conseil de l'Europe pourrait également évoluer prochainement. Reste à se poser la question de la portée concrète – et notamment de la justiciabilité – d'un tel droit. Enfin, de façon plus générale, les bouleversements écologiques et climatiques qui nous attendent devraient nous inciter à interroger de manière critique certains préceptes qui ont longtemps été considérés comme acquis. Par exemple, des entités naturelles ou écosystèmes devraient-ils aussi posséder des droits, au même titre que des personnes physiques ou morales ? Et si oui, comment pourrait-on concrétiser ces « droits de la nature »¹⁵⁶ ? Ou encore, devrait-on faire évoluer notre conception de la propriété privée et envisager d'autres formes de propriété, voire de coexistence avec le milieu naturel à l'avenir ?¹⁵⁷ En tant que juristes, il est fort probable que nous soyons appelé·es à creuser ces thématiques – et bien d'autres encore – dans les années à venir. Une invitation à penser créativement, donc !

155 Voir p.ex. <https://www.coe.int/fr/web/portal/-/promouvoir-le-droit-a-un-environnement-propre-sain-et-durable-en-europe> [11 janvier 2024].

156 Voir p.ex. OST (2021).

157 Voir p.ex. GRIMONPREZ (2018) à propos des communs.

Bibliographie

- ABEGG ANDREAS (2015), *Energiewende im Konflikt mit Natur- und Heimatschutz: Anwendbarkeit des Natur- und Heimatschutzgesetzes des Bundes auf Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarer Energie: ein Kommentar zu Art. 2 NHG*, Zurich/St-Gall.
- BÄHR CORDELIA (2023), Verbot von Elektroheizungen mit der Eigentumsgarantie vereinbar, CJN, publié le 29 août 2023.
- BAUMANN PHILIPPE (2021), *Le droit à un environnement sain au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris.
- BEUCHER STÉPHANIE/MARE MARION (2020), Cadrage épistémologique de la notion de transition en sciences humaines et en géographie, *Bulletin de l'Association des géographes français*, vol. 97/4, p. 383-394.
- BELSER EVA-MARIA/MINDER LILIAN (2019), Avis de droit relatif à l'arrêt du Tribunal fédéral 145 I 73 à l'attention de la Commission fédérale contre le racisme, décembre 2019, https://www.ekr.admin.ch/pdf/Avis_de_droit_relatif_a_l_arret_du_Tribunal_federal_145_I_73.pdf.
- BENTIROU MATHLOUTI RAHMA (2020), *Le droit à un environnement sain en droit européen. Dynamique normative et mise en œuvre jurisprudentielle*, Paris.
- BLUWSTEIN JEVGENIY/DEMAY CLÉMENCE/BENOIT LUCIE (2023), Désobéissance civile et procès climatiques en Suisse. Quels combats se jouent devant les tribunaux suisses?, accessible en ligne www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/climat/.
- BIAGGINI GIOVANNI (2017), « art. 10 Cst. », *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar*, 2^e éd., Zurich.
- BOURG DOMINIQUE (2012), « Transition écologique, plutôt que développement durable. Entretien avec Dominique Bourg », *Vraiment durable*, p. 77-96.
- BRAIG KATHARINA (2013), *Umweltschutz durch die europäische Menschenrechtskonvention*, Bâle.
- CALLIES CHRISTIAN (2001), *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen.

- COURNIL CHRISTELLE (2018), « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in Torre-Schaub (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Paris, p. 185-215.
- DE BRUJIN HANS (2019), *The Art of Political Framing. How Politicians convince us that they are right*, Amsterdam.
- DEMAÏ CLÉMENCE (2022), *Le droit face à la désobéissance civile : quelle catégorisation pour un « objet juridique non identifié »*, Genève.
- EICKE TIM (2022), « Climate Change and the Convention: Beyond Admissibility », *European Convention on Human Rights Law Review*, vol. 3, p. 8-16.
- EICKE TIM (2021), « Human rights and climate change: what role for the European Court of Human Rights? », *European Human Rights Law Review*, p. 262-273.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE (2020), « Constitution environnementale », in : Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich/Genève/Bâle, p. 2121-2145.
- FERIA-TINTA MONICA (2021), « Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions », *Europe des Droits et Libertés*, Vol. 3(1), p. 52-71.
- FITZMAURICE MALGOSIA/MARSHALL JILL (2007), « The Human Right to a Clean Environment. Phantom or Reality? The European Court of Human Rights and English Courts Perspective on Balancing Rights in Environmental Cases », *Nordic Journal of International Law*, vol. 76, p. 103-151.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE (2016), « La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel », in : Hottelier/Foëx (édit.), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques*, Genève, p. 23-59.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE (2014), « Droits de l'homme et environnement », in : Hertig Randall/Hottelier (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève, p. 606-620.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE (2006), « Le développement durable en droit constitutionnel suisse », *DEP 2006*, p. 471-526.

- FRAGNIÈRE AUGUSTIN (2019), «La transition écologique est-elle contraire à la liberté individuelle?», 14 octobre 2019, <https://blogs.letemps.ch/augustin-fragniere/>.
- GARCÍA SAN JOSÉ (2012), *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, Conseil de l'Europe, Strasbourg.
- GRIMONPREZ BENOÎT (2018), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Paris.
- HÄRTEL INES (2020), «Klimaschutzverfassungsrecht: Klima-Staatszielbestimmungen im Föderalismus», *Natur und Recht*, vol. 42, p. 577-588.
- HEPPNER CHARLOTTE (2021), «Autofrei per Gesetz: Zur rechtlichen Einordnung des ›Volksentscheids Berlin autofrei›», *Verfassungsblog*, 24 septembre 2021, <https://verfassungsblog.de/autofrei-per-gesetz/>, DOI: 10.17176/20210924-205415-0.
- HILSON CHRIS (2013), «The Courts and Social Movements: Two Literatures and Two Methodologies», *Mobilizing Ideas*, 18 février 2013.
- HILSON CHRIS (2010), «Climate Change Litigation: An Explanatory Approach Or Bringing Grievance Back», in: Fracchia/M. Occhiena (édit.), *Climate Change: La Riposta del Diritto*, Naples, p. 421-436.
- HOHNERLEIN JAKOB (2022), «Das ›Grundrecht auf Autofahren› als Grenze demokratischer Stadtgestaltung? Warum der Berliner Senat in seiner Entscheidung über ›Berlin autofrei› einem verfassungsrechtlichen Missverständnis aufsitzt», *VerfassungsBlog*, 2022/5/14, <https://verfassungsblog.de/das-grundrecht-auf-autofahren-als-grenze-demokratischer-stadtgestaltung/>, DOI: 10.17176/20220514-182237-0.
- KAEMPFER CONSTANCE (2020), «Bientôt un droit à la création d'aires d'accueil pour les gens du voyage?», *Plädoyer*, vol. 6/20, p. 14-17.
- KELLER HELEN/HERI CORINA (2022), «The Future is Now: Climate Cases before the ECtHR», *Netherlands Journal of Human Rights*, p. 1-22.
- KELLER HELEN/HERI CORINA/PISKÓTY RÉKA (2022), «Something Ventured, Nothing Gained? – Remedies before the ECtHR and Their Potential for Climate Change Cases», *Human Rights Law Review*, vol. 22, p. 1-26.

- KELLER HELEN/PERSHING ABIGAIL (2021), « Climate Change in Court: Overcoming Procedural Hurdles in Transboundary Environmental Cases », *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, p. 1-24.
- KELLER HELEN/CIRIGLIANO LUCA (2012), « Grundrechtliche Ansprüche an den Service Public: Am Beispiel der italienischen Abfallkrise », *DEP*, p. 831-853.
- KIENER REGINA (2020), « Die Grundrechte in der Bundesverfassung », in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Genève/Bâle, p. 1193-1221.
- KLEINLEIN THOMAS (2021), « The procedural approach of the european court of human rights: between subsidiarity and dynamic evolution », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68/1, p. 91-110.
- KOTZÉ LOUIS J. (2021), Neubauer et al. Versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene, *German Law Journal*, vol. 22, p. 1423-1444.
- KOTZÉ LOUIS J. (2016), *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford.
- LEPCZYK CHRISTOPHER A./ FANTLE-LEPCZYK JEAN E./DUNHAM KYLEE D./BONNAUD ELSA/LINDNER JOCELYN/DOHERTY TIM S./WOINARSKI JOHN C.Z. (2023), « A global synthesis and assessment of freeranging domestic cat diet », *Nature Communications*, vol. 14/7809, p. 1-9.
- LETSAS GEORGE (2013), « The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy », in: Follesdal/Peters/Ulfstein (édit.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, p. 106-141.
- MAGISTRO FRANCESCA (2016), *Le droit à un environnement sain revisité. Étude de droit suisse, international et comparé*, Genève.
- MAHAIM RAPHAËL (2014), *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire – Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir*, Zurich.
- MAHON PASCAL (2023), « Urgence, climat et droit (constitutionnel) », *RDS I*, p. 405-427.

- MAHON PASCAL (2014), *Droit constitutionnel, Volume II: Droits fondamentaux*, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel.
- MARQUIS JULIEN (2017), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l’homme*, Genève.
- MAY JAMES/DALY ERIN (2016), *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge.
- MAYER BENOÎT (2021), « Climate Change Mitigation as an Obligation under Human Rights Treaties? », *American Journal of International Law*, p. 409-451.
- MURCOTT MELANIE (2023), *Transformative environmental constitutionalism*, La Haye.
- MURCOTT MELANIE/TIGRE MARIA-ANTONIA/ZIMMERMANN NESA (2023), « Transnational Insights for Climate Litigation at the European Court of Human Rights: A South-North Perspective in Pursuit of Climate Justice », *VRÜ/WCL*, p. 299-320.
- NIVARD CAROLINE (2020), « Le droit à un environnement sain devant la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue juridique de l’environnement*, p. 9-23.
- OST FRANÇOIS (2021), « La personnalisation de la nature et ses alternatives, in: Le droit en transition », in: Antoine Bailleux (dir.), *Le droit en transition*, p. 413-438.
- ROBERT LOÏC (2013), *L’Environnement et la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO CÉSAR (2022), *Litigating the Climate Emergency. How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action*, Cambridge, p. 9-83.
- RUOZZI ELISA (2011), *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Naples.
- SEYDOUX MATTHIEU (2022), *Réseaux thermiques et chauffage à distance. Étude de droit public suisse – Éléments de droit européen et de droit comparé*, Genève.
- THURNHERR DANIELA (2023), « Anmerkungen der Redaktion », *DEP*, p. 517-520.
- WEHLING ELISABETH (2017), *Politisches Framing. Wie eine Nation sich ihr Denken einredet – und daraus Politik macht*, Bonn.

ZIMMERMANN NESA (2023), «La jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme: quel rôle pour la vulnérabilité?», in: Bentirou Mathlouthi/Pomade (édit.), *Vulnérabilité(s) environnementale(s): perspectives pluridisciplinaires*, Paris, p. 551-582.

ZIMMERMANN NESA (2022), *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Contours et utilité d'un concept en vogue*, Genève.

ZÜND ANDREAS (2023), «Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte», *RDS I*, p. 3-20.

Réseaux thermiques : L'exemple du monopole genevois

NICOLAS WISARD

Docteur en droit, avocat

I. Introduction

Les réseaux thermiques s'entendent, en bref, des complexes d'installations conçus pour transporter de l'énergie thermique – qu'il s'agisse de chaud ou de froid – depuis des sites de production (ou approvisionnement) jusqu'aux points d'utilisation de cette énergie par des consommateurs finaux. Cette définition générale regroupe des réalités variées qui peuvent impliquer des vecteurs énergétiques divers et reposer sur des sources d'énergie aussi bien fossiles que renouvelables.

Le « chauffage à distance » n'est pas un phénomène nouveau. Il existe depuis des décennies en Suisse. Il s'est principalement développé à partir des usines d'incinération des ordures ménagères, pour valoriser les rejets de chaleur. D'autres applications liées à des installations de production énergétique (nucléaire) ou industrielles ont également vu le jour¹. Des réseaux urbains ont été développés pour centraliser les sources de production². À l'enjeu de valorisation des rejets, les réseaux thermiques ajoutent le bénéfice des effets d'échelle. C'est pourquoi, de longue date déjà, ils ont été fréquemment liés au principe d'une desserte cohérente couvrant une aire territoriale de la manière la plus dense possible. Dès

-
- ¹ Cf. notamment les exemples cités par MATTHIEU SEYDOUX, *Réseaux thermiques et chauffage à distance, Etude de droit public suisse, Eléments de droit européen et de droit comparé*, Thèse Fribourg, Zurich 2022, n° 29 ss; VALÉRIE DEFAGO GAUDIN/ SÉVERINE BEURET, « Réseaux de chaleur et marchés publics », in: BOILLET/FAVRE/ MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 529 ss.
 - ² P.ex. en Ville de Zurich, dès les années 1970 (cf. MEINRAD HUSER, *Durchleitungsrecht für Leitungen der öffentlichen Fernwärmeversorgung in der Stadt Zürich, Avis de droit du 28 septembre 2021 à l'attention du Département der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich*, notamment p. 8, consulté le 30.10.2023 sur https://huserbaurecht.ch/files/21_09_27_gutachten_def.pdf).

lors, l'extension de tels réseaux thermiques appelle la création d'une situation d'exclusivité, soit de monopole.

Dans le contexte de la crise climatique et énergétique actuelle, les réseaux thermiques gagnent encore en intérêt puisqu'ils peuvent combiner l'exploitation d'énergies renouvelables, telles que les ressources thermiques du sous-sol et des lacs ou la biomasse, d'une part, avec la garantie d'un approvisionnement indigène et sécurisé, d'autre part.

À Genève, à teneur du plan directeur de l'énergie en vigueur³, et selon les données statistiques de 2018, l'immobilier consomme plus de 50% du total de l'énergie thermique utilisée sur le territoire du canton. 90% du chauffage et de la production d'eau chaude sanitaire des bâtiments reposent sur des énergies fossiles. Les ressources énergétiques renouvelables disponibles dans le canton (principalement eau du lac et des cours d'eau; géothermie), combinées à l'énergie dite de « récupération » (principalement des rejets de chaleur de l'usine d'élimination des déchets ménagers des Cheneviers) permettraient, d'ici 2030, une substitution massive des énergies fossiles pour le chauffage des bâtiments. Le développement des réseaux thermiques prévu par le plan directeur de l'énergie permettrait une économie de 133 000 tonnes de CO₂ d'ici 2030⁴. On voit ainsi que les réseaux thermiques peuvent représenter un levier important de la transition écologique, à tout le moins dans un territoire urbain dense comme à Genève.

Le canton de Genève a pris le parti de planifier un développement rapide et massif de ces réseaux. Pour réaliser les objectifs énoncés dans son plan directeur de l'énergie, le canton a modifié sa Constitution⁵ pour ériger en monopole public la réalisation et l'exploitation des réseaux thermiques structurants (RTS). Ce monopole a été validé en votation populaire le

3 Plan directeur de l'énergie 2020-2030, adopté par le Conseil d'État le 2 décembre 2020, consultable sur <https://www.ge.ch/document/plan-directeur-energie-2020-2030>.

4 Exposé des motifs à l'appui des PL 12 895 (Projet de loi constitutionnelle modifiant la constitution et la République et canton de Genève – Développement des réseaux thermiques structurants) et 12896 (Projet de loi modifiant la loi sur l'énergie), du 17 mars 2021, p. 5 (en tiré-à-part).

5 Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst./GE – RS/GE A 2 00).

13 février 2022⁶. La disposition constitutionnelle ainsi introduite a été doublée d'une révision de la loi cantonale sur l'énergie, qui délègue la réalisation et l'exploitation des RTS aux Services industriels de Genève (SIG)⁷. Ces deux textes ne sont pas encore en vigueur à la date où les présentes lignes sont écrites. Le Conseil d'État fixera la date d'entrée en vigueur de ce nouveau régime légal et constitutionnel lorsque les actes réglementaires, contractuels et décisionnels nécessaires à la mise en œuvre seront sous toit.

Le propos de la présente contribution n'est pas de procéder à une présentation complète et systématique des questions juridiques que soulèvent les réseaux thermiques. Cet exercice a été récemment effectué, avec brio, par Matthieu SEYDOUX, dans le cadre d'une thèse – déjà citée⁸ – agréée par l'Université de Fribourg en 2022. Il ne s'agit pas non plus de détailler l'ensemble des dispositions genevoises précitées ou en préparation, mais d'apporter plus modestement quelques points d'éclairage sur la compatibilité du régime genevois à l'ordre constitutionnel, sur les principaux points d'interrogation que les textes précités ne résolvent pas (voire suscitent) et sur quelques perspectives que le projet genevois pourrait ouvrir.

II. Cadre légal

A. Droit fédéral

À ce jour, les réseaux thermiques ne sont pas l'objet d'une législation cadre spécifique en droit fédéral. La compétence de la Confédération en matière d'énergie (art. 89 Cst.⁹), concurrente avec celle des cantons, a donné matière à des prescriptions disséminées dans diverses législations fédérales. Une mise en réseau de ces dispositions a été effectuée par SEYDOUX dans sa thèse précitée, à laquelle il est ici renvoyé. On se limitera

⁶ Loi constitutionnelle 12895 modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Développement des réseaux thermiques structurants), publiée dans la FAO le 10 septembre 2021, respectivement le 18 mars 2022.

⁷ Loi 12896 modifiant la loi sur l'énergie, adoptée le 3 septembre 2021, publiée dans la FAO le 10 septembre 2021, respectivement le 18 mars 2022.

⁸ Cf. SEYDOUX (n. 1).

⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

à noter que la loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne)¹⁰ ne contient pas de prescriptions topiques sur le développement territorial de ces réseaux, ni sur les conditions (ou obligations) de raccordement des tiers, ni encore sur les modalités et conditions d'exploitation par les détenteurs des installations. La LEne prévoit en revanche une possibilité de subventionnement (art. 50), ainsi que le principe d'un droit d'expropriation pour les installations d'intérêt public utilisant des rejets de chaleur (art. 69).

Le soutien financier aux réseaux de chauffage à distance valorisant des rejets de chaleur est davantage étayé par la loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ du 23 décembre 2011 (Loi sur le CO₂)¹¹ (art. 34, en lien avec l'art. 50 LEne).

Le droit fédéral de l'aménagement du territoire, en l'état tout comme dans les projets de révision en cours, ne s'intéresse pas aux réseaux thermiques, si ce n'est marginalement, dans le cadre des études de base soutenant les plans directeurs, quant au volet de l'approvisionnement (art. 6, al. 3, let. b^{bis}, de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT)¹²). Il en découle en particulier que l'équipement qui conditionne la constructibilité des terrains à bâtir (art. 19 et 22 LAT) ne comprend pas des infrastructures destinées à l'apport d'énergie thermique¹³.

Le seul principe posé par la LAT qui trouve une application directe à l'occasion de la réalisation des installations constituant les réseaux thermiques est celui de l'autorisation de construire (art. 22 LAT)¹⁴. C'est aux cantons de la mettre en œuvre, à défaut de procédure fédérale d'approbation des plans. À cet égard, il convient de noter que la législation fédérale des installations de transport par conduite¹⁵ n'est pas applicable, dès

¹⁰ RS 730.0

¹¹ RS 641.71.

¹² RS 700.

¹³ Cf. p.ex. ZBl 1996 456, 456 ss (TA/ZH, 28.02.1996); ETIENNE POLTIER, *Droit suisse de l'énergie*, Berne 2020, p. 32; SEYDOUX (n. 1) p. 237-238.

¹⁴ POLTIER (n. 13) p. 33; SEYDOUX (n. 1) n° 663 ss.

¹⁵ Loi fédérale sur les installations par conduite de combustibles ou carburants liquides ou gazeux du 4 octobre 1963 (LITC – RS 746.1).

lors que les fluides circulant dans les réseaux thermiques ne sont pas des combustibles.

Enfin, même si les réseaux thermiques ne peuvent pas fonctionner sans électricité (pour l'alimentation des pompes ou circulateurs, voire comme appoint énergétique direct), la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (LApEl)¹⁶ est inapplicable¹⁷. Par conséquent, le droit fédéral n'institue pas de cadre normatif déterminant spécifiquement à la fixation des tarifs de livraison de l'énergie des réseaux thermiques aux consommateurs finaux, ni d'organe de régulation supervisant l'exploitation de ces réseaux.

B. Droit genevois

Le dispositif normatif adopté par le Grand Conseil le 3 septembre 2021, et ratifié par le peuple le 13 février 2022 pour son volet constitutionnel, comporte en substance les éléments suivants :

1. *Modification de l'article 168 Cst./GE*

L'article 168 de la Constitution cantonale, figurant dans la section «Energies» du catalogue constitutionnel des tâches publiques et aujourd'hui déjà consacré aux services industriels, est complété par un nouvel alinéa 2 qui érige en monopole cantonal l'énergie thermique distribuée et fournie par les réseaux thermiques structurants, ainsi que le déploiement de ces derniers. Ce nouvel alinéa réserve les limites du droit fédéral, selon une formule usuelle et en réalité purement déclaratoire, mais qui incite à procéder aux vérifications qui seront effectuées ci-après.

L'article 168 est également complété par un nouvel alinéa 3 (reprenant, en le complétant, l'actuel al. 2) qui prévoit que ce monopole, à l'instar de ceux qui sont déjà institués en matière d'eau potable et usée et d'électricité, peut être délégué à une institution de droit public. Cette dernière se voit par ailleurs autorisée à offrir d'autres prestations de services industriels, telles que la fourniture de l'énergie thermique dans les réseaux non structurants.

¹⁶ RS 734.7.

¹⁷ Cf. arrêt de l'Obergericht du canton de Zürich LD 110078-O/U du 4 février 2015, c. 6.3.

L'exclusivité étatique du déploiement et de l'exploitation des RTS, sous réserve de délégation, n'est pas assortie dans la Constitution d'une obligation de raccordement à charge des consommateurs, ni, à tout le moins explicitement, d'une obligation de prestation à charge de l'entité délégataire.

Les travaux préparatoires relatifs à la loi constitutionnelle 12895 montrent que le canton a choisi de donner un fondement constitutionnel au monopole relatif aux RTS principalement pour éviter les discussions qu'aurait pu susciter l'introduction d'un monopole par voie légale (formelle) simple, eu égard à la tradition genevoise constituant à régler dans la Constitution cantonale les tâches principales et les monopoles relatifs aux domaines des services industriels. Il s'agissait également de garantir la cohérence des missions relevant des services industriels déléguées ensuite par la loi aux SIG¹⁸.

2. *Modification de l'article 22 de la loi genevoise sur l'énergie*

La modification de l'article 22 de la loi genevoise sur l'énergie du 18 septembre 1986 (LEn/GE)¹⁹, objet de la loi 12896 adoptée le 3 septembre 2021²⁰, concrétise le monopole relatif aux RTS et sa délégation aux SIG.

L'article 22, alinéa 1, nLEn/GE, rappelle le but des RTS: maximiser l'exploitation des énergies renouvelables et de récupération. Il déclare par ailleurs ces réseaux d'utilité publique. Davantage que pour insister sur l'intérêt public de ces réseaux, cette précision sert à justifier le recours à l'expropriation pour la réalisation des installations²¹, d'une part. D'autre part, la déclaration d'utilité publique implique que les recours dirigés contre les autorisations de construire afférentes aux RTS n'ont pas d'effet suspensif automatique²². Il s'agit ainsi d'éviter les retards

18 Cf. les explications du Prof. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY lors de son audition devant la Commission de l'énergie et des Services industriels de Genève, rapportées dans le rapport de cette commission du 16 août 2021 (PL 12895-A/PL 12896-A, p. 27 – en version tiré-à-part).

19 RS/GE L 2 30.

20 La nouvelle issue de cette révision sera ci-après désignée par l'abréviation « nLEn/GE ».

21 Cf. art. 3, al. 1, let. b, de la loi genevoise sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 10 juin 1933 (LEx/GE – RS/GE L 7 05).

22 Cf. art. 148 de la loi genevoise sur les constructions et installation diverses du 14 avril 1988 (LCI/GE – RS/GE L 5 05).

(massifs) que les recours en la matière pourraient provoquer au détriment du déploiement des réseaux, à l'image du contentieux qu'une commune riveraine du lac a déclenché à l'encontre du chantier relatif à la pose de conduites de captage alimentant le futur réseau thermique Geni-Lac²³.

L'article 22, alinéa 2, nLEn/GE, délimite l'étendue géographique du monopole public sur les RTS en posant le principe que ces réseaux relient les ressources énergétiques centralisées aux principaux quartiers, pôles d'habitations et d'activités, jusqu'au point de raccordement que constitueront les sous-stations sur lesquelles viendront se brancher soit les bâtiments directement, soit les réseaux thermiques de distribution locale. L'emprise territoriale concrète du monopole est ensuite précisée par renvoi à la cartographie que le plan directeur des énergies de réseaux (PDER) doit contenir. Le PDER est un instrument que les SIG doivent élaborer (art. 7, al. 3, LEn/GE) et que le Conseil d'État adopte dans le cadre du plan directeur de l'énergie du canton – instrument lui-même approuvé par le Grand Conseil sous forme de résolution, au titre de la conception générale en matière d'énergie²⁴.

La carte du PDER afférente au déploiement des réseaux thermiques structurants a été adoptée tout d'abord en date du 7 avril 2020 et publiée dans le plan directeur de l'énergie 2020-2030. Elle a été révisée par le Conseil d'État en date du 17 mai 2023²⁵, pour se décliner en différents documents dissociant l'état existant et les développements prévus pour les années 2030, 2040 et 2050 respectivement. Ces cartes ont été intégrées comme couches d'information du système d'information du territoire genevois (SITG)²⁶. La cartographie ainsi publiée indique également, à côté des zones cibles et « intermédiaires », quelles sont les zones contraignantes: dans ces périmètres, le raccordement aux réseaux thermiques

23 Cf. arrêt TF 1C_276/2021 du 17 mars 2022.

24 Cf. art. 10 LEn/GE et art. 12 du règlement d'application de loi genevoise sur l'énergie du 31 août 1988 (REn/GE – RS/GE L 2 30.01).

25 Cf. le communiqué du Conseil d'État du 17 mai 2023 consultable sur <https://www.ge.ch/document/communiqu-hebdomadaire-du-conseil-etat-du-17-mai-2023>. Les cartes révisées, consultées le 30.10.2023 sur <https://www.ge.ch/document/22488/annexe/21>.

26 Cf. www.sitg.ch: Cartes interactives > Thèmes > Environnement, énergie, géologie > Energie > Réseaux thermiques > Zones d'influence des RTS.

pourra être rendu obligatoire, aux conditions qui seront approfondies plus bas²⁷.

Les alinéas 3 et 4 de l'article 22 nLEn/GE procèdent à la délégation du monopole cantonal aux SIG. Ils établissent en quelque sorte une concession légale en faveur de l'établissement public, assortie d'un véritable mandat de service public puisque les SIG sont tenus de raccorder aux RTS tous les ouvrages et réseaux de tiers qui se trouvent dans la zone de desserte des réseaux structurants (art. 22, al. 4, let. a, qui réserve toutefois le principe de proportionnalité). La fourniture et la distribution d'énergie thermique doivent être facturées à des tarifs économiquement supportables (art. 22, al. 4, let. b), fixés par le Conseil d'État selon des paramètres qui seront examinés plus en détail ci-dessous²⁸ et après consultation d'une commission spécifique (art. 22, al. 8). Enfin, les SIG sont tenus de reprendre et rétribuer l'énergie thermique indigène renouvelable et de récupération produite par des tiers qui se prête à être injectée dans les RTS, à des tarifs arrêtés selon la même procédure (art. 22, al. 4, let. c).

L'alinéa 6 de l'article 22 nLEn/GE régit les conséquences du développement des RTS pour les consommateurs d'énergie situés dans leurs périmètres. Il prévoit que le raccordement à un tel réseau peut être imposé par l'autorité compétente, en ces termes :

6 Le raccordement à un réseau thermique structurant peut être imposé par l'autorité compétente, notamment dans le cadre d'une demande d'autorisation de construire ou d'un changement d'installation de production thermique si les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- a) le raccordement au réseau thermique structurant permet une utilisation plus rationnelle de l'énergie que les autres sources d'énergie envisageables ;*
- b) le raccordement au réseau thermique structurant satisfait pour l'utilisateur au principe de la proportionnalité.*

Cet alinéa, dont la teneur des lettres a et b reprend quasiment *verbatim* celles de l'actuel article 22, alinéa 2, LEn/GE, constitue donc une forme

²⁷ *Infra* V.

²⁸ *Infra* IV.

d'extension du monopole constitutionnel: non seulement la construction et l'exploitation des RTS est une tâche réservée à l'État (respectivement aux SIG), mais en plus, l'existence de ces réseaux a pour conséquence d'exclure par principe d'autres fournisseurs d'énergie thermique dans le périmètre de déploiement. On reviendra plus bas sur la qualification juridique de cette incidence et son admissibilité constitutionnelle²⁹.

Pour le surplus, les autres alinéas du nouvel article 22 nLEn/GE, instituent et régissent la Commission consultative sur les RTS (al. 8 à 10), prévoient un suivi du dispositif sous forme de rapport quinquennaux (al. 7), et surtout délèguent au Conseil d'État la fixation des autres conditions, charges et exceptions du déploiement et de l'exploitation des RTS tout comme de la fourniture de l'énergie thermique ainsi distribuée (al. 5).

À ce jour, la réglementation d'application de l'article 22 nLEn/GE, n'est pas encore adoptée. L'adoption de dispositions plus précises sera toutefois indispensable à la mise en œuvre du dispositif, par exemple pour définir plus concrètement l'étendue du périmètre de raccordement obligatoire (à savoir des « zones contraignantes » de la cartographie du PDER), ou les conditions techniques qui présideront aux modalités de raccordement des réseaux de distribution localisée, ou des immeubles eux-mêmes, sur les sous-stations terminant les RTS dans les quartiers.

Une partie de ces questions pourra être régie par les dispositions réglementaires que les SIG devront adopter à leur tour pour encadrer les conditions et modalités de création et de gestion des rapports d'usage avec les tiers qui se raccorderont aux RTS. En effet, il n'y a pas de doute que ces rapports d'usage relèveront du droit public, puisqu'ils se rapporteront à des prestations que les SIG dispenseront en exécution du monopole délégué, soit d'une tâche de service public³⁰. Logiquement, ce do-

²⁹ *Infra* III, A et B.

³⁰ Cf. POLTIER (n. 13) n° 91 ss; SEYDOUX (n. 1) n° 801 ss. Cf. *a contrario* SJ 2020 I 73 (TE, 5.6.2019) concernant la nature juridique des relations par les SIG avec leurs clients dans le domaine de la fibre optique – prestations que SIG fournit dans un cadre concurrentiel – et en miroir l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2019.00617 du 19 septembre 2020, concluant dans le même domaine à l'existence d'une relation de droit public dès lors que l'opérateur zurichois concerné fournit ses prestations en vertu d'une mission légale.

maine devra donc donner lieu à une réglementation similaire à celle que les SIG ont adoptée et pratiquent pour la fourniture des divers fluides qui relèvent d'ores et déjà de leurs autres monopoles³¹.

Enfin, le dernier acte de caractère réglementaire nécessaire à la mise en application du régime institué par l'article 22 nLEn/GE, est l'adoption des tarifs, que le Conseil d'État doit approuver (art. 22, al. 4, let. b et c), après consultation de la Commission consultative précitée.

III. Questions de monopoles

Le régime genevois décrit ci-dessus se caractérise par un double monopole.

A. Monopoles de droit direct et indirect

Le monopole inscrit dans la Constitution, qui réserve à l'État les activités afférentes aux RTS, constitue un monopole de droit direct puisqu'il exclut que cette activité puisse être exercée en concurrence par n'importe quel autre acteur. S'agissant des réseaux thermiques à Genève, ce monopole de droit direct vient consolider juridiquement le monopole de fait dont dispose, du moins dans une certaine mesure, l'exploitant – SIG déjà – des tronçons actuels du réseau de distribution thermique, en développement, et qui repose sur l'utilisation du domaine public (en sous-sol)³². En termes de droits fondamentaux, l'institution d'un monopole de droit direct affecte évidemment la liberté économique, tant dans sa fonc-

³¹ Cf. les règlements des SIG relatifs à la fourniture de l'eau, du gaz, ou de l'énergie électrique, publiés au chapitre 390 des prescriptions autonomes dans la « Solution Internet pour la Législation » genevoise (www.silgeneve.ch).

³² Cf. ATF 145 II 303, c. 6.1.1: « On appelle monopole de fait la situation où l'État, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause. » Pour le réseau CADIOM, destiné à valoriser les rejets de chaleur de l'usine des Cheneviers, l'exploitant (société intéressant également les SIG) est au bénéfice d'une loi de concession spécifique (loi genevoise 8094 octroyant une concession relative à un réseau de distribution de chaleur à partir de l'usine des Cheneviers du 23 décembre 1999; ROLG 1999 p. 852 ss).

tion institutionnelle (art. 94 Cst.) que dans sa portée de garantie individuelle (art. 27 Cst.)³³.

De plus, le régime introduit par le nouvel article 22 nLEn/GE, comprend ce qu'on appelle un monopole de droit indirect³⁴, de par l'obligation de raccordement faite aux consommateurs riverains des RTS. Cette obligation impacte en première ligne les consommateurs; elle affecte les propriétaires des bâtiments intéressés, dans la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)³⁵. Indirectement, l'obligation de raccordement a également comme effet d'exclure de la concurrence d'autres fournisseurs d'énergie thermique. A leur égard, elle s'appréhende dès lors aussi sous l'angle des deux composantes de la liberté économique évoquées plus haut³⁶.

On notera ici que le phénomène du monopole de droit indirect ne constitue pas une nouveauté dans le système genevois. Il est largement inhérent aux réseaux de distribution thermique puisqu'il constitue une condition de succès économique de ces installations, respectivement une garantie de l'efficacité énergétique portée par ces réseaux. Ainsi, ce système du monopole de droit indirect est préconisé par le Modèle de prescriptions énergétiques des cantons édicté en 2014 (et mis à jour en 2018) par la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (MoPEC 2014; art. 10.4, al. 7). Il est concrétisé fréquemment dans le cadre de plans d'affectation ou d'instruments similaires, dans divers cantons et com-

33 Cf. p.ex. JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, n° 1389 ss.

34 DUBEY/ZUFFEREY (n. 33) n° 1387; SEYDOUX (n. 1) n° 760.

35 Dans la jurisprudence actuelle, l'obligation de raccordement à charge des propriétaires a essentiellement été discutée sous l'angle de la garantie de la propriété, plutôt que sous l'angle de leur liberté économique. Certains arrêts portaient sur le principe que cette dernière liberté ne s'étendrait pas au choix du type de fourniture énergétique (cf. ATF 98 Ia 584; ATF 102 Ia 104). L'arrêt se trouvant dans ZBl 1995 274 (TF, 12.9.1994) a davantage porté l'accent sur la primauté des dispositions constitutionnelles relatives à la politique énergétique, sans nier toute pertinence à la liberté économique (cf. l'analyse de SEYDOUX [n. 1] n° 917 ss). Cela étant, la question du champ de protection de la liberté économique quant au choix du fournisseur énergétique par les propriétaires reste à notre avis peu claire – en sus d'être controversée, en particulier dans la doctrine alémanique. En référence à ces débats, le Tribunal administratif de Soleure, dans son arrêt VWBES.2016.162 du 15 mars 2017, c. 8, a tranché que les propriétaires ne peuvent « *gar nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen [...], da sie in keinem Schutzgut betroffen sind* » pour contester une obligation de raccordement.

36 SEYDOUX (n. 1) n° 762.

munes. À Genève, le droit actuel prévoit déjà, par l'intégration des concepts énergétiques territoriaux (CET; art. 6, al. 12, LEn/GE) dans les plans localisés de quartiers (art. 3, al. 1, let. f, de la loi genevoise générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD/GE)³⁷), une potentielle obligation de raccordement, au titre de l'article 22 LEn/GE actuel, créant un monopole de droit indirect.

Les deux types de monopole – de droit direct et indirect – s'apprécient constitutionnellement de manière assez semblable, du moins à partir du moment où on admet que le monopole direct ne constitue pas une dérogation à la liberté économique.

B. Constitutionnalité

L'admissibilité des monopoles de droit direct s'apprécie constitutionnellement en fonction du but de ce monopole. Les monopoles de planification économique, tout comme les régales, constituent des mesures dérogatoires au principe de la liberté économique. Ils nécessitent dès lors une habilitation expresse dans la Constitution fédérale, ainsi que le requiert l'article, 94, alinéa 4, Cst.³⁸ En revanche, les monopoles institués dans un but de police, de politique sociale ou de protection de l'environnement ne sont pas, par essence, dérogatoires à la garantie de la liberté économique; ils doivent être appréhendés comme des restrictions à la liberté économique, par le prisme de l'art. 36 Cst. Une base légale formelle suffit dès lors; il n'est pas nécessaire que la Constitution elle-même les autorise³⁹.

En l'espèce, le monopole (direct) des RTS tend, comme ces derniers, à maximiser l'exploitation des énergies renouvelables et de récupération

³⁷ RS/GE L 1 30. Disposition figurant également à l'art. 3, al. 1, let. f, de la loi genevoise sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités du 9 mars 1929 (LExt/GE – RS/GE L 1 40).

³⁸ Cf. p.ex. GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich 2017, n° 13 ss.

³⁹ Cf. notamment les ATF 124 I 11, c. 3; 132 I 282, c. 3; 143 I 388, c. 2. Les monopoles institués dans un pur but fiscal ne répondent pas à un intérêt public pertinent et suffisant (ATF 128 I 3). Pour la doctrine, cf. p.ex. GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol II: « Les droits fondamentaux », 4^e éd., Berne 2021, p. 536; BIAGGINI (n. 38) n° 16 ad Art. 94.

(art. 22, al. 1, nLEn/GE). Ce monopole n'a donc pas de visée de planification économique, ni protectionniste. On peut dès lors admettre qu'il s'agit d'une mesure non dérogoire au principe de la liberté économique et se concentrer sur les conditions de l'article 36 Cst.

À cet égard, on observe tout d'abord que l'exigence de la base légale (art. 36, al. 1, Cst.) est respectée compte tenu du rang formel de l'article 22 nLEn/GE, de l'appui que lui fournit la révision de l'article 168 Cst./GE et de la densité normative des textes adoptés. Même si, sur certains points, la formulation retenue peut soulever des interrogations, sur lesquelles on reviendra plus bas, le principe d'un monopole direct et indirect est posé avec toute la clarté requise.

Quant à l'intérêt public poursuivi, il a été reconnu pertinent et suffisant par le Tribunal fédéral dans son arrêt concernant le thermoréseau de Monthey⁴⁰. Pour le Tribunal fédéral, l'intérêt public à privilégier le recours à une énergie indigène, renouvelable, compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement est prépondérant sur les intérêts privés, dans la perspective promue par l'article 89 Cst. et l'article 1 LEne. Cet arrêt du Tribunal fédéral a été rendu suite à la contestation d'un monopole de droit indirect soulevé par un distributeur d'énergie concurrent de l'exploitant du réseau thermique en question. La pesée des intérêts, en proportionnalité, a confirmé la validité de tels monopoles quant à leurs incidences sur les énergéticiens concurrents⁴¹. Implicitement, cette jurisprudence signifie également que la composante du monopole de droit direct est justifiée: l'intérêt public poursuivi est le même, et de résonance identique pour ce qui a trait à l'impact de la mesure sur les propriétaires des immeubles à raccorder.

Qui plus est, les enjeux de protection du climat et de l'environnement revêtent aujourd'hui indéniablement un poids accru. Avant même l'adoption en votation populaire, le 18 juin 2023, de la loi fédérale sur le climat et l'innovation⁴², le Tribunal fédéral a explicitement reconnu

⁴⁰ Arrêt TF 1C_441/2011 du 9 mars 2012, c. 6.2.

⁴¹ Cf. aussi l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Soleure VWBE.216.162 du 15 mars 2017, c. 6.

⁴² Loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique du 30 septembre 2022 (LCI; FF 2022 2403).

que les mesures tendant à la réduction du CO₂ poursuivent un intérêt public important, dans la perspective de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015⁴³ et du principe du développement durable (art. 73 Cst.)⁴⁴. Ces intérêts renforcent l'admissibilité du monopole direct ici discuté.

Quant à son incidence sur les consommateurs d'énergies situés dans le périmètre des RTS, cet arrêt signifie également, à notre sens, que le monopole de droit indirect repose sur la poursuite d'un intérêt public pertinent – *a fortiori* si, comme dans le cas genevois, les réseaux thermiques ont pour vocation de distribuer de l'énergie essentiellement (voire, à terme, quasi intégralement) renouvelable. Aux enjeux visés par l'article 89 Cst., évoqués par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Monthey*, s'ajoute alors évidemment l'intérêt climatique de ce type de réseau⁴⁵.

La conclusion de l'examen de proportionnalité du monopole indirect pour les consommateurs ne peut cependant pas être posée dans l'abstrait. Elle requiert encore de tenir compte des diverses incidences concrètes de l'obligation de raccordement et, notamment, du régime tarifaire comme des coûts à engager par les propriétaires immobiliers pour adapter leurs installations. On y reviendra plus bas⁴⁶.

On peut donc retenir, sous la réserve de la discussion détaillée des aspects concernant la proportionnalité de l'obligation de raccordement pour les propriétaires riverains, que le double monopole instauré par le droit genevois est valable.

C. Robustesse face à la législation sur la concurrence

La constitutionnalité des monopoles garantit-elle automatiquement que l'exploitant (concessionnaire; ici les SIG) soit soustrait aux contestations d'autres opérateurs intéressés à faire distribuer de l'énergie thermique par les RTS publics, en invoquant le droit de la concurrence – soit

⁴³ Accord sur le climat – RS 0.814.012.

⁴⁴ ATF 148 II 36, c. 13.2; ATF 149 I 182, c. 3.3.1; Arrêt TF 1C_391/2022 du 3 mai 2023, c. 5.7 (destiné à publication).

⁴⁵ Cf. SEYDOUX (n. 1) n° 924.

⁴⁶ *Infra* IV et V.

singulièrement la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart)⁴⁷?

Un *remake* de l'ouverture des réseaux d'électricité intervenue en vertu de la LCart par intervention de la Commission fédérale de la concurrence, dans l'affaire *Migros et Watt Swiss AG* contre *EEF*⁴⁸, nous apparaît exclu en raison de la réserve des prescriptions établissant un régime de marché de caractère étatique et/ou chargeant certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux, figurant aux lettres a et b, de l'article 3, alinéa 1, LCart. Le Tribunal fédéral a en effet validé le monopole (indirect) du réseau thermique de *Monthey* en considérant que les prescriptions municipales en question instituaient précisément un tel régime spécial de droit public⁴⁹. Les doutes que certains auteurs ont pu exprimer à cet égard⁵⁰ ne nous apparaissent pas de mise pour ce qui concerne le canton de Genève. En effet, pour le Tribunal fédéral, le souci du législateur (voire du constituant) cantonal d'instituer un régime de droit public véritablement exclusif de la concurrence est déterminant et suffisant. On l'a vu dans la validation de l'initiative «Energie-eau, notre affaire!» qui voulait attribuer aux SIG le monopole de la distribution d'électricité, juste avant la LAPeI⁵¹, dans un arrêt qui a précisément refusé de transposer la solution de la libération du marché de l'électricité selon la LCart en rappelant que les réserves énoncées à l'article 3, alinéa 1, LCart, doivent être analysées dans chaque cas⁵².

Pour ce qui est des réseaux thermiques structurants, l'intention du peuple et du législateur genevois est parfaitement claire: l'option d'un monopole a été plébiscitée en pleine connaissance de ses incidences sur la concurrence d'éventuels fournisseurs tiers, pour ne pas contrecarrer le déploiement rapide des réseaux, vu leur utilité pour la conversion énergétique. Toutefois, le législateur genevois a veillé à ce que le monopole

47 RS 251.

48 ATF 129 II 497.

49 Arrêt TF 1C_441/2011 du 9 mars 2012, c. 7.2.

50 Cf. SEYDOUX (n. 1) n° 771 ss.

51 Monopole effectivement introduit dans la Constitution genevoise (aujourd'hui: art. 168, al. 1 et 2, Cst./GE), mais évidemment réduit par la LAPeI pour la part du marché libéralisé par cette dernière.

52 ATF 132 I 282, c. 3.7.

concéder aux SIG n'exclue pas toute possibilité pour les autres fournisseurs d'énergies de contribuer à l'alimentation en énergies renouvelables par les RTS, en stipulant à l'article 22, alinéa 4, lettre c, nLEn/GE, l'obligation de reprise de l'énergie injectable déjà évoquée.

Le régime genevois paraît ainsi clairement dessiné comme délibérément exclusif d'un droit d'accès non régulé au réseau. À notre sens, il ne saurait donc être remis en cause par le droit de la concurrence.

IV. Tarification de la fourniture d'énergie par les RTS

L'article 22, alinéa 4, lettre a, nLEn/GE, prescrit aux SIG de facturer la fourniture et la distribution d'énergie thermique à des tarifs économiquement supportables, pour les utilisateurs de la prestation thermique et pour eux-mêmes. En explicitation de ces principes, l'alinéa indique que les tarifs doivent couvrir les coûts des investissements et de renouvellement, des capitaux, d'entretien et d'exploitation des réseaux, ainsi que les coûts d'énergies, « *en tenant compte des impacts environnementaux* ».

Sans entrer ici dans le détail des différentes composantes de base de la tarification, ni reprendre le processus qui doit être suivi pour fixer les tarifs, on peut observer que l'approche prescrite, fondamentalement, est basée sur la couverture des coûts. La loi ne fait pas mention de la réalisation d'un bénéfice par l'exploitant. La convention d'objectifs liant les SIG à l'État de Genève, pour la période 2020 à 2024, reconnaît que les tarifs des prestations en monopole doivent être calculés selon un modèle « *cost plus* », garantissant une couverture totale des coûts d'exploitation ainsi qu'une rémunération des capitaux investis (WACC)⁵³. Par principe, l'approche dite « *cost plus* » comprend la réalisation d'une marge par un taux de rendement « *équitable* » sur les investissements⁵⁴. L'application

⁵³ Convention d'objectifs période 2020-2024 entre la République et canton de Genève et les Services industriels de Genève, approuvée par le Conseil d'État le 28 avril 2021, art. 9 et 28, al. 3, consulté le 30 octobre 2023 sur <https://www.ge.ch/document/24629/telecharger>.

⁵⁴ Cf. ELIOTT ROMANO/PIERRE HOCHMULLER/JÉRÔME FÄSSLER, *Éléments de réflexions pour la conception d'une gouvernance et surveillance des réseaux de chaleur à distance à Genève, rapport sur mandat de l'Office cantonal de l'énergie*, Genève 2020, p. 27-28, consulté le 30.10.2023 sur <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:136516>.

de ce modèle aux RTS nécessitera cas échéant d'être confirmée dans la prochaine convention d'objectifs, puisque la convention actuelle n'appréhende que marginalement le développement des réseaux structurants et ne tenait pas compte du cadre légal adopté dans l'intervalle.

La prise en compte des « coûts environnementaux », expressément stipulée par la fin de l'article 22, alinéa 4, lettre a, nLEn/GE, est libellée de manière peu adéquate eu égard aux objectifs que le législateur paraissait vouloir poursuivre par cette mention. En effet, à lire les travaux préparatoires, on ne trouve aucune référence à l'idée que la réalisation et l'exploitation des RTS induiraient des impacts préjudiciables à l'environnement qu'il s'agirait par hypothèse de compenser par des mesures dont les coûts devraient être couverts par les tarifs. Ce sont bien plutôt les impacts environnementaux positifs découlant de la réalisation des RTS qui ont été visés, eu égard à leurs effets sur la mutation énergétique⁵⁵. Concrètement, cette indication du texte légal vise donc à légitimer une tarification qui mutualise, entre tous les consommateurs raccordés, les coûts de développement du réseau, sans délimiter trop strictement l'imputation de ces coûts en fonction d'un rapport d'utilité direct lié par exemple à la longueur des tronçons effectivement sollicités pour la fourniture d'énergie jusqu'à chaque immeuble.

L'insistance du texte légal sur une tarification fondée sur les coûts peut évidemment entrer en conflit avec le second objectif énoncé par l'article 22, alinéa 4, lettre a, nLEn/GE, à savoir de fournir les prestations à des tarifs économiquement supportables pour les utilisateurs. À cet égard, la nouvelle ne fournit pas d'indication plus précise sur la protection tarifaire souhaitée.

Les consommateurs ne pourront pas compter sur la protection d'une instance fédérale spécifiquement dédiée, puisque, comme on l'a vu plus haut, le droit fédéral n'institue pas un système de régulation des tarifs, à la différence par exemple du domaine de l'électricité.

En revanche, la loi fédérale concernant la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (LSPr)⁵⁶ s'appliquera aux tarifs des SIG, par son chapitre

⁵⁵ Cf. PL 12895/6-A, p. 39: « *le raccordement sur le réseau va permettre de retirer du fossile à des endroits où, sans réseau, cela n'aurait pas été possible. C'est cet impact environnemental que le réseau va pouvoir apporter.* »

⁵⁶ RS 942.20.

dédié aux prix dits « administrés » (art. 14). L’approbation des tarifs par le Conseil d’État devra donc avoir été précédée d’une consultation du Surveillant fédéral des prix, sous peine d’annulation sur recours des intéressés⁵⁷. À ce jour, le Surveillant fédéral des prix n’a pas encore édicté de recommandation-type pour les tarifs de raccordement ou de fourniture d’énergie des réseaux thermiques. Il lui est arrivé néanmoins de formuler des recommandations ponctuelles⁵⁸. En 2023, le Surveillant des prix a procédé à une analyse du domaine et publié le 6 juillet 2023 un rapport d’observation du marché des tarifs de chauffage à distance en Suisse⁵⁹. En bref, il a constaté que les réseaux thermiques en Suisse présentent des tarifs largement diversifiés, s’étendant dans une gamme de CHF 0,05 à CHF 0,20/kWh, et que les prix ne sont pas corrélés à la taille ou longueur du réseau. Le Surveillant des prix annonce pour le surplus travailler à l’édiction d’une méthodologie en vue de formuler des recommandations tarifaires, vu l’importance de ce secteur en développement.

Pour le surplus, les consommateurs d’énergies qui se raccorderont aux RTS genevois pourront obtenir la protection des juges en invoquant les principes constitutionnels encadrant les taxes causales. En effet, les prix que les SIG factureront en contrepartie du raccordement aux RTS, respectivement à la fourniture d’énergies par ces réseaux, constituent la contrepartie pécuniaire d’une prestation fournie selon une relation juridique de droit public, comme on l’a vu plus haut, puisque la tâche assumée par les SIG en ce domaine est une tâche publique « concessionnée »⁶⁰.

⁵⁷ ADRIAN KÜNZLER/RICHARD LÖTSCHER, « Nr. 4 PüG/Art. 14 N 1 », in: OESCH/WEBER/ZÄCH (édit.), *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, VKU, SVKG, *VertBek*, *PüG*, *BöB*, *UWG*, *BGBM*, *THG*, 2^e éd., Zurich 2021 ; en faveur de la nullité absolue des décisions d’application de tarifs non valablement soumis au Surveillant des prix : JACQUES BONVIN/OLIVIER SCHALLER, « N 12-13 ad Art. 14 LSPr », in: MARTENET/BOVEY/TERCIER (édit.), *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013, p. 1769.

⁵⁸ Cf. p.ex. Newsletter SPr Nr 1/17, p. 6, consultée le 30.10.2023 sur https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/preisueberwacher/newsletter/Newsletter%2001_17.pdf.download.pdf/Newsletter_01_17_f.pdf.

⁵⁹ Observation du marché des tarifs de chauffage à distance en Suisse, Rapport du Surveillant des prix, consulté le 30.10.2023 sur https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/marktbeobachtung_fernwaermetarife_schweiz.pdf.download.pdf/PUE_Rapport_Chauffage%20a%20distance.pdf.

⁶⁰ *Supra* II, B, 2.

La contrepartie due par un particulier (personne physique ou morale) en échange de la fourniture d'une prestation par un acteur public est qualifiée de « charge de préférence »⁶¹, ou d'émolument d'utilisation lorsqu'il s'agit de l'usage direct d'une infrastructure spécifique⁶². Le prix payé par le consommateur raccordé à un réseau thermique monopolistique répond à cette qualification⁶³. Comme taxe causale, cette contribution est assujettie aux principes constitutionnels de la couverture des coûts et de l'équivalence⁶⁴. En substance, ces deux déclinaisons du principe de proportionnalité interdisent à l'acteur public de réaliser un véritable bénéfice, autre que « minime »⁶⁵. Ces principes laissent toutefois une large marge de manœuvre à la collectivité publique dans la configuration du mécanisme de financement qui donne lieu à la perception de la contribution publique en question, pourvu que le principe de l'égalité de traitement y trouve son compte⁶⁶.

Le montant de la taxe, justifiable sous l'angle du principe de la couverture des coûts, dépend essentiellement du périmètre matériel, spatial et temporel des coûts réputés pertinents. À ces égards, les modèles techniques et économiques reconnus⁶⁷ fournissent les critères déterminants. Un examen judiciaire des paramètres retenus reste théoriquement possible, mais constitue un exercice délicat.

Quant au principe constitutionnel de l'équivalence, il exige que le montant de la taxe, même s'il est intégralement justifié par les coûts pertinents démontrés par la collectivité publique, doit rester dans un rapport raisonnable avec l'avantage économique que le particulier tire de la pres-

61 « *Vorzugslast* » ; cf. p.ex. ADRIAN HUNGERBÜHLER, « Grundsätze des Kausalabgabenrechts. Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin », *ZBl* 2003 505, 510 ; arrêt TF 2C_483/2015 du 22 mars 2016, c. 4.2.

62 Cf. p.ex. arrêt TF 2C_483/2015 du 22 mars 2016, c. 4.1.1 ; HUNGERBÜHLER (n. 61) p. 509.

63 SEYDOUX (n. 1) n° 820.

64 P.ex. ATF 135 I 130, c. 2 ; 143 I 227, c. 4.2.2. SEYDOUX (n. 1) n° 822-823.

65 Cf. p.ex. ATF 126 I 180, c. 3.a.aa ; ATF 135 I 130, c. 2 ; ATF 139 III 334, c. 3.2.3.

66 Cf. p.ex. HUNGERBÜHLER (n. 61) p. 527.

67 Cf. notamment THOMAS NUSSBAUMER *et al.*, *Guide de planification Chauffage à distance*, Berne 2018, consulté le 30.10.2023 sur https://www.verenum.ch/Dokument/GdP-CAD_V1.0.pdf ; ou les références citées par THOMAS NUSSBAUMER *et al.*, *Fiche d'information Réseaux thermiques*, Berne 2021, consultée le 30.10.2023 sur <https://pubdb.bfe.admin.ch/fr/publication/download/10400>.

tation publique⁶⁸. L'appréciation que le juge peut être amené à poser à cet égard est en réalité d'ordre beaucoup plus « qualitative », soit, *in fine*, politique. En l'occurrence, s'agissant du régime des RTS à Genève, ce sera vraisemblablement plutôt dans l'examen de l'exigibilité de l'obligation de raccordement que le caractère raisonnable du tarif sera le plus fréquemment discuté.

Il convient dès lors maintenant de se pencher sur les paramètres de cette obligation de raccordement.

V. Obligation de raccordement

À teneur de l'article 22, alinéa 6, nLEn/GE, le raccordement à un RTS peut être imposé par l'autorité, « notamment dans le cadre d'une demande d'autorisation de construire ou d'un changement d'installation de production thermique », si sont remplies les conditions cumulatives suivantes: le raccordement au réseau (let. a) permet une utilisation plus rationnelle de l'énergie que les autres sources d'énergie envisageables et (let. b) satisfait pour l'utilisateur au principe de la proportionnalité.

Cet alinéa reprend la teneur de l'actuel article 22, alinéa 2, LEn/GE, en se limitant à cibler l'obligation de raccordement sur les réseaux thermiques structurants – plutôt que de viser les réseaux énergétiques de manière générale. La disparition de la référence à ces réseaux, de manière générale, paraît fortuite. Rien n'indique dans les travaux préparatoires que l'accent que la nouvelle a placé sur les RTS ait été accompagné d'un abandon délibéré de la possibilité de contraindre le raccordement à un réseau thermique local, alors que la progression des RTS – sur des décennies, comme on l'a vu – n'entraînera pas la disparition des boucles locales autonomes. Le nouveau texte légal ne laisse toutefois guère la place à un maintien de l'obligation de raccordement aux réseaux locaux, sauf à ce que ces derniers soient qualifiés de structurants – et tombent du même coup sous le monopole confié aux SIG.

En tenant compte de l'ensemble du dispositif institué par l'article 22 nLEn/GE, les conditions de l'obligation de raccordement aux RTS sont en réalité au nombre de quatre. Elles appellent en particulier les commentaires suivants :

⁶⁸ ATF 143 I 220, c. 5.2.2; HUNGERBÜHLER (n. 61) p. 522-523.

A. Immeuble situé dans le périmètre des RTS

Le terrain qu'il s'agit de fournir en énergie thermique doit se situer dans un périmètre de déploiement d'un RTS (« zone d'alimentation » au sens de l'art. 22, al. 4, let. a), selon la cartographie du PDER⁶⁹. Comme on l'a vu, le critère géographique devra certainement être concrétisé par des précisions réglementaires (cf. art. 22, al. 5) pour déterminer plus précisément (et équitablement) le périmètre de raccordement au fur et à mesure de la réalisation des réseaux.

L'état futur d'un réseau en cours de déploiement pourra être déterminant dès lors que l'article 14, alinéa 2, LEn/GE, permet d'anticiper l'intégration future d'installations techniques contribuant à une plus grande efficacité énergétique ou recourant aux énergies renouvelables. Des mesures transitoires devront alors être déterminées jusqu'au raccordement proprement dit au RTS.

B. Immeuble faisant l'objet de travaux

Toujours selon l'article 22, alinéa 4, lettre a, nLEn/GE, le bâtiment sujet à raccordement au RTS doit faire « notamment » l'objet d'une autorisation de construire ou d'un changement d'installation de production thermique. L'adverbe « notamment » paraît indiquer que ce type d'intervention sur le bâtiment n'est mentionné qu'à titre exemplatif, ce que corrobore l'exposé des motifs en expliquant que le raccordement peut être imposé « principalement » lorsqu'une autorisation est délivrée pour la construction d'un bâtiment neuf ou pour la rénovation d'un ouvrage existant, tout comme lorsqu'un changement d'installation de production thermique doit être autorisé⁷⁰. Peut-on en déduire que n'importe quels travaux requérant une autorisation de construire, même en procédure accélérée⁷¹, peut fonder l'obligation de raccordement à un RTS? Voire que cette obligation pourrait être imposée indépendamment même de toute intervention constructive (ou touchant aux installations thermiques, et tombant alors sous le coup d'une autorisation spéciale régie par la LEn/GE) sur l'immeuble prévue par le propriétaire?

⁶⁹ *Supra* II, B, 2.

⁷⁰ Cf. PL 12895/12896, p. 19.

⁷¹ Au sens de l'art. 3, al. 7, LCI/GE.

En l'état actuel, l'article 22, alinéa 1, LEn/GE, prend soin de circonscrire l'(éventuelle) obligation de raccordement aux nouveaux bâtiments et, pour les bâtiments existants, lorsqu'ils font l'objet de transformations importantes ou que les installations thermiques sont renouvelées ou modifiées.

Les travaux préparatoires ne fournissent aucune information sur la disparition de cette dernière précision dans le texte légal révisé. En réalité, focalisé sur le développement des RTS, le législateur paraît avoir perdu de vue l'intérêt d'une délimitation légale des « facteurs déclencheurs » de l'obligation de raccordement pour les bâtiments existants. Rien ne laisse entendre qu'il ait entendu étendre ces facteurs au-delà des situations qui sont aujourd'hui pertinentes pour un raccordement à un réseau thermique « local » selon l'article 22 LEn/GE.

En retenant ainsi que l'article 22, alinéa 6, nLEn/GE, ne peut fonder une obligation de raccordement que dans les situations aujourd'hui visées par l'article 22, alinéa 1, LEn/GE, on aboutit à une solution qui correspond à celle qui prévaut – avec certaines nuances – dans la plupart des cantons et que la jurisprudence a eu l'occasion de valider⁷², et qui découle du principe constitutionnel de la proportionnalité.

La limitation de l'exigibilité de l'obligation de raccordement aux RTS en cas d'intervention constructive significative (à tout le moins sous l'angle énergétique) entreprise de manière autonome par le propriétaire sur le bâtiment rogne évidemment sérieusement les ambitions de la transition énergétique liées au déploiement des RTS. Elle paraît toutefois inhérente à la protection constitutionnelle de la propriété. En effet, selon les arrêts les plus récents du Tribunal fédéral, l'obligation d'adapter les installations thermiques des bâtiments, dans une perspective environnementale et climatique, constitue une restriction proportionnée à la propriété si elle coïncide avec l'échéance de vie économique et technique de ces ins-

⁷² Cf. p.ex. pour Berne, arrêt du Tribunal administratif 100.2015.19U du 7 janvier 2016, c. 3.7, in: BVR/JAB 2016/5 p. 222 ss: raccordement exigible seulement en cas de nouvelle construction ou de modification du bâtiment ayant une incidence sensible sur les besoins énergétiques; pour Soleure, arrêt du Tribunal administratif VWBES.2016.162 du 15 mars 2017, c. 7.3.3: seulement en cas de remplacement complet du système de chauffage.

tallations. Une anticipation de la mutation énergétique nécessite des mesures d'accompagnement étatiques telles que des subventions⁷³.

À Genève, le législateur n'a pas manifesté de manière reconnaissable une volonté de contraindre le raccordement aux RTS indépendamment de toute intervention constructive autonome du propriétaire ou de toute nécessité technique de remplacement des installations thermiques des bâtiments. Eu égard à la densité normative exigée pour restreindre un droit fondamental tel que la garantie de la propriété, il n'est pas possible de retenir que le « notamment » de l'article 22, alinéa 6, nLEn/GE, laisserait aux autorités genevoises une marge de manœuvre pour forcer la conversion énergétique de tous les bâtiments situés dans une aire de desserte d'un RTS, indépendamment de tous autres travaux (ou de modifications des installations thermiques, résultant cas échéant d'un assainissement énergétique) sur ces bâtiments.

C. Utilisation plus rationnelle de l'énergie

Le raccordement aux RTS doit permettre une utilisation plus rationnelle de l'énergie: cette condition reprend le principe d'efficacité ancré à l'article 6, alinéa 5, LEn/GE. Elle permet au propriétaire d'un bâtiment d'échapper à l'obligation de raccordement si une comparaison des solutions énergétiques locales – nécessairement basées sur des énergies renouvelables, vu l'interdiction de principe des énergies fossiles (art. 21 LEn/GE et art. 13m REn/GE) – avec le raccordement au RTS démontre que ce dernier n'offre pas la même efficacité. On pense par exemple à l'alternative que peut constituer un système de pompe à chaleur, éventuellement couplé avec des panneaux solaires sur l'immeuble concerné. La comparaison d'une telle installation avec la performance d'un système desservi par un RTS s'effectue en termes techniques, que la loi et son règlement d'exécution ne régissent pas en détail. Vu la formulation de l'article 22, alinéa 6, lettre a, nLEn/GE, et compte tenu de la complexité de la matière, qui échappera largement aux particuliers, la charge de la preuve de la meilleure efficacité d'un raccordement à un RTS incombe à l'autorité; ce n'est pas au propriétaire du bâtiment potentielle-

⁷³ ATF 149 I 49, c. 5, concernant l'interdiction des chauffages électriques à Zurich; arrêt TF 1C_391/2022 du 3 mai 2023, c. 5.8 (destiné à publication), concernant une initiative populaire à Hochdorf/LU tendant à la suppression des chauffages à énergie fossile.

ment sujet au raccordement de prouver que la solution locale est plus performante⁷⁴.

D. Raccordement conforme au principe de la proportionnalité pour l'utilisateur

Enfin, le raccordement doit s'avérer conforme au principe de la proportionnalité, « du point de vue de l'utilisateur ». Cette dernière condition s'apprécie essentiellement – si ce n'est exclusivement – sous l'angle financier, *i.e.* en termes de coûts (d'investissement et d'exploitation) pour l'ayant-droit du bâtiment dont le raccordement éventuel est en cause⁷⁵. C'est en effet l'atteinte au patrimoine qui est considérée, eu égard à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)⁷⁶.

L'exigence de proportionnalité des coûts posée par l'article 22, alinéa 6, nLEn/GE, n'implique pas que les coûts soient identiques à ceux d'une autre solution énergétique. Le texte légal genevois se différencie à cet égard des règles connues dans d'autres cantons qui prévoient que le raccordement aux réseaux doit intervenir à un coût *équivalent* à celui des alternatives énergétiques « locales » pertinentes⁷⁷. Comme dans le concept proposé par le MoPEC 2014, qui se réfère à des conditions techniques et économiques « raisonnables »⁷⁸, un surcoût est donc par essence admissible dans le régime genevois en cas de raccordement à un RTS.

La quotité admissible de ce surcoût est en revanche ardue à déterminer, comme la loi genevoise ne fournit aucun critère d'appréciation utile à concrétiser l'appréciation de la proportionnalité des coûts du raccordement pour l'utilisateur.

Un *benchmark* des solutions retenues dans les autres cantons peut fournir des éléments d'appréciation, même si la question n'a pas encore

⁷⁴ Cf. SEYDOUX (n. 1) n° 1025.

⁷⁵ Cf. en ce sens l'arrêt TF 1C_391/2022 du 3 mai 2023, c. 5.8.

⁷⁶ Cf. SEYDOUX (n. 1) n° 946 ss.

⁷⁷ Ainsi de Zurich: § 295 al. 2 Planungs- und Baugesetz du 7 mai 1975 (PBG/ZH – RS/ZH 700.1; SEYDOUX (n. 1) n° 1003 et la décision de la *Baurekurskommission* zurichoise BRKE II Nr. 0132/2002 du 11 juin 2002.

⁷⁸ Art. 10.4, al. 7, MoPEC 2014.

donné lieu à une jurisprudence fournie et établie⁷⁹. Pour s'en tenir aux cas les plus marquants, on peut noter d'un côté qu'un arrêt déjà ancien, fréquemment cité par la doctrine et la jurisprudence, relatif à un CAD dans la commune bernoise de *Mooseedorf (BE)*, a tranché qu'un surcoût de 50% était excessif⁸⁰. Une reformulation ultérieure des conditions de raccordement au réseau de chaleur de la même commune bernoise, aboutissant en l'occurrence à une majoration de 33% des coûts, a également été jugée problématique; 25% représentait déjà par principe un écart considérable⁸¹. De l'autre côté du spectre des pourcentages de surcoûts, un arrêt cantonal soleurois a admis qu'un renchérissement de 10% était admissible⁸². Il importe toutefois de souligner que cette décision ne faisait en réalité qu'appliquer la limite expressément prévue par la réglementation en question (en l'occurrence celle de la Ville de Soleure). On ne saurait donc en déduire que 10% représente de manière générale le plafond admissible des surcoûts admissibles d'un raccordement à un réseau thermique.

Du point de vue constitutionnel, la limite des surcoûts peut vraisemblablement être recherchée dans les concepts relatifs à l'expropriation matérielle. Comme on l'a vu, l'obligation de raccordement impacte les propriétaires dans la garantie de leur propriété. Une éventuelle obligation de modifier les installations techniques existantes dans les bâtiments peut – si les conditions y relatives sont remplies – s'appréhender ainsi comme une expropriation matérielle⁸³. Par extension, l'incidence patrimoniale d'un devoir de raccordement à un RTS peut répondre à la même qualification, si elle est majeure. C'est en effet dans la perspective de l'expropriation matérielle que le Tribunal fédéral a dernièrement réservé l'analyse de constitutionnalité des normes cantonales ou communales qui imposent une conversion énergétique, en soulignant que l'admissibilité de cette conversion dépendra *in fine* de la part nette des coûts qui incom-

79 Cf. la présentation de la – maigre – casuistique accessible par SEYDOUX (n. 1) n° 1002 ss.

80 ZBI 1995 272 (TF, 12.9.1994).

81 Arrêt du Tribunal administratif bernois VGE 21225 du 31 juillet 2001, c. 3 ss, in: BVR/JAB 2002/5 p. 225 ss; SEYDOUX (n. 1) n° 1011.

82 Arrêt du Tribunal administratif soleurois VWBES.2016.162 du 15 mars 2017, c. 7.3.3.

83 Cf. SEYDOUX (n. 1) n° 953 ss.

bera aux propriétaires, déduction faite des aides financières publiques⁸⁴. Or, il est généralement admis que les restrictions à la propriété ont un effet d'expropriation matérielle lorsqu'elles impliquent une moins-value – foncière ou immobilière – (largement) supérieure à 20%, sous réserve des situations d'inégalité de traitement caractérisée⁸⁵. Certes, la jurisprudence classique en matière d'expropriation matérielle se rapporte à des restrictions de la propriété qui induisent une réduction de la fortune (dépréciation) plutôt qu'une obligation de faire ou payer. On peut certainement considérer qu'une obligation de cette dernière nature est plus incisive, de sorte que le seuil de l'expropriation matérielle sera plus rapidement atteint. *Grosso modo*, on peut donc vraisemblablement retenir que l'obligation de raccordement à un RTS ne devrait être admissible, sans expropriation matérielle, qu'à concurrence d'un surcoût de l'ordre de 20%. Etant en outre entendu que ce seul facteur, pris abstraitement, ne suffira pas à trancher dans tous les cas la proportionnalité du raccordement au sens de l'article 22, alinéa 6, let. b, nLEn/GE: l'examen de toutes les circonstances de chaque cas – non seulement financières, mais aussi techniques, pratiques et environnementales *lato sensu* – doit rester réservé.

Enfin, on peut noter que l'examen de la proportionnalité « du point de vue de l'utilisateur » entre en contradiction avec l'idée, exprimée au cours de l'élaboration de la nouvelle, que les bénéfices environnementaux du développement des RTS doivent pouvoir être pris en considération dans l'appréciation des coûts⁸⁶. L'angle d'examen explicitement prescrit par l'article 22, alinéa 6, lettre b, nLEn/GE, est clair: seule l'incidence sur l'utilisateur (*i.e.*, en premier lieu, le propriétaire du bâtiment à raccorder au réseau) est à considérer. Il n'est pas question de relativiser cette incidence par un bénéfice environnemental global. Peut-être sera-t-il un jour possible de chiffrer les externalités environnementales et/ou climatiques de certains modes de production énergétique et d'attribuer aux RTS genevois un facteur d'économie qui permette d'intégrer à l'appréciation des

⁸⁴ ATF 149 I 49, c. 6; arrêt TF 1C_391/2022 du 3 mai 2023, c. 5.8.

⁸⁵ Cf. ENRICO RIVA, « N 211 ad Art. 5 », in: AEMISEGGER/MOOR/RUCH /TSCHAN-NEN (édit.), *Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation*, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 195, avec les références jurisprudentielles citées; DUBEY/ZUFFEREY (n. 33) n° 1784.

⁸⁶ Cf. PL 12895-A et PL 12896-A, p. 39.

coûts un paramètre financier au crédit des propriétaires en cas de raccordement. Même si les coûts du dérèglement climatique deviennent de plus en plus évidents et concrets d'année en année, il ne sera pas évident de poser une telle corrélation. *A fortiori* qu'il s'agira d'établir une méthodologie garantissant une comparaison entre les avantages des RTS et des autres solutions énergétiques renouvelables, puisque c'est en principe par rapport à elles que l'obligation de raccordement doit être discutée, comme on l'a vu, et non par rapport aux énergies fossiles.

À vrai dire, ce n'est vraisemblablement que si le raccordement aux RTS pouvait être imposé à charge des bâtiments utilisant des énergies fossiles, indépendamment de tout projet constructif autonome, que le critère du bénéfice environnemental et/ou climatique pourrait être apprécié de manière sensible dans l'intérêt même des propriétaires (et « usagers ») de ces bâtiments. Mais comme on l'a vu, le législateur genevois n'a pas opté, en l'état, pour une politique de conversion énergétique à ce point énergique, puisqu'il n'a pas voulu provoquer une sortie anticipée des énergies fossiles, indépendante des cycles d'évolution du bâti.

V. Remarques conclusives

Dans un canton(-ville) où 90% du chauffage des bâtiments est assuré par des énergies fossiles, la crise climatique justifie des mesures fortes et rapides pour permettre la mutation énergétique. Dans cette perspective, le développement des réseaux thermiques tel que prévu par la Constitution et la loi genevoise sur l'énergie révisées fait pleinement sens, dès lors que ces réseaux reposent sur des énergies renouvelables locales durablement disponibles. Pour permettre un développement soutenu de ces réseaux, l'instauration d'un monopole de droit direct se justifie ainsi sans guère de doutes. Par ailleurs, l'efficacité énergétique de ce modèle est d'autant plus élevée que les réseaux alimentent un territoire densément bâti. L'institution d'un monopole de droit indirect, par obligation de raccordement des bâtiments dans les aires desservies, se justifie dès lors également. Elle est en outre utile à la faisabilité économique du déploiement des réseaux et, *in fine*, favorable à l'économicité du système pour les consommateurs.

L'efficacité climatique du projet dépendra toutefois largement du rythme de conversion des bâtiments. À cet égard, la nouvelle analysée ci-dessus

ne change rien au régime légal en vigueur et n'impose le raccordement aux RTS, s'agissant des constructions existantes, qu'en cas de travaux importants ou d'un changement des installations thermiques. La loi et le règlement en vigueur interdisent en effet déjà le remplacement des installations thermiques reposant sur des carburants fossiles. La conversion énergétique du parc immobilier actuel dépend ainsi essentiellement de la durée de vie des installations existantes.

L'accélération de la conversion énergétique à Genève repose en réalité essentiellement sur le dispositif légal et réglementaire relatif à l'assainissement des bâtiments (art. 14, al. 3 ss, LEn/GE, et les dispositions du Ren/GE, dont notamment les art. 14 ss afférents au régime de l'indice de dépense de chaleur – IDC). Or, autant le développement des RTS a réuni un large consensus dans la population genevoise, autant le dispositif législatif d'assainissement énergétique des bâtiments est fragile. On en veut pour preuve l'adoption d'une révision de la LEn/GE le 21 septembre 2023 par le Grand Conseil (loi 12 593) avec de très importants amendements relativisant l'incidence des règles en vigueur, notamment en renonçant à l'IDC et en reportant les délais d'assainissement. Considérant que cette révision contrecarre frontalement les objectifs climatiques et énergétiques du canton, le Conseil d'État a refusé de publier cette loi en vertu de l'article 109, alinéa 5, Cst./GE⁸⁷.

C'est dire qu'à Genève comme partout en Suisse, ainsi que l'illustrent les plus récents arrêt du Tribunal fédéral au sujet des révisions législatives ou initiatives populaires tendant à contraindre à la sortie des énergies fossiles⁸⁸, le nœud de la mutation écologique dans le domaine des énergies de chauffage des bâtiments tient bien dans le porte-monnaie des particuliers.

On a vu qu'il est difficile de mettre en balance les coûts (directs) de cette mutation avec les économies qui en résulte(ro)nt, dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de l'obligation de raccordement aux réseaux, effectuée à l'échelle individuelle. Or, il ne fait plus de doute que le dérèglement climatique engendre des coûts massifs. Dans ce contexte,

⁸⁷ Cf. le communiqué de presse du Département du territoire à ce sujet, du 28 septembre 2023, consulté le 30.10.2023 sur <https://www.ge.ch/document/loi-energie-votee-grand-conseil-encouragement-inaction>.

⁸⁸ ATF 149 I 49 et arrêt TF 1C_391/2022 du 3 mai 2023, précités.

s'en tenir à une analyse du rapport coûts/bénéfice centrée sur les incidences financières individuelles ne répond pas, à notre sens, aux principes de durabilité (art. 73 Cst.), de prévention et *in fine* de causalité (pollueur-payeur; art. 74, al. 2, Cst.). Mettre en œuvre rapidement et efficacement la mutation énergétique pour utiliser les ressources renouvelables locales correspond au demeurant aux objectifs initiaux de la politique énergétique, en renforçant également la sécurité de l'approvisionnement (art. 89 Cst.). Dans ces dernières perspectives, les efforts requis s'avèrent rentables à court, sinon moyen terme.

Aussi, le développement des réseaux thermiques, à l'exemple du projet genevois, doit être favorisé par un soutien législatif cohérent dans son ensemble, incitant à la mutation plutôt qu'au *statu quo*, même si cela implique des dépenses à charge des individus. Et lorsque les efforts du législateur n'y suffisent pas, ou que les soubresauts du débat politique brouillent sa vision, les juges doivent veiller à ce que le cap fixé par les objectifs constitutionnels, conventionnels et légaux soit atteint au mieux, en procédant aux pesées d'intérêts dans une vision globale et anticipatrice. Les autres contributions présentées lors de la Journée de droit administratif 2023 démontrent en effet éloquemment que tous les acteurs de l'État peuvent et doivent contribuer à la transition écologique et climatique.

Quelques thèses sur la durabilité des marchés publics

MARTIN BEYELER

*Professeur à l'Université de Fribourg**

À l'occasion des procès civils menés par des particuliers contre des entreprises considérées comme grandes émettrices de CO₂, telles que Holcim SA¹ et RWE AG², l'on peut se poser la question de savoir si, juridiquement, mais aussi d'un point de vue moral, les effets de l'émission des gaz à effet de serre sont exclusivement imputables aux sujets ayant déployé l'activité dans le cadre de laquelle lesdits gaz ont été relâchés dans l'atmosphère. Qu'en est-il des sujets commandant des prestations, dont la fourniture a pour conséquence l'émission des gaz à effet de serre, et des sujets n'ayant rien commandé mais bénéficiant *de facto* de ces prestations? Concrètement, par exemple, pourquoi responsabiliser seule l'entreprise qui produit du ciment, et non pas aussi celle qui a fourni à cette dernière le mazout brûlé lors de la production, et celle qui utilise le ciment pour en faire du béton, ainsi que celle qui coule le béton pour

* L'auteur tient à remercier très chaleureusement M. FRANÇOIS PERRIARD, cand. BLaw à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, pour sa relecture très soignée et compétente du présent texte, pour ses propositions de formulations toujours éloquentes, ainsi que pour sa disponibilité extraordinaire à la fin du semestre d'automne 2023.

- 1 Cf. Le Temps du 1 février 2023, La plainte climatique contre Holcim est une première en Suisse (www.letemps.ch/monde/asia-oceanie/plainte-climatique-contre-holcim-une-premiere-suisse [visité le 5 avril 2024]).
- 2 Dans l'affaire Saül Luciano Lliuya/RWE AG (Az. 5 U 15/17 OLG Hamm), le 30 novembre 2017, le tribunal saisi (Oberlandesgericht Hamm) a communiqué qu'il considérait l'action recevable et instruirait les preuves offertes par le plaignant (cf. le communiqué de presse de l'OLG Hamm du 30 novembre 2017 [https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilung_archiv/archiv/2017_pressearchiv/153-17-VT-peruanischer-Landwirt-RWE.pdf; visité le 5 avril 2024]). Le 17 juin 2022, il a communiqué que l'instruction des preuves, en particulier une expertise judiciaire, étaient toujours en cours (https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilung_archiv/archiv/2022_Pressearchiv/19_22_PE_Beweisaufnahme-in-Peru-im-Rechtsstreit-Lliuya-___-RWE/index.php; visité le 5 avril 2024).

construire une maison et celle qui loue cette maison pour y installer ses bureaux ?

Peut-être que certains tribunaux jugeront qu'en termes juridiques, le comportement à lui seul décisif à l'aune des règles de la responsabilité civile est celui de la libération d'un gaz à effet de serre dans l'air. En fin de compte, le sujet qui adopte ce comportement pourrait décider de s'en abstenir ; cela dit, les autres pourraient renoncer dans un sens analogue. Quelle que soit la situation juridique, il me semble que dans une perspective économique et morale, l'on ne saurait nier que le résultat, à savoir l'augmentation de la densité de gaz à effet de serre dans l'atmosphère et ses effets négatifs sur le climat de la Terre, est le produit d'un ensemble de décisions individuelles, prises par une multitude de sujets qui tiennent compte d'un nombre considérable de contraintes factuelles et d'intérêts personnels. Une partie du problème réside dans le fait même qu'il est ainsi facile de renvoyer aux décisions des autres. Si un commerce alimentaire est critiqué pour la vente de fraises venant d'outremer en hiver, il a tendance à essayer de s'excuser par la demande des consommatrices. Or, concernant les aliments en général, les consommateurs ne peuvent acheter – et donner par-là un signal économique – des produits durables que dans la mesure où ils peuvent en trouver sur le marché ; il est quasiment impossible pour eux de déclencher la production et l'offre de nouveaux produits durables.

Il n'en demeure pas moins que les choix des consommatrices sont loin d'être insignifiants pour le résultat final, à savoir l'envergure des effets écologiquement négatifs des prestations (biens) dont il s'agit. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne les grands consommateurs, à l'instar, en particulier, de l'État et des autres adjudicateurs publics et ce, en raison du poids financier de leurs achats, pris individuellement et, surtout, dans leur ensemble, qui équivaut à un signal économique sans doute important.

C'est sur la base de ces conclusions – les choix que prennent les grandes consommatrices ont souvent une influence considérable sur la durabilité des prestations – que, dans le cadre de la dernière révision du droit des marchés publics, il a été décidé de renforcer et d'intensifier la promotion de la durabilité (notamment, sous l'aspect de l'écologie) de la commande publique.

Le présent travail ne vise pas à présenter ou analyser exhaustivement le contenu et la portée de l'ensemble des règles liées à la durabilité des achats au sein du droit des marchés publics révisé. Pour une telle perspective, il sied de se référer aux excellents travaux qui ont déjà été effectués.³ Ci-après, quatre thèses (ainsi que des sous-thèses) concernant des questions de principe se trouvant entre la durabilité et le droit des marchés publics sont défendues dans le but de contribuer à la discussion des nouvelles règles.

I. Des grands leviers

Thèse n° 1 :

Une consommatrice qui souhaite se comporter de manière durable se concentrera en premier lieu sur les décisions stratégiques. Sous cet angle, le choix entre plusieurs offres répondant à une définition de prestations donnée n'est que d'importance secondaire. En effet, les grands leviers de la promotion du développement durable résident dans la question de savoir, premièrement, si une consommation aura lieu ou non, deuxièmement, lorsque c'est le cas, si des objets existants sont réemployés et, troisièmement, en cas d'acquisition de prestations neuves, de quelle manière celles-ci sont conçues et spécifiées.

La première thèse n'est pas de nature juridique mais traite du monde des faits. Elle propose une réponse à la question de savoir quelles décisions, prises dans le contexte d'une consommation potentielle, sont les plus importantes lorsqu'il s'agit d'optimiser la durabilité du comportement de la consommatrice.

A. Les alternatives à l'acquisition de prestations nouvellement produites

Il va sans dire que ne rien acheter est en général plus économe qu'acheter – à moins que l'on ne perde de l'argent tant que la prestation concernée n'est pas mise à disposition. D'un point de vue écologique, la renonciation à la consommation nécessite nettement moins d'énergie et de ressources (et risque moins de polluer) que la consommation – sauf si les effets bénéfiques de l'utilisation d'un nouveau produit au lieu d'un an-

³ Cf. en particulier HAUSER/PISKÓTY (2023); MARTI (2022).

cien produit sont plus importants que les effets négatifs de la production du nouveau produit et du sort (réemploi, resp., continuation de l'utilisation à un autre endroit, ou élimination) de l'ancien produit.

En ce sens, si le but est d'économiser de l'argent et de l'énergie, de préserver le climat et les ressources ainsi que de minimiser la pollution, il est judicieux, avant de passer à l'acquisition de prestations quelconques, de se demander si ces prestations sont nécessaires, ou s'il apparaît acceptable d'y renoncer, totalement ou du moins partiellement.⁴ Dans ce cadre, lorsque le besoin à satisfaire ne saurait être négligé, et donc qu'une renonciation à la consommation au sens strict n'est pas envisageable, il convient de vérifier s'il est possible de continuer à se servir des biens (choses mobilières ou immobilières et résultats de la fourniture de services) qu'on possède déjà, le cas échéant après une réparation, une adaptation ou une rénovation.⁵ Même si de nouveaux biens permettraient une exploitation, respectivement une activité, plus durable en termes écologiques (et, peut-être, économiques et sociaux), il sied de contrebalancer ce gain avec les effets qu'ont la production de nouvelles prestations et, le cas échéant, l'élimination des anciens biens, sur les plans de l'énergie, du climat, des ressources et de la pollution. Et si l'on envisage de remplacer un objet (p.ex., une voiture) par un nouvel objet et de vendre l'ancien sur le marché de seconde main, il est indispensable, afin de prendre une décision fondée d'un point de vue écologique, de considérer les effets de l'utilisation continue de l'ancien objet par les acheteurs de seconde main. Cela vaut à tout le moins pour les cas où l'offre d'objets de seconde main à prix modérés est susceptible non seulement de répondre à la demande existante, mais aussi d'élargir l'envergure de la demande sur le marché.

Si le fait de continuer à utiliser le bien dont on est déjà en possession n'apparaît pas comme la meilleure option (ou n'entre simplement pas en considération), il est parfois possible de réemployer certains objets qu'on possède déjà et qui remplissaient jusqu'alors une autre fonction, le cas

4 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169, n. 488: « *Oft ist der grösste Hebel für Nachhaltigkeitsbestrebungen dem Vergabeverfahren vorgelagert. Er betrifft die Frage, ob überhaupt etwas beschafft werden soll oder ob im Sinne der Suffizienz ganz oder teilweise auf die Deckung eines (allenfalls nicht prioritären oder gar nur vermeintlichen) Bedürfnisses verzichtet werden kann* », n. 503.

5 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169, n. 488 et n. 503.

échéant après une réparation, une adaptation, une rénovation ou une transformation.⁶ Cela constitue une solution écologique et économe surtout lorsque, à défaut de réemploi, l'objet concerné serait éliminé ou recyclé. Or, si cet objet doit pour sa part être remplacé parce qu'on ne saurait renoncer à la fonction qu'il remplissait, les effets de l'acquisition et de la production éventuelles de l'objet de remplacement devraient être pris en compte afin que l'analyse ne soit pas lacunaire. En ce sens, le réemploi est souvent particulièrement économe et écologique lorsque l'objet à réemployer est sur le point de devenir obsolète dans son ancienne fonction.

Dans d'autres cas, on ne possède pas encore d'objet réemployable qui puisse satisfaire le besoin en question, mais des objets idoines peuvent être acquis sur le marché (de seconde main). En comparaison avec l'achat d'un produit neuf, une telle solution sera souvent à qualifier de meilleure sous les angles écologique et économique. Toutefois, selon les circonstances, il y a lieu de craindre que la demande d'objets de seconde main n'accroisse la demande d'objets nouvellement produits auprès des sujets ayant vendu leurs anciens objets sur le marché de seconde main. En effet, la possibilité pour une personne de vendre un ancien objet à un certain prix peut augmenter sa disponibilité à acheter un nouvel objet.

B. La conception de prestations neuves

Lorsque, même en tenant compte des constats exposés ci-avant (cf. *supra* n. 7 ss), l'acquisition de prestations neuves s'avère plus durable, voire incontournable (et dans tous les cas où des alternatives à une telle acquisition ne sont pas analysées), il est indispensable, afin d'augmenter la durabilité de l'achat à venir, de se concentrer tout d'abord sur la conception technique, organisationnelle, commerciale et juridique de l'objet à acquérir, ainsi que sur son processus de production. Ce sont les décisions prises dans le cadre de cette conception qui ont la plus grande influence sur la question de la durabilité de l'acquisition d'un produit neuf sous les aspects économique, écologique et social.⁷ Les décisions

6 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 489: il convient de poser la « *Frage [...], falls eine Beschaffung erfolgen soll, ob anstatt einer Neuanschaffung oder eines Neubaus die Reparatur bzw. Renovation des Vorhandenen genügt* ».

7 Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 5: « *Bereits die Definition der zu beschaffenden Leistungen, die weitestgehend dem Ermessen der Vergabestellen*

favorables au développement durable qui sont prises par la suite, dans le processus de sélection d'un fournisseur des prestations définies, ne doivent pas être négligées. Leurs effets sont cependant moins importants et ne peuvent en aucun cas corriger d'éventuelles carences des décisions de conception, celles-ci délimitant nécessairement l'envergure des effets que les décisions prises dans le processus de sélection peuvent encore avoir. Pour donner un exemple: si l'on conçoit d'acheter des sources de lumière et qu'on établit une spécification impérative selon laquelle il doit s'agir d'ampoules classiques (ampoule à incandescence), un critère de sélection honorant les ampoules qui consomment moins d'électricité n'est pas totalement vain, mais de moindre importance en comparaison avec l'hypothèse où des ampoules LED (*a priori* moins énergivores) auraient été admises, voire exigées. De même, si un maître d'ouvrage fait planifier un bâtiment avec une forme et une statique ambitieuses, nécessitant des quantités de béton et d'acier hors-norme, le choix de l'entreprise de réalisation n'aura ensuite qu'un impact très faible sur la durabilité de l'ouvrage. En effet, un critère d'adjudication portant sur les aspects écologiques de la mise en œuvre des plans peut en soi être sensé, mais n'a qu'un poids très limité lorsque le bâtiment a déjà été planifié, au vu de sa fonction, avec bien plus de matériaux que nécessaire.

Dans le cadre de la conception des prestations à acquérir, sous l'angle écologique (et souvent, aussi, économique), la durabilité est favorisée si l'accent est mis en particulier sur: les matériaux utilisées; l'intégration de composantes réemployées (parties du produit ayant auparavant servi

anheimgestellt ist, erlaubt eine ressourcenorientierte Weichenstellung»; Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169: «*Gerade die dem Beschaffungsverfahren vorausgehende Entscheidung [...], was beschafft wird, [hat] einen grossen Einfluss auf die Nachhaltigkeit*», n. 418: «*Die Leistungsbeschreibung hat für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen eine grosse Bedeutung*», n. 488: «*Einen sehr grossen Einfluss auf die Nachhaltigkeit der staatlichen Beschaffung hat die Festlegung, was beschafft wird*» et n. 503: «*Wichtige Weichen für die Erreichung der Nachhaltigkeitsziele werden im Vorfeld des Vergabeverfahrens gestellt – bei der Bedarfsanalyse und bei der Festlegung, wie der Bedarf grundsätzlich gedeckt wird*»; MARTI (2022), p. 15. Cf. en outre Message LMP, 1789: «*La KBOB émet des recommandations concernant la manière dont les aspects économiques, environnementaux et sociaux peuvent être pris en compte dans le domaine de la construction, depuis le choix du lieu d'édification d'un bâtiment jusqu'à la phase d'exploitation de ce dernier, en passant par la conception et la réalisation du projet de construction.*» L'on voit ici que l'entier du processus d'acquisition, y compris la phase de conception, est pris en compte.

à un autre but);⁸ la longévité (et donc aussi la réparabilité) des prestations;⁹ la consommation en énergie et en ressources ainsi que la pollution engendrées par la production et la jouissance des prestations; la flexibilité et la modularité des prestations (le cas échéant après une transformation, une adaptation ou une rénovation) en cas d'une évolution du besoin ou des circonstances; et enfin le sort des prestations au moment où l'on voudra s'en débarrasser. Concernant ce dernier point, la possibilité d'un réemploi (interne ou par un tiers, avec ou sans adaptation ou transformation) est généralement à privilégier par rapport à un recyclage direct, qui de son côté semble toutefois plus écologique et assez souvent aussi plus économe que l'élimination définitive (telle que l'incinération ou la décharge). Le réemploi des objets est normalement le comportement écologiquement et économiquement le plus favorable au développement durable (hormis la renonciation totale à la satisfaction du besoin en question; cf. *supra* n. 7 ss), mais il ne sera souvent possible que s'il a été prévu, planifié et préparé au moment de la conception et de la production de l'objet en question (« *design for reuse* », ce qui présuppose en règle générale un « *design for deconstruction* », resp. un « *design for dis-*

8 Cf. au sujet du réemploi d'éléments de construction art. 35j, al. 1, P-LPE (proposition de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national concernant une modification de la LPE et d'autres lois à la suite de l'Initiative parlementaire Développer l'économie circulaire en Suisse [affaire 20.433]; FF 2023 14, p. 8/12): « Construction respectueuse des ressources [titre de la section 4]. Selon les nuisances à l'environnement générées par des ouvrages, le Conseil fédéral peut, en tenant compte des engagements internationaux pris par la Suisse, poser des exigences concernant: a. l'utilisation de matériaux et d'éléments de construction respectueux de l'environnement; b. l'utilisation de matériaux de construction récupérés; c. la séparabilité des éléments de construction utilisés, et d. la réutilisation d'éléments de construction. » L'idée semble être, en particulier, de favoriser ou de rendre obligatoire le réemploi d'éléments de construction lors d'une nouvelle construction ou d'une transformation (let. a et let. b) ainsi que de rendre possible le futur réemploi des éléments de construction utilisés (après fabrication) ou créés (*ad hoc*) sur le chantier de l'ouvrage actuel. Ces règles sont destinées à s'appliquer sur le niveau du droit public de la construction, resp., du droit de la protection de l'environnement et non pas sur celui de la législation sur les produits de construction (cf. Avis économie circulaire, p. 8/14). Il s'agit de réglementer l'utilisation des produits de construction en Suisse et non pas leur mise sur le marché en Suisse ou ailleurs.

9 Cf. MARTI (2022), p. 15: « utilisation des matières premières efficace et sur une durée aussi longue que possible ».

assembly »).¹⁰ À défaut, l'intention d'un réemploi *ad hoc* se heurte souvent à des décisions techniques prises au moment de la conception et de la production qui s'avèrent irréversibles (p.ex., si un moteur électrique qui fonctionne encore parfaitement au moment de la fin de vie du produit qu'il anime, ne peut être sorti de ce produit et réutilisé dans un autre cadre parce qu'il y a été intégré d'une manière empêchant qu'on le sépare sans le détruire)¹¹ ou qui dévalorisent l'élément qui n'est réemployable que dans une fonction moins productrice. En ce sens, il y a lieu de concevoir des produits qui seront réemployables aussi longtemps et aussi largement que possible et qui, pour le reste, seront recyclables, idéalement dans leur intégralité.

En outre, dans l'optique d'un achat écologique, en sus des quantités utilisées, la nature des matériaux consommés et les conditions et conséquences de leur production ainsi que les effets de leur utilisation sur la nature et l'humain ont fréquemment une importance non négligeable. Premièrement, l'utilisation de matériaux recyclés (au lieu de la consommation de ressources fraîchement extraites) est à favoriser dans la mesure du possible. Deuxièmement, pour autant que des matériaux recyclés n'entrent pas en considération, il sied de veiller aux réserves restantes des matières premières en cause et aux conditions et conséquences de toutes les étapes de production des matériaux. Bien que ces démarches puissent avoir pour effet d'augmenter le prix des prestations, l'utilisation de matériaux polluants peut, à long terme, constituer un risque financier. Par exemple, si des bureaux sont nettoyés avec des produits corrosifs et volatiles, cela n'est pas seulement nocif pour les personnes effectuant le nettoyage, mais également pour celles qui occupent les places de bureau et qui accumulent peut-être davantage de jours de maladie en raison des substances inhalées. Cela dit, il est vrai que le consommateur d'un matériau dont la production a pollué le lieu de production et l'atmosphère ne supporte normalement pas (directement) le coût que cette pollution a causé. Or, l'aspect économique du développement durable ne couvre pas

¹⁰ Cf. MARTI (2022), p. 15: la « définition des objectifs du maître d'ouvrage pour son projet », guidée par une « réflexion transversale sur la durabilité » englobant « l'ensemble du processus de planification, de réalisation et d'exploitation » de l'ouvrage en question, constituée « la base indispensable pour une vraie durabilité dans l'utilisation des bâtiments et leur réutilisation future ». Cf. ég. art. 35j, al. 1, let. c et let. d, P-LPE (n.b.p. 8): séparabilité et réutilisation.

¹¹ Cf. à ce sujet art. 35j, al. 1, let. c, P-LPE (n.b.p. 8): séparabilité.

uniquement la sphère personnelle de la consommatrice mais s'étend aux effets qu'un comportement produit sur le plan d'économie politique (cf. *infra* n. 50 s.). Dans cette perspective – et aussi dans celle de l'aspect social du développement durable – les effets négatifs d'une pollution du lieu de production et de l'atmosphère sont, tôt ou tard, toujours supportés par quelqu'un, et se font sentir dans l'économie et dans la société d'une manière ou d'une autre (p.ex., sous forme de flux de migration). De surcroît, la consommation (aujourd'hui) de matériaux qui sont déjà rares aura pour effet que le prix de ceux-ci sera encore plus élevé la prochaine fois qu'on en a besoin.

Les décisions prises dans le cadre de la conception des prestations à acquérir n'ont pas seulement d'importants effets¹² sur les plans écologique et économique, mais exercent aussi une grande influence sur l'aspect social du développement durable.

D'une part, la sécurité, l'accessibilité et l'inclusivité ainsi que l'ergonomie (physique et cognitive) des prestations acquises pour les utilisatrices et utilisateurs sont des facteurs importants pour la durabilité sociale de l'achat.¹³ Dans ce contexte, une multitude de législations spéciales (cf. *infra* n. 80 ss) assure des standards minimaux, qui évidemment n'empêchent pas le consommateur d'être plus ambitieux et de commander des prestations plus durables socialement,¹⁴ à tout le moins pour autant qu'une offre correspondant à cette attente puisse être trouvée sur le marché. Ainsi, dans un bâtiment, l'inclinaison des rampes pour les chaises roulantes peut le cas échéant être réduite par rapport aux dispositions légales impératives et l'accès par-là facilité, et un passage souterrain pour le trafic pédestre peut être illuminé davantage que les normes techniques l'exigent.

12 Cf. MARTI (2022), p. 15: « Une prise en compte exhaustive de la durabilité commence dès la définition des objectifs du maître d'ouvrage pour son projet », p. 16: « L'instrument le plus important pour la prise en considération de la durabilité est d'en tenir compte systématiquement dans le cadre de la définition du projet. Autrement dit: le service d'achat a tout intérêt à acquérir d'emblée un projet durable [...]. L'objectif consiste par conséquent à réaliser un projet durable, en se focalisant sur l'élaboration et la définition du projet ». Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 5; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 503.

13 Cf. POLTIER (2023), n. 666; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 8.

14 Cf. POLTIER (2023), n. 666; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 8.

D'autre part, l'aspect social du développement durable implique de ne pas se limiter à l'analyse des utilisatrices et utilisateurs des prestations acquises mais de considérer également les conditions sociales de la production, respectivement de la fourniture de celles-ci. La conception même de la prestation déploie souvent des effets directs sur le plan social (cela vaut indépendamment des effets que peuvent encore avoir le cas échéant les décisions prises ultérieurement, en faveur du développement durable, sur la base de la spécification détaillée d'un type de prestation choisi dans la phase de conception). Par exemple, si afin d'éviter une longue période de bouchons, les dates limites établies pour un chantier d'autoroute sont si serrées que l'exécution des travaux dans les délais nécessite du travail de nuit systématique, cela n'est point favorable au développement durable sous l'aspect social, ledit travail étant notoirement malsain (cela vaut indépendamment du fait que, de l'autre côté, les bouchons ont des effets écologiques et économiques néfastes, ce qui témoigne de l'antagonisme qui peut régner entre les différents aspects du développement durable ; cf. *infra*. n. 50). Dans le même sens, exiger que les équipes engagées dans l'exécution d'un contrat de services de nettoyage soient dirigées par une personne disposant de certaines formations avancées et soient composées pour le reste de personnel disposant d'une formation de base¹⁵ peut avoir des effets sociaux positifs en comparaison avec le cas où, dans l'intérêt de payer le minimum, aucune formation (ni de base, ni continue) n'est demandée par l'acheteur desdits services. Dans un contrat de nettoyage, l'aspect social du développement durable peut de surcroît être promu par l'exigence de l'emploi de produits chimiques particulièrement peu nocifs pour la santé du personnel de nettoyage, ainsi que d'instruments de travail spécialement ergonomiques. Et l'achat d'une pomme au lieu d'une barre de chocolat diminue le risque de promouvoir le travail des enfants,¹⁶ à l'instar du choix d'un

¹⁵ Cf. à ce sujet arrêt de la CDAP/VD du 20 janvier 2016, MPU.2015.0057, c. 4a.

¹⁶ Cf. le rapport du CLCCG (Child Labor Cocoa Coordinating Group/Groupe de Coordination des Actions de lutte contre le Travail des Enfants dans la Cacaoculture) « 2010-2020 Efforts to Reduce Child Labor in Cocoa » (2021 ; <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/reports/CLCCG-Ten-Year-Report.pdf>, visité le 5 avril 2024), p. 76 (conclusion du rapport de la *World Cocoa Foundation*, parlant pour l'industrie mondiale du chocolat et du cacao) : « *Ending child labor is a challenge for all stakeholders in the cocoa supply chain. In partnership with producing governments, cocoa consuming countries, international development partners, civil society organizations, and other stakeholders, the global chocolate and cocoa*

jeans non délavé, qui a pour conséquence qu'aucun travailleur mal protégé ne doit s'exposer aux substances agressives (produits chimiques ou sables contenant des particules fines) à l'aide desquelles des habits neufs obtiennent une allure usée.¹⁷

C. Conclusion

Il ressort des réflexions précédentes que la consommatrice qui souhaite se comporter de manière durable devrait en premier lieu analyser s'il existe des alternatives à l'acquisition de prestations neuves (à savoir, la renonciation à l'acquisition de prestations, sinon le réemploi d'objets existants ou, subsidiairement, l'acquisition d'objets à réemployer). En deuxième lieu, si la consommatrice décide d'acquérir des prestations neuves, et dans la mesure où le besoin en cause peut être satisfait de plusieurs manières, il convient de viser une conception et des spécifications des prestations à acheter qui favorisent au maximum le développement durable, tant sur le plan de la production que sur celui de l'utilisation des prestations. Ce but peut notamment être atteint par le choix de produits résistants, réparables, flexibles et modulaires ainsi que réemployables ou, subsidiairement, recyclables (totalement ou à tout le moins en grande partie).

Ce n'est qu'après avoir exploré les éventuelles alternatives à la consommation et à l'acquisition, et après avoir conçu les nouvelles prestations de la manière la plus durable possible, qu'il y a lieu de se pencher, en cas d'acquisition de prestations, sur les éventuelles différences existant entre les produits qui répondent aux spécifications découlant de la conception des prestations, plus spécifiquement sur les différences de l'impact des différentes offres sur le développement durable. En effet, ces différences sont nécessairement et nettement moins importantes que l'influence exercée par les décisions de stratégie d'achat (qui peuvent le cas échéant

industry is committed to support and implement long-term solutions that will help safeguard children in the cocoa-growing communities of Côte d'Ivoire and Ghana. »

17 Cf. les rapports « Potassium Permanganate Spray Report » (2019; <http://www.te-mizgiysi.org/wp-content/uploads/2019/07/Clean-Clothes-Campaign-Turkey-Potassium-Permanganate-Spray-Report.pdf>; visité le 5 avril 2024) et « Deadly Denim. Sandblasting in the Bangladesh Garment Industry » (2012; https://www.publiceye.ch/fileadmin/doc/_migration/CCC/5.1_Toedliche_Jeans_Sandstrahlen_in_der_Jeans_industrie_in_Bangladesch_Full_Report_CCC_Deadly_Denim.pdf; visité le 5 avril 2024), publiés par la Clean Clothes Campaign.

avoir pour conséquence qu'aucun achat n'a lieu) et de conception des prestations (qui représentent un levier bien plus important que le choix entre plusieurs offres conformes à la conception établie). Un consommateur, qui se concentrerait uniquement sur la durabilité de son choix entre plusieurs produits qui lui sont offerts dès qu'il a spécifié les prestations qu'il entend acquérir (sans se soucier des questions de durabilité dans ce cadre), renoncerait à générer des effets bien plus importants que ceux que son meilleur choix entre plusieurs offres pourra avoir.¹⁸ Un tel comportement se rapprocherait de l'absurde parce que, si l'on veut promouvoir quelque chose, en l'occurrence le développement durable, il convient d'essayer d'avoir le plus grand impact possible, et donc de ne pas écarter d'emblée les démarches les plus effectives. Si une maison est en flammes et qu'un fourgon pompe-tonne ainsi qu'un seau sont à disposition pour combattre le feu, il est judicieux de ne pas se concentrer sur le seau, mais d'utiliser les deux moyens.

II. De l'utilisation des grands leviers par l'adjudicateur public

Thèse n° 2 :

Il est loisible au pouvoir adjudicateur public de se servir des grands leviers de la promotion de la durabilité de son comportement de consommateur. Avant toutes choses, il peut renoncer à consommer ou se décider à réemployer des biens existants. Lorsqu'il entend néanmoins acquérir des prestations neuves, il dispose d'une grande marge d'appréciation dans l'établissement des spécifications économiques, écologiques et sociales de son marché public. Cela étant, la loi restreint la marge de manœuvre de l'adjudicateur en ce qui concerne les spécifications sociales du processus de production d'une prestation qui n'ont aucun impact sur les caractéristiques physiques du produit final.

¹⁸ Dans le même sens MARTI (2022), p. 15 et p. 16 (cf. pour les citations *supra* n.b.p. 10 et n.b.p. 12).

A. Les limites posées par le droit des marchés publics

Le droit des marchés publics n'interdit ni la renonciation à l'achat de nouvelles prestations (cf. *supra* n. 7), ni le réemploi d'objets existants (cf. *supra* n. 8 s.), ni l'acquisition (auprès de tiers) d'objets utilisés en vue d'un réemploi (cf. *supra* n. 10). Dans un certain cadre, en principe très large, il ne prohibe pas non plus une conception économiquement, écologiquement et socialement durable des prestations neuves à acquérir. Il sied de clarifier ce cadre, en particulier sous l'aspect social, dans les chapitres suivants.

1. Les spécifications du marché

Toutes les spécifications (impératives) de la prestation à acquérir (cf. pour la notion de spécification du marché *infra* n. 76) qui influent directement sur les caractéristiques de l'ouvrage, du bien ou du service en question (le produit final) sont conformes au droit des marchés publics¹⁹ pour autant qu'elles ne soient pas discriminatoires,²⁰ arbitraires (notamment, objectivement inutiles)²¹ ou disproportionnées (par rapport à leur caractère impératif) et ne restreignent pas la concurrence de manière excessive²²

¹⁹ Cf. au sujet des spécifications de nature sociale concernant le produit final POLTIER (2023), n. 666.

²⁰ Cf. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 14; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 4 s.; POLTIER (2023), n. 668.

²¹ Cf., p.ex., TAF B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, c. 4.

²² Cf. TF 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, c. 5.9.1 : « L'adjudicateur est [...] tenu de définir son besoin de manière transparente et dans le respect de la concurrence et d'établir, de façon objective, les spécifications techniques attendues pour chaque marché à adjuger » : en ce sens, il doit veiller à éviter des spécifications qui éteignent toute concurrence lorsque cela n'est pas strictement nécessaire; ATF 137 II 313, c. 3.3.1; TAF B-7062/2017 du 22 août 2019, c. 2.1; TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015, c. 4.1 et 4.2; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 4 s.; OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 14. – Cf. ég. la clarification fournie par l'art. 21, al. 5 LMP : « Il est interdit de définir un marché public de sorte que, d'entrée, un seul soumissionnaire entre en considération pour l'adjudication, en particulier en raison des particularités techniques ou artistiques du marché (al. 2, let. c) ou en cas de prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies (al. 2, let. e) ». Si l'AIMP 2019 ne contient pas cette phrase, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit ici que d'une clarification d'une règle découlant de toute manière des art. 2, let. a, let. c et let. d et art. 21, al. 2 let. c et let. e LMP. Ainsi, il convient de partir de l'idée que la même règle (que celle de l'art. 21, al. 5, LMP) découle des art. 2, let. a, let. c et let. d et art. 21, al. 2 let. c et let. e, AIMP 2019. Selon l'opinion défendue ici, « d'entrée » au sens de l'art. 21, al. 5, LMP signifie

(sinon, les règles sur la procédure de gré à gré s'appliquent, directement ou par analogie²³). Cela vaut également pour les spécifications concernant le processus de production (cf. art. 30, al. 1 de la Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019²⁴ / de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019²⁵; art. I/u/(i) et art. X:6 de l'Accord révisé sur les marchés publics du 30 mars 2012²⁶), à tout le moins lorsque celui-ci influe directement sur le produit final (cf. *infra* n. 21 ss pour les autres spécifications concernant le processus de production).²⁷ Une pièce en métal façonnée selon une certaine méthode et un légume cultivé selon des standards d'agriculture biologique ont normalement des caractéristiques physiques différentes de prestations analogues produites d'une autre manière. Dès lors, l'exigence du respect de ces processus de production constitue une spécification au sens classique du terme et est licite sous réserves des principes généraux (interdiction de discriminer, etc.).

« sans analyse préalable » et donc, dans le contexte donné, « sans nécessité » (cf. TF 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, c. 5.9.4: « la nécessité de recourir à la procédure de gré à gré »). En d'autres termes, la disposition interdit la passation d'un marché de gré à gré sans qu'une analyse préalable n'ait démontré la nécessité de renoncer à la concurrence et de retenir une entreprise déterminée (et, *a fortiori*, la passation d'un marché de gré à gré lorsqu'une analyse a été effectuée et qu'elle a montré qu'aucune nécessité n'existe).

23 Selon l'opinion défendue ici, lorsqu'un adjudicateur choisit la procédure ouverte, sélective ou sur invitation et établit des spécifications qui ont pour effet de supprimer toute concurrence possible parce qu'une seule entreprise est capable de soumettre une offre conforme à ces spécifications, indépendamment de la forme de la procédure choisie, l'adjudicateur se trouve dans une situation de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 let. c ou let. e, LMP/AIMP 2019. Ainsi, les spécifications établies doivent résister aux exigences des dispositions sur le gré à gré précitées.

24 LMP – RS 172.056.1.

25 AIMP 2019 – RSV 726.91; RSF 122.91.3. – Par la suite, dans la mesure où le présent texte cite une disposition que tant la LMP et l'AIMP 2019 contiennent (avec un texte identique), l'abréviation utilisée sera: « LMP/AIMP 2019 ». Dans certains contextes, en particulier lorsque les textes de la LMP et de l'AIMP 2019 divergent où qu'il s'agit de discuter spécifiquement l'un ou l'autre des deux actes, la citation se référera ou à la LMP ou à l'AIMP 2019.

26 AMP 2012 – RS 0.632.231.422.

27 Cf. ég. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 25; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 418 s.

2. *La question des spécifications sans impact sur le produit final*

La question de la licéité se révèle plus délicate lorsqu'il s'agit de spécifications représentant des exigences écologiques ou sociales concernant le processus de production qui n'ont pas d'influence directe sur le produit à acquérir.²⁸ Avant la révision actuelle du droit des marchés publics suisse, les textes en vigueur ne contenaient aucune règle expresse sur le sujet (cf. art. VI:1²⁹ de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994³⁰; art. 12 de la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994³¹; art. 16a de l'Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995³²).³³ Toutefois, sous l'ancien droit déjà, la pratique s'est fondée sur des spécifications écologiques n'exerçant aucune influence directe sur le produit final.³⁴

²⁸ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 201 et n. 420 ss. – Ces auteur.e.s (loc. cit., n. 421) déduisent du fait que l'art. 29, al. 4, LMP mentionne des « spécifications techniques concernant les prestations [permettant] de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale [...] » que la loi permet (à tout le moins en principe) les spécifications sociales qui sont des « exigences élevées » (et qui sont dès lors plus strictes que celles de l'art. 12, al. 1 et al. 2, LMP). Or, selon l'opinion défendue ici, il n'est pas certain que l'art. 29, al. 4, LMP, introduit par l'Assemblée fédérale (et non repris par l'AIMP 2019), ait pour but de régler la question des exigences impératives sociales d'une manière globale. À première vue, cette disposition, qui exprime une crainte spécifique quant aux effets néfastes de la concurrence dont le seul paramètre décisif est le prix, ne régit que les marchés portant sur des « prestations standardisées » que l'adjudicateur entend attribuer « sur la seule base du critère du prix le plus bas ». Du reste, il n'est pas clair dans quelle mesure le Parlement fédéral visait des exigences sociales concernant le produit final ou (aussi) le processus de production. En ce sens, selon l'opinion défendue ici, l'art. 29, al. 4, LMP ne dispense pas de l'interprétation des art. 12 et art. 30, LMP/AIMP 2019, qui régissent en principe (et sous réserve du champ d'application de l'art. 29, al. 4, LMP) la question des exigences sociales.

²⁹ Si cette disposition mentionnait les « les procédés et méthodes de production », elle ne se déterminait pas sur la question de savoir si seules les exigences en matière de production qui ont une influence directe sur les caractéristiques du produit final pouvaient être licites. Cf. à ce propos et à l'égard de l'AMP 2012 n. 110.

³⁰ AMP 1994 – RO 1996 609 (hors vigueur).

³¹ aLMP – RO 1996 508 (hors vigueur).

³² aOMP – RO 1996 518 (hors vigueur).

³³ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 422.

³⁴ TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6.

3. *Les réponses données par le droit révisé*

Le droit révisé contient davantage d'informations explicites. Il régit les exigences (impératives) par rapport au produit et à sa production tant à l'article 12 qu'à l'article 30, LMP/AIMP 2019.

a. Les convergences entre les conditions de participation et les spécifications

Il pourrait paraître étonnant que l'article 12, LMP/AIMP 2019 soit mentionné dans le contexte des spécifications du marché. Or, le fait que l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 renvoie aux exigences contenues à l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019 et les transforme dans cette mesure en des « conditions de participation » (note marginale de l'art. 26, LMP/AIMP 2019) ne signifie pas pour autant que ces exigences ne concernent que l'historique du soumissionnaire en question (et donc ses activités en général), examiné au moment de la soumission de son offre.³⁵ Selon l'article 44, alinéa 1, lettre a, LMP/AIMP 2019, un soumissionnaire peut être exclu (resp., son adjudication peut être révoquée) non seulement si au moment de la soumission de l'offre (ou auparavant), il enfreint (ou a enfreint) les exigences selon l'article 12, LMP/AIMP 2019, mais également si l'infraction a lieu plus tard, à savoir pendant la procédure d'adjudication (exclusion de la procédure) ou après l'adjudication (révocation de l'adjudication). De plus, dans la mesure où l'article 12, alinéa 1, LMP exige le respect du droit applicable au lieu de la prestation (cf. *infra* n. 34), cette disposition traite spécifiquement de la fourniture des prestations faisant l'objet du marché public en question et non pas de l'historique du soumissionnaire – qui n'a peut-être encore jamais été actif au lieu de la prestation et dont on n'exige rien d'autre que le respect du droit applicable audit lieu dans le cadre de la réalisation du marché public concerné (l'art. 12, al. 1, LMP sous-entend que, concernant son historique, le soumissionnaire est évalué selon le droit applicable à ses activités passées et non pas selon le droit du lieu de la fourniture de la prestation qui fait l'objet du marché public en question, sauf s'il y était déjà contraint dans d'autres cas).

³⁵ Cf. pour deux cas dans lequel c'était le passé du soumissionnaire qui était pertinent sous la condition de participation concernant le respect du droit du travail: arrêt du TF 2C_159/2021 du 11 mai 2022, c. 1.3 et c. 3; arrêt du TF 2C_608/2021 du 11 mai 2022, c. 1.3 et c. 4.

Il résulte de cette analyse que les conditions de participation (art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019), en particulier les exigences prévues à l'article 12 (al. 1-4), LMP/AIMP 2019, doivent être respectées, notamment dans le cadre de la fourniture des prestations faisant concrètement l'objet du marché public.³⁶ Dans le cadre de cette fonction (et contrairement à l'autre fonction, relative à l'historique du soumissionnaire, resp., à ses activités en général), les conditions de participation constituent des spécifications du marché,³⁷ et plus précisément des spécifications quant au processus de production des prestations faisant l'objet de ce marché.³⁸ En fait, dans leur fonction pertinente dans ce contexte, ces conditions décrivent la manière par laquelle le prestataire doit procéder sous certains aspects lorsqu'il fournit la prestation en cause. Partant, elles sont à qualifier de spécifications, du moins matériellement.³⁹

³⁶ Cf. POLTIER (2023), n. 526: « Ces conditions doivent [...] être respectées aussi pendant l'exécution du contrat. »

³⁷ Le CN a débattu sur une proposition minoritaire selon laquelle l'art. 30, al. 4, LMP aurait permis l'établissement de spécifications sociales (en sus des spécifications écologiques, que la P-LMP [n.b.p. 62] prévoyait déjà; BO/CN 2018 1034: « ... ou de protéger l'environnement et les travailleurs ainsi que des directives concernant les conditions de travail »), et il l'a rejetée (BO/CN 2018 1034), partant du principe que la question est régie par l'art. 12 (al. 1 et al. 2), LMP (cf. BO/CN 2018 1030, vote du Conseiller fédéral UELI MAURER: « *Aus unserer Sicht ist es nicht notwendig, das bei den Eignungskriterien [recte: spécifications au sens de l'art. 30 LMP] einzufügen, denn wir haben diese Bestimmungen bereits in Artikel 12 eingefügt. Es ist wieder eine Wiederholung, die eben nicht stärkt, sondern allenfalls schwächen kann, wenn die Rechtsprechung sie dann einmal in einem Streitfall anwenden muss. Also bitte ich Sie, die Minderheit Landolt abzulehnen, weil das in Artikel 12 grundsätzlich geregelt ist.* »)

³⁸ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 201: pour ces auteur.e.s, qui plaident en principe pour l'admissibilité des exigences sociales impératives, il n'est pas décisif de savoir dans quelle mesure ces exigences sont à qualifier de spécifications ou de conditions d'exécution du marché. Il n'est pas contraire à cette logique de considérer les conditions de participation sociales comme des spécifications dans la mesure où ces conditions concernent l'exécution du marché public en cause.

³⁹ D'ailleurs, le libellé de l'art. 29, al. 4, LMP (cf. *supra* n.b.p. 28) démontre que le Parlement fédéral part du principe que les « spécifications techniques » peuvent englober des « exigences [...] en matière de durabilité sociale, écologique et économique ». Il y a donc lieu de concevoir d'une manière large la notion de spécification et non pas de la restreindre aux aspects « techniques » au sens propre du terme. Cela ne change toutefois rien au constat selon lequel la loi ne permet pas n'importe quelle spécification écologique ou sociale (cf. *supra* n. 20 et *infra* n. 31).

Si la grande majorité des conditions de participation énoncées par le droit des marchés publics (art. 12, al. 1-4 et art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019) exigent seulement le respect de la législation « ordinaire », qui est en vigueur indépendamment des marchés publics (et qu'il y a donc lieu de respecter même en dehors des marchés publics), certaines d'entre elles vont au-delà. Il s'agit du respect du droit de travail en vigueur au lieu de la prestation selon l'article 12, alinéa 1, LMP (cela concerne les soumissionnaires suisses ne travaillant pas au lieu de provenance; cf. *infra* n. 34, également pour l'art. 12, al. 1, AIMP 2019), des « autres standards de travail internationaux importants » selon l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *infra* n. 36 ss)⁴⁰ et des « conventions internationales relatives à la protection de l'environnement » selon l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 lorsque le droit au lieu de prestation n'exige qu'un standard inférieur (cf. *infra* n. 68).⁴¹ Les deux dernières exigences concernent exclusivement les prestations produites en dehors du territoire suisse.

Ainsi, les exigences venant d'être énumérées astreignent le soumissionnaire à respecter non seulement le droit public en vigueur indépendamment des marchés publics, mais d'aller plus loin et d'observer également certains principes et règles qui découlent originairement de la législation spéciale sur les marchés publics (resp., des textes auxquels celui-ci renvoie) et qui ne relèvent pas du droit public « ordinaire ». Il ne semble pas osé d'adopter une interprétation de la loi (LMP/AIMP 2019) selon laquelle ces conditions de participation particulières, qui vont au-delà de la législation « ordinaire » (cf. *supra* n. 25), peuvent s'appliquer uniquement – au titre de spécifications (cf. *supra* n. 24) – au marché concrètement en question et ne doivent pas concerner les activités des soumissionnaires en général. Il est justifié d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, par exemple, pour non-paiement des impôts et ce, indépendamment de la provenance des valeurs pour lesquelles les impôts sont dus selon le droit « ordinairement » applicable. En effet, un

⁴⁰ L'exigence du respect des conventions fondamentales de l'OIT selon l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 constitue une exigence concernant le respect du droit en vigueur indépendamment des marchés publics, étant donné que lesdites conventions ont un statut de droit international qualifié (cf. *infra* n. 35).

⁴¹ On peut partir de l'idée que la logique est ici la même que celle régnant à l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019, concernant les conventions fondamentales de l'OIT (cf. *infra* n. 35).

tel comportement résulte toujours en avantage concurrentiel illicite pour le soumissionnaire en question. En revanche, il est injustifié d'exclure d'une procédure d'adjudication le soumissionnaire qui, dans son activité générale et de manière parfaitement conforme au droit applicable, n'a pas observé (matériellement) les exigences d'une condition de participation allant outre le respect du droit « ordinaire » applicable et ayant été établie spécifiquement dans la procédure en cause. Tout au plus, si ledit soumissionnaire avait promis à un adjudicateur de respecter les exigences en question, et qu'il les a enfreintes par la suite, l'on peut selon le cas déduire de ces faits qu'une nouvelle promesse du soumissionnaire n'est pas suffisamment crédible. Or, cela relève d'une autre problématique, qui n'impacte pas l'interprétation de la loi selon laquelle les conditions de participation particulières dont il est question ici doivent être respectées par le soumissionnaire (resp., prestataire) exclusivement dans le cadre de la production des prestations faisant l'objet du marché public concerné et ne doivent pas être appliquées à l'activité générale des soumissionnaires.⁴² La raison est que lesdites conditions de participation particulières ne concernent pas le respect du droit public « ordinairement » applicable à toute entreprise, mais l'observation de standards supérieurs ne valant pas en général mais uniquement dans le cadre des marchés publics pour lesquels ils ont été exigés. En effet, en dehors de ce marché, le droit des marchés publics ne vise pas à contraindre les soumissionnaires à adopter certains comportements que la législation « ordinaire » n'exige pas d'eux (cf. *infra* n. 115 s., n. 124 et n. 125 ss; cf. pour une exception impropre *infra* n. 39 et n. 64; cf. en outre, concernant les critères d'adjudication non impératifs, *infra* n. 123).

b. La disposition intitulée « spécifications techniques »

De son côté, l'article 30, LMP/AIMP 2019, qui selon son titre traite des « spécifications techniques », ne concerne pas seulement les caractéristiques du produit final (« sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions [...] les exigences relatives au marquage ou à l'emballage »; al. 1; cf. *supra* n. 20) mais également les « procédés de production » (al. 1; cf. ég. art. X:6, AMP 2012). Selon le quatrième alinéa de cette disposition, les « spécifications techniques permettant de

⁴² Cf. ég. POLTIER (2023), n. 668; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199.

préservier les ressources naturelles ou de protéger l'environnement »⁴³ sont conformes à la loi (cf. ég. art. X:6, AMP 2012; *infra* n. 110). La règle spéciale contenue à cet alinéa ne vise pas seulement la protection de l'environnement et la préservation des ressources naturelles⁴⁴ dans le cadre de l'existence, l'exploitation, la maintenance, l'utilisation et l'élimination du produit faisant l'objet du marché public. Elle a en outre pour objet la poursuite de buts écologiques dans le cadre du processus de production des prestations formant le produit final⁴⁵ et ce, même si la méthode de production en cause n'a pas d'incidence sur les caractéristiques physiques (ou électroniques) du produit final.⁴⁶

En même temps, si l'aspect économique est couvert par les spécifications du produit final (cf. *supra* n. 20) selon l'article 30, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (et les critères d'adjudication concernant le prix et la qualité du produit; cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019), et si l'aspect écologique est spécifiquement traité par l'article 30, alinéa 4, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 27), l'article 30, LMP/AIMP 2019 ne mentionne aucunement

43 Il sied de préciser que la traduction allemande de la version RS de l'art. X, al. 6, AMP 2012 contient une erreur non négligeable qui risque de susciter l'impression fautive selon laquelle les pays signataires, respectivement leurs adjudicateurs, ne pourraient établir des spécifications destinées à préserver les ressources naturelles (lors du processus de production) que lorsqu'il s'agirait de *leurs propres* ressources (soit celles que l'on trouve dans le pays signataire en question): tandis que les textes officiels de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) parlent, de manière indifférenciée, de « la préservation des ressources naturelles » (« *the conservation of natural resources* »; « *la conservación de los recursos naturales* »), le texte allemand, en insérant un pronom possessif (se référant aux adjudicateurs) inexistant dans les textes originaux, parle de la « *Förderung der Erhaltung ihrer natürlichen Ressourcen* ». Il va sans dire que ce libellé (« *ihre* »; « leurs ») ne doit pas être observé; il est parfaitement loisible aux pouvoirs adjudicateurs d'établir des spécifications ayant pour but de préserver les ressources naturelles des pays de production autres que la Suisse ainsi que de pays tiers.

44 Cf. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 156, pour la notion de « ressources naturelles », qui ne concerne pas uniquement les matières premières mais également, entre autres l'air, l'atmosphère, la biodiversité, les espèces rares et les stocks halieutiques.

45 Cf. Message LMP, 1791 s.; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 418.

46 Message LMP, 1791: « Les spécifications techniques à visée écologique peuvent, bien qu'elles ne transparaissent alors pas dans le produit final, se rapporter au processus de fabrication s'il existe un lien objectif avec l'objet du marché »; OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 25; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 202, n. 418.

l'aspect social du développement durable.⁴⁷ S'agirait-il là d'un silence qualifié de la loi quant aux spécifications sociales, ayant pour effet de les interdire? La réponse est certainement négative en ce qui concerne les spécifications sociales ayant un impact sur les caractéristiques physiques du produit final (cf. *supra* n. 20), telle que la planification d'un immeuble particulièrement accessible pour les personnes à mobilité réduite ou d'un logiciel particulièrement accessible et ergonomique (cf. *supra* n. 15).⁴⁸ Il en va de même pour la conclusion d'un contrat d'assurance en faveur des employé.e.s de l'adjudicateur qui serait particulièrement favorable aux intérêts du personnel.

Reste la question de savoir si l'article 30, LMP/AIMP 2019 entend exclure, par un silence qualifié, toute spécification sociale n'ayant pas d'incidence sur les caractéristiques physiques du produit final. Le fait que le quatrième alinéa de la disposition précitée reste muet sur l'aspect social du développement durable semble diriger l'interprétation dans ce sens. Toutefois, comme exposé ci-avant (*supra* n. 23 ss), l'article 30, LMP/AIMP 2019 ne régit pas de manière exhaustive les questions liées aux spécifications du marché.⁴⁹ En effet, l'une des fonctions de l'article 12, LMP/AIMP 2019 est de régir la spécification du processus de production des prestations faisant l'objet du marché public concret (cf. *supra* n. 23 s.). Il n'y a pas lieu de partir de l'idée que l'article 30, LMP/AIMP 2019 ait pour objectif de déroger à l'article 12, LMP/AIMP 2019 et ainsi d'interdire toutes les exigences contenues dans cette dernière disposition ou, à tout le moins, celles de ces exigences qui vont au-delà du respect du droit ordinairement applicable (cf. par rapport à cette distinction *supra* n. 25 s.). Au contraire, dans le domaine des spécifications concernant le processus de production, les règles de l'article 12, LMP/AIMP 2019 s'ajoutent à celles de l'article 30, LMP/AIMP 2019. Dès lors, il sied de constater que, du moins en ce qui concerne les exigences de l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019, l'article 30, LMP/

⁴⁷ HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 420.

⁴⁸ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 8; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 420.

⁴⁹ BO/CN 2018 1030, 1034. Le Conseil national a rejeté une proposition visant à mentionner de manière expresse des spécifications sociales (concernant des aspects du processus de production qui n'ont pas d'incidence sur le produit final) à l'art. 30, al. 4, LMP, au motif que l'art. 12, al. 1 et al. 2, LMP régissait déjà la question et qu'il convenait d'éviter une répétition (cf. *supra* n.b.p. 37).

AIMP 2019 ne prohibe pas les spécifications sociales concernant le processus de production.

Comme il a été relevé ci-avant (*supra* n. 25 s.), les exigences de l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019 portent principalement sur le respect du droit public « ordinaire », applicable indépendamment des marchés publics. Cela concerne en particulier les prestations fournies en Suisse (art. 12, al. 1 et al. 3, LMP/AIMP 2019) : pour celles-ci, hormis le cas spécial de l'article 12, alinéa 1, LMP (en ce qui concerne les soumissionnaires suisses provenant d'un autre lieu que le lieu de prestation ; cf. *infra* n. 34) la loi ne prévoit aucune exigence additionnelle, contrairement aux prestations produites à l'étranger (art. 12, al. 2, 2^e phrase, et al. 3, LMP/AIMP 2019 ; cf. *supra* n. 25, *infra* n. 36 ss et n. 41).

c. Conclusion

D'après ce qui précède, il convient de conclure que ni la LMP, ni l'AIMP 2019, ne permettent l'établissement de spécifications sociales (impératives) concernant le processus de production et n'ayant aucune incidence sur les caractéristiques du produit final lorsque ces exigences ne sont pas prévues expressément à l'article 12, LMP/AIMP 2019.⁵⁰ Le silence de l'article 30, LMP/AIMP 2019 sur cette question (cf. *supra* n. 28) et le règlement plutôt restrictif de l'aspect social par l'article 12, LMP/AIMP, notamment quant aux prestations produites en Suisse (cf. *supra* n. 25 et n. 30), indiquent qu'il n'y a probablement pas lieu d'interpréter la loi en ce sens qu'elle permettrait l'établissement d'autres spécifications sociales sans impact sur le produit final, qui ne sont pas expressément prévues à

⁵⁰ Cf. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 28 ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30 LMP n. 9 : ces auteur.e.s sont de l'avis que l'art. 30, LMP/AIMP 2019 permet des spécifications sociales concernant le processus de production et n'ayant pas d'impact sur le produit final. Dans la mesure où cela aboutit à des spécifications conformes à l'art. 12 (en particulier : al. 2, 2^e phrase ; cf. *infra* n. 36 ss), LMP/AIMP 2019 (à l'instar des produits issus du commerce équitable ; cf. *infra* n. 40), cet avis et celui défendu ici sont convergents. Selon l'opinion défendue dans le présent texte, l'art. 12, LMP/AIMP 2019 contient une réponse par rapport aux spécifications sociales et à la qualité immatérielle du produit final. D'un point de vue juridique, il sied de respecter cette réponse même si, suivant l'idée qu'il existe des aspects de qualité immatérielle des produits (cf. HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 422 ; BEYELER [2012], p. 264), d'autres exigences (que celles prévues par l'art. 12, LMP/AIMP 2019) étaient concevables, voire souhaitables.

l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2, LMP/AIMP 2019.⁵¹ Si l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 est complété par l'article 30, alinéa 4, l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2 n'a pas de complément à l'article 30. Parmi les spécifications n'influant pas sur le produit final, les aspects économiques et écologiques semblent dès lors bénéficier d'une position privilégiée (cf. art. 30, al. 1 et al. 4, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 27 s.). Qui plus est, il y a probablement lieu de partir du principe que l'idée selon laquelle l'évitement de certaines conséquences sociales du processus de production d'une prestation peut augmenter la qualité immatérielle de celle-ci – en tout cas lorsqu'il s'agit de conséquences néfastes et graves (cf. les domaines visés par la proposition JANS *et al. infra* n. 36 et n. 38) – a été reprise par la LMP et l'AIMP 2019 seulement, mais au moins, dans le cadre de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, qui permet d'exiger une production des prestations allant au-delà du droit public ordinairement applicable aux prestations fournies à l'étranger (cf. *supra* n. 25 et *infra* n. 36 ss).

4. *La concrétisation des réponses concernant l'aspect social*

Il sied de clarifier quelles sont les spécifications sociales que l'article 12, LMP/AIMP 2019 permet d'établir concrètement (cf. *supra* n. 31).

a. Les prestations produites en Suisse

Pour commencer, il y a lieu de rappeler que pour les prestations produites en Suisse, sous l'aspect social et concernant les modalités de la production de la prestation n'ayant pas d'influence sur le produit final, l'adjudicateur public peut en principe seulement exiger le respect du droit social « ordinairement » en vigueur (droit du travail, y compris les dispositions concernant la lutte contre le travail au noir et l'égalité de

51 Cf. ég. Message LMP, 1730: « La durabilité sociale est prise en considération du fait, notamment, que les marchés portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail ainsi que l'égalité salariale entre femmes et hommes et les marchés portant sur des prestations à exécuter à l'étranger qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les huit conventions fondamentales de l'OIT. » Certes, l'énumération citée ne vise pas à être exhaustive (« notamment »), mais selon l'opinion défendue ici, l'idée est que la durabilité sociale peut en outre être prise en compte dans le cadre des critères d'adjudication (cf. Message LMP, 1788). En ce sens, en ce qui concerne les spécifications, le texte cité a l'intention d'être exhaustif.

traitement des employé.e.s), qui s'applique à toute activité économique déployée en Suisse et ce, indépendamment des marchés publics (art. 12, al. 1, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 25 s. et n. 30). En ce sens, il est par exemple illicite de prévoir une exigence impérative selon laquelle, pour être admis à la procédure d'adjudication, les soumissionnaires doivent disposer d'un régime de caisse de pension dépassant le minimum légal (une telle exigence dépasse celle de l'article 12, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 et, de surcroît, ne couvre pas exclusivement la production des prestations, mais également l'activité des soumissionnaires en général, ce qui ne peut faire l'objet d'une spécification du marché). Il en va de même en ce qui concerne l'exigence d'un certain niveau salarial au sein des entreprises soumissionnaires, lorsque ce niveau dépasse celui éventuellement prévu par le droit en vigueur (législation cantonale sur les salaires minimaux ou CCT de portée générale)⁵² ou qu'il n'existe pas, dans la branche concernée, de règles de droit fixant un salaire minimal. Cela étant, dans la mesure où le droit public applicable permet, par exemple, à un maître d'ouvrage de commander pour son chantier un régime de sécurité qui dépasse le minimum légal, un maître d'ouvrage public peut aller dans le même sens, car ce faisant, il n'outrepasse pas le droit public applicable et ne contrevient donc pas à l'article 12, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, qui renvoie au droit public applicable.

Une exception au principe du minimum légal (cf. *supra* n. 33) doit cependant être mentionnée. En effet, selon l'article 12, alinéa 1, LMP, pour autant qu'un soumissionnaire suisse⁵³ produise la prestation faisant l'ob-

52 Cf. pour l'ancien droit CACJ/GE, arrêt A/2584/2011-MARPU (ATA/657/2011) du 18 octobre 2011, c. 10 (cf. ég. ATF 140 I 285, Faits, let. A).

53 Pour les soumissionnaires étrangers fournissant une prestation en Suisse, en vertu de l'art. 2 de la Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (LDét – RS 823.20), c'est dans tous les cas le droit du lieu de la prestation qui fait foi, même lorsque l'AIMP 2019 s'applique (et en dépit du fait que l'art. 12, al. 1, AIMP 2019 est quelque peu sibyllin concernant cette question, en n'évoquant de manière expresse que les dispositions « en vigueur en Suisse », ce qui doit être compris comme un renvoi implicite au principe du lieu de provenance selon la LMI [pour les soumissionnaires suisses] et au principe du lieu de prestation conformément à l'art. 2, LDét [pour les soumissionnaires étrangers produisant des prestations en Suisse]): cf. Message type AIMP 2019, p. 46; KUNZ-NOTTER (2021), p. 130; PÄRLI (2022), n. 15; POLTIER (2023), n. 532; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 237. Cf. ég. KUNZ-NOTTER (2020), art. 12, LMP/AIMP 2019 n. 8; FETZ/STEINER (2020), n. 30.

jet d'un marché public (fédéral, soumis à la LMP) non pas à son lieu de provenance, mais ailleurs en Suisse, il doit respecter le droit du lieu de la prestation⁵⁴ et ce, en dérogation au principe général de l'article 2, alinéa 1 et alinéa 3 de la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995⁵⁵ (lieu de provenance),⁵⁶ qui, en vertu de l'article 2, alinéa 2, LMI, lie également la Confédération (or, contrairement aux cantons et communes, la Confédération peut déroger à l'article 2, alinéa 2, LMI par une loi fédérale spéciale comme la LMP). Dans cette mesure, la LMP exige de certains soumissionnaires suisses d'observer davantage que la seule législation « ordinairement » applicable. Il en va autrement de l'AIMP 2019, dont l'article 12, alinéa 1 est conforme à la LMI et prévoit que les soumissionnaires suisses produisant en Suisse doivent respecter le droit applicable au lieu de leur provenance, indépendamment du lieu de la prestation.⁵⁷

b. Les prestations produites à l'étranger : le respect du droit applicable

Pour les prestations qui ne sont pas produites en Suisse, en vertu de l'article 12, alinéa 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019, l'adjudicateur public doit exiger en premier lieu que le droit social du lieu de production soit respecté.⁵⁸ Dans les cas où, pour les travailleuses et travailleurs, ledit

54 FETZ/STEINER (2020), n. 51 s.; STEINER (2020), p. 8; KUNZ-NOTTER (2020), art. 12 LMP/AIMP 2019 n. 5 ss, n. 8; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 18 (avec n.b.p. 60); KUNZ-NOTTER (2021), p. 130; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12 LMP n. 3; MARTI (2022), p. 22 s.; POLTIER (2023), n. 531; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 537; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 237.

55 LMI – RS 943.02.

56 Cf. ég. POLTIER (2023), n. 531 s.; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 18 (avec n.b.p. 60).

57 Cf. *supra* n.b.p. 53 et les réf. cit.

58 Message LMP, 1757: « Si la législation en vigueur au lieu d'exécution est plus stricte [que les règles des conventions fondamentales de l'OIT], elle doit être respectée »; MARTI (2022), p. 23: « Lorsque des prescriptions plus strictes s'appliquent au lieu d'exécution, celles-ci doivent être respectées »; KUNZ-NOTTER (2020), art. 12 LMP/AIMP 2019 n. 11; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 9 (cf. ég. *loc. cit.*, n. 12: le même principe vaut pour le respect du droit environnemental au sens de l'art. 12, al. 3 LMP). – Cette règle ne se trouve pas dans le texte de l'art. 12, al. 2, LMP/AIMP 2019, ce qui est déplorable dans une perspective de transparence législative, mais ne change rien à son existence. Certes, comme son prédécesseur, l'art. 7, al. 2, aOMP, le nouvel art. 12, al. 2 (1^{ère} phrase), LMP 2019 pourrait être interprété en ce sens que l'adjudicateur ne peut exiger que le droit du lieu de production (étranger) doive être

droit est moins favorable que les standards établis par les conventions fondamentales de l'OIT⁵⁹ (énumérées à l'annexe 6, LMP et à l'annexe 3, AIMP 2019), l'adjudicateur est obligé d'exiger le respect desdits stan-

respecté (dans la mesure où ce droit, comme, p.ex., dans l'UE, dépasse les standards minimaux établis par les conventions fondamentales de l'OIT [OIT]). Toutefois, une telle interprétation serait erronée parce qu'elle relèverait d'une focalisation isolée du texte de la disposition. Elle ne tiendrait pas compte du fait que, s'il n'avait pas le droit d'exiger le respect du droit en vigueur au lieu de production (lorsque ce droit dépasse les standards des conventions fondamentales de l'OIT), l'adjudicateur public suisse se rendrait en quelque sorte coupable de complicité à la violation du droit (étranger) en vigueur au lieu de production. L'interprétation refusée ici créerait ainsi une incohérence manifeste et grave dans l'ordre juridique. En outre, une lecture isolée du texte se heurte au but de l'art. 12, LMP/AIMP, qui est la mise en œuvre du « respect des dispositions » (titre de l'art. 12) applicables (en matière sociale et environnementale) par les soumissionnaires, respectivement, l'évitement de violations de ces dispositions par les prestataires actifs dans le cadre d'un marché public. Ce but englobe le respect des dispositions en vigueur aux lieux de production étrangers (même si ces dispositions dépassent les standards des conventions fondamentales de l'OIT); décider autrement signifierait qu'on accepterait que sous certaines circonstances, un marché public est exécuté en violation des dispositions légales applicables à cette exécution. Du reste, le fait d'admettre un soumissionnaire qui respecte les standards des conventions fondamentales de l'OIT mais non pas le droit en vigueur au lieu de production qui va au-delà de ces standards reviendrait à une discrimination de tous les soumissionnaires suisses et étrangers qui respectent le droit qui leur est applicable. Dès lors, malgré son texte potentiellement trompeur, l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, doit être compris en ce sens que, en ce qui concerne les prestations produites à l'étranger, c'est dans tous les cas le droit applicable au lieu de production qui doit être respecté, et que les standards des conventions fondamentales de l'OIT n'entrent en jeu et ne s'appliquent directement que lorsque ledit droit ne respecte pas ces standards, mais reste en dessous ceux-ci. Dans cette perspective, la formule « au moins » (art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019) rappelle que le rôle des conventions fondamentales de l'OIT n'est que subsidiaire et que tout droit social applicable au lieu de production qui dépasse les standards desdites conventions prime. – L'importance de la présente critique du texte de l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 n'est pas seulement de nature académique, mais surtout pratique: sur la plateforme simap.ch, nombreux sont les appels d'offres qui, expressément, n'exigent que le respect des conventions fondamentales pour les prestations produites à l'étranger (et ce, même sans la formulation « au moins »), et enfreignent ainsi la disposition citée, dûment interprétée (cf., p.ex., n^{os} de publication simap 1333 997 [« *Wird eine Leistung im Ausland erbracht, so erklärt der Anbieter die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)* »; Commune de Muri/BE], 1325041 et 1297 005 [« *Si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire déclare respecter les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT)* »; Office fédéral des constructions et de la logistique et Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics KBOB]).

⁵⁹ Organisation Internationale du Travail.

dards, qui ont le caractère de droit coutumier international⁶⁰ et sont assimilés à des droits fondamentaux, censés être respectés par tous les membres de l'OIT (cf. cpdt *infra* n. 42 *in fine*)⁶¹. Pour cette raison, l'exigence de respecter lesdites conventions concerne, en fin de compte, le droit applicable de manière « ordinaire » et ne va pas au-delà.

c. Les prestations produites à l'étranger : les autres standards

Outre l'exigence légale de respecter le droit « ordinaire », que l'adjudicateur public doit impérativement appliquer dans tous les cas (cf. *supra* n. 25 et n. 35), l'article 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, qui est une disposition potestative (« peut [...] exiger »), lui permet d'aller plus loin et d'exiger le respect « d'autres standards de travail internationaux importants ». Cette règle ne figurait pas dans le projet de la Loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017⁶² mais a été introduite par l'Assemblée fédérale.⁶³ Il ressort de l'histoire de sa genèse parlementaire que, par la formulation « standards de travail internationaux importants », ladite règle vise en particulier la promotion de la protection de la santé et des salaires de subsistance ainsi que l'évitement des horaires de travail excessifs et des rapports de travail informels. Ces domaines étaient mentionnés de manière non exhaustive⁶⁴ dans la proposition BEAT JANS *et*

⁶⁰ TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 10.

⁶¹ Cf. Message LMP, 1758 : « La Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail [FF 2000 357] oblige tous les États membres, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, à respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les droits fondamentaux qui sont l'objet de ces huit conventions ».

⁶² P-LMP – FF 2017 1851.

⁶³ BO/CN 2018 1013 (art. 12 al. 2^{bis}; cf. la proposition FABIO REGAZZI, BO/CN 2018 1012, en faveur de laquelle le Conseiller national BEAT JANS avait retiré sa proposition pour un nouvel al. 2^{bis}, BO/CN 2018 1001 et 1012); BO/CE 2018 975 (art. 12 al. 2); BO/CN 2019 146 (art. 12 al. 2).

⁶⁴ BO/CN 2018 1013 (« notamment »).

al.,⁶⁵ qui a été retirée en faveur de la proposition FABIO REGAZZI^{66,67}. Ce retrait était motivé par le fait que la proposition FABIO REGAZZI était comprise en ce sens qu'elle ne contredisait en aucun point la proposition BEAT JANS *et al.*, et qu'on jugeait qu'elle était mieux rédigée que celle-ci.⁶⁸ En effet, sur le principe, la proposition FABIO REGAZZI était libellée de la même manière (« d'autres normes importantes du travail »)⁶⁹ mais ne contenait aucune énumération de domaines concrets.⁷⁰ Dans la motivation écrite de sa proposition, le Conseiller national FABIO REGAZZI a indiqué qu'en énumérant des exigences concrètes, la proposition BEAT JANS *et al.* allait trop loin.⁷¹ Ladite motivation ne dit pas que les domaines énumérés dans la proposition BEAT JANS *et al.* ne devraient pas être visés par un adjudicateur qui s'y décide; elle semble plutôt préconiser de ne pas concrétiser la notion de « normes importantes du travail » (resp., « standards de travail internationaux importants »⁷²) dans la loi,

65 BO/CN 2018 1013: « [art. 12 al. 2^{bis} LMP] En outre, une preuve peut être exigée montrant que des mesures visant au respect d'autres normes importantes du travail, notamment pour assurer la protection de la santé, pour empêcher des horaires de travail excessifs, pour établir des relations de travail formelles et pour verser un salaire de subsistance sont appliquées ».

66 BO/CN 2018 1013: « [art. 12 al. 2^{bis} LMP] En outre, une preuve peut être exigée montrant que des mesures visant au respect d'autres normes importantes du travail sont appliquées ».

67 BO/CN 2018 1001.

68 BO/CN 2018 1001: « *In diesem Sinn bitte ich Sie, meine Minderheit zu unterstützen. Ich ziehe sie allerdings zurück, weil Herr Regazzi einen noch besser formulierten Einzelantrag eingebracht hat. Zu dessen Gunsten, denke ich, kann ich meinen Antrag zu Artikel 12 Absatz 2bis zurückziehen.* »

69 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 65 et n.b.p. 66).

70 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 66).

71 BO/CN 2018 1012 (« *Die Minderheit [BEAT JANS et al.] [...] geht mit der Aufzählung der konkreten Anforderungen [...] zu weit* »).

72 Tandis que les propositions BEAT JANS *et al.* ainsi que FABIO REGAZZI formulaient « normes importantes du travail » (BO/CN 2018 1013), sur proposition de la majorité de sa Commission de l'économie et des redevances (CER-E), le Conseil des États a modifié ce libellé et a introduit la notion des « standards internationaux du travail importants » (BO/CE 2018 973 et 975). Les « normes » ont ainsi été remplacées par les « standards », ce qui correspond, selon l'opinion défendue ici, à une ouverture du texte et, partant, à un élargissement des exigences admissibles à la lumière de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP. En même temps, le fait que les « standards internationaux du travail importants » (BO/CE 2018 973 et 975) soient plus tard devenus des « standards de travail internationaux importants » (art. 12,

mais de laisser la tâche de cette concrétisation à la pratique (ce qui peut être considéré comme une flexibilisation, voire une ouverture de la disposition). Par ailleurs, il n'est pas certain que les soutiens à la proposition FABIO REGAZZI⁷³ aient suffisamment pris en compte le caractère exemplatif (« notamment »)⁷⁴ – et non pas exhaustif – de l'énumération de certains domaines de la proposition BEAT JANS *et al.*,⁷⁵ de sorte qu'elle n'excluait aucunement les autres domaines, et que de surcroît, ladite énumération ne pouvait de toute manière pas être contraignante étant donné que la règle concernée était conçue comme « *Kann-Bestimmung* » en faveur de l'adjudicateur (« une preuve peut être exigée »⁷⁶).

En ce sens, la renonciation à l'énumération de certains domaines, préconisée par la proposition FABIO REGAZZI, doit être interprétée comme une confirmation du fait que la disposition en question n'établit aucune obligation à la charge des adjudicateurs publics et ne limite pas son champ d'application à un choix restreint de domaines spécifiques du monde du travail. Dans ce contexte, il sied de noter que selon le vote par lequel le Conseiller national LEO C. MÜLLER (au nom du groupe du PDC) a appelé à soutenir la proposition FABIO REGAZZI, l'avantage de cette proposition par rapport à la proposition BEAT JANS *et al.* résidait dans le fait que cette dernière serait formulée de manière trop restrictive (« *zu einschränkend* »).⁷⁷ Au vu de ces circonstances, il ne convient pas d'admettre que l'adoption de la proposition FABIO REGAZZI doive être vue comme un rejet des domaines concrets visés par la proposition BEAT JANS *et al.* (ou d'autres domaines). Bien au contraire, il semble qu'en renonçant à énumérer des domaines concrets, les parlementaires entendaient laisser aux adjudicateurs un pouvoir d'appréciation suffisamment large.

al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019) n'a aucune pertinence juridique et ne reflète qu'un toilettage rédactionnel de la disposition.

73 BO/CN 2018 1012.

74 BO/CN 2018 1013.

75 BO/CN 2018 1013.

76 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 65).

77 BO/CN 2018 1004: « *Sie haben es gehört, ein ähnlicher Antrag, der aber zu einschränkend formuliert war, war die Minderheit Jans zu Artikel 12 Absatz 2^{bis}. Diese Minderheit wurde jetzt zurückgezogen. Wir haben nun den Einzelantrag Regazzi vorliegen, und ich bitte Sie, diesen zu unterstützen.* »

La motivation de la proposition FABIO REGAZZI parle de cas spécifiques⁷⁸ dans lesquels l'adjudicateur public doit pouvoir intégrer dans l'appel d'offres des exigences sociales dépassant le minimum absolu⁷⁹ (qui est constitué, dans le contexte de la disposition en question, par le droit applicable au lieu de production et, subsidiairement, par les conventions fondamentales de l'OIT ; art. 12, alinéa 2 [1^{ère} phrase], LMP/AIMP 2019 ; cf. *supra* n. 35). Le but est, selon la motivation, de donner aux adjudicateurs des instruments afin de pouvoir réagir à des dysfonctionnements connus.⁸⁰ En ce sens, l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 permet avant tout d'établir des exigences sociales allant outre les standards prescrits par le droit « ordinairement » applicable au lieu de production dans les cas où lesdits standards ou la réalité factuelle audit lieu sont particulièrement graves, voire choquants. L'on comprend qu'il s'agit d'une démarche réactive et défensive : l'adjudicateur doit pouvoir éviter de faire produire ses prestations dans des conditions inacceptables⁸¹ afin de ne pas participer aux pratiques en cause et de ne pas les promouvoir. Cela étant, il ne semble pas que l'idée traduite par la disposition est de permettre à l'adjudicateur d'établir des exigences allant au-delà de l'évitement du recours à des pratiques inacceptables. En d'autres termes, le fait d'exiger certaines pratiques qui ne paraissent pas strictement nécessaires, au vu de la situation factuelle aux lieux de production concernés, n'est pas couvert par l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, même là où de telles pratiques peuvent sembler souhaitables. Dès lors, il sied de partir de l'idée qu'un standard de travail international est « important » (art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019) dans la mesure

78 BO/CN 2018 1012 (« *in spezifischen Fällen* »).

79 BO/CN 2018 1012 (« *Die Beschaffungsstellen sollen die Möglichkeit erhalten, in spezifischen Fällen über das absolute Minimum hinausgehende Anforderungen in die Ausschreibung aufzunehmen* »).

80 BO/CN 2018 1012 (« *Beschaffungsstellen sollen [...] auf bekannte Missstände reagieren können* »).

81 Cf. à ce propos le vote du Conseiller national BEAT JANS, BO/CN 2018 1003 : « *Wir wollen vor allem, dass Geschichten wie die Geschichte, die Sie vielleicht noch in Erinnerung haben, nicht mehr passieren: Da hat man für die Kleidung der Zivildienstleistenden einen Auftrag nach Mumbai erteilt. Die Leute dort mussten diese Kleider herstellen – unter miserablen Arbeitsbedingungen; zu wenig Licht, keine fairen Arbeitsverhältnisse, katastrophale Löhne – und das für einen Schweizer Auftraggeber, für Schweizer Kleider. Das wollen wir nicht mehr. Deshalb braucht es hier eine Korrektur, und wir glauben, dass der Antrag Regazzi dazu die Lösung bietet.* »

où il établit un niveau de protection des travailleuses et travailleurs qui doit être jugé d'indispensable afin d'éviter des situations inacceptables.

Un standard de travail est « international » (art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019) lorsqu'il est largement reconnu dans un nombre considérable de pays.⁸² Tel est le cas, selon l'opinion défendue ici, en particulier des standards « SA8000 »⁸³ et « amfori BSCI »,⁸⁴ ainsi que, dans l'industrie textile, des conditions d'admission à l'adhésion au programme de la « Fair Wear Foundation »⁸⁵. Les exigences de ces standards et conditions s'inspirent dans une large mesure du faisceau de mesures prévues dans des conventions de l'OIT qui n'appartiennent pas au cercle des conventions fondamentales (cf. *supra* n. 35), mais qui ont tout de même été édictées par cette organisation tripartite⁸⁶ comptant 187 États-membres et ratifiées par un grand nombre d'États. Par ailleurs, il est vrai que la réalisation, et la vérification du respect, des standards mentionnés ne peuvent être limitées à la production des prestations faisant l'objet du

82 L'attribut « international » ne figurait ni dans la proposition FABIO REGAZZI (BO/CN 2018 1013; cf. *supra* n.b.p. 66) ni dans la proposition BEAT JANS *et al.* (BO/CN 2018 1013; cf. *supra* n.b.p. 65) mais a été introduit au Conseil des États (par la majorité de la Commission de l'économie et des redevances [CER-E]). Cela étant, aucun vote parlementaire n'a traité de sa signification précise.

83 Social Accountability International (SAI), standard SA8000:2014 (cf. <https://sa-intl.org/resources/sa8000-standard>; visité le 5 avril 2024).

84 Business Social Compliance Initiative (BSCI), amfori BSCI Code of Conduct (2021; cf. <https://s3.eu-west-1.amazonaws.com/www-php-media-files.prd.amfori-services.k8s.amfori.org/09/amfori-bsci-code-of-conduct-english-december-2021-v2-2-1.pdf>; visité le 5 avril 2024). – Cf. à ce sujet TAF B-4165/2022, 23 novembre 2022, c. 3.10 (dans ce cas, l'adjudicateur avait demandé le respect du amfori BSCI Code of Conduct des soumissionnaires et de leurs sous-traitants; cette exigence n'était pas contestée dans le cas d'espèce; était litigieuse la question de savoir comment il y avait lieu d'interpréter l'exigence établie concrètement; sous cette réserve, l'on peut noter que le Tribunal administratif fédéral n'a pas émis le moindre doute par rapport à la licéité du standard en question, mais il a relevé, loc. cit., que celui-ci se base sur des principes largement reconnus tels que la déclaration universelle des droits de l'homme et les conventions et recommandations de l'OIT).

85 Dans le cadre d'une coopération formalisée entre la Fair Wear Foundation et une entreprise, cette dernière s'oblige à respecter certains standards, basés en particulier sur les conventions de l'OIT et la déclaration des droits de l'homme des Nations unies (cf. <https://www.fairwear.org/about-us/labour-standards>; visité le 5 avril 2024).

86 Cf. art. 3, al. 1 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 28 juin 1919 (nouvelle teneur selon l'Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 9 octobre 1946), signée à Montréal le 9 octobre 1946; RS 0.820.1.

marché public concret, mais doivent se faire au niveau des entreprises impliquées. Néanmoins, selon l'opinion défendue ici,⁸⁷ à condition que le but de l'exigence en question reste tout de même limité à un marché public concret, que cette exigence soit importante et qu'elle ne puisse être respectée ou vérifiée autrement, il convient d'admettre une exception à la règle selon laquelle les spécifications du marché doivent être liées exclusivement à la production et au produit final du marché public (le même constat vaut pour les critères d'adjudication ; cf. *infra* n. 64).⁸⁸

Toujours selon l'opinion défendue ici, les exigences du label de commerce équitable « Max Havelaar »⁸⁹ sont à qualifier de « standards de travail internationaux importants » au sens de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019.⁹⁰ S'il est vrai que ces exigences ne concernent pas exclusivement les rapports de travail au sens du travail salarié, mais avant tout la situation économique et sociale de petits paysans exposés (à défaut de commerce équitable) aux pressions du marché mondial et

87 Cf. DE ROSSA/DAVID (2020), n. 23 : « rarement un système de management social dans l'entreprise déploiera un effet direct et démontrable sur la qualité technique d'un produit ou d'une prestation ». En effet, un système de management social (quelconque) ne peut être exigé sous le titre des spécifications (ou sous celui des conditions de participation). Toutefois, cela ne signifie pas que des standards concrets, visant des problématiques déterminées, soient inadmissibles s'ils s'appliquent sur le niveau de l'entreprise parce qu'il n'est pas possible de réaliser ou de vérifier les exigences en question uniquement dans le cadre de la production des prestations en question.

88 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 206 s.

89 Cf. pour une orientation sur les exigences du label Max Havelaar <https://www.fairtrademaxhavelaar.ch/fr/consommateurs/translate-to-fr-unser-label> (visité le 5 avril 2024). Entre autres, il sied de mentionner le « prix minimum Fairtrade » (garanti dans la durée), la « prime Fairtrade » (à investir dans le développement durable de l'exploitation et des personnes impliquées dans la production) ainsi que d'autres mesures visant l'amélioration de la situation économique, sociale (y compris la santé) et environnementale au lieu de production.

90 Du même avis, dans le résultat et passant par l'art. 30, LMP/AIMP 2019 (cf. à cet égard *supra* n. 22 ss), OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 28 ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 9 ; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 422. Cf. en outre op. cit., n. 208 : selon ces auteur.e.s, il est interdit de limiter la concurrence aux seuls soumissionnaires qui, dans leurs activités générales, proposent exclusivement des produits issus du commerce équitable. En effet, une telle exigence va plus loin que nécessaire, l'adjudicateur pouvant se limiter à exiger que les produits qui lui sont fournis aient été produits selon les standards du commerce équitable. L'exigence selon laquelle tous les produits proposés par le soumissionnaire répondent à certains standards n'a en ce sens pas de lien suffisant avec le marché concret.

de ses grands acteurs puissants,⁹¹ ainsi que l'environnement au lieu de production, la prise en compte des besoins fondamentaux de ces paysannes et paysans est parfaitement conforme avec le but de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019. Ce but est de permettre aux adjudicateurs de se préoccuper, dans un cadre minimal dépassant les conventions fondamentales de l'OIT, de la durabilité sociale (resp., des conséquences sociales) de la production des prestations qu'ils commandent, même si les exigences posées n'ont pas d'incidence sur la nature physique du produit final. Il serait trop restrictif d'interpréter « travail » au sens de la disposition citée comme n'incluant que le travail salarié et non pas également le travail indépendant des petites paysannes et petits paysans. Du reste, la durabilité sociale dépend, entre autres, de l'état de l'environnement ainsi que de la situation économique des productrices et producteurs. Ainsi, à y regarder de plus près, les exigences du commerce équitable n'outrepassent pas les limites de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019.

Finalement, il sied de préciser que l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 permet d'exiger le respect de « standards », et non pas de « normes », de travail internationaux importants. Dans le contexte d'une procédure d'adjudication, peut constituer un « standard » (impératif) toute exigence déterminée qu'il y a lieu de respecter, selon le cas au minimum ou de manière précise. Le Conseil des États a substitué le terme « norme[s] », contenu dans les propositions BEAT JANS *et al.*⁹² et FABIO REGAZZI,⁹³ par celui de « standards »,⁹⁴ ce que le Conseil national n'a plus modifié par la suite.⁹⁵ Ce changement n'est pas seulement de nature terminologique mais revêt une importance matérielle. Au fil de l'histoire de la genèse parlementaire de l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 (qui traite, notamment, du droit environnemental à respecter par les soumissionnaires produisant à l'étranger), l'Assemblée fédérale a sup-

91 Cf. <https://www.fairtrademaxhavelaar.ch/fr/consommateurs/translate-to-fr-unser-label> (visité le 5 avril 2024): « Les prix minimums Fairtrade constituent un filet de sécurité important en cas de chute des prix du marché ».

92 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 65).

93 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 66).

94 BO/CE 2018 973.

95 BO/CN 2019 144 et 146.

primé le terme allemand « *international[e] Standards* »⁹⁶ (en français: « normes [...] internationa[les] »⁹⁷) et a ainsi restreint⁹⁸ le cercle des exigences pouvant être établies en vertu de l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 (pour la production à l'étranger) aux obligations découlant du droit international (« *international[e] Übereinkommen* »; « conventions internationales »). Le fait qu'en même temps, en matière de travail, les « normes » soient devenues des « standards » (art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019), doit donc être interprété en ce sens que dans ce domaine, le Parlement ne voulait pas limiter l'objet de la disposition aux « conventions internationales » (art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019), respectivement à des normes légales, contrairement au domaine de l'environnement. Tout au contraire, il s'est décidé à ne pas parler, dans la deuxième phrase de l'article 12, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, de conventions internationales (ou de « normes »), mais de leur préférer le terme bien plus large de « standards ». L'on ne saurait donc exiger, sur la base de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, que l'adjudicateur établisse uniquement des spécifications découlant de certaines conventions du droit international. D'autres exigences répondant aux critères de la notion de « standards de travail internationaux importants » sont tout aussi admissibles.⁹⁹

d. L'interprétation de la notion des « autres standards » par le Conseil fédéral

Selon l'article 4, alinéa 2, OMP, outre le respect des conventions fondamentales de l'OIT, un adjudicateur assujetti à la LMP « peut exiger, à titre de standards de travail internationaux importants [art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP], que les soumissionnaires respectent les principes inscrits dans d'autres conventions de l'OIT, à condition que la Suisse les ait ratifiées ». Même si, à première vue, en raison de son caractère facultatif (« peut exiger »), cette disposition ne semble pas établir un ordre exhaustif, il sied de constater qu'un tel ordre semble correspondre à l'intention

⁹⁶ BO/CN 2018 1010.

⁹⁷ BO/CN 2018 1010.

⁹⁸ Cf. BO/CE 2018 968 (vote du Conseiller aux États PIRMIN BISCHOF au nom de la CER-E [cf. *supra* n.b.p. 72]): « *In der Diskussion hat sich ergeben, dass wir nicht von internationalen Standards reden wollen, sondern nur von internationalen Übereinkommen – von denen aber schon* ».

⁹⁹ Selon TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 11, la question est controversée.

du Conseil fédéral, qui a établi la condition que « la Suisse [...] ait ratifié[é] » les conventions dont se sert l'adjudicateur (ce qui n'aurait probablement pas de sens si, d'après l'intention du Conseil fédéral, l'adjudicateur était libre de choisir d'autres standards). Par l'article 4, alinéa 2, OMP, le Conseil fédéral entend donc limiter les « standards de travail internationaux importants » selon l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP aux seules normes découlant des conventions de l'OIT que la Suisse a ratifiées¹⁰⁰ (il existe environ trois douzaines de conventions de l'OIT que la Suisse n'a pas ratifiées,¹⁰¹ deux d'entre elles étant d'ailleurs qualifiées de fondamentales¹⁰²).¹⁰³

Cela dit, il est tout sauf certain que cette limitation opérée par l'article 4, alinéa 2, OMP respecte la règle légale de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP et l'esprit des propositions BEAT JANS *et al.* et FABIO REGAZZI (cf. *supra* n. 36 ss). Contrairement aux aspects écologiques, qui ne sont pas réglementés de la même manière (art. 12, al. 3, LMP; cf. *supra* n. 41), le Parlement n'a, pour le domaine du travail, pas posé le critère des « conventions internationales » (ni celui des « normes »), mais a opté pour celui des « standards internationaux » – critère qu'il a délibérément refusé dans le cadre des aspects écologiques (cf. *supra* n. 41). Ainsi, de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP, il ne découle ni que les exigences doivent correspondre à des normes du droit international ou national, ni que les standards doivent être prévus dans des conventions internationales (de l'OIT, que la Suisse a ratifiées).¹⁰⁴ La disposition est bien plus

¹⁰⁰ Cf. Commentaire OMP 2020, p. 7: « Le présent alinéa précise ce qui est compris sous autres standards de travail internationaux importants. »

¹⁰¹ Cf. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102861 (visité le 5 avril 2024): 37 conventions non ratifiées.

¹⁰² Cf. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102861 (visité le 5 avril 2024): Convention (n° 155) sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981; Convention (n° 187) sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, 2006. En ce sens, l'annexe 6, LMP et l'annexe 3, AIMP 2019 sont lacunaires. – Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 239.

¹⁰³ Cf. pour des exemples de standards envisageables dans ce cadre DE ROSSA/DAVID (2020), n. 18: « obligations portant [...] sur la santé au travail, sur la protection de la maternité, sur la durée maximale du travail et sur le salaire minimum vital ».

¹⁰⁴ Dans le Commentaire OMP 2010, p. 7, le Conseil fédéral motive son choix d'adopter, à l'art. 4, al. 2, OMP, une règle destinée à restreindre les « autres standards de travail internationaux importants » aux conventions de l'OIT que la Suisse a ratifiées, comme suit: « Ces principes sont reconnus par la Suisse et par la communauté

ouverte et ne contient pas de condition formelle. Elle doit être lue en tenant compte de son texte ouvert et à la lumière des propositions BEAT JANS *et al.* et FABIO REGAZZI (cf. *supra* 36 ss). C'est le caractère « international » (internationalement reconnu; cf. *supra* n. 39) et « important » (réagissant à de graves dysfonctionnements; cf. *supra* n. 36 et n. 38) qui fait qu'une exigence donnée est le cas échéant un « standard de travail » au sens de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP. En outre, même si l'article 60, alinéa 1, LMP confie au Conseil fédéral la tâche d'édicter des dispositions d'exécution, il est évident que, contrairement à l'article 12, alinéa 3, LMP, qui délègue expressément au Conseil fédéral la compétence de déterminer (exhaustivement) les conventions internationales pertinentes, l'article 12, alinéa 2, LMP ne contient aucune délégation spécifique, et encore moins un transfert d'une compétence pour limiter l'étendue de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP. Dès lors, l'OMP du Conseil fédéral doit se limiter à des questions d'exécution de l'article 12, alinéa 2 (2^e phrase), LMP et ne saurait par-là restreindre la notion de

internationale. Ils sont clairement définis juridiquement et sont issus d'un accord au niveau international entre gouvernements et partenaires sociaux. Il est à noter que l'OIT est la seule référence et organisation internationale dans le domaine du droit du travail qui fait autorité ». Ces arguments ne traitent pas du texte de la loi, qui ne renvoie à aucune autorité de droit international et n'exige pas que ce soient des États qui aient reconnu le caractère important des standards en question. Du reste, le Conseil fédéral ne mentionne pas que toutes les conventions de l'OIT ratifiées par la Suisse n'ont pas été ratifiées par tous les membres de l'OIT et que la Suisse n'a pas ratifié toutes les conventions de l'OIT (cf. n. 42). Ainsi, le choix des conventions ratifiées par la Suisse n'est pas convaincant. En fait, le Conseil fédéral sous-entend que le droit international (en particulier, l'AMP 2012) interdit à la Suisse d'exiger le respect de standards qu'elle-même n'a pas juridiquement acceptés, et donc que l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP ne saurait constituer une base pour l'exigence de ces standards. Or, si l'interdiction de discrimination du droit international permet d'aller plus loin que les conventions fondamentales de l'OIT (cf. à ce sujet *infra* n. 112) – ce que le Conseil fédéral ne conteste pas sur le principe – il n'est que peu probable que le critère de l'admissibilité réside dans le fait que le pays de l'adjudicateur ait ratifié des conventions de l'OIT traitant de l'exigence en question dans le cas d'espèce. Bien plutôt, il y a lieu de s'attendre à ce que soit déterminante la question de savoir si l'exigence en cause concerne un problème social important qui n'existe pas ou qui est résolu de manière suffisante, *de iure ou de facto*, dans le pays de l'adjudicateur. Si la réponse à cette question est négative sous le premier ou le deuxième aspect, il est difficile d'éviter tout soupçon de discrimination. En ce sens, ce n'est que dans le cas où il s'agit de problèmes graves, que le pays de l'adjudicateur ne doit pas se faire reprocher, que cet adjudicateur peut exiger d'un soumissionnaire d'aller plus loin que la législation applicable au lieu de production (tant que l'exigence en cause ne dépasse pas ladite législation, elle ne pose pas de problème particulier).

« standards de travail internationaux importants », contenue dans la loi au sens formel. Il convient donc d'interpréter l'article 4, alinéa 2, OMP en ce sens que les exigences qu'il désigne ne constituent qu'une énumération non exhaustive et que seule la notion légale (cf. *supra* n. 36 ss) est décisive.

B. Deux précisions

Pour se comporter de manière durable, une consommatrice, notamment une entité adjudicatrice publique, devrait d'abord prendre en considération la renonciation à l'acquisition et le réemploi de biens existants (n. *supra* 7 ss). Lorsque ces deux options sont impossibles ou conduiraient à des résultats insatisfaisants, il est recommandé de concevoir les prestations neuves en tenant compte de manière optimale des divers aspects du développement durable (n. *supra* 14 ss). Ce travail de conception est en principe effectué en amont de la phase de sélection¹⁰⁵ entre plusieurs offres concernant lesdites prestations (procédure d'adjudication). Or, il y a lieu de nuancer ce point sous deux aspects.

Premièrement, pour se faire assister dans la conception des prestations à produire, la consommatrice peut acquérir des services de conception auprès d'un tiers. L'on pense ici, notamment, aux contrats de conception (resp., planification) du domaine de la construction ainsi qu'aux concours et mandats d'études parallèles qui précèdent le cas échéant la conclusion de tels contrats et dans le cadre desquels une partie du travail de conception est réalisée avant cette conclusion. Lorsque la consommatrice procède à l'acquisition de services de conception, elle veillera à établir des obligations et buts contractuels qui visent une conception tenant compte de manière optimale de la durabilité du marché à concevoir. En outre, lors du choix de l'entreprise censée concevoir des prestations ultérieures, la consommatrice utilisera des critères de sélection (critères d'aptitude) garantissant la présence des facultés minimales nécessaires pour concevoir des prestations en harmonie avec les principes du développement durable¹⁰⁶ ainsi que des critères d'adjudication permettant de valoriser

¹⁰⁵ Cf. Message LMP, 1789; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 5; MARTI (2022), p. 15; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169, n. 418, n. 488 et n. 503 (cf. pour les citations *supra* n.b.p. 7 et n.b.p. 10).

¹⁰⁶ Par exemple, dans le domaine de la construction, si un adjudicateur veut (ou doit; *infra* n. 81) faire concevoir et construire un ouvrage conformément au Standard

des expériences particulièrement riches et une innovativité particulièrement grande des entreprises candidates.

Deuxièmement, dans la mesure où la consommatrice présume qu'il est possible d'augmenter davantage la conformité de sa conception des prestations à acquérir avec les principes du développement durable, mais ignore (le cas échéant: malgré son recours au conseil de spécialistes; cf. *supra* n. 45) comment y arriver concrètement, elle a intérêt à définir les spécifications desdites prestations non pas de manière fixe, mais comme un minimum impératif que les soumissionnaires doivent respecter et qu'ils sont en même temps invités à optimiser dans le cadre de leurs connaissances et de leur pouvoir d'innovation. La qualité des optimisations ainsi proposées devrait ensuite être évaluée sous des critères d'adjudication appropriés¹⁰⁷ (qu'à tout le moins les entités adjudicatrices publiques doivent anticiper afin de pouvoir les annoncer au début de la procédure d'adjudication, conformément au principe de la transparence; cf. art. 2, let. b et art. 35, let. p, LMP/AIMP 2019). En procédant de cette façon, et en ne terminant pas la conception avant la phase de recherche des offres satisfaisant son besoin, la consommatrice se met au bénéfice du savoir-faire et des idées novatrices en matière de développement durable des entreprises avec lesquelles elle entre en contact. Dans le même sens, l'adjudicateur devrait en principe admettre des variantes qui proposent une qualité supérieure en matière de durabilité du marché.

Savoir si une consommatrice sait elle-même concevoir ses prestations d'une manière durable, si elle se fait assister par une entreprise qui lui fournit des services de conception, et dans quelle mesure elle laisse les spécifications ouvertes pour que les soumissionnaires puissent améliorer la durabilité des prestations en cause, dépend de la consommatrice et de

de la construction durable en Suisse (SNBS), il peut établir un critère d'aptitude selon lequel il admettra uniquement des soumissionnaires disposant d'un minimum déterminé d'expériences pratiques avec la déclinaison du Standard (« Bâtiment », « Areal » ou « Infrastructure ») qui est concernée dans le cas concret.

¹⁰⁷ À défaut d'une valorisation de la qualité (durabilité) particulière des offres par les critères d'adjudication, les soumissionnaires renonceront en règle générale à proposer une telle qualité, car elle a normalement pour conséquence d'augmenter le prix de l'offre, ce qui diminue les chances d'obtenir l'adjudication, à moins que des critères d'adjudication honorant la qualité en question ne soient établis et pondérés de manière suffisamment importante.

la nature des prestations à acquérir. Dans le domaine de la construction, il est parfaitement normal que la consommatrice externalise (en partie) la conception et la confie à une entreprise spécialisée, tandis que cela est moins usuel dans d'autres secteurs. En outre, dans les marchés de masse, pour autant qu'il y ait lieu de s'attendre à ce que les entreprises soumissionnaires ne proposent pas une solution individuelle, mais l'un de leurs produits existants (p.ex., dans le cas de l'achat de voitures), la consommatrice qui veut se comporter de manière durable n'a pas intérêt à laisser une partie de la conception des prestations auxdites entreprises, mais devrait plutôt veiller à ce que la conception qu'elle choisit débouche sur des spécifications et des critères d'adjudication visant et favorisant les produits existants qui sont actuellement les meilleurs en termes de durabilité.

III. De l'étendue du devoir d'acheter de manière durable

Thèse n° 3 :

Le nouveau droit des marchés publics oblige à acheter conformément aux principes du développement durable sous tous ses trois aspects (économique, écologique et social). Cela étant, cette obligation ne concerne pas la conception des prestations intervenant avant l'ouverture de la procédure d'adjudication, respectivement, les spécifications (techniques et autres), mais se limite aux critères d'adjudication, aux conditions de participation et, le cas échéant, aux critères d'aptitude. Une obligation de spécifier les marchés publics de façon particulièrement durable peut cependant découler du droit de l'organisation applicable à l'adjudicateur ou d'une stratégie de durabilité des achats que celui-ci a adoptée, ainsi que de la législation de droit public spéciale. Une telle obligation ne peut être invoquée par les soumissionnaires.

La troisième thèse concerne l'étendue des obligations légales que les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter en matière de développement durable dans le contexte de leurs achats. Avant que ces questions ne soient traitées, il convient cependant de s'arrêter sur l'interprétation du but légal de la durabilité tel qu'il est prévu à l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019.

A. Le but légal de la durabilité

À la teneur de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019, la législation sur les marchés publics vise en particulier « une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ». Au vu du fait que ce libellé contient deux fois le terme « économique », contrairement à l'article 2, lettre a, P-LMP, qui prévoyait un texte, sinon plus élégant, en tout cas plus simple (« une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics »; en allemand: « *den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel* »), il sied d'analyser comment comprendre l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 et la notion de durabilité que cette disposition reflète. Ensuite, les devoirs concrets des adjudicateurs publics en matière de durabilité seront présentés à la lumière de cette analyse (*infra* n. 58 ss).

1. L'étendue et le rang de l'aspect économique

Il est généralement reconnu que le développement durable repose sur la prise en compte simultanée des bases et des effets économiques, écologiques et sociaux de la décision, respectivement, du comportement en question.¹⁰⁸ Dans cette perspective, seule une vision holistique n'écartant aucun élément concret pertinent et n'octroyant aucune priorité préalable à l'aspect économique, écologique ou social est appropriée. En effet, la favorisation de certains éléments ou aspects exclurait un résultat équilibré et empêcherait ainsi que le développement durable soit promu de manière optimale. En fait, s'il arrive fréquemment qu'une mesure donnée soit bénéfique sous plusieurs aspects (p.ex., une machine consommant moins d'énergie est plus durable tant sous l'angle économique qu'écologique),¹⁰⁹ tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, il s'agit souvent de trouver le meilleur compromis possible (l'optimum) entre plusieurs aspects qui renferment des objectifs antagonistes, du moins dans une cer-

¹⁰⁸ Message LMP, 1723 et 1788; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 12; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 11, n. 144 s. et n. 151; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 2; MARTI (2022), p. 13 s.

¹⁰⁹ Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91: « *the new catalogue of procurement goals is based on the concept that efficiency and sustainability are not irreconcilable, but are complements, especially when overlapping in the <total cost of ownership> (TCO) approach* ».

taine mesure (p.ex., si une machine consomme moins d'électricité, l'économie, concrètement un fournisseur d'électricité, « perd » du chiffre d'affaires, conduisant potentiellement à une suppression d'emplois). En suivant cette logique, l'on constate que, dans la situation où une consommatrice acquiert des prestations, toutes les conséquences économiques, écologiques et sociales résultant de cette acquisition doivent être prises en compte, indépendamment de la question de savoir où elles ont lieu. En ce sens, sous l'aspect économique en particulier, il convient de prendre en considération les effets (à court et à long terme) de l'acquisition tant sur la situation économique de la consommatrice (économie de gestion) que sur l'état du secteur économique concerné et de l'économie en général (économie politique).

L'on peut dès lors constater que, dans le cas de l'acquisition de prestations, l'aspect économique du développement durable ne concerne ni uniquement l'économie politique, ni uniquement la situation économique de la consommatrice (économie de gestion) mais les deux en même temps. Dans cette perspective, la formulation de l'article 2, lettre a, P-LMP, qui se limitait à mentionner l'« utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable » des fonds publics, tendait à motiver une interprétation recouvrant aussi bien l'économie politique que la situation économique de l'adjudicateur public. Or, l'Assemblée fédérale semble avoir compris l'article 2, lettre a, P-LMP en ce sens que « économiquement [...] durable » (en allemand: « *wirtschaftlich [...] nachhaltig* ») ne vise que la situation économique de l'adjudicateur et ne consacre ainsi que le principe d'économicité (au sens de l'économie de gestion) de l'achat public selon l'ancienne législation (cf. article 1, alinéa 1, lettre c, aLMP: « utilisation économique des fonds publics »).¹¹⁰ Dans cette vi-

110 Cf. BO/CN 2018 1004 (vote du Conseiller national LEO MÜLLER): « *Die CVP-Fraktion unterstützt den Mehrheitsbeschluss der Kommission, wonach in Artikel 2 Buchstabe a in den Zweck aufgenommen wird, dass die öffentlichen Mittel nicht nur wirtschaftlich, sondern auch volkswirtschaftlich sinnvoll und nachhaltig eingesetzt werden sollen. Es geht hier darum, dass man den Einsatz der Mittel nicht nur projektbezogen, sondern auch volkswirtschaftlich beurteilt* ». – La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) avait proposé un nouveau libellé qui correspond à celui de l'art. 2, let. a, LMP entré en vigueur et qui contenait, dans sa version allemande, le nouvel élément « *volkswirtschaftlich [...] nachhaltig* » (cf. BO/CN 2018 1010), ce qui pourrait être traduit par « durable sous l'aspect de l'économie politique » (cf. le texte italien de l'art. 2, let. a, LMP: « *sostenibile sotto il profilo [...] dell'economia pubblica* »). Dans ce contexte, la

sion des choses, un rappel légal soulignant que les effets des achats publics sur l'économie politique doivent également être considérés paraissant nécessaire aux yeux des parlementaires.¹¹¹ C'est pour cette raison que le terme « *volkswirtschaftlich* » (« *economia pubblica* »), respectivement la deuxième mention du mot « économique », a été intégré à l'article 2, lettre a, LMP (et à l'art. 2, let. a, AIMP 2019).

Selon l'opinion défendue ici, le Parlement est parti d'une idée erronée, car l'interprétation de la formulation de l'article 2, lettre a, P-LMP à la lumière des principes du développement durable devait conduire de toute manière à ce que l'aspect « économique » du développement durable englobe tant l'économie de gestion que l'économie politique (cf. *supra* n. 50 s.) – la précision effectuée par le Parlement fédéral est ainsi superflue d'un point de vue purement juridique. Quoi qu'il en soit, l'histoire de la genèse de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 51) fournit des enseignements importants: en dépit du texte de ladite disposition qui, surtout dans ses versions allemande et italienne, semble vouloir mettre un accent particulier sur l'utilisation économique des fonds publics (dans le sens de l'économie de gestion) et lui attribuer la priorité sur les aspects écologiques, sociaux et économiques (dans le sens de l'économie politique),¹¹² l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 s'inscrit

formulation « *nicht nur wirtschaftlich, sondern auch volkswirtschaftlich* » (« non seulement sous l'aspect économique mais aussi sous celui de l'économie politique » [trad. par réd.]) du vote parlementaire précité témoigne du fait que le Parlement pensait que l'art. 2, let. a, P-LMP ne visait que la durabilité de la situation économique de l'adjudicateur public et entendait, par l'ajout de « *volkswirtschaftlich* », souligner que l'aspect économique du développement durable ne concerne pas uniquement l'économie de gestion de l'acheteur mais aussi les effets de l'achat sur l'économie politique.

111 Cf. BO/CN 2018 1004 (vote du Conseiller national LEO MÜLLER; cf. *supra* n.b.p. 110).

112 Lorsqu'on compare le libellé de l'art. 2, let. a, P-LMP (« une utilisation économique, écologiquement et socialement durable des deniers publics »; « *den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel* »; « *l'impiego sostenibile dei fondi pubblici sotto il profilo economico, ecologico e sociale* ») avec celui de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 décidé par l'Assemblée fédérale (« une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables »; « *den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel* »; « *un impiego dei fondi pubblici economico, nonché sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica* »), il pourrait sembler que le fait que l'aspect de l'économie de gestion ait été extrait de la *trias* des aspects du développement durable et placé

dans une logique de considération holistique de tous les aspects, sans priorité préalablement établie (au bénéfice de l'économie de gestion ou d'autres aspects).¹¹³ En fait, il ne ressort aucunement des débats parlementaires que l'Assemblée fédérale entendait instaurer un ordre de priorité afin d'accorder une quelconque prépondérance à l'économie de gestion. Au contraire, elle voulait s'assurer que l'aspect économique du développement durable soit compris de manière large et non pas restreint à la perspective de l'économie de gestion (cf. *supra* n. 51). Dès lors, étant entendu que l'aspect économique du développement durable recouvre tant l'économie politique que l'économie de gestion, la signification réelle de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 est mieux exprimée par le libellé de l'article 2, lettre a, P-LMP : la législation sur les marchés publics a pour but « une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics ». ¹¹⁴ L'économie de gestion n'a

avant celle-ci reflète une priorisation de l'économicité au sens étroit (économie de gestion ; cf. ég. TRÜEB [2020], art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 18, qui part de l'idée que la loi attribue un statut prioritaire à l'économie de gestion ; cf. à ce propos *infra* n.b.p. 114). Or, comme le démontre l'analyse de la compréhension que le Parlement avait de l'art. 2, let. a, P-LMP (cf. *supra* n.b.p. 62), une telle impression serait fautive : en réalité, l'intention n'était pas de prioriser l'économie de gestion, mais d'assurer que l'économie politique soit également prise en compte.

113 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 11, n. 145 et n. 151.

114 D'un autre avis MARTI (2022), p. 12 : cet auteur prend l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 à la lettre et oppose donc, conformément au texte de la disposition, l'économicité (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 : « utilisation des deniers publics qui soit économique ») à la durabilité (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 : « utilisation des deniers publics [...] qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables »), comme s'il s'agissait d'antagonistes : « L'utilisation [des deniers publics] doit être « économique » d'une part et respecter les principes de durabilité d'autre part ». Or, puisque l'aspect économique du développement durable englobe tant l'économie de gestion que l'économie politique (cf. *supra* n. 50), selon l'opinion défendue ici, cette interprétation littérale ne reproduit pas le bon sens de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019, qu'il s'agit de lire comme l'art. 2, let. a, P-LMP (« une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics »). – TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 18 s., semble également être d'un autre avis et préférer une interprétation (littérale) de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 selon laquelle l'aspect de l'économie de gestion doit avoir un poids plus important que les autres aspects du développement durable. Toutefois, ce faisant, cet auteur se dirige surtout contre une interprétation de « *volkswirtschaftlich* » dans le sens de l'économie nationale (au lieu de l'économie politique en général) et contre le fait d'utiliser des critères sans lien avec l'optimisation du marché public en tant que tel. Ainsi, dans le résultat, l'opinion défendue ici (selon celle-ci, l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 doit être lu comme l'art. 2, let. a, P-LMP était libellé ; le but décrit par

ainsi aucune priorité, quoi qu'il ressorte d'une lecture purement littérale de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (surtout dans ses versions allemande et italienne, qui semblent vouloir sortir l'économie de gestion du jeu paritaire entre les différents aspects du développement durable).

2. *Économie politique – nationale ?*

Il reste à préciser que le terme « *Volkswirtschaft* » (resp., « *volkswirtschaftlich* » ; cf. art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 dans sa version allemande) se traduit en principe par « économie politique » (cf. art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 dans sa version italienne : « *economia pubblica* ») mais est parfois compris dans le sens de l'« économie politique nationale »¹¹⁵

cette disposition ne concerne aucun intérêt étranger au marché public mais se limite à l'optimisation de celui-ci et de ses conséquences directes ; et les termes « *volkswirtschaftlich* », « économique » et « *economia pubblica* » ne doivent pas être compris dans le sens d'économie nationale mais d'économie politique) et celle de l'auteur précité ne divergent pas fondamentalement. La seule différence semble résider dans la question de savoir si, dans l'optimisation du marché et de ses conséquences, l'aspect d'économie de gestion (qui se recouvre par ailleurs assez souvent avec l'aspect écologique ; cf. en particulier *supra* n. 12 et n. 50) doit avoir une position privilégiée par rapport aux aspects d'économie politique (non pas : nationale), écologique et social. Selon l'opinion défendue ici, il n'y a pas lieu d'accorder un tel privilège à l'économie de gestion (il ne serait en outre pas clair comment un statut privilégié de cet aspect se concrétiserait, étant donné qu'il ne concerne pas seulement le coût des prestations à acquérir, mais aussi la qualité de celles-ci). Bien plutôt, l'art. 2 let. a, LMP/AIMP 2019 commande d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la loi en pondérant tous les aspects de la durabilité du marché public. En fin de compte, il s'agit de trouver, dans chaque cas d'espèce, la balance optimale entre les différents aspects, respectivement, entre les mesures que ces aspects exigent. Du reste, TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 s., part de l'idée qu'il sied d'éviter les effets écologiques et sociaux négatifs des marchés publics dans la mesure où l'économie de marché n'arrive pas à les éliminer. Ainsi, le privilège qu'il semble donner à l'aspect d'économie de gestion doit à tout le moins être compris dans un sens considérablement large.

¹¹⁵ Dans ce sens BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI) : « *Es kann nicht sein, dass wir öffentliche Aufträge an Firmen im Ausland vergeben, die wiederum staatlich subventioniert werden. Darum ist das Einfügen des Passus des volkswirtschaftlichen Aspekts in Artikel 2 Buchstabe a für die Revision relevant. WTO-Regeln sind nur dann fair, wenn man die volkswirtschaftlichen Bedingungen eines Landes mitberücksichtigt, z.B. den Arbeitsmarkt, die Beschäftigung von Inländern, die unterschiedlichen Preisniveaus oder die Eigenarten eines Bildungssystems, bei uns zum Beispiel unser erfolgreiches duales Bildungssystem* ».

(suisse, en l'occurrence),¹¹⁶ le terme « *Volk* » signifiant « peuple ». Cela étant, à tout le moins dans le champ d'application du droit international des marchés publics (cf. en outre *infra* n. 54), une telle lecture de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 serait discriminatoire et donc ne saurait être suivie (cf. en particulier art. IV:1–2, AMP 2012 et art. 6, al. 1 et al. 2, de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999¹¹⁷).¹¹⁸

Dans ce contexte, il sied de noter que l'Assemblée fédérale a réservé le droit international à l'article 29, alinéa 1, LMP (« En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse »).¹¹⁹ Cette réserve sert avant tout de garde-fou au critère d'adjudication concernant « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie »,¹²⁰ qui a manifestement pour but de favoriser l'économie nationale – à

¹¹⁶ Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 12; Message type AIMP 2019, p. 25: « influence positive sur le pôle industriel suisse ». Il sied de préciser que le Message type AIMP 2019 ne saurait être considéré comme une source fiable en ce qui concerne l'interprétation de la LMP ou des débats de l'Assemblée fédérale. Il explique la manière dont les cantons ont compris lesdits débats et comment ils entendaient interpréter l'art. 2, let. a, AIMP 2019, amendé à la suite de la modification (par le Parlement fédéral) de l'art. 2, let. a, LMP.

¹¹⁷ AccBil – RS 0.172.052.68.

¹¹⁸ TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 153.

¹¹⁹ Cf. BO/CN 2019 1012; BO/CE 2019 520.

¹²⁰ Cf. en particulier BO/CN 2019 1210 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): « Donc les critères mentionnés à l'article 29 alinéa 1 devraient être pris en considération par l'adjudicateur, mais uniquement s'ils sont conformes aux engagements internationaux de la Suisse. Pourquoi avons-nous introduit ce bout de phrase? Eh bien, c'est pour éviter que le critère de la différence par rapport aux prix pratiqués dans les pays où la prestation est délivrée, auquel le Conseil des États tenait, conduite à des violations du droit international et d'accords de l'Organisation mondiale du commerce. C'est ce but qui a été poursuivi »; *ibidem* (vote du Conseiller national CORRADO PARDINI): « *Neu heisst es: <Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz...>. Darauf folgen alle Kriterien. Also haben wir uns eigentlich auf eine Selbstverständlichkeit geeinigt, namentlich darauf, dass wir bei der Beurteilung der Kriterien internationale Verpflichtungen mitberücksichtigen müssen [...]. Dieser Einschub, wie ich ihn zitiert habe, gilt unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz für alle möglichen Zuschlagskriterien gemäss Absatz 1 und ist, wie gesagt, eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die wir im Gesetz nochmals reproduzieren* ».

savoir les entreprises produisant en Suisse¹²¹ – et est dès lors contraire à l’interdiction de discrimination consacrée par le droit international¹²² (cf. en particulier art. IV, al. 1 et al. 2, AMP 2012 et art. 4, AccBil; cf. par rapport à ce critère en outre *infra* n. 109). La majorité du Parlement était également de cet avis.¹²³ En outre, même indépendamment du

121 Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 90 (cf. pour la citation *infra* n.b.p. 311); SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 521; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 21.

122 Cf. TRÜEB/ZOBL (2020), n. 59 s. et n. 81; STEINER/KLINGLER (2023), p. 90; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 521; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 21; cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 7; ZUFFEREY (2020), p. 6.

123 Cf. BO/CN 2018 1001 (vote du Conseiller national BEAT JANS): «*Das ist nach unserer Kenntnis nicht umsetzbar, weil das die WTO nicht zulassen wird. Es gefährdet im Kern dieses Abkommen, wenn wir das machen*»; BO/CN 2018 1046 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): «*Le recours à des critères sans lien avec les prestations pouvant faire l’objet des marchés, comme les différences entre les niveaux de prix des pays, violerait non seulement les dispositions de l’accord de l’OMC [= AMP 2012] mais aussi l’accord bilatéral conclu avec l’Union européenne sur certains aspects concernant les marchés publics et les accords de libre-échange conclus avec des États tiers*»; BO/CN 2018 1047 (vote du Conseiller national CORRADO PARDINI): «*Dann haben wir bei Artikel 29 Absatz 1^{bis} eine Minderheit Flückiger Sylvia, die verlangt, dass der Preis unter Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, beurteilt wird. Die Kommission hat den Antrag Flückiger Sylvia mit 15 zu 7 Stimmen ohne Enthaltungen abgelehnt, und dies aus drei Überlegungen. Erstens hält die Mehrheit fest, dass dieser Antrag, der nur rudimentär vorliegt, auf jeden Fall auch in seinen heutigen Eckwerten diametral jeglicher WTO-Richtlinie und jeglichen WTO-Grundsätzen widerspricht*»; BO/CN 2019 141 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): «*Ich bitte Sie, hier der Mehrheit und damit dem Entwurf des Bundesrates zuzustimmen. Gegen den Antrag der Minderheit und den Beschluss des Ständerates spricht, dass Sie damit offensichtlich gegen andere internationale Verpflichtungen verstossen würden*»; BO/CN 2019 148 f. (vote du Conseiller national LEO MÜLLER): «*Wenn wir jetzt bei uns eine Regelung ins Gesetz einfügen, die besagt, dass gewisse Massnahmen in der Schweiz getroffen werden dürfen, sind das – und das wissen wir alle – Grenzschutzmassnahmen, Importschutzmassnahmen, die klar und krass gegen WTO-Recht verstossen. Gut, wir können jetzt sagen, dass wir das trotzdem machen. Dann wissen wir, dass Klagen sicher sind*»; BO/CN 2019 151 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): «*Der Antrag der Minderheit Flückiger Sylvia ist einfach nicht kompatibel mit den WTO-Regeln*»; BO/CN 2019 151 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI): «*Professor Stalder hat ja dieses Gutachten gemacht und gesagt, man müsse ein Präjudiz schaffen. Wieso haben wir nicht den Mut, dieses Präjudiz zu schaffen und diese WTO einmal zu knacken?*»; BO/CN 2019 152 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): «*Pour la majorité de la commission, la proposition de la minorité Flückiger Sylvia va beaucoup trop loin et elle violerait très*

droit international, il est tout sauf certain que le critère d'adjudication précité soit conforme à la Constitution,¹²⁴ notamment, sous l'aspect de

probablement les règles de l'Organisation mondiale du commerce » ; BO/CN 2019 1005 (vote de la Conseillère nationale REGULA RYTZ): « *es geht um die Frage, ob internationale Kaufkraftunterschiede neu als Zuschlagskriterium verwendet werden können. Das ist tausend Prozent WTO-widrig* » ; BO/CE 2018 981 (vote du Conseiller fédéral UELI MAURER): « *Ich muss Sie aber doch darauf aufmerksam machen, dass Sie, wenn Sie der Mehrheit Ihrer Kommission folgen, einen krassen Verstoß gegen die WTO-Vorschriften in Kauf nehmen. Das müssen Sie einfach wissen* » ; BO/CE 2019 310 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): « *Die Differenz, die besteht, ist, ob hier auch Geldwertes abgewogen wird, indem man das auf- und umrechnet in Bezug auf ein günstigeres Kostenumfeld im Ausland. Das widerspricht internationalen Verpflichtungen* » ; BO/CE 2019 313 (vote du Conseiller aux États ANDREA CARONI): « *Das Völkerrechtsproblem ist Ihnen bekannt. Die Kantone wollen diese Lösung ja nicht, weil sie sie schon völkerrechtlich gar nicht umsetzen dürfen [...]. Ich nehme jetzt an [...], das Ganze könnte noch irgendwie völkerrechtskonform verstanden werden. Irgendwann muss sich ein Gericht die Frage stellen: Da sind die bilateralen Abkommen, da ist dieses Gesetz. Ist das jetzt der erste Anwendungsfall der Schubert-Praxis in der Geschichte dieses Landes, bei dem das Parlament wirklich sehenden Auges gesagt hat, dass es den Vertrag verletze? Ich würde mich jetzt gemäss dem Votum des Kommissionsprechers eher dagegen aussprechen und sagen, das sei ein Versuch, im Rahmen des Rechts zu bleiben. Dann wird man es wohl kaum anwenden können. Wenn wir aber das Recht wirklich brechen, dann sind wir – ich dramatisiere etwas – in einem Beschaffungskrieg* » ; BO/CE 2019 316 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): « *Die Mehrheit Ihrer Kommission möchte ja, dass dieses Preiskriterium zwingend generell zur Geltung kommt. Diesen Antrag kann ich Ihnen einfach nicht empfehlen, weil Sie damit ganz offensichtlich gegen internationales Recht verstossen. Sie haben die WTO-Bestimmungen genehmigt. Mit dieser Formulierung verstossen Sie gegen dieses Recht.* » – Un avis contraire a été exprimé par le Conseiller aux États STEFAN ENGLER (BO/CE 2019 314): « *Zum Argument, das dann immer wieder ins Feld geführt wird, wir würden damit gegen übergeordnetes Recht, wie gegen die WTO-Regeln usw., verstossen: Ich sehe das nicht so, im Gegenteil. Wir garantieren eine Nichtdiskriminierung schweizerischer Unternehmen dadurch, dass wir berücksichtigen, dass die Produktionsverhältnisse in Indien oder Indonesien so unterschiedlich zu denjenigen in der Schweiz sind. Es geht sogar darum, die Nichtdiskriminierung zu schützen. Es gibt auch keinen Fall, bei dem die Frage, ob das Kriterium der Kaufkraft oder des Preisunterschiedes berücksichtigt werden darf oder nicht, jemals beurteilt wurde. Ich hätte den Mut, die unterschiedliche Kaufkraft als Kriterium zu berücksichtigen, zum Schutz von Arbeitsplätzen in der Schweiz.* »

¹²⁴ Dans tous les cas, il semble exclu que le critère d'adjudication concernant les différents niveaux de prix puisse trouver une base à l'art. 101, al. 2, Cst. En effet, les « mesures » qui sont prises, au sens de la disposition précitée, dans des « cas particuliers [...] afin de protéger l'économie suisse » doivent être de nature provisoire: ZIEGLER (2021), art. 101, Cst. n. 15.

l'égalité de traitement entre concurrents (neutralité concurrentielle¹²⁵).¹²⁶ En soi, le lieu de production d'une prestation ne peut constituer un critère de distinction pertinent, respectivement, une justification d'un traitement inégal, que dans le cas où il est établi que l'acquisition d'une prestation produite à l'étranger a des effets néfastes (à moyen et à long terme) pour l'économie nationale de la Suisse. Même s'il n'est pas d'emblée exclu que cela soit vrai parfois à certains endroits et dans certaines branches, la preuve ne sera pas facile à fournir, notamment car dans une vision globale qui va au-delà des problèmes concrets, le bien-être de l'économie nationale dépendra dans une certaine mesure toujours du bien-être des autres économies nationales, et notamment de celles des pays voisins. Du reste, concernant les adjudicateurs couverts par l'AccBil, à savoir, notamment, les communes (art. 2, AccBil) et les opérateurs ferroviaires (art. 3, par. 2, let. d, AccBil), l'article 6, paragraphe 3 de cet Accord statue que les Parties contractantes, dont la Suisse, « s'engagent à encourager leurs entités couvertes à traiter les fournisseurs et les prestataires de services de l'autre partie conformément aux dispositions du par. 1 » même lorsqu'il s'agit d'un marché dont la valeur n'atteint pas les valeurs-seuils de l'article 3, paragraphe 4, AccBil.¹²⁷ Le paragraphe 1 de l'article 6, AccBil contient en particulier le principe de non-discrimination en raison de la provenance. En vertu de l'article 6, paragraphe 3, AccBil, la Suisse est donc obligée à encourager ses adjudicateurs (potentiellement) assujettis à l'AccBil à ne pas appliquer le critère d'adjudication des différents niveaux de prix, même dans un cas non couvert par le droit international, à tout le moins vis-à-vis des soumissionnaires provenant de l'UE.¹²⁸

¹²⁵ Cf. à ce sujet notamment MARTENET (2021a), art. 27, Cst. n. 73 ss (spéc. n. 78); MARTENET (2021b), art. 94, Cst. n. 25 ss.

¹²⁶ Cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 521 s.

¹²⁷ Cf. TRÜEB/ZOBL (2020), n. 65 ss. Ces auteurs notent à juste titre qu'en dépit du renvoi aux valeurs-seuils de l'art. 3, par. 4, AccBil, le principe de l'art. 6, par. 3, AccBil ne vaut pas seulement pour les adjudicateurs des secteurs selon l'art. 3, par. 2, AccBil, mais aussi pour les adjudicateurs du niveau communal selon les art. 1 s., AccBil.

¹²⁸ TRÜEB/ZOBL (2020), n. 67. – Cf. en outre l'art. 7, Annexe R de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE) du 4 janvier 1960 (RS 0.632.31), qui prévoit, pour les soumissionnaires provenant des États-membres de l'AELE, une règle de non-discrimination comparable à celle de l'art. 6, par. 3, AccBil.

L'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 54) témoigne du fait que le Parlement n'entendait pas concevoir une loi contraire au droit international. Il convient donc de ne pas interpréter l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 en ce sens que le but de la législation résiderait dans la protection de l'économie *nationale*.¹²⁹ Si certains votes parlementaires concernant cette disposition sont allés dans le sens de la protection de l'économie nationale,¹³⁰ il n'en demeure pas moins que le statut juridique douteux du critère d'adjudication concernant « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie » (article 29, alinéa 1, LMP; cf. *supra* n. 54) démontre qu'une telle lecture de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 serait contraire au droit supérieur, à tout le moins lorsque le droit international des marchés publics s'applique (cf. *supra* n. 53),¹³¹ mais probablement aussi dans les autres cas (cf. *supra* n. 54). En outre, ni le texte français de la disposition (« économiques »), ni l'italien (« *economia pubblica* ») ne comportent d'éléments donnant à croire que l'aspect de l'économie politique soit réduit à l'économie politique *nationale*. À l'inverse, l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 mentionne de manière explicite le critère de l'économie nationale, en parlant des « pays où la prestation est fournie » (« *Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird* » ; « *stati in cui la prestazione è fornita* » ; cf. à propos de ce critère *supra* n. 54 et *infra* n. 109). Dans cette perspective systématique, il s'avère également qu'il n'y a pas lieu d'interpréter l'ar-

¹²⁹ Dans le même sens STEINER/KLINGLER (2023), p. 91. Cf. ég. DE ROSSA GISMUNDO (2019), p. 169 (réticence par rapport à la conformité à l'art. 94, Cst.); DE ROSSA/DAVID (2020), n. 12; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 153.

¹³⁰ Cf. BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI) : « Die Betonung von *fair* [...] will daran erinnern, dass die Ausgangsbestimmungen in den verschiedenen Ländern berücksichtigt werden müssen; dazu etwa Artikel 2 Buchstabe d. Dies ist wichtig für unsere kleine Volkswirtschaft. Es kann nicht sein, dass wir öffentliche Aufträge an Firmen im Ausland vergeben, die wiederum staatlich subventioniert werden. Darum ist das Einfügen des Passus des volkswirtschaftlichen Aspekts in Artikel 2 Buchstabe a für die Revision relevant. WTO-Regeln sind nur dann fair, wenn man die volkswirtschaftlichen Bedingungen eines Landes mitberücksichtigt, z.B. den Arbeitsmarkt, die Beschäftigung von Inländern, die unterschiedlichen Preisniveaus oder die Eigenarten eines Bildungssystems, bei uns zum Beispiel unser erfolgreiches duales Bildungssystem. » – Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 18.

¹³¹ Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 153.

ticle 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 dans un sens qui se limite à ou se concentre sur l'économie nationale.

3. Conclusion

Il découle de ce qui précède que le but légal de la durabilité (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019) consacre une approche holistique des conséquences que l'achat public engendre sur les plans économique, écologique et social et ce, tant auprès de l'adjudicateur qu'ailleurs.¹³² En particulier, l'aspect économique concerne tant l'économie de gestion (économicité de l'achat au sens strict, resp., prix et qualité de la prestation) que l'économie politique (cf. *supra* n. 50 ss), qui pour sa part n'est pas limitée à l'économie nationale de la Suisse (cf. *supra* n. 53 ss). En somme, le texte de l'article 2, lettre a, P-LMP traduit mieux le sens de l'article 2, lettre a, LMP en vigueur que celui-ci (cf. *supra* n. 52).

C'est dans cette compréhension que, aux côtés des autres objectifs ancrés à l'article 2, LMP/AIMP 2019, le but de la durabilité des marchés publics se met au service de l'interprétation et de l'application des autres dispositions de cette loi.¹³³

B. Du but aux obligations légales

Il a été constaté plus haut que, bien qu'il pose certaines limites, le droit des marchés publics permet à l'adjudicateur de prendre en compte les aspects économiques, écologiques et sociaux du développement durable lors de la conception et de la spécification des prestations à acquérir (cf. *supra* n. 19 ss). La question qui se posait alors était celle des *libertés* (pouvoir d'appréciation) dont jouit l'adjudicateur public en termes de durabilité sous le règne du droit des marchés publics (et des autres normes légales applicables). En revanche, les paragraphes suivants visent à examiner les *devoirs* légaux découlant du droit des marchés publics

¹³² STEINER/KLINGLER (2023), p. 90: « *The concept aims to achieve an optimal relationship between economic and non-economic aspects when awarding a contract.* »

¹³³ L'un des buts premiers de l'art. 2, LMP/AIMP 2019 est d'orienter l'interprétation de la loi: Message LMP, 1728; FETZ/STEINER (2020), n. 39; TR UB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 11; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 145; MARTI (2022), p. 11.

que l'adjudicateur doit respecter quant à la durabilité de son achat avant et pendant la procédure d'adjudication.¹³⁴

1. Les critères d'adjudication

Au sens de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 49 ss), l'un des buts principaux de la législation sur les marchés publics est de favoriser un investissement économiquement, écologiquement et socialement durable des moyens publics. Ce but se concrétise en premier lieu dans le cadre de l'application de la règle selon laquelle l'adjudicateur est obligé de choisir l'offre la plus avantageuse (article 41, LMP/AIMP 2019 ; sous réserve d'une interruption selon l'art. 43).¹³⁵ Abstraitement, l'offre la plus avantageuse est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication établis dans le cas d'espèce par l'adjudicateur conformément à l'article 29, LMP/AIMP 2019.¹³⁶ C'est donc seulement dans un cas d'espèce et sur la base des critères applicables concrètement qu'il est possible de déterminer l'offre la plus avantageuse au sens de la loi.

Cela dit, dans chaque cas d'espèce, l'adjudicateur est tenu de choisir des critères d'adjudication et des pondérations respectives qui sont idoines à décerner l'offre qui, parmi toutes les offres soumises, propose l'investissement le plus durable sous les angles économique, écologique et social.¹³⁷

¹³⁴ Cf. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 486 (« *nur wenige verbindliche Vorschriften zugunsten der Nachhaltigkeit* ») et n. 488 (« *nur wenige direkt anwendbare Pflichten in Bezug auf die nachhaltige Beschaffung* ») : selon ces auteurs, les devoirs des adjudicateurs en matière d'optimisation de la durabilité des marchés publics, découlant du droit des marchés publics, sont relativement peu nombreuses, ce qui ne change rien aux possibilités facultatives (resp. régies par d'autres législations) dont disposent les adjudicateurs.

¹³⁵ MARTI (2022), p. 47. Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 1. – Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 145 (*in fine*) et n. 168 : « *Mit dem neu formulierten Zweckartikel fordert das BöB die Auftraggeberinnen auf, bei einer Beschaffung nicht nur den Nutzen und die Kosten für ihre eigenen Aufgabenbereich zu beachten, sondern auch soziale und ökologische Auswirkungen, die in einem grösseren Kontext anfallen, wie etwa Auswirkungen auf das Klima, die Artenvielfalt oder den Verbrauch endlicher Ressourcen.* »

¹³⁶ MÜLLER (2020), art. 41, LMP/AIMP 2019 n. 16 ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 41, LMP n. 5.

¹³⁷ Cf. ég. MARTI (2022), p. 47 : « L'adjudicateur doit choisir des critères judicieux dans la perspective de la prestation faisant l'objet du marché à adjuger et s'assurer que les objectifs de la procédure d'adjudication (art. 2 let. a) peuvent être atteints » ; arrêt du TA AG WBE.2023.66, 10 août 2023, c. II/3.2.1.

En effet, si un but de la loi est que l'investissement public soit durable (dans tous ces aspects), l'offre la plus avantageuse (art. 41, LMP/AIMP 2019) est celle qui propose le marché le plus durable. Partant, les critères servant à choisir l'offre à retenir, à savoir les critères d'adjudication, doivent conduire au choix de l'offre la plus durable dans le cas d'espèce (et ce, tout en tenant compte des autres buts de la loi, en particulier l'égalité de traitement; cf. art. 2, let. b-d, LMP/AIMP 2019).¹³⁸ Un ordre de critères et pondérations qui amènerait l'adjudicateur à choisir une autre offre contreviendrait au but légal de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019.

L'on peut dès lors retenir que les critères d'adjudication et les pondérations choisies par l'adjudicateur dans un cas d'espèce doivent refléter le but de la durabilité économique, écologique et sociale de la commande publique,¹³⁹ ce qui découle de l'obligation de choisir l'offre la plus avantageuse (art. 41, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 59 s.), interprétée à la lumière de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019. Dans cette perspective, il n'est pas concevable d'adopter, dans un cas concret, un critère d'adjudication qui concerne des points dont la durabilité du marché public en question (y compris le processus de production) ne dépend aucunement, à savoir: un critère non lié au marché concret.¹⁴⁰ Un tel critère ne sert pas le but de l'utilisation durable des deniers publics (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019) mais d'autres politiques, et il est d'ailleurs expressément prohibé par l'art. 29, al. 1, 1^{ère} phrase, LMP (« critères d'adjudication en lien avec les prestations »). Par ailleurs, il entrave la poursuite du but de durabilité de la commande publique, parce qu'il peut conduire au choix d'une offre sous-optimale dans cet aspect-ci.¹⁴¹ Un critère ne reflétant pas la durabilité d'un marché public n'est donc admissible qu'à la condition qu'une disposition spéciale, en l'occurrence l'article 29, alinéa 2, LMP/

¹³⁸ Cf. ég. MARTI (2022), p. 48: « La prise en compte impérative des critères de qualité a pour but de satisfaire les objectifs des marchés publics conformément à l'art. 2 let. a [LMP/AIMP 2019], qui engage les adjudicateurs à « utiliser les deniers publics » de manière non seulement « économique », mais aussi de manière à avoir « des effets économiques, écologiques et sociaux durables ». »

¹³⁹ MARTI (2022), p. 47 (citation à la n.b.p 138).

¹⁴⁰ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198 ss.

¹⁴¹ Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 263: le fait de « vouloir mettre les achats publics essentiellement au service des objectifs de politique économique [...] relègue au second plan le critère de la rentabilité ».

AIMP 2019,¹⁴² le prévoit en complétant ponctuellement (pour certains cas spécifiques) les buts de l'article 2, LMP/AIMP 2019 par d'autres buts.¹⁴³ À défaut d'une permission spéciale, selon l'article 29, alinéa 1, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019, tous les critères d'adjudication doivent être liés à la prestation (production et/ou produit fini¹⁴⁴).¹⁴⁵ Au vu des

142 À juste titre, HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 318, notent que dans les domaines énumérés à l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 (places de formation professionnelle initiale, places de travail pour les travailleurs âgés et réinsertion pour les chômeurs de longue durée), il sied de distinguer les critères se limitant à l'exécution du marché en cause (p.ex., l'adjudicateur attribue des points pour un soumissionnaire qui prévoit d'employer des chômeurs de longue durée pour accomplir les tâches faisant l'objet du marché) et ceux visant la politique générale de l'entreprise soumissionnaire (p.ex., l'adjudicateur attribue plus de points au soumissionnaire qui occupe dans son entreprise des personnes d'un certain âge). Seuls les seconds font l'objet de l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 et ont besoin d'une base légale spéciale en raison du défaut de lien suffisant avec la durabilité du marché (production et produit).

143 Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 17 avec n.b.p. 22; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 318. – Cf. à l'égard de l'ancien droit (*mutatis mutandis*) ATF 140 I 285, c. 6 et c. 7.

144 Cf. Message LMP, 1730: « Les critères environnementaux et sociaux appliqués doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. Ils se rapportent au produit ou aux effets qu'on attend de son utilisation. Il est également possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit » et 1788: « Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination »; cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 17; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 311. – L'art. 67, al. 3, de la Directive 2014/24 (n.b.p. 368) clarifie de quelle manière il y a lieu de comprendre le lien entre un critère d'adjudication et le marché concret, et précise que les aspects du processus de production n'ayant aucun impact sur les caractéristiques physiques du produit final peuvent être pris en compte: « Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel ». Selon l'opinion défendue ici, l'art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019 doit être interprété à la lumière des précisions apportées par l'art. 67, al. 3, de la Directive 2014/24.

145 Cf. Message LMP, 1730, 1788 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 144); TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 17 avec n.b.p. 22; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 19 et n. 25; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 6 et

constats précédents (cf. *supra* n. 60), cela signifie que l'ensemble des critères d'adjudication doivent se référer à la durabilité économique, écologique et sociale du marché public concrètement en cause. Effectivement, les critères énumérés de manière exemplative¹⁴⁶ à la deuxième phrase de l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, concernent tous¹⁴⁷ un aspect (ou plusieurs aspects) de la durabilité du marché public en question (si bien qu'il est quelque peu étrange que la disposition mentionnée contienne un critère appelé « développement durable »; en réalité, il s'agit ici d'un critère abstrait résumant tous les autres critères énumérés et rappelant le but de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019; ce critère doit nécessairement être concrétisé dans chaque cas d'espèce et entre en conflit avec le principe de transparence, ancré à l'article 2, lettre b, LMP/AIMP 2019, s'il est intégré tel quel dans un appel d'offres).

En outre, le fait que, notamment dans certains marchés très étroits, il soit admissible qu'en concevant ses achats et ses procédures d'adjudication, un adjudicateur public prenne des mesures particulières afin de préserver un minimum de concurrence lors de futurs appels d'offres – même si cela l'empêche potentiellement de choisir la meilleure offre à court terme¹⁴⁸ – ne change rien à ce qui vient d'être dit sur le lien entre les critères d'adjudication et le marché public (cf. *supra* n. 60 s.). Il est

art. 29, LMP n. 8; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 311 et n. 318.

¹⁴⁶ Message LMP, 1788; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 6; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 19.

¹⁴⁷ Le critère du niveau du prix (art. 29, al. 1, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019: « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie ») ne fait pas exception. Indépendamment du fait que ce critère contrevienne au droit international et ne doive pas être retenu lorsque ce droit s'applique (cf. *supra* n. 54), et en dépit du fait que l'on puisse contester sa constitutionnalité (égalité de traitement entre concurrents), notamment dans le domaine non assujéti au droit international (cf. *supra* n. 54), le but dudit critère est de protéger l'économie nationale suisse de la concurrence internationale. Il traduit dès lors une certaine idée de développement durable de l'économie nationale (ce constat est indépendant de l'opinion que l'on peut avoir concernant la question de savoir si, à moyen et à long terme, l'économie nationale suisse profite mieux si elle est protégée ou si elle est exposée à la concurrence internationale). Cf. à cet égard *infra* n.b.p. 312: les votes qui y sont cités démontrent que c'est (entre autres) par la protection de l'économie nationale suisse que le Parlement fédéral entend assurer la durabilité de l'économie politique (cf. ég. n. 118; STEINER/KLINGLER [2023], p. 90).

¹⁴⁸ Cf. ATAF 2018 IV/6, c. 3-4; STEINER (2020), p. 10; STEINER/KLINGLER (2023), p. 91.

vrai que de telles mesures découlent d'un élargissement de la perspective: l'on ne se soucie pas seulement du marché à adjuger immédiatement, mais aussi des besoins futurs et des marchés à adjuger pour satisfaire ces besoins.¹⁴⁹ Or, cet élargissement ne concerne pas la poursuite d'autres politiques que celles visées par l'article 2, LMP/AIMP 2019, mais s'inscrit parfaitement dans le cadre du but de l'article 2, lettre a. En effet, le but de préserver la concurrence future concerne la durabilité économique des marchés publics en général et, dans ce cadre, les conséquences qu'aura le marché public actuel sur le développement de l'économie politique et sur les conditions des marchés futurs. Les mesures en question présentent donc un lien suffisamment étroit avec le marché au sens de l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (par analogie).

S'il ressort, *e maiore minus*, de l'article 30, alinéa 4, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 20 et n. 27 ss) que l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (« développement durable ») doit être interprété en ce sens que des effets écologiques du processus de production de la prestation n'ayant aucune incidence sur le produit final (cf. *supra* n. 21) peuvent licitement être pris en compte dans le cadre d'un critère d'adjudication formulé en ce sens,¹⁵⁰ il reste à observer si la pratique judiciaire permet ou non à un adjudicateur d'établir un critère d'adjudication prenant en compte des effets sociaux du processus de production qui n'ont pas d'incidence sur le produit final.¹⁵¹ Cette question se posera surtout lorsqu'un tel critère est

149 Cf. ATAF 2018 IV/6, c. 3.5; STEINER (2020), p. 10; STEINER/KLINGLER (2023), p. 91. – Cf. ég. *infra* n.b.p. 284.

150 Cf. ég. Message LMP, 1730: il est « possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit », 1788: « Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination »; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8; MARTI (2022), p. 58 s.

151 Cf. pour des exemples DE ROSSA/DAVID (2020), n. 27: « respect de standards plus élevés de protection de la santé et de la sécurité au travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement; [...] mesures de promotion de la conciliation travail-famille et de la participation des femmes dans les organes dirigeants; en outre, des mesures visant l'accès à une éducation de qualité pour tous et notamment la promotion de la formation professionnelle initiale et de l'intégration socioprofessionnelle ». Selon l'opinion défendue ici, un lien suffisant entre de telles exigences et le marché en question (art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019) n'existe que dans la mesure où le problème social visé est d'importance considérable (à l'instar de certaines questions de sécurité

plus ambitieux que les « standards de travail internationaux importants » consacrés à l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. pour cette disposition *supra* n. 36 ss).¹⁵² En fait, il semble certain que l'adjudicateur a le droit d'établir un critère d'adjudication visant à honorer le respect d'« autres standards de travail internationaux importants » au sens de la disposition précitée. Partant, ce sont en particulier les standards du commerce équitable (cf. *supra* n. 40) qui peuvent servir de critères d'adjudication.¹⁵³ Si l'adjudicateur renonce à exiger le respect de

de travail et de salaires de subsistance dans certains pays; cf. *supra* n. 36 et n. 38). Du reste, afin de rester cohérent, un adjudicateur qui établirait de telles exigences devrait veiller à ce que celles-ci ne dépassent pas les conditions dont bénéficie son propre personnel. Les auteures précitées, loc. cit., semblent également douter de la conformité à la loi des exemples proposés: « l'exigence de démontrer l'existence d'un lien entre la prestation et le critère d'adjudication, que l'art. 29, nLMP a bien gardé, risque d'entraver l'implémentation effective de ces préoccupations ». Cf. ég. op. cit., n. 30: « l'exigence d'un lien fonctionnel entre le critère et l'objet du marché, que le législateur a bien voulu garder, risque d'entraver la réalisation effective du changement de paradigme, et ceci surtout à l'égard des préoccupations sociales ». Selon l'opinion défendue ici, cette critique relève de la politique juridique. Le « changement de paradigme » ne doit pas être compris comme un principe juridique servant à remettre en question les choix législatifs. Au contraire, c'est la loi en vigueur qui précise dans quelle mesure un « changement de paradigme » a eu lieu. Du reste, dans la mesure où des études démontrent « l'existence d'une corrélation entre la proportion de femmes dans les organes dirigeants et les performances des entreprises » (op. cit., n. 30, n.b.p. 98) et constatent « que la mixité dans le management peut contribuer à une prise de décision plus efficace et avoir ainsi un impact positif au niveau des résultats, de la productivité et de l'innovation d'une organisation » (loc. cit.), les entreprises ayant effectivement promu l'égalité ainsi que la diversité sont à terme capables d'offrir de meilleures prestations à un meilleur prix. Elles en bénéficient sous les critères d'adjudication classiques. En ce sens, il n'est ni nécessaire, ni utile, d'attribuer des points supplémentaires aux offres de ces entreprises du fait que celles-ci ont mis en œuvre certaines mesures de promotion de l'égalité ou de la diversité. La meilleure qualité et le meilleur prix sont déjà pris en compte, et cela crée du reste une incitation suffisante pour les entreprises qui ne promeuvent pas (encore) de manière particulière l'égalité et la diversité.

¹⁵² D'un avis favorable par rapport à l'admissibilité de tels critères DE ROSSA/DAVID (2020), n. 27. Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8.

¹⁵³ Message LMP, 1788; FETZ/STEINER (2020), n. 47a; STEINER (2020), p. 9; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 28; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 207 et n. 310; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8; STEINER/KLINGLER (2023), p. 92; POLTIER (2023), n. 667. – Selon l'opinion défendue ici, ces exigences peuvent aussi être utilisées comme condition de participation (impérative) selon l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, resp. comme spécification du marché au sens de l'art. 30, al. 1, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 40; du même avis TRÜEB/CLAUSEN [2021], art. 30, LMP n. 9; OECHSLIN/LOCHER [2020], art. 30,

tels standards sous la forme d'une condition de participation impérative et se limite à honorer le respect de certains de ces standards sous un critère d'adjudication facultatif, il agit conformément à l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, dûment interprété à la lumière de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (*e maiore minus*). En même temps, il n'existe pas de règle générale selon laquelle les critères d'adjudication doivent se limiter à des points qui pourraient être demandés, de manière impérative, sous le titre des spécifications techniques. On ne saurait donc se baser uniquement sur l'article 12, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 pour argumenter que l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 interdit de prendre en compte des aspects sociaux du processus de production qui n'ont pas d'incidence sur le produit final et qui vont outre les standards prévus à l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019. Contrairement aux conditions de participation (art. 12, art. 26 et art. 44, al. 1, let. a, LMP/AIMP 2019), les critères d'adjudication ne sont pas impératifs. Ils sont donc moins incisifs pour les entreprises intéressées par le marché public, surtout lorsqu'ils sont pondérés de manière modeste. Il ne semble donc pas exclu qu'il soit licite, dans le contexte des critères d'adjudication, d'aller quelque peu outre les exigences prévues à l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2, LMP/AIMP 2019 et d'évaluer d'autres effets sociaux du processus de production des prestations en question.¹⁵⁴

Il convient de préciser que l'exigence légale selon laquelle les critères d'adjudication doivent être en lien avec la prestation à acquérir (art. 29,

LMP/AIMP 2019 n. 28 [cf. *supra* n.b.p. 50]). En ce sens, elles peuvent *a fortiori* être utilisées comme critères d'adjudication (facultatifs).

¹⁵⁴ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8. – Cf. au sujet des art. 32, de la Legge sulle commesse pubbliche (canton du Tessin) du 20 février 2001 (RLCPubb-TI – RL 730.100) et art. 53, al. 2, let. c, du Regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici (canton du Tessin) du 12 septembre 2006 (RLCPubb/TI – RL 730.110), qui prévoient le critère d'adjudication de la « responsabilité sociale des entreprises » (art. 53, al. 2, let. c, RLCPubb/TI: « *la responsabilità sociale delle imprese* »), DE ROSSA GISIMUNDO (2019), p. 172 s. Selon l'opinion défendue ici, un tel critère n'a pas de lien (suffisant) avec le marché en question (cf. *supra* n. 59 ss). Le canton du Tessin n'ayant pas adhéré à l'AIMP 2019, la question de la conformité avec l'art. 29, al. 1, AIMP 2019 ne se pose pas, du moins actuellement. Cela étant, l'art. 13, let. f, AIMP 2001 (n.b.p. 190) – qui continue à lier, notamment, le canton du Tessin – dispose que le droit cantonal doit prévoir des « critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse ». Du reste, selon DE ROSSA GISIMUNDO (2019), p. 174, le critère semble traduire une mesure protectionniste.

al. 1, LMP/AIMP 2019 ; *supra* n. 60 s.) doit en principe être comprise en ce sens que les critères d'adjudication écologiques et sociaux doivent se limiter au processus de production et au produit final des prestations concrètement en question et qu'ils ne doivent pas servir à évaluer des aspects des entreprises soumissionnaires sans lien avec la prestation (le même constat vaut pour les spécifications sociales selon l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 ;¹⁵⁵ cf. au sujet de ces spécifications *supra* n. 36 ss).¹⁵⁶ Il n'est toutefois pas toujours possible de limiter un standard écologique ou social, qui sert de critère d'adjudication, à la seule production des prestations concrètement acquises (cf. ég. *supra* n. 39).¹⁵⁷ Dans certains cas, c'est seulement lorsque les entreprises participant à la production des prestations sont certifiées selon un certain standard (ou qu'elles adhèrent à une association assurant un standard déterminé) qu'il est possible d'éviter les effets écologiques ou sociaux négatifs du processus de production en cause. *De facto*, les standards dont il est ici question ici ne peuvent être implémentés dans un seul projet, mais doivent être adoptés au niveau de l'entreprise, impliquant d'ailleurs que leur mise en œuvre demande des mesures vastes et prend un temps considérable.¹⁵⁸ Dans ces cas, l'atteinte du respect des standards en question, et ainsi l'évitement des effets qu'ils visent à empêcher, ne peut résulter que d'un travail de longue durée. Qui plus est, lorsque le processus de production est réparti sur une multitude d'entreprises, un contrôle *ad hoc* de la production des prestations en question au sein des entreprises concernées est souvent illusoire d'un point de vue pratique, de façon que seuls des systèmes de certification (au sens large) avec des contrôles institutionnalisés et réguliers peuvent garantir le respect des standards lors de la production en cause. Il sied dès lors, selon l'opinion défendue ici,¹⁵⁹ d'admettre des critères d'adjudication écologiques et sociaux qui évaluent les entreprises participant à la production de la prestation (et qui ne se limitent pas au processus de production concret) et ce, lorsque le critère en question a pour but d'optimiser écologiquement ou socialement le processus de production concret (et non pas un autre but) et

155 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198 ss ; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 23.

156 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198 ss.

157 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 204 ss, spéc. n. 206 s.

158 HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 206 s.

159 Dans le même sens : HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 206 s.

qu'en l'occurrence, il n'est pas réaliste, voire impossible, d'évaluer seulement ledit processus.¹⁶⁰ Un constat analogue vaut pour l'article 12, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 39).

2. Les conditions de participation

Dans toute procédure d'adjudication soumise au droit des marchés publics, y compris la procédure sur invitation (art. 20, LMP/AIMP 2019) et la procédure de gré à gré (art. 21, LMP/AIMP 2019), les adjudicateurs sont obligés de vérifier si les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation prévues par la loi (art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019). Un soumissionnaire qui ne remplit pas l'ensemble des conditions de participation doit être exclu de la procédure (art. 44, al. 1, let. a, LMP/AIMP 2019; cf. ég. art. 44, al. 2, let. b, let. f et let. g, LMP/AIMP 2019); demeure réservée l'interdiction du formalisme excessif.¹⁶¹

Les conditions de participation énumérées à l'article 26, alinéa 1 et, par renvoi, à l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019 sont impératives en ce sens que les entités adjudicatrices ne peuvent pas décider de ne pas les appliquer dans une procédure donnée (voire en général). Cela dit, la condition prévue à l'article 26, alinéa 1 *cum* article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 concernant les « autres standards de travail internationaux importants » (cf. *supra* n. 36 ss) y constitue une exception. Cette condition, qui ne peut s'appliquer qu'à la production des prestations à l'étranger et ce, uniquement dans la mesure où la législation du pays concerné pose des standards moins élevés (cf. *supra* n. 35), est facultative.

¹⁶⁰ Cf. *supra* n. 36 (avec n.b.p. 65) et n. 38: la proposition BEAT JANS *et al.*, qui a été absorbée par la proposition FABIO REGAZZI (qui, elle, a été inscrite dans la loi), visait en partie des standards dont le respect ne peut être limité à la production des prestations concrètement achetées par l'adjudicateur en question, tels que les salaires de subsistance.

¹⁶¹ WYSS (2020), art. 26, LMP/AIMP 2019, n. 4; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 26, LMP n. 6. Cf. ég. TAF B-4165/2022, 23 novembre 2022, c. 3.5 (dans ce cas, l'entité adjudicatrice avait demandé le respect du standard amfori BSCI [cf. *supra* n.b.p. 84] et avait inséré cette exigence parmi les critères d'aptitude; matériellement, il s'agissait d'une condition de participation au sens de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP [cf. ég. arrêt précité, c. 3.4]; en ce sens, le c. 3.5 précité, qui traite, entre autres, de l'interdiction du formalisme excessif dans le contexte d'une exclusion pour non remplissement d'un critère d'aptitude, peut être transposé sur l'exclusion en raison du non-respect des conditions de participation).

tive en ce sens qu'en vertu de la disposition citée, aucun adjudicateur n'est contraint de la choisir dans une procédure d'adjudication donnée et de la rendre ainsi contraignante (en l'intégrant dans l'appel d'offres ou les documents; cf. art. 36, introduction, et let. c, LMP/AIMP 2019) pour les soumissionnaires de la procédure concernée (cf. *supra* n. 36).

L'énumération des conditions de participation contenue à l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 n'est pas exhaustive puisqu'elle est précédée par la formule « en particulier », qui est communément comprise comme l'annonce du caractère non exhaustif des entrées dans la liste en question. Or, cela ne signifie pas nécessairement que la disposition citée veuille accorder aux adjudicateurs le droit d'établir d'autres conditions de participation (impératives). En effet, à son article 44, la loi prévoit certains motifs d'exclusion (ou de révocation) qui ne sont pas mentionnés à l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, mais dont l'absence peut être qualifiée, d'un point de vue matériel, d'une condition de participation à la procédure d'adjudication; il s'agit en particulier des condamnations pénales (article 44, alinéa 1, lettre c, LMP/AIMP 2019), des infractions aux dispositions contre la corruption (let. e), de l'insolvabilité (let. d; cf. ég. al. 2, let. e) et des infractions à la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986¹⁶² (al. 2, let. h). Dès lors, il est probable que l'ouverture de l'énumération des conditions de participation contenue à l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 soit due au fait que l'article 44 contienne d'autres conditions de participation, et il est bien moins probable que la loi entende permettre aux adjudicateurs l'ajout de conditions de participation non prévues par la loi.¹⁶³ Quo

¹⁶² LCD – RS 241.

¹⁶³ Cf. WYSS (2020), art. 26, LMP/AIMP 2019, n. 7: selon cette auteure, il est envisageable d'ajouter à la liste de l'art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019 l'interdiction du subventionnement croisé (cf. ATF 143 II 425, c. 4); pour le reste, il y a lieu d'être réticent et d'exiger que d'autres conditions impératives répondent aux mêmes exigences que les critères d'aptitude (cf. ég. HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 244). – Selon l'opinion défendue ici, le subventionnement croisé peut constituer un motif d'exclusion, mais il concerne l'offre du soumissionnaire et non pas celui-ci, de façon qu'il ne s'agit pas d'une condition de participation. En effet, si un soumissionnaire disposant de fonds publics (directement ou en vertu de subventions accordées de manière régulière) ne pratique aucun subventionnement croisé dans les prix et les prestations contenues dans son offre soumise, il n'existe pas de motif d'exclusion; en revanche, si l'offre (son prix ou les prestations) est améliorée à l'aide desdits fonds publics et ce, en violation de la loi, un motif d'exclusion est donné mais le problème réside dans l'offre et non pas dans le comportement général du soumissionnaire (cf. ég. ATF 143

qu'il en soit, il sied d'interpréter le fait que l'article 12, alinéa 1-3, LMP/AIMP 2019 – auquel la liste de l'article 26, LMP/AIMP 2019 renvoie – prévoit des règlements détaillés pour les conditions de participation des domaines du travail (au sens large) et de l'environnement (ainsi que des ressources naturelles), en ce sens qu'en tout cas dans ces domaines, la réglementation est exhaustive et que l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 n'accorde ici aux adjudicateurs aucun droit d'établir d'autres conditions de participation, même si « en particulier » devait être compris en ce sens que des conditions non prévues par la loi peuvent être appliquées sous certaines circonstances. En effet, l'article 12, LMP/AIMP 2019 ne prévoit qu'une seule condition de participation dont l'établissement est facultatif (art. 12, al. 2, 2^{ème} phrase, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 36 ss), et il n'y a pas lieu de partir de l'idée qu'il s'agit là que d'un exemple pour une multitude de conditions de participation concernant les domaines social et environnemental, non prévus par la loi, que l'adjudicateur serait libre d'établir. Ce n'est qu'à l'article 12, alinéa 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 que la loi utilise la formule « au moins » dans le contexte d'une condition de participation; or, ici, « au moins » se réfère au fait que le respect des conventions fondamentales de l'OIT faisant l'objet de la disposition n'est suffisant que dans la mesure où le droit applicable au lieu de production n'est pas plus strict (cf. *supra* n. 35). En tout cas dans les domaines visés par l'article 12, LMP/AIMP 2019, l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 ne permet donc pas à l'adjudicateur d'établir des conditions de participation non prévues par la loi.

En principe, les conditions de participation légales se réfèrent au respect du droit applicable de manière « ordinaire », à savoir: les dispositions de droit public applicables généralement et indépendamment de la question de savoir si l'activité relève d'un marché public (cf. *supra* n. 25 s.). Tel est le cas pour la majorité des conditions énumérées à l'article 26, alinéa 1 (et, par renvoi, à l'article 12, al. 1-3) LMP/AIMP 2019 (cf. ég. art. 44, al. 1, let. c et let. f, LMP/AIMP 2019). Or, l'article 12, alinéa 1, LMP va plus loin que la législation « ordinairement » applicable lorsqu'il exige des soumissionnaires suisses produisant une prestation à un autre lieu que leur lieu de provenance le respect du droit du lieu de la presta-

II 425, c. 4.5). Une offre bénéficiant d'un subventionnement croisé qui est contraire à la loi constitue une sous-enchère illicite.

tion (cf. *supra* n. 34). Le même constat s'impose concernant l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 36 ss): les « autres standards de travail internationaux importants » sont des règles dépassant le minimum légal visé par la première phrase de la disposition (droit du pays du lieu de production ou, éventuellement, conventions fondamentales de l'OIT; cf. *supra* n. 35). En outre, à vrai dire, les « conventions internationales relatives à la protection de l'environnement » selon l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 (cf. annexe 2, OMP; annexe 4, AIMP 2019) lient les États parties (qui sont obligés de légiférer) et non pas les entreprises économiques. Un certain nombre de règles prévues par ces conventions peuvent certes être observées matériellement par une entreprise, mais une bonne partie d'entre elles ne sauraient être respectées que par un État.¹⁶⁴ Toutefois, dans la mesure où le droit applicable

¹⁶⁴ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 12; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 243. – Dans le détail, si certaines conventions visées à l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019 contiennent certaines règles dont le contenu matériel peut être observé (par analogie) par les entreprises et ce, d'une manière vérifiable (cf., p.ex., art. 2A, al. 8, du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone du 16 décembre 1987 [RS 0.814.021]: « [...] commençant le 1^{er} janvier 2010 [...], chacune des Parties veille à ce que son niveau calculé de production de substances réglementées du Groupe I de l'annexe A visant à répondre aux besoins intérieurs fondamentaux des Parties visées au par. 1 de l'art. 5 soit égal à zéro »), d'autres ne contiennent que des principes généraux dont le respect par une entreprise serait à tout le moins très difficile à vérifier (cf., p.ex., art. 2 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 [RS 0.814.32]: « Les Parties contractantes [...] sont déterminées à protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique et s'efforceront de limiter et, autant que possible, de réduire graduellement et de prévenir la pollution atmosphérique [...] ») et des règles ne pouvant s'adresser qu'à des États (cf., p.ex., art. 5 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 [RS 0.451.43]: « Chaque Partie contractante [...] coopère avec d'autres Parties contractantes, directement ou, le cas échéant, par l'intermédiaire d'organisations internationales compétentes, dans des domaines ne relevant pas de la juridiction nationale et dans d'autres domaines d'intérêt mutuel, pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. » En somme, au moins la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 ne semble contenir aucune règle dont on pourrait exiger le respect (par analogie) d'une entreprise, et les autres traités visés à l'annexe 2, OMP et à l'annexe 4, AIMP 2019 ne contiennent que très peu de dispositions idoines à cette fin. Le choix fait par le Conseil fédéral (cf. art. 12, al. 3, LMP et art. 12, al. 3, AIMP 2019) dans les annexes mentionnées ne semble dès lors pas particulièrement réussi, mais le problème réside en réalité dans le texte de la loi, qui prévoit que le standard minimum écologique à exiger pour des prestations produites à l'étranger est déterminé par des « conventions internationales relatives à la protection de l'environnement » (art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019), ce qui limite

aux entreprises au lieu de production est moins strict que le contenu matériel des règles desdites conventions internationales (dans le cas inverse, c'est le droit applicable aux entreprises au lieu de production qui sera déterminant; cf. par analogie *supra* n. 35), l'exigence de respecter ce contenu matériel va au-delà du respect du droit « ordinairement » applicable aux soumissionnaires. Cela vaut d'autant plus dans les cas où le pays du lieu de production n'a pas adhéré à la convention internationale en question.¹⁶⁵ Les conventions fondamentales de l'OIT visées à l'article 12, alinéa 1, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 35) obligent elles aussi pour l'essentiel les États signataires,¹⁶⁶ respectivement, l'ensemble des pays membres de l'OIT,¹⁶⁷ et non pas les entreprises actives dans ces pays.¹⁶⁸ Or, certaines dispositions des conventions fondamentales pourraient être d'application directe,¹⁶⁹ et les règles prévues par ces conventions reposent sur un consensus international très large.¹⁷⁰ En ce sens, l'exigence du respect des conventions fondamentales de l'OIT (qui ne s'applique que dans le cas où le droit national applicable au lieu de production est moins strict; cf. *supra* n. 35) s'assimile aux exigences concernant le respect du droit en vigueur de manière « ordinaire » et ne va pas véritablement au-delà (cf. *supra* n. 35).¹⁷¹ Cela étant, certains

d'emblée le choix à des règles qui n'ont pas été rédigées pour être mises à la charge d'entreprises privées. Il en résulte que l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019 est très difficile à mettre en œuvre (de manière sérieuse et vérifiable) et risque de ne pas produire les effets souhaités par les organes de législation compétents.

¹⁶⁵ Contrairement aux conventions fondamentales de l'OIT (art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019), les conventions en matière d'environnement visées à l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019 (resp., énumérées à l'annexe 2, OMP et à l'annexe 4, AIMP 2019) n'ont pas toutes été ratifiées par la grande majorité des États. Cela est vrai avant tout pour la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 (RS 0.814.32; cf. ch. 8, Annexe 2, OMP et tiret 8, annexe 4, AIMP 2019), dont le cercle des États signataires se limite à des États européens et centrasiatiques ainsi qu'aux États-Unis et au Canada (cf. la liste des États signataires à l'annexe de la version RS du traité cité).

¹⁶⁶ Cf. PÄRLI (2022), n. 58.

¹⁶⁷ Message LMP, 1758.

¹⁶⁸ PÄRLI (2022), n. 58.

¹⁶⁹ PÄRLI (2022), n. 58 (avec n.b.p. 166).

¹⁷⁰ PÄRLI (2022), n. 48.

¹⁷¹ Dans le même sens STEINER (2014), n. 3: étant donné que les conventions fondamentales de l'OIT constituent du droit international qualifié, l'exigence de leur respect ne saurait constituer une discrimination.

motifs d'exclusion concernant l'aptitude générale des soumissionnaires (cf. *infra* n. 72), comme l'insolvabilité (art. 44, al. 1, let. d et al. 2, let. e, LMP/AIMP 2019), ne concernent pas une violation du droit, mais un état de fait mettant en danger le succès de l'acquisition publique.

Le but principal de la plupart des conditions de participation prévues par la loi est d'assurer l'égalité de traitement (art. 2, let. c, LMP/AIMP 2019), respectivement la concurrence équitable entre les soumissionnaires (art. 2, let. d, LMP/AIMP 2019).¹⁷² En effet, la violation des dispositions légales applicables en matière de travail (au sens large), d'environnement (et des ressources), d'impôts, de cotisations sociales et de concurrence (cf. art. 12, al. 1-3, et 2,6 al. 1, LMP/AIMP 2019) procurent un avantage concurrentiel indu à l'entreprise en question, notamment, lorsqu'elle participe à une procédure d'adjudication publique. Il en va en principe de même pour les motifs d'exclusion de l'infraction aux dispositions relatives à la lutte contre la corruption (art. 44, al. 1, let. e) et des indications fausses ou trompeuses (al. 2, let. a). En revanche, certains motifs d'exclusion prévus à l'art. 44, LMP/AIMP 2019, qui peuvent être compris comme des conditions de participation, concernent plutôt l'aptitude (générale) des soumissionnaires (cf. *infra* n. 72). Il s'agit en particulier des motifs des crimes et délits (al. 1, let. c) et de l'insolvabilité (al. 1, let. d et al. 2, let. e). Ici, c'est le succès de l'acquisition publique qui se trouve au centre des préoccupations; l'égalité de traitement peut certes être atteinte dans ces cas, mais ce n'est pas la raison première de l'existence de ces motifs.

En vertu de ce qui précède, lorsque l'adjudicateur public exige des soumissionnaires le respect des conditions de participation légales concernant le travail (au sens large), l'environnement (et les ressources naturelles), les impôts, les cotisations sociales et la concurrence (cf. art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019), il agit en premier lieu dans l'intérêt de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (cf. *supra* n. 69). En outre, dans la mesure où les conditions visent le respect du droit applicable de manière « ordinaire » (cf. *supra* n. 68), conformément à l'idée de la cohérence de l'ordre juridique, elles contribuent au respect du droit concerné, par exemple du droit fiscal et du droit de l'environnement. De surcroît, les conditions de participation concernant le travail, l'environnement, les

¹⁷² Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 234.

impôts et les cotisations sociales constituent en même temps des spécifications du marché concret (resp., du processus de production des prestations ; cf. *supra* n. 23 s.). Cela est vrai en particulier pour les conditions dépassant le cadre de la législation « ordinairement » applicable (cf. *supra* n. 68). Finalement, le respect des règles sur la concurrence contribue à la durabilité économique du secteur concerné.

Il sied de conclure que les conditions de participation – respectivement, leur mise en œuvre dans la procédure d’adjudication et lors de l’exécution du marché – contribuent à la durabilité du marché public concret et, indirectement, à la durabilité (dans le sens d’un standard minimum, normalement limité au respect des lois « ordinaires » ; cf. *supra* n. 68) des activités générales des entreprises soumissionnaires, qui sont incitées à respecter les lois applicables afin de ne pas se voir exclure des procédures d’adjudication publiques.

3. *Les critères d’aptitude*

Les règles légales sur les critères d’aptitude (cf. en particulier art. 27, LMP/AIMP 2019) ne mettent à la charge de l’adjudicateur aucune obligation spécifique en matière de durabilité. Lesdits critères doivent servir à vérifier que, dans les faits, les soumissionnaires (et, le cas échéant, les sous-traitants) disposent des ressources et capacités minimales factuellement nécessaires pour mener à bien le projet en question et ce, dans le temps et la qualité voulus (cf. art. 27, al. 2, LMP/AIMP 2019 : « les capacités » et « leur expérience », al. 1, 2^e phrase : « objectivement nécessaires [...] pour le marché concerné »). Ils sont établis dans chaque cas d’espèce en fonction de la spécification du marché. L’adjudicateur doit veiller à ce que la présence de toutes les ressources, facultés, capacités et expériences nécessaires dans le cas concret soit vérifiée sous un critère d’aptitude formulé concrètement dans ce but. C’est en ce sens que l’application des critères d’aptitude contribue à assurer la durabilité du marché en question : dans la mesure où celui-ci est spécifié de manière durable, des critères d’aptitude servant à vérifier si les soumissionnaires sont capables de se conformer aux spécifications en question doivent être formulés et appliqués par l’adjudicateur, ce qui signifie qu’un soumissionnaire ne disposant pas des caractéristiques demandées doit être ex-

clu de la procédure,¹⁷³ afin que la durabilité du marché ne soit pas mise en péril.

Cela étant, tous les critères d'aptitude établis dans un cas concret doivent être « objectivement nécessaires [...] pour le marché concerné » (art. 27, al. 1, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019).¹⁷⁴ Dès lors, un critère d'aptitude est certes tout à fait licite s'il est destiné à vérifier que l'entreprise soumissionnaire est en mesure de respecter les spécifications du marché en matière de durabilité (notamment, écologique). Selon l'opinion défendue ici, il n'en demeure pas moins que certaines pratiques existantes concernant des critères d'aptitude « environnementaux » devraient être revues à la lumière de l'exigence légale de la nécessité objective. En particulier, le critère, assez répandu en pratique, selon lequel sont réputés aptes seuls les soumissionnaires disposant d'un système de gestion environnementale ISO 14001 ou équivalent, n'est pas idoine à vérifier l'aptitude des soumissionnaires de respecter les (éventuelles) spécifications environnementales du marché concret.¹⁷⁵ En réalité, la norme ISO 14001

¹⁷³ Cf. art. 27, al. 1, LMP/AIMP 2019 (« doivent »). Cf. ég. LOCHER (2020), art. 44, LMP/AIMP 2019, n. 12: cette auteure part de l'idée qu'il y a lieu de comprendre « conditions de participation » au sens de l'art. 44, al. 1, let. a, LMP/AIMP 2019 dans un sens large, englobant tant les conditions de participation au sens de l'art. 26, al. 1 que les spécifications techniques au sens de l'art. 30 ainsi que les critères d'aptitude (non mentionnés de manière expresse à l'art. 44) au sens de l'art. 27, LMP/AIMP. Il y a lieu de se rallier à cette opinion.

¹⁷⁴ Cf. MARTI (2022), p. 46: « Le critère [d'aptitude] doit être <objectivement nécessaire pour le marché concerné>. Un critère relatif à l'aptitude qui ne serait pas pertinent pour la prestation faisant l'objet du marché à adjudger serait donc interdit [...]. [L]es labels, certificats, preuves, etc. exigés par les adjudicateurs doivent être adaptés à l'adjudication et doivent permettre de se prononcer concrètement sur les exigences et critères demandés [...]. [I]l doit y avoir une référence à l'objet de l'adjudication. »

¹⁷⁵ Cf. ég. DE ROSSA/DAVID (2020), n. 22: ces auteures partent du principe que le critère d'aptitude « ISO 14001 ou équivalent » est inadmissible, à moins qu'un tel système de gestion environnementale ne permette « de prouver que l'entreprise n'utilise pas de substances polluantes lors des travaux de construction ou de sa production ». En ce sens, un système de gestion environnementale ne peut être exigé de manière abstraite. Il y a lieu d'établir des critères d'aptitude visant à assurer concrètement la faculté des soumissionnaires à prendre en compte et à minimiser les risques environnementaux du marché en question. Dans ce cadre, un soumissionnaire peut le cas échéant prouver par une certification ISO 14001, et par les mesures concrètes que celle-ci implique au sein de son entreprise, qu'il est apte à exécuter le contrat en respectant parfaitement toutes les consignes environnementales en cause.

contient des contraintes purement formelles¹⁷⁶ et n'impose pas l'adoption de mesures environnementales concrètement définies mais laisse le choix¹⁷⁷ de ces mesures entièrement à la discrétion de l'entreprise établissant un système de gestion environnementale.¹⁷⁸ Ainsi, une certification ISO 14001 (ou la preuve de l'existence d'un système équivalent) n'implique aucune mesure définie, mais garantit seulement l'existence d'une mesure (ou de plusieurs mesures) à contenu environnemental ainsi que la gestion et l'amélioration constante de cette mesure (ou de ces mesures).¹⁷⁹ Partant, il est possible, mais aucunement garanti, qu'un soumissionnaire certifié selon la norme mentionnée (ou disposant d'un système équivalent) ait adopté des mesures environnementales le rendant apte à respecter les spécifications écologiques dont il est question dans un cas donné.

Cette raison suffit à démontrer que le critère d'aptitude « ISO 14001 (ou équivalent) » n'est pas conforme à l'exigence légale de la nécessité objective (cf. *supra* n. 73):¹⁸⁰ il n'est ni nécessaire, ni utile, d'établir un critère qui n'est pas en mesure d'attester ce qu'il est censé vérifier.¹⁸¹ Par ailleurs,

176 Arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 10.2.

177 Arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 10.2.

178 Cf. BR/DC 2023, p. 226 s., commentaire du n. 278 (arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023).

179 Cf. ég. STEINER (2014), n. 8. Cet auteur mentionne ce problème et constate en même temps que la pratique judiciaire admettait, de manière plus ou moins large, le critère d'aptitude « ISO 14001 ou équivalent » sous l'égide du droit des années 1990. Il conclut à l'admissibilité de ce critère dans la mesure où il s'agit d'un marché présentant des risques environnementaux élevés (« *ein umweltsensibler Auftrag* »). Or, selon l'opinion défendue ici, cette exigence complémentaire, selon laquelle le critère en question ne peut être utilisé que lorsque des risques environnementaux particuliers sont liés à la fourniture des prestations, ne change rien au problème, qui est d'autant accentué que lesdits risques sont sérieux. En effet, si certaines activités ou produits impliqués dans un marché public présentent des risques élevés, il sied de vérifier concrètement l'aptitude des soumissionnaires à gérer et à minimiser ces risques; il est inutile, et d'ailleurs dangereux, d'accepter un système de gestion environnementale certifié ou équivalent sans se soucier de la question de savoir si les activités ou produits en question sont couverts par ledit système.

180 Cf. ég. MARTI (2022), p. 46: cet auteur ne discute pas le critère d'aptitude concret de la certification selon la norme ISO 14001, mais retient de manière générale que tous les certificats demandés au titre de critères d'aptitude « doivent permettre de se prononcer concrètement sur les exigences et critères demandés » et qu'il « doit y avoir une référence à l'objet de l'adjudication ».

181 D'un autre avis: arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 6.5 et 9.4 (cf. pour une critique de cet arrêt: BR/DC 2023, p. 226 s., remarques par rapport au n. 278). – Il

certaines offres qui ne prévoient aucune spécification écologique particulière hormis le respect des exigences selon l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019, requièrent tout de même ce critère d'aptitude. Dans ces cas, ledit critère est contraire à la loi en raison du fait qu'un système de gestion environnementale ISO 14001 ou équivalent ne garantit pas le respect du minimum légal de l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019, ce système pouvant avoir comme objet d'autres questions. Un adjudicateur qui doit (cf. *supra* n. 72) ou qui veut vérifier les capacités des soumissionnaires en matière de durabilité (notamment, écologique) du marché en question doit établir des critères d'aptitude visant concrètement les questions pertinentes du cas d'espèce.

Il convient d'ajouter que, pour les raisons exposées ci-avant (cf. *supra* n. 73 ss), une certification selon la norme 14 001 (ou un système équivalent) ne saurait non plus servir de critère d'adjudication. En effet, selon l'article 29 alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (et sous réserve de l'al. 2 de cette disposition), un tel critère doit être « en lien avec la prestation », règle qui est respectée lorsque le critère en question est idoine pour mesurer le coût ou la qualité du marché public concret. Or, la seule présence d'un système de gestion environnementale, certifié selon la norme 14001, ou

sied de noter ici que, dans le cas d'espèce, CFF SA cherchait des prestataires qui pouvaient effectuer des travaux de pelleuse sur ses chantiers et que ce genre de prestations a sans doute certaines répercussions sur l'environnement et l'équilibre écologique (cf. arrêt cité, c. 6.5 et c. 9.4). Il n'en demeure pas moins que l'existence d'un système de gestion environnementale ISO 14001 ou équivalent ne signifie pas que l'entreprise en question ait adopté des mesures concernant le fait d'effectuer des travaux de pelleuse. Il s'ensuit que, contrairement à la pratique du Tribunal administratif fédéral, le critère « ISO 14001 (ou équivalent) » n'est pas conforme à la loi parce qu'il n'est pas idoine pour vérifier les capacités des soumissionnaires concrètement exigées dans le cas d'espèce. Cf. ég. ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 245 : ces auteur.e.s préconisent la prise en compte d'une certification selon la norme ISO 14001 dans les procédures d'adjudication, étant donné que ladite norme exige des entreprises qui s'y soumettent de prendre en considération l'ensemble des conséquences environnementales de leurs activités. Or, cette prise en considération ne signifie pas que l'entreprise doive agir sur tous les domaines pour obtenir la certification (cf. arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 10.2 : les entreprises choisissent elles-mêmes les mesures qu'elles adoptent et ne s'engagent qu'au respect de celles-ci). – Cf. en outre HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 274 s. : ces auteur.e.s suivent l'avis du Tribunal administratif fédéral (arrêt B-6082/2011, 8 mai 2012, c. 5.4.2) selon lequel un système de gestion environnementale tel que celui décrit par la norme ISO 14001 constitue un critère d'aptitude admissible à condition que la production des prestations en question soit particulièrement problématique dans l'aspect écologique.

d'un système équivalent, ne fournit aucun enseignement sur la qualité (environnementale) de la prestation que le soumissionnaire concerné propose de fournir. En effet, sa présence ne prouve pas que les mesures découlant du système certifié vont servir à la durabilité du marché concrètement en question.¹⁸²

4. Les spécifications

En dépit du texte légal, qui parle de spécifications « techniques » (cf. art. 30, LMP/AIMP 2019), les exigences par lesquelles l'entité adjudicatrice décrit les prestations recherchées – tant quant au résultat qu'à la manière de produire celui-ci – ne sont pas que de nature « technique » au sens propre du terme, mais englobent également, notamment des points administratifs, commerciaux et juridiques.¹⁸³ En ce sens, sont à qualifier de spécifications (« techniques ») au sens de l'article 30, LMP/AIMP 2019 toutes les exigences (impératives ou, le cas échéant, facultatives) que l'adjudicateur public établit dans l'appel d'offres (et les documents d'appel d'offres ainsi que les réponses qu'il donne aux questions posées par rapport à ces textes) afin de définir – notamment, sous les

¹⁸² Cf. *supra* n.b.p. 181: par exemple, si les spécifications d'un marché prévoient des travaux de pelleteuse, y compris le traitement conforme à la loi des matières excavées, la seule présence, auprès d'un soumissionnaire, d'un système de gestion environnementale certifié selon la norme ISO 14001 (ou équivalent) ne signifie pas (nécessairement) que ledit système concerne les travaux de pelleteuse et de traitement des matières excavées effectués par le soumissionnaire concerné. Bien plutôt, le cas échéant, ce système concerne exclusivement les impacts environnementaux qu'ont les activités administratives déployées par le soumissionnaire au lieu de son siège.

¹⁸³ Cf. ég. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 7: « *Abhängig vom konkreten Beschaffungsgeschäft können [...] die unterschiedlichsten Anforderungen [technische Spezifikationen] sein (Material, Technologie, Grösse, Gewicht, Schnittstellen, Sicherheitsvorgaben, IP-Schutzklassen, Lebensdauer, Garantiefrist, Bereitschafts-, Reaktions- oder Interventionszeiten usw.)*. » Ces auteur.e.s ne partent donc pas non plus de l'idée que la notion de « spécification technique » se limite au sens propre du terme « technique » mais y assujettissent aussi, notamment, les délais de garantie (une question avant tout juridique) et soulignent généralement que les spécifications techniques peuvent concerner les exigences les plus diverses. Cf. en outre HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 414: selon ces auteur.e.s, la notion de « description de la prestation » (art. 35, let. c, et art. 36, let. b, LMP/AIMP 2019) englobe les spécifications techniques au sens de l'art. 30, LMP/AIMP 2019 ainsi que les autres exigences (qui ne sont pas « techniques » au sens propre du terme) concernant la prestation et sa production. Dans le résultat, cet avis se recouvre avec la notion large de « spécification » défendue ici.

angles technique, administratif, commercial et juridique – la prestation qu’il souhaite obtenir.¹⁸⁴ Si l’on voulait défendre la thèse inverse, l’on serait contraint de constater que la loi ne contient aucune base pour les spécifications administratives, commerciales et juridiques, qui sont ubiquitaires dans la pratique des marchés publics et dont la nécessité ne saurait être contestée.

Cela étant, la durabilité d’un marché public dépend de toutes les spécifications définissant le marché, qu’elles soient ou non de nature « technique » au sens étroit du terme. Par exemple, un droit à la réparation et une obligation de proposer des pièces de rechange pendant une durée plus longue est souvent susceptible d’augmenter la durabilité écono-

¹⁸⁴ La Directive européenne 2014/24 (n.b.p. 368) distingue les spécifications techniques (art. 42; ces spécifications « peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu’ils soient liés à l’objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs » et « peuvent aussi préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé ») des conditions d’exécution du marché (art. 70; ces conditions peuvent prendre en compte, notamment, « des considérations relatives à l’économie, à l’innovation, à l’environnement, au domaine social ou à l’emploi »). Cette distinction n’est pas particulièrement aisée (dans le même sens: HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 401) en raison du fait que, hormis les caractéristiques techniques (au sens propre du terme) des produits physiques ou électroniques (éventuellement) fournis dans le cadre d’un marché public – ces caractéristiques ne peuvent être que des spécifications techniques au sens de la directive – il existe un bon nombre de spécifications concernant des travaux ou services, respectivement le processus de production de ces prestations, qui peuvent être qualifiées tant de spécifications techniques au sens de l’art. 42 que de conditions d’exécution du marché au sens de l’art. 70, de la Directive 2014/24. De surcroît, le fait que des dispositions (contractuelles) concernant la propriété intellectuelle, prévues dans un appel d’offres, soient considérées comme des spécifications techniques, conformément à l’art. 42, al. 1, Directive 2014/24, démontre que cette disposition prévoit une notion de « spécification technique » qui va au-delà de ce que l’on entend, au sens étroit, par le terme « technique ». Il n’est pas clair non plus si les régimes juridiques régissant les spécifications, d’une part, et les conditions d’exécution, d’autre part, présentent des différences. Le droit suisse ne connaît pas la catégorie des conditions d’exécution mais seulement celle des spécifications « techniques », qui, abstraitement, relèvent de la même catégorie que les conditions d’exécution parce qu’il s’agit dans les deux cas de décrire les prestations voulues et leur processus de production. En droit suisse, il sied donc d’interpréter de manière très large la notion de « spécification technique » et d’y assujettir toute exigence décrivant un aspect quelconque de la prestation ou de sa production, qu’il s’agisse de points techniques (a.s.é.), administratifs, commerciaux ou juridiques. Cf. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 7.

mique et écologique de l'acquisition en cause; en outre, des droits et obligations contractuels qui sont bien équilibrés contribuent au développement durable de la branche économique concernée.

En vertu du droit des marchés publics à proprement parler,¹⁸⁵ les adjudicateurs assujettis ne sont pas obligés d'adopter des spécifications rendant leurs marchés particulièrement durables, mais jouissent d'un large (cf. n. 20) pouvoir d'appréciation.¹⁸⁶ L'article 30, LMP/AIMP 2019 ne contient aucune trace d'une telle obligation, et le fait que l'alinéa 4 de cette disposition (« peut prévoir »)¹⁸⁷ laisse à l'adjudicateur le choix d'établir des spécifications concernant les aspects écologiques du produit final ou de sa production (cf. *supra* n. 27)¹⁸⁸ démontre qu'il n'existe aucune obligation allant au-delà des conditions de participation (cf. *supra* n. 23 s.) prévues à l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019.¹⁸⁹ Quant aux

¹⁸⁵ À savoir: le corps des règles légales régissant la procédure d'adjudication et la concurrence (éventuelle) entre les soumissionnaires (cf. au sujet des règles du droit de l'organisation de l'État *infra* n. 81 s.).

¹⁸⁶ D'un avis contraire DE ROSSA/DAVID (2020), n. 3: « la volonté claire du législateur impose désormais aux adjudicateurs d'user de leur marge d'appréciation en faveur du développement durable chaque fois qu'il leur est possible. » Selon l'opinion défendue ici, il n'y aurait pas de marge d'appréciation si les adjudicateurs étaient obligés d'en faire usage dans un sens prédéfini. En outre, l'art. 30, al. 4, LMP/AIMP 2019 (« peut ») démontre que ni la LMP ni l'AIMP 2019 n'imposent une conception et une spécification du marché public qui soit particulièrement durable. Indépendamment de la question de savoir ce qui a été communiqué autour de la révision actuelle du droit des marchés publics, c'est la loi qui détermine les droits et obligations existants. Cf. ég. op. cit., n. 29: « le Parlement [...] a voulu transformer le droit des marchés publics en instrument stratégique susceptible d'encourager les acteurs économiques privés à adopter des comportements orientés aux principes de la responsabilité sociale d'entreprise. » Or, selon l'opinion défendue ici, les art. 2, let. a, art. 12, al. 1-3, art. 29, al. 1 (et l'exception à l'al. 2 de cette disposition) et art. 30, LMP/AIMP 2019 démontrent que la législation sur les marchés publics n'a pas pour but d'influer sur le comportement général des entreprises mais se limite à viser l'optimisation du marché public en tant que tel ainsi que de ses conséquences (cf. en particulier n. 49 ss, n. 58 ss et n. 114 ss).

¹⁸⁷ Cf. ég. art. X, al. 6, AMP: « pourra [...] adopter » (« *may* [...] *adopt* »; « *podrá* [...] *adoptar* »).

¹⁸⁸ L'art. 30, al. 4, LMP/AIMP englobe les aspects écologiques de la production des prestations qui n'ont aucune influence sur le produit final (cf. n. 27) mais ne se limitent pas à cet aspect-ci. Cf. ég. Message LMP, p. 1791; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6.

¹⁸⁹ *De lege ferenda*, dans l'Avis économie circulaire, p. 10/14, le Conseil fédéral se prononce contre une modification future de l'art. 30, al. 4, LMP selon laquelle

spécifications sociales n'exerçant aucune influence sur le produit final, il a été relevé plus haut que de telles exigences ne peuvent être plus strictes que celles de l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 29 et n. 31), qui doivent pour leur part être impérativement exigées lors de toute passation d'un marché public (cf. *supra* n. 65 s.), hormis la condition de participation facultative (pour les adjudicateurs) de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 36). Il sied de conclure que le droit des marchés publics révisé n'oblige pas les entités adjudicatrices assujetties à adopter des spécifications particulièrement économiques, écologiques ou sociales; les conditions de participation du type écologique et social (art. 12, al. 1, al. 2, 1^{ère} phrase, et al. 3, LMP/AIMP 2019) sont les seules exigences définissant des aspects du processus de production (et se recoupant donc matériellement avec les spécifications du marché; cf. *supra* n. 23 s.) que les adjudicateurs doivent im-

les adjudicateurs seraient obligés d'« examiner les aspects écologiques lors de toute acquisition (biens, services et prestations de construction) et, si possible, [d']en tenir compte dans les spécifications techniques » (cf. à ce sujet HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 418). La raison n'est pas que le Conseil fédéral n'est pas favorable à la prise en compte des aspects écologiques dans le cadre de la conception des acquisitions et de la spécification des prestations, mais plutôt qu'il préfère régler ce comportement au niveau de la stratégie de l'administration fédérale en matière d'acquisitions, qui est déjà appliquée par les entités concernées (loc. cit.). Dans ce contexte, il sied de mentionner les art. 2, al. 2, let. b, OILC (n.b.p. 202) et art. 11, al. 2, let. a, art. 23a, let. c, art. 24, al. 1, let. i et art. 28, Org-OMP (n.b.p. 210). Selon l'opinion défendue ici, même si la LMP devait (à l'avenir) contenir une obligation de concevoir les marchés publics d'une manière particulièrement écologique, il s'agirait d'une règle d'organisation interne, à l'instar des art. 2, al. 2, let. b, OILC et art. 11, al. 2, let. a, Org-OMP actuellement en vigueur, et non pas d'une obligation pouvant être invoquée par les soumissionnaires. Si on décidait autrement, on soulèverait de manière incontournable la question de savoir si les soumissionnaires peuvent également faire grief d'une conception du marché qui n'est pas aussi économe que possible. Sous réserve du principe d'égalité de traitement et dans le cadre des législations spéciales de droit public applicables au cas concret, il sied de laisser les questions stratégiques concernant la conception des acquisitions et la spécification des marchés au droit de l'organisation de l'État et, dans ce cadre, aux stratégies des adjudicateurs, et il convient d'éviter des recours en matière de marchés publics dans lesquels les soumissionnaires essayent d'influer (en leur faveur) sur les décisions de conception et de spécification. Par ailleurs, le principe d'égalité de traitement ancré à l'art. 2, let. c, LMP ne s'applique pas auxdites décisions, à moins qu'elles ne restreignent l'ouverture de la concurrence de manière inutile (cf. art. 30, al. 1, LMP: « nécessaires »; cf. ég. art. 30, al. 2, et al. 3, LMP), voire dans un esprit de discrimination, ou qu'elles aboutissent à une élimination de toute concurrence (cf., par analogie, art. 21, al. 2, let. c et let. e, LMP).

pérativement prévoir et vérifier dans leurs procédures d'adjudication (il en va autrement pour la condition de participation de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, que les adjudicateurs sont libres d'exiger ou non).

Le but légal de l'utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 49) ne change rien au constat qui vient d'être fait. Ce but ne crée en effet aucune obligation à la charge des pouvoirs adjudicateurs de concevoir et de spécifier leurs marchés publics d'une manière particulièrement durable. Cela est illustré en particulier à l'article 30, alinéa 4, LMP/AIMP 2019, qui habilite (« peut ») – mais n'oblige point – le pouvoir adjudicateur à établir des spécifications écologiques (allant au-delà du respect du droit de la protection de l'environnement visé à l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019). Or, le même constat vaut pour les spécifications visant l'aspect économique ou social du marché en question. S'il était très largement reconnu, sous l'empire de l'ancien droit et de son but d'économicité (art. 1, al. 1, let. c, aLMP; art. 1, al. 3, let. d de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001¹⁹⁰), qu'en vertu du droit des marchés publics,¹⁹¹ les adjudicateurs n'étaient pas obligés de spécifier leurs marchés d'une manière particulièrement économique (que ce soit par rapport au prix ou à la qualité),¹⁹² sous le droit révisé, il

¹⁹⁰ AIMP 2001.

¹⁹¹ Certes, il était possible qu'une obligation de spécifier de manière particulièrement économique (qualité-prix) découle du droit général des finances publiques (cf., notamment, art. 1, al. 2, let. b [« usage économe et efficace des fonds publics »] et art. 57, al. 1, LFC [n.b.p. 197] [« utilisation judicieuse, rentable et économe des crédits »]). Toutefois, cela ne change rien au fait que, de son côté, le droit des marchés publics ne posait pas de telle obligation.

¹⁹² Message LMP, 1729: « L'objectif de l'utilisation économique des deniers publics ne donne pas aux soumissionnaires le droit de prétendre à l'achat de leur produit au motif qu'il s'agirait du « bon » produit »; ATF 137 II 313, c. 3.3.1: « Grundsätzlich definiert die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will; mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt »; TAF B-7062/2017, 22 août 2019, c. 2.1; TAF 4387/2017, 8 février 2018, c. 3.2; TAF B-4743/2015, 9 décembre 2015, c. 4.1; TAF B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, c. 4.2 (cité dans le Message LMP, 1729, n.b.p. 44): « Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BÖB [...] [gibt] dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf [...], die Beschaffung des « richtigen » Produkts zu erstreiten. »

convient de comprendre la disposition concernant le but de la législation sur les marchés publics (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019) en ce sens que, sous réserve des conditions de participation impératives (cf. *supra* n. 65 ss et n. 78), ledit but n'oblige pas les adjudicateurs à adopter des spécifications visant à promouvoir la durabilité de leurs marchés.¹⁹³ À l'instar du recourant qui, sous l'ancien droit, ne pouvait pas faire valoir (avec succès) que l'adjudicateur planifiait une acquisition trop onéreuse ou de mauvaise qualité,¹⁹⁴ sous le droit révisé, les recourants ne sauraient, en invoquant le but du droit des marchés publics dans un recours, contraindre une entité adjudicatrice (qui respecte les dispositions légales concernant les conditions de participation impératives) à optimiser un aspect quelconque de la durabilité de son achat. Même si un adjudicateur public s'impose (resp., impose à ses autorités adjudicatrices) une stratégie d'achat durable, que ce soit par la législation sur l'organisation de l'État (cf. *infra* n. 81) ou par une décision de stratégie,¹⁹⁵ un tel acte ne crée aucun droit en faveur des soumissionnaires, mais uniquement des obligations internes à l'administration (non invocables par les soumissionnaires; cf. *infra* n. 82), qui se fondent sur les lois que les stratégies en question sont censées concrétiser.

Il n'en demeure pas moins qu'en dehors du droit des marchés publics se trouvent un grand nombre d'obligations, découlant du droit public spécial, qui contraignent les pouvoirs adjudicateurs à spécifier leurs acqui-

193 Cf. ég. Message LMP, 1729 (avec n.b.p. 44): le Conseil fédéral semble préconiser de maintenir le principe (développé par la jurisprudence issue sous l'ancien droit; cf. *supra* n.b.p. 192) selon lequel les soumissionnaires ne peuvent (dans un recours) faire grief d'une spécification du marché prétendument contraire au but légal d'économie (qui est devenu, dans le droit actuel, le but de durabilité).

194 Cf. *supra* n.b.p. 192.

195 Cf. en particulier la Stratégie (du Conseil fédéral) de mise en œuvre concernant la révision totale du droit des marchés publics 2021-2030 du 26 novembre 2020 (https://www.kbob.admin.ch/dam/kbob/fr/dokumente/Themen%20und%20Trends/revidiertes-beschaffungsrecht/Beschaffungsstrategie_Bund_Franz%C3%B6sisch_A4.pdf.download.pdf/Beschaffungsstrategie_Bund_Franz%C3%B6sisch_A4.pdf [visité le 5 avril 2024]), p. 13: « Les services d'achat et les services demandeurs formulent en principe des spécifications techniques, des critères d'aptitude et des critères d'adjudication appropriés, axés sur la durabilité et adaptés à l'objet du marché. »

sitions de façon particulièrement durable.¹⁹⁶ Par exemple, selon l'article 57, alinéa 1, de la Loi sur les finances de la Confédération du 7 octobre 2005¹⁹⁷, les unités administratives fédérales assujetties à cette loi (cf. art. 2, LFC) sont responsables « de l'utilisation judicieuse, rentable et économe des crédits qui leur sont attribués et des actifs qui leur sont confiés ». Il en résulte une obligation à la charge des entités concevant et spécifiant des marchés publics d'accomplir ces deux tâches de manière, notamment, économiquement durable. Par ailleurs, selon l'article 15, alinéa 1 et alinéa 2, de la Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002¹⁹⁸, la Confédération est obligée d'édicter des prescriptions tant sur l'aménagement des installations et des véhicules des transports publics que sur les mesures à prendre en faveur des personnes handicapées dans les constructions et installations qu'elle fait édifier ou subventionne. Cette règle légale oblige la Confédération (et les entités subventionnées) comme maître de l'ouvrage, ainsi que les adjudicateurs actifs dans les transports publics, à spécifier leurs acquisitions de manière à respecter le minimum légal d'accessibilité et d'inclusivité, respectivement de durabilité sociale (cf. art. 8, al. 1, et al. 2 de l'Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 19 novembre 2003¹⁹⁹ et art. 3 ss, de l'Ordonnance sur les aménagements visant à assurer l'accès des personnes handicapées aux transports publics du 12 novembre 2003²⁰⁰). Un constat analogue vaut, sous l'aspect écologique, notamment, pour l'article 45a, alinéa 1, de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016²⁰¹, qui oblige tous les maîtres d'ouvrage (privés et publics) de nouveaux bâtiments d'une surface déterminante de construction supérieure à

¹⁹⁶ En sus des règles légales présentées ci-après, il sied de mentionner les art. 2, al. 2 et art. 73, Cst. (qui, selon l'opinion défendue ici et en dépit de leurs libellés, ainsi que de la place de l'art. 73 dans la structure de la Cst., doivent être interprétés dans une perspective contemporaine et englobent en ce sens tous les trois aspects du développement durable et non pas seulement celui écologique). Cf. à cet égard HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 146 et n. 150.

¹⁹⁷ LFC – RS 611.0.

¹⁹⁸ LHand – RS 151.3.

¹⁹⁹ OHand – RS 151.31.

²⁰⁰ OTHand – RS 151.34.

²⁰¹ LEne – RS 730.0.

300 mètres carrés à mettre en place (sur le toit ou la façade) une installation solaire. Là où elles s'appliquent, ces obligations restreignent la liberté de conception et de spécification accordée aux adjudicateurs par le droit des marchés publics.

Se trouvent également en dehors du droit des marchés publics à proprement parler (à savoir: le droit régissant la passation des marchés publics, tel qu'il est ancré à la LMP, à l'art. 5, LMI et à l'AIMP 2019) les dispositions du droit de l'organisation de l'État concernant les processus et décisions internes des autorités qui conçoivent, spécifient et effectuent des acquisitions publiques. Dans ce domaine, l'on trouve, selon le droit applicable, certaines obligations visant une spécification particulièrement durable des marchés publics (l'existence de ces règles spéciales témoigne du fait que le droit des marchés publics ne contient pas de telles obligations). À titre d'exemple, l'article 2, alinéa 2, lettre b, de l'Ordonnance concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération du 5 décembre 2008²⁰² oblige celle-ci à appliquer le « Standard Construction durable Suisse (SNBS²⁰³ Bâtiment) »²⁰⁴, à la création duquel elle a participé²⁰⁵ conformément à la disposition précitée (« création et application de normes fondées sur le développement durable en matière

²⁰² OILC – 172.010.21.

²⁰³ Il semble que, pour renforcer la marque, l'acronyme allemand pour « *Standard nachhaltiges Bauen Schweiz* » est utilisé par le Réseau Construction durable Suisse même pour la langue française; il en va de même de l'acronyme de ce réseau, à savoir: « NNBS », ce qui traduit « *Netzwerk Nachhaltiges Bauen Schweiz* ». Le phénomène « SUVA » se répand. Cela étant, l'existence de certaines dénominations d'organisations telles que « Travail.Suisse » (www.travailsuisse.ch/de; visité le 5 avril 2024) démontre que l'inverse est aussi possible.

²⁰⁴ Cf. www.snbs-batiment.ch (visité le 5 avril 2024).

²⁰⁵ Cf. www.kbob.admin.ch/kbob/fr/home/die-kbob/netzwerk-nachhaltiges-bauen-schweiz.html (visité le 5 avril 2024): « Le réseau Construction durable Suisse (NNBS) a été fondé en 2013, sur la base de la stratégie du Conseil fédéral pour le développement durable. L'association, soutenue par l'économie privée et les pouvoirs publics, coordonne et promeut le développement durable en Suisse en tant qu'organisation centrale. Elle travaille étroitement avec les acteurs concernés et les implique dans ses activités. Au début de l'année 2020, le NNBS comptait 143 membres issus des milieux économiques, de la formation et des pouvoirs publics [...]. Le NNBS fournit plusieurs instruments de travail de base pour la pratique de la construction durable. Nombre d'entre eux sont utilisables librement et gratuitement. Le Standard Construction durable Suisse Bâtiment (SNBS Bâtiment) est un instrument conforme à la pratique qui décrit les prestations en matière de durabilité. »

d'études, de construction, d'aménagement, de gestion, d'exploitation et de déconstruction »). Concrètement, les projets de construction des bâtiments fédéraux doivent être conformes au standard mentionné, ce qui engendre maintes conséquences aux niveaux de la conception et de la spécification des marchés publics concernés. À son article 8, alinéa 1 (*cum al. 2*), la Loi sur les marchés publics (canton de Fribourg) du 2 février 2022²⁰⁶ prévoit une obligation comparable concernant l'application du standard SNBS (ou équivalent) aux ouvrages publics du canton de Fribourg.²⁰⁷ Plus globalement, mais d'une manière pas moins ambitieuse, l'article 6a, alinéa 1 et alinéa 2, de l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics (canton de Berne) du 5 novembre 2014²⁰⁸ oblige les adjudicateurs assujettis au droit bernois à prévoir, dans leurs procédures d'adjudication, des spécifications techniques (cf. à cet égard *supra* n. 76) visant à favoriser « le caractère durable des prestations achetées » (al. 1).²⁰⁹ De surcroît, tant l'article 23a, lettre c, de l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 oc-

²⁰⁶ LCMP/FR – RSF 122.91.1.

²⁰⁷ Il sied de noter que l'art. 8, al. 1, LCMP/FR (« L'État exige le respect des critères des labels environnementaux ou des écolabels pour ses propres marchés et pour ceux auxquels il participe financièrement ») relève du droit de l'organisation interne de l'État et non pas du droit des marchés publics à proprement parler (droit régissant la procédure d'adjudication et la concurrence entre les soumissionnaires), indépendamment du fait que cette disposition ait été intégrée dans un acte contenant principalement du droit des marchés publics à proprement parler. D'une part, ladite disposition contient une règle concernant les décisions stratégiques des pouvoirs publics en matière d'acquisition et non pas la procédure d'adjudication (il en va autrement des alinéas 2 à 4 de l'art. 8, LCMP/FR, dans la mesure où ces dispositions contiennent, entre autres, l'obligation d'admettre non seulement des certificats déterminés [p.ex., SNBS] mais aussi des états de fait équivalents: il s'agit ici de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires). D'autre part, le fait que l'obligation contenue à l'art. 8, al. 1, LCMP/FR ne s'étende pas à tous les adjudicateurs fribourgeois assujettis à l'art. 4, AIMP 2019, mais concerne uniquement le canton et certains projets subventionnés – impliquant en particulier que les communes fribourgeoises n'y sont pas liées – témoigne du fait qu'il s'agit d'une transposition d'une stratégie d'achat cantonale en une règle légale, respectivement d'une stratégie imposée au pouvoir exécutif par le pouvoir législatif. Or, le rang législatif de la règle ne détermine pas sa nature, qui relève de l'organisation interne de l'administration publique.

²⁰⁸ OOMP/BE – RSB 731.22.

²⁰⁹ Cf. pour un projet de loi modifiant l'art. 30, al. 4, LMP en ce sens que la prise en compte des aspects écologiques lors de la spécification deviendrait impérative *supra* n.b.p. 189.

tobre 2012²¹⁰ que l'article 9, LCMP/FR prévoient l'exploitation d'un « *controlling* » (Org-OMP), respectivement, ce qui est plus précis au vu de l'objet visé, d'un « *monitoring* » (LCMP/FR) concernant la durabilité (économique, écologique et sociale) des achats publics effectués. Il n'en découle peut-être pas d'obligation « dure » à la charge des entités adjudicatrices qui spécifient leurs marchés publics, mais certainement une obligation morale ainsi qu'un moyen de pression douce pour les autorités chargées de surveiller l'utilisation des fonds publics (du reste, il y a lieu de rappeler qu'il a été relevé que tant la législation de la Confédération que celle du canton de Fribourg prévoient une obligation de spécifier durablement; cf. art. 57, al. 1, LFC, art. 2, al. 2, let. b, OILC et art. 8, al. 1, LCMP/FR).

Il convient de préciser que, selon l'opinion défendue ici, les dispositions ne relevant pas du droit des marchés publics à proprement parler, mais appartenant au droit de l'organisation de l'État concernant les processus et décisions internes dans le contexte de l'achat public (cf. *supra* n. 81), ne créent des obligations qu'à l'interne des administrations visées et ne confèrent aucun droit aux soumissionnaires dans les procédures d'adjudication. Ce constat vaut indépendamment de la question de savoir si la règle d'organisation étatique concernée figure dans un acte séparé (p.ex., l'OILC ou l'Org-OMP; cf. *supra* n. 81) ou dans la loi ou l'ordonnance régissant (principalement) la procédure d'adjudication et la concurrence entre les soumissionnaires (p.ex., la LCMP/FR).²¹¹ Où qu'elles se trouvent, les règles concernant les décisions stratégiques en matière d'acquisitions publiques ne relèvent pas du droit des marchés publics à proprement parler, qui, de son côté, n'influe que très ponctuellement (cf. *supra* n. 20) sur les spécifications des marchés publics (cf. art. 12, al. 1-4, et art. 30, LMP²¹²/AIMP 2019) et qui, sous cette réserve, ne s'occupe pas de la question « quoi acheter ? » (cf. *supra* n. 79). Ainsi, les soumission-

²¹⁰ Org-OMP – RS 172.056.15.

²¹¹ Cf. ég. *supra* n.b.p. 207.

²¹² Cf. *supra* n.b.p. 189: si la LMP était modifiée en ce sens que les adjudicateurs seraient *obligés* par la loi de prendre en compte les aspects écologiques de leur marché (production et produit), la question se poserait de savoir dans quelle mesure les soumissionnaires peuvent le cas échéant s'en prévaloir. Selon l'opinion défendue ici, même en cas de modification de la loi, la prise en compte des aspect écologiques dans le cadre des spécifications ne peut pas être invoquée par les soumissionnaires (potentiels ou actuels), sous réserve du grief de la discrimination, qui peut être formulé à

naires ne sauraient demander, dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics (art. 52 ss, LMP/AIMP 2019; art. 9, LMI), que l'adjudicateur respecte les obligations concernant la conception et la spécification découlant du droit de l'organisation de l'État discutées ci-avant (*supra* n. 81). La raison est que ces dispositions n'ont pas été édictées dans un souci d'égalité de traitement des entreprises participant à une procédure d'adjudication. Elles régissent les stratégies d'achat des adjudicateurs, qui ne sont pas justiciables dans le cadre du recours en matière de marchés publics, conformément à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit quant au principe d'économicité,²¹³ qui garde toute sa valeur sous le droit révisé (cf. *supra* n. 79).

Toujours selon l'opinion défendue ici,²¹⁴ un constat analogue doit être fait en ce qui concerne les dispositions légales du droit public spécifique qui influent sur la spécification des marchés publics, comme celles de la LHand ou de la LENE (cf. *supra* n. 80): la violation de ces dispositions ne saurait être invoquée (avec succès) dans un recours en matière de marchés publics (art. 52 ss, LMP/AIMP 2019; art. 9, LMI). Il incombe exclusivement à l'adjudicateur de respecter les règles légales découlant du droit public spécifique et influant sur la spécification de ses marchés publics, et il lui incombe le cas échéant d'endosser les conséquences, prévues par la législation spéciale, si l'un de ses projets ou services enfreint lesdites règles.²¹⁵ Celles-ci s'adressent, selon le cas, à l'adjudicateur

l'encontre de n'importe quelle spécification (cf. art. 30, al. 1-3, LMP et art. X:1-5, AMP 2012), ainsi que du grief du non-respect de l'art. 12, al. 1-4 (spéc. al. 3), LMP.

²¹³ Cf. *supra* n.b.p. 192.

²¹⁴ D'un autre avis (du moins potentiellement) ROTH (2020), art. 56, LMP/AIMP 2019 n. 20: cet auteur ne discute pas spécifiquement la question de l'invocation, par un soumissionnaire-recourant, d'une loi régissant la manière dont le propriétaire d'un ouvrage ou le responsable d'un service doit construire l'ouvrage ou fournir le service, mais il retient que, dans une procédure de recours en matière de marchés publics, selon le texte des art. 55, LMP, art. 37, de la Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF – RS 173.32) et 49, let. a, de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021), le soumissionnaire-recourant peut invoquer toute sorte de violation du droit fédéral.

²¹⁵ Cf. TAF B-6588/2018, décision incidente du 4 février 2019, c. 5.3: «*Ob die Vergabestelle nach dem Zuschlag und Vertragsabschluss das von ihr gewünschte Projekt auch ausführen lassen kann oder ob der Ausführung allenfalls urheberrechtliche, zonenplanerische, nachbarrechtliche oder andere Gründe entgegenstehen, ist eine Frage, über welche gegebenenfalls der Zivilrichter oder die Baubehörden zu entscheiden haben werden.*» – D'un autre avis toutefois TAF B-2457/2020, 23 août

2021, c. 4.3: dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral vérifie si la délégation litigieuse d'une tâche publique repose sur une base légale suffisante (art. 178, al. 3, Cst.) et ce, en dépit du fait que la réponse à cette question n'affecte aucunement la concurrence entre les soumissionnaires, respectivement l'égalité de traitement entre ceux-ci, étant donné que, si un appel d'offres est annulé en raison du fait qu'une délégation de la tâche litigieuse ne reposerait pas sur une base légale suffisante, ladite tâche continue à être accomplie par l'État lui-même, et aucune entreprise privée n'est avantagée ni désavantagée; ainsi, des questions d'intérêt digne de protection sont soulevées (cf. pour une critique de l'arrêt cité: BEYELER [2022], commentaire du n° 22). Il n'est pas concevable que le recours fondé sur le droit des marchés publics puisse avoir pour but de permettre à des entreprises privées d'empêcher qu'un contrat soit passé avec un acteur de l'économie privée. Par conséquent, le grief selon lequel un appel d'offres concernant la délégation d'une tâche publique doit être annulé en raison du fait qu'une telle délégation manque de base légale ne doit être entendu dans une procédure de recours fondée sur les art. 52 ss, LMP/AIMP 2019, resp., sur l'art. 9, LMI. – La I^{ère} Cour de droit social du Tribunal fédéral est également d'un autre avis. Dans l'ATF 145 V 255 (cf. en particulier c. 7), sur recours de la SUVA, le Tribunal fédéral annule une décision d'adjudication fondée sur l'AIMP 2001 et prononcée par une commune en faveur d'une compagnie d'assurance privée. La raison est que le Tribunal fédéral constate que les employé-e-s de ladite commune sont assuré-e-s *ex lege* auprès de la SUVA, si bien que, selon le Tribunal fédéral, la procédure d'adjudication visant la conclusion d'un contrat avec une compagnie d'assurance privée (ou avec la SUVA en tant qu'actrice de l'économie libre) n'aurait simplement pas dû avoir lieu (arrêt cité, c. 7: «*La procedura non si sarebbe più dovuta svolgere del tutto*»). Le tribunal en déduit que l'adjudication est contraire au droit et annule celle-ci ainsi que le jugement cantonal attaqué, qui l'avait encore confirmée. Or, selon l'opinion défendue ici, à supposer même que la conclusion, par une entité assujettie au monopole de la SUVA, d'un contrat d'assurance-accidents avec une compagnie d'assurance privée soit constitutive d'une violation de la législation sur les assurances sociales, le fait de lancer un appel d'offres et d'adjuger un marché dans une telle situation n'est pas pour autant contraire à la loi. Il incombe à l'adjudicateur public de respecter la législation applicable, mais du moment que l'adjudication ne l'oblige pas à conclure un contrat quelconque (ATF 129 I 410, c. 3.4), ni l'appel d'offres ni l'adjudication visant un contrat dont la conclusion est totalement ou partiellement interdite (ce qui entraîne le cas échéant la nullité du contrat) n'est contraire au droit des marchés publics. Le recours en matière de marchés publics ne sert pas à vérifier l'ensemble des normes de droit public qui s'appliquent au marché envisagé; les recourants ne sauraient se prévaloir de prétendues violations du droit public spécifique lorsque cela n'affecte pas l'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication (cela dit, dans le cas de l'ATF 145 V 255, la SUVA n'entendait pas être traitée selon le principe d'égalité de traitement, mais invoquait son monopole, respectivement son droit à un traitement exclusif découlant de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 [LAA – RS 832.20]). – Le besoin de cohérence inhérent à l'ordre juridique ne plaide d'ailleurs pas pour une absorption, par la procédure de recours en matière de marchés publics, de toute sorte de griefs tirés de l'allégation des violations du droit public spécifique qui n'ont aucun lien avec l'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication. L'inverse est vrai.

en son rôle de propriétaire d'un ouvrage, ou de responsable du service public en question, et n'ont pas pour but, contrairement au droit des marchés publics, de préserver les intérêts des soumissionnaires impliqués dans une procédure d'adjudication concernant ce projet ou service. Cela s'illustre notamment par le fait que les articles 7 ss, LHand (cf. *supra* n. 80) prévoient des procédures spécifiques pour la protection juridique des droits des personnes que cette loi a pour but de protéger. Ces voies de droit ne sont ouvertes qu'aux personnes légitimées selon les articles 7 ss, LHand. Pour sa part, l'article 45a, alinéa 1, LEne (cf. *supra* n. 80) est mis en œuvre dans les procédures d'autorisation de construire (y compris les procédures de recours). Il n'appartient pas à l'instance de recours en matière de marchés publics de connaître des questions qui peuvent faire l'objet des procédures prévues par la législation spéciale concernant les ouvrages ou services pour lesquels un marché public doit être adjugé.²¹⁶ En effet, se rallier à un avis contraire pourrait conduire à des situations juridiques incohérentes. Il suffit d'imaginer un cas dans lequel, en vertu de la LHand, l'instance de recours en matière de marchés publics astreint un adjudicateur à adapter son projet de construction mis en soumission. Si, pendant ou après la réalisation de l'ouvrage, une personne légitimée (cf. art. 7 ss, LHand) a gain de cause devant l'instance

Dans le cas dont traite l'arrêt TF 8C_600/2014, 27 mars 2015, afin de faire valoir son monopole, la SUVA avait agi tant par la voie du recours en droit des marchés publics que par celle de la décision fondée sur la LAA, et c'est dans la procédure concernant cette dernière qu'elle a eu gain de cause au Tribunal fédéral (qui ne s'est pas prononcé dans cette procédure sur la question de la conformité au droit de l'exclusion et de l'adjudication, fondées sur le droit des marchés publics, que la SUVA avait attaquées devant l'instance cantonale compétente). Selon l'opinion défendue ici, l'application de la LAA doit être vérifiée dans une procédure fondée sur cette loi (cf., par analogie, la décision incidente du TAF B-6588/2018 précitée) et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de recours en matière de marchés publics. Le fait que la SUVA soit arrivée à mettre en œuvre son interprétation de la LAA dans une procédure fondée sur cette loi (TF 8C_600/2014, 27 mars 2015) démontre qu'il s'agit d'un parallélisme inutile et potentiellement dangereux pour la cohérence de l'ordre juridique si le grief de la violation de la LAA est entendu dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics (ATF 145 V 255). En effet, dans ce cas, il se peut que plusieurs décisions contradictoires soient rendues.

²¹⁶ Cf. ég. TAF B-6588/2018, décision incidente du 4 février 2019, c. 5.3 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 215). Selon cette décision, un recourant ne saurait, dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics, faire valoir des droits ou obligations que l'adjudicateur est selon lui en train d'enfreindre, lorsqu'il est prévu qu'une autre procédure judiciaire (civile ou administrative) porte sur le contrôle de ceux-ci.

compétente en invoquant le caractère discriminatoire de l'ouvrage (cf. art. 2, al. 2 et al. 3, LHand), qui est pourtant conforme à la décision de l'autorité de recours en matière de marchés publics, l'adjudicateur se trouve dans une impasse juridique inacceptable.

IV. Des buts du droit des marchés publics et du marché public

Thèse n° 4:

Tandis que le droit des marchés publics, sous quelque forme qu'il existe, s'inscrit toujours dans la poursuite de certains buts politiques, le marché public concret qu'une autorité adjudicatrice passe dans un cas d'espèce a pour but exclusif de couvrir de manière optimale et durable des besoins issus de l'accomplissement d'une tâche concrète. C'est en visant l'atteinte de ce but de son marché que l'autorité adjudicatrice contribue, dans le sens d'un effet secondaire, aux buts politiques qui sous-tendent la législation sur les marchés publics. L'instrumentalisation d'un marché public concret aux fins de la poursuite de buts politiques non liés à la couverture optimalement durable des besoins en cause est contraire au droit tant qu'elle ne repose pas sur une base légale spécifique.

La quatrième thèse traite de la mesure dans laquelle la poursuite de certaines politiques peut, d'une manière conforme au droit, influencer sur le domaine des marchés publics.

A. Les buts de la législation en matière de marchés publics

Une législation étant toujours l'expression de choix pris dans le cadre de la poursuite de certains buts politiques, aucun droit des marchés publics ne peut exister sans s'inscrire dans la poursuite de l'une ou l'autre politique. Quel que soit son contenu concret à un moment donné, le droit des marchés publics consacre ainsi des décisions politiques concernant les effets souhaités (du point de vue des organes compétents) des marchés publics, notamment pour l'État (resp., pour les tâches accomplies à l'aide des prestations acquises) et pour la société, y compris le secteur de l'économie privée, ainsi que pour l'équilibre écologique. En ce sens, par ses règles, le droit des marchés publics donne nécessairement l'une ou

l'autre orientation politique au domaine factuel des marchés publics, pris dans son ensemble.

Comme il sera démontré ci-après (*infra* n. 87 ss, n. 94 ss, n. 101 ss et n. 106 ss), au cours de son histoire, le droit des marchés publics avait probablement toujours comme but de favoriser un investissement optimal des fonds publics – ce qui a changé au fil du temps, ce sont la compréhension de la notion d'« optimal », les manières d'arriver à un marché public optimal et le traitement des conséquences de la passation des marchés. Les chapitres suivants, qui, sans vouloir être exhaustifs, traitent des législations en matière de marchés publics du vingtième et du début du vingt-et-unième siècle (y compris le droit révisé récemment), visent à illustrer et à analyser ces évolutions.

1. *Au début du vingtième siècle*

À titre d'exemple d'un acte législatif du début du vingtième siècle, l'on peut citer l'Ordonnance sur les marchés publics du Grand Conseil (pouvoir législatif) du canton des Grisons du 28 mai 1919,²¹⁷ qui se trouvait très probablement parmi les premières législations suisses en matière de marchés publics ayant été adoptées par le pouvoir législatif (et non pas par l'exécutif; cf. *infra* n. 99]).

Il ressort de l'article 1^{er} de l'Ordonnance précitée (ci-après: l'ordonnance) qu'en principe, les marchés de travaux et de fournitures doivent être adjugés sur la base d'une « concurrence générale » (« *allgemeiner Wettbewerb* ») ouverte par un appel d'offres public, tandis que les articles 2 et 3 de l'ordonnance prévoient des situations dans lesquelles la procédure sur invitation ou de gré à gré est permise (notamment, il s'agit des marchés de petite valeur, des cas d'urgence et des compléments mineurs apportés à des marchés adjugés sur la base d'un appel d'offres). Selon l'article 4 de l'ordonnance, les contrats à prix unitaires (dans lesquels la rémunération du prestataire est déterminée en fonction des quantités effectivement fournies) doivent constituer la règle, et un prix forfaitaire n'est admissible qu'exceptionnellement, « lorsque l'ensemble des caractéristiques de l'objet de l'appel d'offres peut être annoncé de

217 Submissionsverordnung, vom Grossen Rat erlassen am 28. Mai 1919. – Dans l'archive cantonale grisonnaise, cet acte porte les cotes « VIII 4 e – VIII 4 f 1 » et « VIII 4 f 2 ».

manière précise » (« *wenn der Gegenstand der Ausschreibung in allen seinen Eigenschaften genau bekannt gegeben werden kann* »).

Concernant le choix de l'adjudicataire, l'article 13, alinéa 1 et alinéa 2 de l'ordonnance dispose que l'adjudication doit être prononcée en faveur « d'une offre » (« *ein Angebot* ») qui garantit la fourniture correcte des prestations et prévoit en même temps un « prix digne d'être considéré » (« *preiswürdig* »). Selon la disposition précitée, un prix est « digne d'être considéré » s'il apparaît comme adapté aux prestations demandées, ce qui est le cas lorsqu'il n'est pas « excessif » (« *übersetzt* ») et qu'il garantit de procurer au prestataire un « bénéfice mesuré » (« *angemessener Verdienst* »). Pour le cas où plusieurs offres remplissent ces conditions et sont « à peu près équivalentes » (« *ungefähr gleichwertig* »), l'article 14 de l'ordonnance dispose que, tout en considérant leur habilitation²¹⁸ et leurs capacités (« *unter Berücksichtigung der Tüchtigkeit und der Leistungsfähigkeit* »), la priorité doit être accordée en premier lieu aux soumissionnaires sis dans le canton des Grisons et en deuxième lieu aux entreprises des autres cantons suisses, tandis que des offres provenant de l'étranger ne peuvent être retenues que lorsque d'autres offres valables (techniquement et financièrement) ne peuvent être obtenues.

Les articles 17 à 22 de l'ordonnance sont dédiés à la « protection des ouvriers » (« *Arbeiterschutz* » ; titre du chap. VI.). Entre autres, ces dispositions prévoient l'obligation de respecter les conditions de travail usuelles (le cas échéant, selon une convention collective) au lieu de la prestation, en particulier concernant les salaires, les heures supplémentaires et le travail de nuit ou du dimanche (art. 17 s.). Elles contiennent de surcroît l'obligation de payer les salaires en principe toutes les deux semaines et ce, « non pas dans un établissement gastronomique » (« *Die Auszahlung des Lohnes soll, wo nichts anderes vereinbart ist, alle 14 Tage erfolgen; dieselbe darf nicht in einer Wirtschaft stattfinden* » ; art. 19, 1^{ère} phrase). Il convient de mentionner dans ce contexte que la deuxième phrase de l'article 19 de l'ordonnance attribue aux pouvoirs adjudicateurs assujettis le droit de payer directement les salaires dus aux ouvriers en cas de demeure de leur employeur (qui peut être le presta-

²¹⁸ Le terme allemand « *Tüchtigkeit* » n'est pas facile à traduire. Une personne qui répond à cette vertu effectue son travail de manière à la fois douée et assidue (cf. www.duden.de/rechtschreibung/tuechtig [visité le 5 avril 2024]: « *tüchtig: seine Aufgabe mit Können und Fleiss erfüllend* »).

taire ou son sous-traitant). En outre, des obligations en matière d'accidents et de santé sont mis à la charge des soumissionnaires (art. 20 s.). Finalement, les pouvoirs adjudicateurs se voient confier le droit de recevoir des plaintes des ouvriers et de contrôler le respect des règles en matière de protection des travailleurs (art. 22).

Sur la base de ce tour d'horizon effectué dans l'ordonnance grisonne de 1919, qui prévoit encore bien d'autres règles intéressantes – et en dépit du fait que ladite ordonnance ne contienne pas de disposition dédiée expressément aux buts de la loi – l'on peut conclure que la législation de l'époque (à tout le moins dans le canton des Grisons) exprimait et concrétisait en premier lieu l'intention de poursuivre des buts liés à l'économie de gestion. Ce constat découle en particulier du principe de la concurrence (cf. *supra* n. 88) et de la règle sur l'adjudication (cf. *supra* n. 89), qui tend à éviter des soumissionnaires inaptes, cherche à assurer la bonne exécution des prestations en laissant au prestataire un bénéfice adéquat, et oblige le pouvoir adjudicateur de veiller en même temps à ne pas convenir de rémunérations excessives. Par ces critères, la législation vise une optimisation tant de la qualité que du prix de la prestation acquise. Il en va de même de la disposition interdisant en principe les prix forfaitaires (cf. *supra* n. 88), qui présentent un danger pour les finances de l'adjudicateur s'ils sont excessifs, et, à l'inverse, un danger pour la qualité des prestations acquises s'ils sont trop bas.

En même temps, l'on trouve dans l'ordonnance grisonne des considérations d'économie politique et ce, sous forme de protectionnisme; tel est le cas de l'article 14 qui établit un ordre de priorités géographiques pour le cas où plusieurs offres acceptables sont à peu près équivalentes, et contient une interdiction (non absolue) de l'achat public auprès de fournisseurs étrangers (cf. *supra* n. 89). De plus, il semble raisonnable de penser que la règle qui vient d'être évoquée, selon laquelle il y a lieu de n'adjuger qu'à des offres proposant des prix permettant au soumissionnaire de s'attendre à un bénéfice adéquat (art. 13, al. 2; cf. *supra* n. 89), n'a pas seulement pour but de rendre plus probable une exécution conforme au contrat (qualité et délais) et moins probable une faillite ou d'autres problèmes (p.ex., de qualité), ce qui constitue un but relevant de l'économie de gestion. En effet, selon toute vraisemblance, cette règle vise également à permettre à l'économie privée (cantonale et, subsidiairement, nationale; cf. *supra* n. 89) de prospérer de manière mesurée. Or,

à long terme, cela a des répercussions (positives ou négatives ; la question peut ici rester ouverte) sur les intérêts économiques des pouvoirs adjudicateurs, qui ont besoin d'une économie privée apte à leur fournir les prestations qu'ils entendent acquérir. Ici, les buts d'économie de gestion se confondent donc avec des buts d'économie politique. Cela dit, la règle selon laquelle des prix excessifs sont à éviter (cf. *supra* n. 89) poursuit probablement le seul but de ne pas gaspiller les fonds publics. Et, pour leur part, les règles sur la protection des ouvriers (cf. *supra* n. 90) s'inscrivent sans doute dans le cadre de la poursuite d'une politique sociale cherchant à protéger les intérêts des travailleurs face à leurs employeurs, qui sont généralement plus puissants. Or, le droit des pouvoirs adjudicateurs de payer directement les salaires des ouvriers (impliqués dans un marché public) dont l'employeur est en demeure (cf. *supra* n. 90) ne sert pas qu'aux intérêts des employés, mais également, voire en premier lieu, à l'intérêt économique de l'adjudicateur qui entend assurer la continuité de l'exécution des prestations dont il a besoin.

En somme, s'il est vrai que l'ordonnance ne traite pas de l'aspect écologique, les aspects économique (économie de gestion et économie politique) et social du développement durable y sont déjà présents, même si les instruments et buts concrets sont différents, du moins en partie, de ceux qui dominent aujourd'hui le droit des marchés publics. Cela étant, la plupart des dispositions de l'ordonnance s'inscrit dans la poursuite du but de l'optimisation économique (qualité et prix) du marché.

2. *Les années 1980*

En 1988, la Commission suisse des cartels (remplacée par la Commission de la concurrence en 1996 ; art. 18, al. 1 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995²¹⁹) a publié un rapport détaillé sur les règles et pratiques appliquées en matière de marchés publics de la Confédération, des cantons et des communes.²²⁰ Ledit rapport faisait suite à un précédent rapport, publié en 1967 et ayant pour objet les entraves à la libre concurrence engendrées par les règles et pratiques observées en matière d'adjudication de tra-

²¹⁹ LCart – RS 251.

²²⁰ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 155 ss.

vaux et de fournitures et d'attribution de concessions.²²¹ Il s'agissait de vérifier dans quelle mesure les recommandations publiées dans le premier rapport avaient trouvé un écho positif dans la réalité des marchés publics suisses.²²² En fait, pendant les années 1970, la commission avait constaté que « durant la récession, plusieurs cantons avaient abandonné leur pratique d'adjudication libérale au profit d'une attitude empreinte de protectionnisme local ou régional ». ²²³ Si, à la suite des recommandations publiées en 1967, « la Confédération et un certain nombre de cantons et communes ont d'abord libéralisé leurs régimes des adjudications dans le sens des recommandations de la Commission des cartels », cette « évolution a toutefois été enrayée par la récession du milieu des années soixante-dix », et les « mesures de libéralisation engagées ont été en partie annulées ». ²²⁴ Et, en dépit de la situation conjoncturelle généralement favorable de la fin des années 1980, le protectionnisme continuait à dominer l'adjudication des marchés publics suisses. ²²⁵ Comme elle était convaincue que les « tendances protectionnistes ne doivent pas se répandre dans notre pays », ²²⁶ la commission a entrepris durant les années 1980 l'effort de mener une nouvelle enquête et d'émettre encore une fois des recommandations. ²²⁷ Pour l'essentiel, elle s'est prononcée (tant en 1967²²⁸ qu'en 1988²²⁹) « en faveur de l'adjudication à l'offre représentant le prix le plus bas compte tenu de la qualité ». ²³⁰ Cette offre devait être recherchée, en principe, dans le cadre d'un appel d'offres

221 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 159. Le rapport de 1967 avait été publié in : Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 1967, p. 183 ss.

222 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 159 s.

223 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 159.

224 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

225 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 236 et p. 257.

226 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

227 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

228 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

229 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 296 (n° 13).

230 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

public, accessible à toute entreprise²³¹ intéressée,²³² et sans que des règles ou pratiques protectionnistes ne soient appliquées.²³³

En synthèse, les règles concernant les adjudications publiques que la Commission suisse des cartels a relevées en 1988 prévoyaient des procédures d'adjudication concurrentielles à partir de certains montants (valeur-seuils)²³⁴ et le critère d'adjudication principal était en général le prix de l'offre, tandis que divers autres critères étaient appliqués en complément.²³⁵ Or, le protectionnisme n'était point interdit, mais imposé,²³⁶ et ce de manière souple ou dure : si la majorité des règlements ne prévoyait de préférence régionale ou locale que sous forme de critères d'adjudication secondaires (applicables, selon le règlement, en cas d'équivalence ou

231 Cf. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 249 ss, p. 291 s., p. 293 s. et p. 295 s. (nos 2, 3 et 7) : cela concernait en premier lieu les entreprises suisses. En ce qui concerne les entreprises étrangères, seule la Confédération était à l'époque juridiquement obligée, en vertu de traités internationaux, d'ouvrir certains marchés publics à la concurrence internationale.

232 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 295 (nos 1-6).

233 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 296 s. (nos 10, 12 et 17-18).

234 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 240 s. et p. 243.

235 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 219 ss et p. 226 ss. Parmi ces critères se trouvaient en particulier la qualité des prestations offertes ou des prestations antérieures, le taux d'occupation de l'entreprise soumissionnaire, le nombre d'adjudications reçues dans le passé proche, le lieu du siège de l'entreprise ainsi que les domiciles voire les nationalités (préférence pour les suisses) de ses employés, l'utilisation de matières premières et de produits indigènes, la moralité fiscale, la création et le maintien d'emplois dans le canton, le nombre d'emplois offerts (maintenus) pendant l'hiver, les emplois offerts à des personnes ayant un handicap, et enfin la formation des apprentis.

236 Cf., *pars pro toto*, pour le raisonnement fondant le protectionnisme, la prise de position du chef du bureau cantonal des soumissions du canton de Bâle-Ville, adressé à la Commission suisse des cartels dans le cadre des études de celle-ci (COMMISSION SUISSE DES CARTELS [1988], p. 232) : « Des fournisseurs et entreprises industrielles (briques, ciment, bois, fer, etc.) sont établis dans quasiment tous les cantons. Ils manquent presque totalement dans le canton de Bâle-Ville. En règle générale [...], la relation entre les coûts de matériel et de travail est paritaire. Cela signifie qu'environ la moitié des coûts de construction sont importés d'autres cantons sous forme de livraisons de matériel. Il nous semble donc raisonnable du point de vue de l'ensemble de l'économie qu'au moins les pures prestations de travail soient réservées aux entreprises de construction bâloises. » Cf. en outre la prise de position du Directeur des constructions cantonales schaffhousois, selon laquelle (dans les termes de la commission) « on a veillé dans une plus large mesure ces dix dernières années à faire appel dans la mesure du possible aux entrepreneurs locaux. Cette démarche est fondée sur la situation particulière du canton en tant que région extrêmement marginale. »

de quasi-équivalence²³⁷ des meilleures offres ou généralement pour choisir entre toutes les offres dont le prix était jugé convenable),²³⁸ certaines ordonnances et directives exigeaient des adjudicateurs d'exclure d'emblée tous les soumissionnaires ne provenant pas du périmètre géographique défini, que ce soit au titre d'une condition d'admission²³⁹ ou d'un motif d'exclusion.²⁴⁰

S'y ajoutaient d'autres règles poursuivant des buts d'économie politique. Notamment, la répartition équitable des marchés entre les différentes entreprises (à savoir, une alternance entre les entreprises offrant les mêmes prestations, ainsi qu'entre les différents produits de différents fabricants) était un principe important,²⁴¹ et selon certaines règles, l'adjudicateur était tenu de ne pas passer le marché à une entreprise dont les capacités étaient déjà pleinement occupées.²⁴² En outre, et surtout au niveau fédéral, la prise en compte des régions défavorisées du pays jouait un grand rôle.²⁴³

Les règles des années 1980 traduisaient également des considérations de politique sociale.²⁴⁴ Très généralement, les adjudicateurs étaient obligés de ne retenir aucune offre provenant d'une entreprise qui ne respectait pas les conventions collectives de travail et les usages (locaux²⁴⁵).²⁴⁶ De plus, certains règlements prévoyaient des préférences en faveur du tra-

237 Cf. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 228 s. et p. 231 : la décision sur la question de savoir si deux offres étaient presque équivalentes (ou « identiques ») ouvrait une marge d'appréciation considérable aux adjudicateurs, à moins qu'il n'existât des règles spécifiques définissant des fourchettes à l'intérieur desquelles deux prix étaient réputés équivalents.

238 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 220 ss, p. 224 ss, p. 230 ss et p. 235 ss.

239 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 197 ss, p. 221, p. 232 et p. 270 s.

240 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 200, p. 204.

241 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 182 s., p. 220, p. 222, p. 240, p. 245 et p. 262 s. Cf. en outre op. cit., p. 246 : dans le domaine des marchés d'imprimerie, en cas d'offres égales, le canton de St-Gall prévoyait de privilégier les entreprises qui imprimaient également un organe de la presse d'opinion.

242 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 205.

243 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180 s.

244 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180, p. 221 et p. 223.

245 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 188 et p. 274.

246 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 198, p. 204.

vail à domicile et de celui des personnes ayant un handicap.²⁴⁷ En outre, l'on pouvait même rencontrer des critères d'adjudication (secondaires) tels que « l'attitude sociale et le style de direction de l'entreprise »²⁴⁸ ainsi que la création d'emplois dans le canton et la formation des apprentis.²⁴⁹

Il sied de relever par ailleurs que le canton d'Argovie prévoyait un critère d'adjudication secondaire concernant les « atteintes possibles à l'environnement »²⁵⁰ (« mögliche Umweltbelastung »²⁵¹) et qu'en matière d'achats (fournitures), la Confédération décida en 1980 de créer « une situation de concurrence en tenant autant que possible compte, dans l'intérêt général de la Confédération, des moyens de transport publics. Pour les transports dans le pays, on donnera la préférence aux chemins de fer, si la nature de la marchandise s'y prête et qu'il se révèle plus favorable compte tenu des intérêts généraux de la Confédération ».²⁵² De plus, elle s'engagea à prendre en charge les frais de l'utilisation (par ses fournisseurs) du système Cargo domicile des CFF, de façon que les frais de transport n'étaient pas pris en compte lors de l'évaluation des offres,²⁵³ ce qui conduisit à une égalisation des soumissionnaires quant à la distance entre le lieu de leur production et le lieu de livraison, respectivement, à une favorisation des soumissionnaires provenant de régions relativement périphériques. Cela étant, le choix stratégique des chemins de fer comme moyen de transport préféré était sans doute lié, à la base, au but d'alléger quelque peu le déficit chronique des CFF de l'époque par le biais des marchés publics. C'est en ce sens notamment qu'il y a probablement lieu de comprendre les « intérêts généraux de la Confédération » précités. Il n'est toutefois pas exclu que certaines considérations environnementales aient en outre contribué audit choix.

Il est par ailleurs intéressant de noter qu'à l'époque, la plupart des règles concernant les marchés publics n'étaient pas contenues dans des lois au sens formel (lois parlementaires), mais uniquement dans des actes du

247 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180, p. 223.

248 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 221.

249 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 223.

250 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 228.

251 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 75.

252 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 242.

253 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 242.

pouvoir exécutif (cf. pour une exception *supra* n. 87).²⁵⁴ Cela étant, au vu de l'augmentation (plutôt lente) des règles parlementaires concernant les marchés publics,²⁵⁵ certains exécutifs contestaient même que le pouvoir législatif eût le droit d'édicter des règles dans ce domaine.²⁵⁶

L'on peut retenir de ce qui précède que le droit des marchés publics en vigueur quelques années avant la révision profonde des années 1990 (cf. n. *infra* 101 ss) – lors de laquelle la concurrence nationale et internationale fut intensifiée et un droit de recours²⁵⁷ introduit²⁵⁸ – s'inscrivait dans la poursuite du but de l'optimisation du marché (surtout du côté du prix) dans le cadre de la concurrence,²⁵⁹ mais contenait en même temps des règles limitant très sensiblement ladite concurrence.²⁶⁰ Si la Commission suisse des cartels ne s'opposait en principe pas aux restrictions de la concurrence résultant de la lutte contre la concurrence déloyale et des exigences de politique sociale en matière de droit du travail,²⁶¹ dans son rapport de 1988, elle a très vivement critiqué toute règle et pratique protectionniste²⁶² et a préconisé un marché intérieur suisse dans le sens d'une « LMI avant la lettre ». ²⁶³

254 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 163 et p. 192 s.

255 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 164.

256 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 164. Selon la commission, la remise en question de la compétence du pouvoir législatif d'édicter des règles sur les marchés publics était « de plus en plus » fréquente (op. cit., p. 164).

257 Cf. par rapport au droit des années 1980 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 168 ss, p. 173 s. et p. 268 ss (spéc. p. 268 : « la protection juridique des soumissionnaires n'est pas fameuse dans la procédure de soumission des commandes publiques. Les cantons qui prévoient expressément la possibilité d'une plainte administrative formelle se comptent sur les doigts d'une main »).

258 Art. XX, AMP 1994; art. 27, al. 1, aLMP; Art. 15, al. 1, AIMP 1994. Cf. Message 1 GATT, 39; Message 2 GATT, 1196 et 1197.

259 Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 177, p. 219 : « La plupart des ordonnances de soumission retiennent soit le principe des prix convenables, soit celui de l'offre la plus avantageuse. L'offre la plus avantageuse n'est pas nécessairement celle dont le prix est le plus bas. On définit souvent les prix convenables comme ceux qui sont en rapport «équitable» avec les prestations fournies. »

260 Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 177 ss.

261 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 271 et p. 273 ss.

262 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 230 ss, p. 257, p. 264 s., p. 270 s., p. 274 s. et p. 286 ss.

263 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 274 s.

3. À la fin du vingtième siècle

Le droit des marchés publics des années 1990, fondé sur l'AMP 1994 et en vigueur à partir de 1996, poursuivait quant à lui également des buts d'économie de gestion, d'économie politique et sociaux. Il ressort des articles 1, alinéa 1, lettre c, aLMP, 1, alinéa 3, lettre d de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994²⁶⁴ et 1, alinéa 3, lettre d, AIMP 2001 que la législation de cette époque visait une utilisation « économique » (LMP; resp., « parcimonieuse » selon l'AIMP) des « fonds publics » (LMP; resp., « deniers publics » selon l'AIMP). Ce but d'économie de gestion se concrétisait avant tout dans l'obligation d'adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse économiquement (art. 21, al. 1, aLMP; art. 13, let. f, AIMP 1994 et AIMP 2001), à savoir l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix^{265, 266}. En même temps, la législation avait également pour but de « renforcer la concurrence entre les soumissionnaires » (art. 1, al. 1, let. b, aLMP; cf. ég. art. 1, al. 1, let. a, AIMP 1994 et AIMP 2001: « assurer une concurrence efficace »), ce qui servait en premier lieu aux intérêts économiques de l'adjudicateur, dont le choix entre les offres s'améliore en principe avec l'augmentation de la concurrence.²⁶⁷ Sur ce point, rien n'avait changé dans les années nonante

²⁶⁴ AIMP 1994.

²⁶⁵ Le fait qu'en principe, la qualité devait être prise en compte avec le prix et que ce dernier ne pouvait à lui seul être décisif, est souligné en particulier par l'art. 21, al. 1 (« différents critères »), aLMP ainsi que par l'al. 3 de cette disposition, selon lequel c'est exclusivement pour les biens qui sont au moins largement standardisés que le prix peut être l'unique critère d'adjudication. Cf. à ce sujet, en particulier sur la genèse de l'art. 21, al. 3, aLMP, STEINER (2014), n. 14. – Il sied de noter que le libellé de l'art. 21, al. 1, aLMP ne disposait pas de manière expresse que les critères de qualité devaient être mis sur le même rang que celui du prix (indépendamment de la question de la pondération) en ce sens que, contrairement au droit des années 1980, il n'était plus admissible de traiter les critères de qualité comme secondaires et ne s'appliquant qu'en cas d'équivalence financière des meilleures offres (cf. *supra* n. 95). Néanmoins, le fait que dans l'énumération contenue à l'art. 21, al. 1, aLMP, le « prix » ne soit mentionné qu'en troisième lieu et y soit incorporé sur un pied d'égalité avec les critères de qualité témoigne de l'intention d'abandonner l'idée de la qualité comme critère secondaire. Il s'agit d'un petit changement de paradigme que la législation des années 1990, souvent accusée de viser par trop le prix, a effectué de manière plutôt silencieuse.

²⁶⁶ Cf. Message 2 GATT, 1232 s.; STEINER (2014), n. 13 s.; FETZ/STEINER (2020), n. 46; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536.

²⁶⁷ Cf. BEYELER (2008), n. 77 ss.

par rapport au droit en vigueur plus tôt durant le vingtième siècle (cf. *supra* n. 87 ss et n. 94 ss). Toutefois, à partir de cette époque, le principe de la concurrence (resp., la concurrence efficace) entre les entreprises soumissionnaires s'inscrivait en même temps dans le cadre d'une politique économique générale visant (conformément à la recommandation de la Commission suisse des cartels de 1988; cf. *supra* n. 94 et n. 100) l'abolition des pratiques protectionnistes, l'ouverture des marchés (à l'échelle nationale²⁶⁸ et internationale²⁶⁹) et la libéralisation des secteurs économiques (qui était souvent associée, en Suisse, avec les notions de « revitalisation de l'économie »²⁷⁰ ou de « régénération de l'économie de marché »²⁷¹).²⁷² Dans cette optique, le renforcement de la concurrence constituait un but d'économie politique,²⁷³ qui découlait cette fois-ci non pas du courant protectionniste, respectivement mercantiliste (cf. *supra* n. 92 et n. 94 s.),²⁷⁴ mais de la doctrine économique libérale préconisant l'échange et la concurrence libres.²⁷⁵ L'idée était que le fait que les pou-

²⁶⁸ Cf. en particulier la LMI.

²⁶⁹ Cf. en particulier l'AMP 1994, la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (LETC – RS 946.51) et les différents Accords bilatéraux conclus avec la Communauté européenne.

²⁷⁰ Message programme, 784 s.

²⁷¹ Message programme, 774.

²⁷² Cf. Message programme, 774 ss (spéc. 778 s.) et 784 ss; Message 2 GATT, 1194; STEINER (2014), n. 1. Cf. ég. BEYELER (2008), n. 72 ss.

²⁷³ STEINER (2014), n. 1. Cf. ég. Message 1 GATT, 6 s.; Message 2 GATT, 1194; Message programme, 774 ss et 784 ss (cf. pour les citations *infra* n.b.p. 275, n.b.p. 278 et n.b.p. 292).

²⁷⁴ Cf., en général par rapport au protectionnisme dans les marchés publics suisses d'avant 1996, STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: « *In Switzerland, before the 1990s, protectionist practices and favouritism were widely accepted.* » Cf. ég. n. 89, n. 92, n. 94 et n. 100. Il sied de relever toutefois que l'intensité du protectionnisme n'était pas constante pendant le vingtième siècle (cf. n. 94).

²⁷⁵ Message 1 GATT, 6 s.: « Le GATT entend promouvoir le commerce international et la libre concurrence, susciter les investissements, aider à créer de nouveaux postes de travail et contribuer au développement économique ainsi qu'à l'encouragement au bien-être à l'échelle mondiale. Il repose sur la conviction qu'en fin de compte tous les États – ceux du Nord et du Sud, de l'Ouest et de l'Est, les États industrialisés, les États en transition et les pays en développement – profiteront de l'essor des échanges internationaux »; Message 2 GATT, 1194: « l'ouverture des marchés publics est devenue l'un des principaux éléments du premier train de mesures du Conseil fédéral visant à renouveler le système économique libéral »; Message programme, 774 ss (spéc. 778 s.) et 784 ss; STEINER (2014), n. 1; STEINER/KLINGLER (2023), p. 88:

voirs adjudicateurs organisent un maximum de concurrence libre lors de la passation de leurs marchés publics n'est pas seulement susceptible d'améliorer les offres qui sont à leur choix,²⁷⁶ mais également de favoriser une économie nationale, continentale et mondiale dans laquelle la concurrence efficace produise des effets bénéfiques tels que les innovations, les gains en productivité et finalement, la prospérité générale de l'économie et de la société qui en dépend.²⁷⁷ En même temps,²⁷⁸ la concurrence internationale dans les marchés publics suisses était considérée comme le prix à payer pour que les entreprises suisses, généralement très actives dans l'exportation, puissent profiter de l'ouverture de la concu-

« *The 1990s heralded the start of layer two, which is strongly influenced by prevailing economic and neoliberal principles of that time, such as free market access and open competition to increase efficiency.* »

²⁷⁶ Cf. Message 2 GATT, 1218: « La concurrence permet la comparaison des prestations afin de pouvoir choisir l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation. »

²⁷⁷ Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: la législation des années 1990 « *is strongly influenced by prevailing economic and neoliberal principles of that time, such as free market access and open competition to increase efficiency* »; Message 2 GATT, 1194: « Outre l'efficacité accrue réalisée dans l'emploi des fonds publics et l'allègement sensible des finances de l'État qui en résulte, l'instauration systématique de la libre concurrence pour les entreprises qui s'efforcent d'obtenir des marchés publics stimule leur rendement, lequel renforce leur compétitivité à long terme [...]. [L]'ouverture des marchés publics est devenue l'un des principaux éléments du premier train de mesures du Conseil fédéral visant à renouveler le système économique libéral. Dans le cadre de la revitalisation de la place économique helvétique, il a décidé entre autres, le 20 janvier 1993, de libéraliser les marchés publics de la Confédération par une révision immédiate de l'ordonnance du 8 décembre 1975 sur les achats de la Confédération (ordonnance sur les achats; RS 172.056.13) et de l'ordonnance du 31 mars 1971 sur la mise en soumission et l'adjudication de travaux et de fournitures du bâtiment et du génie civil par la Confédération (ordonnance sur les soumissions; RS 172.056.12) [...]. [La aLMP] constitue donc à la fois une mise en œuvre nécessaire de l'Accord GATT [GPA 1994] et la base du renouvellement de l'économie de marché » et 1218: « La création toujours plus fréquente d'une situation concurrentielle pour l'adjudication de marchés publics favorise d'une part la libéralisation du commerce et renforce d'autre part la compétitivité des soumissionnaires »; STEINER (2014), n. 1 s. Cf. ég. Message 1 GATT, 6 s.

²⁷⁸ Cf. Message 1 GATT, 360: « La libéralisation des marchés publics obtenue au GATT [AMP 1994] constitue au niveau international le complément aux efforts déployés par le Conseil fédéral pour libéraliser le marché intérieur suisse des marchés publics. »

rence au sein des marchés des autorités d'autres États.²⁷⁹ En ce sens, l'ouverture de certains marchés publics suisses à l'échelle internationale, poursuivie et approfondie par la conclusion et l'adoption de l'AMP 1994,²⁸⁰

279 Cf. Message 1 GATT, 360: « La Suisse, de longue date nation exportatrice, se place à la neuvième place avec 66 milliards de dollars US d'exportations de biens en 1992 et à la cinquième, avec 19 milliards de dollars US d'exportations de services. Elle trouve donc un intérêt particulier à voir les marchés publics internationaux se soumettre à une certaine discipline et gagner en transparence. La délégation suisse aux négociations du GATT a toujours souligné l'importance qu'elle attache à des règles clairement définies et applicables, qui permettent à l'économie suisse de se battre à armes égales sur les marchés internationaux », 362 s.: « En outre, si l'on considère combien nous sommes dépendants de nos exportations (la Suisse gagne près d'un franc sur deux à l'étranger), il est de l'intérêt général que la Confédération et les cantons poursuivent leur politique en matière de marchés publics, déjà libérale, et l'ancrent sur une base de réciprocité dans un accord international. Les marchés publics qui s'ouvrent à l'industrie d'exportation suisse en Europe surtout, mais aussi outre-mer, représentent un multiple du marché intérieur. L'industrie d'exportation suisse, en gagnant des parts de marché, pourra renforcer sa compétitivité, en particulier dans le domaine des machines et des installations d'équipements énergétiques. Entre 1985 et 89, les entreprises suisses de l'industrie des machines ont réalisé la moitié de leur chiffre d'affaires annuel sur les marchés publics étrangers. L'ouverture des marchés signifie donc pour elles une amélioration directe de la place de production suisse »; Message 2 GATT, 1193: « L'Accord GATT constitue un pas important vers la libéralisation du commerce international. En tant que nation axée traditionnellement sur les exportations et qui occupait sur le plan mondial en 1992, avec 66 milliards de dollars US, le neuvième rang des exportateurs de biens et, avec 19 milliards de dollars US, le cinquième rang des exportateurs de services, la Suisse a un intérêt primordial à ce que les marchés publics sur le plan international soient eux aussi soumis à certaines règles et à une transparence accrue. »

280 Cf. Message Tokyo-Round, 45: « Les efforts de libéralisation du commerce mondial entrepris au cours de ces dernières décennies n'ont guère eu de répercussions sur les marchés publics. Une tentative d'ouvrir ceux-ci à la concurrence internationale a été faite dans le cadre de l'OCDE. Bien qu'elles aient duré des années, les négociations à ce sujet n'aboutirent pas. C'est en 1966 que le principe de la non-discrimination fut, pour la première fois établi en ce domaine, et ceci, dans le contexte de l'AELE, par le Protocole de Lisbonne fondé sur l'article 14 de la Convention de Stockholm. La libéralisation des marchés publics au sein de la CEE a par la suite ramené au premier plan la question d'une réglementation internationale à ce sujet. Les progrès accomplis au niveau régional reflétaient l'importance croissante de ces marchés dans le commerce international. Il n'est donc pas étonnant que ce domaine ait finalement été inséré, en 1976, dans le programme de négociations du Tokyo-Round [...]. [La] Suisse suit depuis longtemps, en matière de marchés publics, une politique fondée en principe sur la libre concurrence, ce dont peuvent tirer profit les fournisseurs étrangers. Elle a donc intérêt à ce que ses partenaires adoptent une ligne de conduite analogue. » Ainsi, notamment au vu du fait que le principe de non-discrimination inséré dans la Convention de l'AELE « n'a pas entraîné de libéralisation effective » (Message 2 GATT, 1194), la Suisse a adhéré à l'AMP 1979 (cf. ég. Message 1 GATT, 8).

constituait²⁸¹ un instrument d'économie politique visant à améliorer les conditions pour les entreprises suisses sur le marché mondial (ainsi qu'à pousser les entreprises suisses à augmenter leur compétitivité).²⁸² En résumé, si, sous les règles auparavant en vigueur, la concurrence entre les soumissionnaires avait servi exclusivement des buts d'économie de gestion et qu'elle était en même temps restreinte en raison de la poursuite de buts d'économie politique (cf. *supra* n. 91 s. et n. 95), dans le droit des années 1990, cette concurrence était désormais au service tant de l'économie de gestion que de l'économie politique.

Cela dit, sous l'empire du droit des marchés publics en vigueur en Suisse dès 1996, le but n'était pas de se servir d'un marché public concret afin de produire certains effets dans l'économie, respectivement, dans les relations concurrentielles entre les acteurs économiques, mais de faire bénéficier l'économie en général des effets de la libre concurrence que les adjudicateurs organisaient principalement dans un intérêt d'économie de gestion.²⁸³ En ce sens, l'influence positive (selon les idées de l'époque) que la libre concurrence organisée lors de la passation des marchés pu-

Cet « accord a pour but de libéraliser progressivement les marchés publics. Il repose sur les principes du traitement national et de la non-discrimination. Le premier stipule l'égalité de traitement entre fournisseurs nationaux et étrangers; le second, un traitement identique de tous les concurrents étrangers [...]. Il n'impose pas [...] aux entités acheteuses l'obligation d'acquérir des produits étrangers. Cependant, dans la perspective d'une libre concurrence, il exige que les offres de pays tiers soient également prises en considération » (Message Tokyo-Round, 45). L'adhésion de la Suisse à l'AMP 1994 a marqué l'étape suivante de ce processus de libéralisation (cf. pour l'historique du « Uruguay Round », ayant abouti en particulier sur l'AMP 1994, Message 1 GATT, 13 ss et 38 s.).

281 Et constitue encore aujourd'hui: cf. Message AMP, 1960: « Les conséquences financières [de l'AMP 2012] sont restreintes. Il faut les mettre en rapport avec les effets macroéconomiques positifs qui découleront, pour la place économique suisse, du meilleur accès aux marchés publics dont bénéficieront les soumissionnaires et les exportateurs suisses d'infrastructures, de biens et de services. »

282 Cf. Message 2 GATT, 1193: « En tant que nation axée traditionnellement sur les exportations et qui occupait sur le plan mondial en 1992, avec 66 milliards de dollars US, le neuvième rang des exportateurs de biens et, avec 19 milliards de dollars US, le cinquième rang des exportateurs de services, la Suisse a un intérêt primordial à ce que les marchés publics sur le plan international soient eux aussi soumis à certaines règles et à une transparence accrue. » Cf. ég. Message 1 GATT, 11 s.: « La protection constitue en fait une pénalisation des exportateurs nationaux efficaces dont les intrants renchérisent. »

283 Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 47.

blics est susceptible d'exercer dans l'économie (dans son ensemble) était censée être un effet secondaire de ladite concurrence, mais n'était pas le but direct de celle-ci.²⁸⁴ Dans cette logique, à moins que l'entité adjudicatrice n'eût spécifié les prestations à acquérir d'une manière à étouffer toute concurrence efficace (cf. *supra* n. 20), une entreprise ne pouvait pas, dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics, demander que les spécifications des prestations soient étendues (ou modifiées d'une autre manière) afin que la concurrence soit élargie au-delà du minimum légal (cf. *supra* n. 79).²⁸⁵

Parallèlement à ces buts de nature économique, les articles 8, alinéa 1, lettre b et lettre c, aLMP et 11, lettre e et lettre f, AIMP 1994 et AIMP 2001 poursuivaient un but de politique sociale,²⁸⁶ qui consistait à renforcer le respect de la législation sur le travail²⁸⁷ et sur l'égalité entre les femmes et les hommes dans le cadre des marchés publics.²⁸⁸ Il en va de

²⁸⁴ Le fait qu'un pouvoir adjudicateur puisse restreindre la libre concurrence lors d'une adjudication afin de préserver à moyen et à long terme la concurrence (respectivement, l'existence d'une pluralité d'acteurs économiques indépendants) dans l'économie en général (cf. ATAF 2018 IV/6, c. 3 et c. 4; cf. ég. art. 32, al. 3, LMP/AIMP 2019) ne signifie pas que l'ancien droit des marchés publics prévoyait d'utiliser les marchés publics concrets à des fins d'économie politique. Dans ce genre de cas, le pouvoir adjudicateur n'agit pas dans un souci général d'économie politique, mais essaie de produire des effets dans l'économie afin de préserver ses intérêts d'économie de gestion (qui pourraient être mis en péril si un monopole se créait dans le secteur en question), dont la sauvegarde nécessite une acquisition de prestations d'une bonne qualité à un bon prix et, partant, d'une pluralité d'offres à court et à long terme. – Cf. *supra* n. 62.

²⁸⁵ Cf. ATF 137 II 313, c. 3.3.1; TAF B-7062/2017, 22 août 2019, c. 2.1; TAF B-4743/2015, 9 décembre 2015, c. 4.1 et 4.2; TAF B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, c. 4.2 et 4.3.

²⁸⁶ Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 51.

²⁸⁷ Cf. en outre art. 7, al. 2 et annexe 2a, aOMP (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010; RO 2009 6149) concernant le respect des conventions fondamentales de l'OIT en cas de production de la prestation à l'étranger. Cf. STEINER (2014), n. 3; FETZ/STEINER (2020), n. 47. – La doctrine n'était du reste pas unanime quant à la licéité en droit suisse d'un critère d'adjudication (voire d'une spécification technique) concernant le commerce équitable: cf. STEINER (2014), n. 16; BEYELER (2012), p. 263 s., commentaires 3 et 6

²⁸⁸ Cf. Message 2 GATT, 1226 s.: La règle de l'art. 8, al. 1, let. b, aLMP vise « essentiellement à sauvegarder les acquis sociaux et la paix du travail; elle répond donc à un intérêt public réel et important. Il est vrai que les autorités sont obligées d'utiliser les fonds publics de manière économique, mais ce principe se heurte à des limites lorsque l'application de la concurrence dans le domaine des coûts de production

même pour la condition de participation concernant le paiement des impôts et des cotisations sociales prévue à l'article 11, lettre c, aLMP. En même temps, le fait d'assurer que tous les soumissionnaires respectent les règles mentionnées est au service des principes de l'égalité de traitement et de la concurrence (saine; cf. *supra* n. 69). Pour sa part, le critère d'adjudication des « apprenti.e.s » (personnes en formation professionnelle initiale; cf. art. 21, al. 1, aLMP, en vigueur à partir du 1 avril 2015²⁸⁹) vise à la fois des objectifs de politique sociale (assurer des places d'apprentissage, surtout aux jeunes) et d'économie politique (assurer la formation de la relève dans les différents secteurs de l'économie).²⁹⁰

Du moins au niveau fédéral (cf. en outre *supra* n. 98),²⁹¹ la législation des années 1990 et suivantes contenait quelques traces d'une prise en compte des préoccupations écologiques.²⁹² En effet, dans sa version entrée en

risque d'avoir des conséquences fâcheuses sur le plan social [...]. En tant qu'entité adjudicatrice, l'État ne saurait profiter de pareilles distorsions de la concurrence en se procurant ainsi des avantages en matière de prix.»

²⁸⁹ RO 2015 773; FF 2013 4861, 4877.

²⁹⁰ Rapport CER/CN, 4877.

²⁹¹ Cf. pour l'ancien droit cantonal, notamment art. 16, al. 6, du Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (canton de Vaud) du 7 juillet 2004 (aRLMP/VD) et art. 3b de la Loi sur les marchés publics (canton de Fribourg) du 11 février 1998 (aLCMP/FR) concernant les labels environnementaux comme spécifications; art. 24, al. 2, aRLMP/VD concernant le critère d'aptitude de la « gestion environnementale »; art. 32, al. 1, let. f, aRLMP/VD concernant le motif d'exclusion du non-respect des « prescriptions concernant la protection de l'environnement »; art. 37, al. 1, aRLMP/VD concernant le critère d'adjudication des « caractéristiques environnementales ». Cf. en outre art. 42, al. 2, let. d (motif d'exclusion du non-respect des « obligations légales en matière de protection de l'environnement ») et art. 43, al. 3 (critère d'adjudication « respect de l'environnement ») du Règlement sur la passation des marchés publics (canton de Genève) du 17 décembre 2007 (RMP/GE – rsGE L 6 05.1). Cf. ég. art. 5, let. c (le respect des normes environnementales comme principe de procédure) et art. 32, al. 2 (la compatibilité environnementale des prestations comme critère d'adjudication), LCPubb/TI (n.b.p. 154).

²⁹² Cf. Message programme, 774 s.: « Il s'agit d'améliorer notre compétitivité au plan international notamment en renforçant la concurrence sur le marché intérieur suisse [...]. Concrètement, il s'agit d'intensifier la concurrence par le démantèlement des barrières interdisant l'accès aux marchés, des quotas et des prescriptions sur les prix, mais également par celui de normes en tous genres. Seule la concurrence assure à notre économie un haut niveau d'efficacité et peut lui imposer un comportement dynamique et des innovations. Toutes ces réformes doivent être réalisées sans qu'on touche aux acquis sociaux et écologiques »; Message 2 GATT, 1213: « Plusieurs des

vigueur le 1^{er} janvier 1996,²⁹³ l'article 21, alinéa 1, aLMP mentionnait déjà le critère d'adjudication « caractère écologique » (en allemand: « *Umweltverträglichkeit* » [« compatibilité environnementale »²⁹⁴], ce qui semble viser en premier lieu la protection de l'environnement dans l'utilisation des prestations acquises²⁹⁵).²⁹⁶ S'y est ajouté, à partir du 1^{er} janvier 2010²⁹⁷ et en vertu de l'article 27, alinéa 2, aOMP (étant donné que l'art. 21, al. 1, aLMP [« notamment »] ne contenait pas de liste exhaustive), le critère d'adjudication du « développement durable ». ²⁹⁸ Par ailleurs, la prise en compte des spécifications écologiques concernant

propositions émises lors de la consultation visaient à étendre les critères d'adjudication à des méthodes de production soucieuses de l'environnement et adaptées aux normes suisses, ainsi qu'aux aspects de politiques régionale et structurelle ou au domicile fiscal du soumissionnaire. Ces demandes n'ont pas été retenues du fait qu'elles pourraient entraîner un effet discriminatoire et que nous disposons en outre d'autres moyens pour les mesures de politiques régionale et structurelle. En revanche, rien n'empêche de vérifier, lors de l'adjudication d'un marché, si le délai de livraison ou la connaissance des lieux impliquent que le soumissionnaire ait son siège à proximité du lieu où la prestation est fournie ou encore si le bien à acquérir doit satisfaire à certaines conditions écologiques. De tels critères ne sont pas toujours déterminants; il faudra préciser pour chaque marché s'ils sont vraiment indispensables à sa bonne exécution »; STEINER (2014), n. 1, n. 4, n. 5, n. 7, n. 9 ss et n. 13 ss. – Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30 LMP n. 6: pour ces auteur.e.s, le nouvel art. 30, al. 4, LMP sur les spécifications écologiques n'apporte matériellement rien de neuf (« *nichts Neues* »). – Cf. cpdt STEINER/KLINGLER (2023), p. 88, qui notent qu'à l'époque, on considérait souvent la prise en compte de la qualité comme un risque pour l'égalité de traitement et l'économicité de l'investissement, et on donnait la priorité, respectivement un poids prépondérant, au critère du prix.

²⁹³ RO 1996 508.

²⁹⁴ Le Message 2 GATT, 1232, se sert de ce terme.

²⁹⁵ Cf. Message 2 GATT, 1232: « La rentabilité d'une offre et le critère de la compatibilité écologique sont souvent considérés comme antagonistes. Le respect des aspects environnementaux ne doit cependant pas contrevenir au principe de la rentabilité. La longévité d'un produit, sa consommation d'énergie ou son élimination peuvent cependant justifier des prix plus élevés ». Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 47.

²⁹⁶ Cf. au sujet de ce critère STEINER (2014), n. 15.

²⁹⁷ RO 2009 6149.

²⁹⁸ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8. – Au vu de ces dispositions et du fait que l'art. 21, al. 1, aLMP proposait depuis le début les critères d'adjudication de la « rentabilité », des « coûts d'exploitation », du « service après-vente », de « l'adéquation de la prestation » et de « la valeur technique », le jugement de STEINER/KLINGLER (2023), p. 88, est probablement quelque peu trop dur: « *the market-focused regulation fell short of assessing the total cost (Vollkostenrechnung) of purchased works, goods and services, neglecting the environmental and social aspects of public procurement* ».

le processus de production (et qui n'a pas d'incidence sur le produit final²⁹⁹), tel que l'exigence du bois issu d'une production durable, était pratiquée déjà avant l'entrée en vigueur du droit actuel.³⁰⁰ En effet, il y a lieu d'interpréter l'art. X:6, AMP 2012 en ce sens que ladite prise en compte était licite sous l'empire de l'AMP 1994 (cf. *infra* n. 110).³⁰¹ Par ailleurs, certaines législations cantonales prévoyaient un motif d'exclusion visant le non-respect de la législation sur la protection de l'environnement.³⁰²

En outre, en adoptant le principe de l'égalité de traitement des entreprises soumissionnaires (art. 1, al. 2, aLMP; art. 1, al. 3, let. b, AIMP 1994 et AIMP 2001) et en garantissant son respect par l'ouverture des voies de recours (art. 27, al. 1, aLMP; art. 15, al. 1, AIMP 1994 et AIMP 2001), le droit des marchés publics des années 1990 ne contribuait pas uniquement à l'ouverture des marchés et à l'élargissement de la concurrence – buts d'économie de gestion et d'économie politique qui viennent d'être évoqués (*supra* n. 101 s.) – mais également à la mise en œuvre de l'un des principes constitutionnels les plus importants et ce, au-delà des considérations purement économiques. En effet, l'égalité de traitement est un principe fondateur de l'État de droit dont la fonction, même pour les entreprises économiques, ne s'épuise pas dans la garantie du fonctionnement de l'économie de marché. Il constitue une valeur à part entière.

4. *Selon le droit actuel*

À l'instar de son prédécesseur (cf. *supra* n. 101 ss), le droit des marchés publics actuel (LMP/AIMP 2019) sert lui aussi à la poursuite de certains buts politiques.³⁰³

²⁹⁹ Cf. au sujet des spécifications écologiques ayant un impact sur le produit STEINER (2014), n. 9.

³⁰⁰ STEINER (2014), n. 10 et n. 15: cet auteur défend l'admissibilité des spécifications écologiques et mentionne en même temps le risque du protectionnisme et constate que des exigences telles que la provenance suisse du bois ne sont pas licites; OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 5 et n. 25.

³⁰¹ Cf. ég. STEINER (2014), n. 10.

³⁰² STEINER (2014), n. 4.

³⁰³ En ce sens, selon l'opinion défendue ici, il n'y a pas lieu de partir de l'idée que le droit des marchés publics des années 1990 ne permettait pas la poursuite de certains buts politiques non liés au marché public en cause, et que le droit révisé permet désormais

a. La continuité

Comme il l'a été démontré plus haut par rapport à l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 49 ss et n. 59 ss), le but d'économie de gestion visant une acquisition de prestations d'une bonne qualité à un bon prix existe toujours au sein du droit révisé (cf. art. 2, let. a, art. 29, al. 1 et art. 41, LMP/AIMP 2019). Sont également toujours présents des buts d'économie politique³⁰⁴ et de politique sociale, ce qui est souligné en particulier aux articles 12, alinéa 1 et alinéa 2 (conditions de participation, resp. spécifications de nature sociale; cf. *supra* n. 23 ss et n. 32 ss) et 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (critères d'adjudication non liés au marché concret et servant des buts sociaux et d'économie politique:³⁰⁵ places de formation professionnelle initiale; places de travail pour les travailleurs âgés; réinsertion pour les chômeurs de longue durée; cf. *supra* n. 103 et *infra* n. 123). Il en va de même pour les buts de politique écologique qui se transcrivent à nouveau (cf. *supra* n. 104) dans un critère d'adjudication (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019: « développement durable »; au vu de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019, ce terme englobe, entre autres, l'aspect écologique; cf. ég. *supra* n. 61 *in fine*).

b. Des buts en évolution

Si les buts du droit des marchés publics révisé se recourent en partie avec ceux du droit précédent, le droit actuel témoigne de l'évolution des buts et de leur signification.

une telle poursuite (cf. STEINER/KLINGLER [2023], p. 90: « [The principle of efficiency] allows the pursuit of policy goals, which was not envisioned in a <layer two> [1990] regulation »). Bien plutôt, sous l'ancien comme sous le nouveau droit, l'idée est que les buts de politique générale – surtout la concurrence dans les années 1990 et la durabilité de nos jours – soient poursuivis à travers l'optimisation du marché public concret dans le cadre du droit applicable (cf. en particulier *supra* n. 101 s. et *infra* n. 114 ss).

³⁰⁴ Cf., à l'égard du critère d'adjudication de la formation professionnelle initiale (art. 29, al. 2, LMP), déjà présent sous l'ancien droit (cf. *supra* n. 103): Message LMP, 1789: un « critère [...] motivé par des préoccupations touchant la politique de la formation et de l'emploi ».

³⁰⁵ LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16.

D'une part, le but légal de la concurrence a été modifié en ce sens que celle-ci, toujours au service de l'optimisation du marché, doit désormais être « efficace et équitable » (art. 2, let. d, LMP/AIMP 2019), tandis que l'ancien droit (cf. *supra* n. 101) cherchait simplement à la « renforcer » (art. 1, al. 1, let. b, aLMP), respectivement, à la rendre « efficace » (art. 1, al. 3, let. a, AIMP 1994 et AIMP 2001). Cette modification introduite par l'Assemblée fédérale³⁰⁶ reflète une évolution des idées politiques concernant l'économie politique (cf. *supra* n. 102)³⁰⁷: s'il est reconnu depuis longtemps qu'une concurrence excessive peut être néfaste³⁰⁸ – notamment pour l'économie elle-même – au plus tard pendant les années 1990, il apparaissait qu'il y avait un manque de concurrence (resp., un

306 Cf. BO/CN 2018 1010 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): « L'article 2 est consacré aux buts généraux de ce projet. En effet, la commission, cela n'est d'ailleurs pas contesté, souhaite qu'un des buts soit « une concurrence équitable et efficace entre les soumissionnaires ». En fait, la commission propose d'ajouter à la « concurrence efficace » proposée par le Conseil fédéral, une « concurrence équitable ». C'est un des objectifs de la commission. Il s'agit non seulement d'assurer une concurrence efficace, mais aussi de veiller à l'équité. Ce but, qui a été ajouté par la commission, doit irriguer l'ensemble de la loi »; BO/CN 2018 1010 (adoption de la version du CN); BO/CE 2018 968 (vote du Conseiller aux États PIRMIN BISCHOF): « Hier [à l'art. 2, let. d, LMP] schlägt Ihnen Ihre Kommission einstimmig eine etwas andere Regelung als Bundesrat und Nationalrat vor. Grundsätzlich übernimmt Ihre Kommission die Version des Bundesrates, <... die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption>, ergänzt sie aber mit dem Begriff «fair» aus der nationalrätlichen Fassung. Wir sprechen jetzt also von einem «wirksamen, fairen Wettbewerb» »; BO/CE 2018 968 (adoption de la version du CE); BO/CN 2019 139 (adhésion à la version du CE).

307 Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91: « the revised PPA [=LMP] not only aims to promote intensive, but also fair and effective, competition. One implication of the macroeconomic dimension [art. 2, let. a, LMP] is that the government is not solely interested in low prices in the short term, but rather in a functioning supplier market and reasonable prices in the long term »; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 37: « Letztlich dürfte auch dieser Einschub [une concurrence «équitable» et non seulement efficace] durch Überlegungen motiviert sein, die gleichermassen für die Erwähnung der «volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit» in [art. 2, LMP] Bst. a massgebend sind. Fairness wird daher als Kontrapunkt zum «reinen» Preiswettbewerb gesehen »; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 25.

308 Cf. Message 2 GATT, 1226 s. (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 288). Cf. ég. STEINER (2020), p. 10: « Wettbewerb heisst auch, dass es Situationen gibt, in denen man – [um] mit Franz Steinegger zu reden – den Kapitalismus vor sich selber schützen muss. »

excès de régionalisme et de protectionnisme;³⁰⁹ cf. *supra* n. 94 et n. 100) et qu'il était nécessaire de la renforcer, de l'élargir et de l'approfondir (cf. *supra* n. 101 s.).³¹⁰ Au contraire, vers la fin des années 2010, et notamment en raison de la pression exercée par la concurrence mondiale sur l'économie suisse (cf. ég. art. 29, al. 1, LMP: « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie »;³¹¹ cf. *supra* n. 54),³¹² l'efficacité de la concurrence, qui demeure en soi un instrument

309 FETZ/STEINER (2020), n. 47a.

310 FETZ/STEINER (2020), n. 47a.

311 Ce critère reflète une vue protectionniste ou mercantiliste du développement durable de l'économie nationale. Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 90: « *To consider countries' different price levels aims at shielding the Swiss economy from more competitive offers from abroad, in line with the protectionist rationale of layer one* »; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 21; TRÜEB/ZOBL (2020), n. 59, n. 81 et n. 83.

312 Cf., notamment, BO/CE 2018 980 (vote du Conseiller aux États STEFAN ENGLER [par rapport au critère d'adjudication des différents niveaux de prix; art. 29, al. 1, LMP]): « *Im Bereich der ausländischen Beschaffungen geht es aber nicht um Unternehmungen, die in die Schweiz kommen, um hier zu arbeiten, sondern um Unternehmungen, die vom Ausland her Angebote in die Schweiz schicken, die hier Materialien liefern, etwa Fenster für das Bundeshaus. Die Arbeitnehmenden in der Schweiz werden dabei nicht durch die flankierenden Massnahmen geschützt, wenn beispielsweise in Polen oder in einem anderen Land im Osten die Kaufkraft und die Löhne um die Hälfte tiefer sind als in der Schweiz. Man kann sich mit Fug und Recht die Frage stellen, ob dadurch nicht Schweizer Unternehmungen bei öffentlichen Beschaffungen aus dem Ausland diskriminiert werden, weil in der Schweiz die Lebenshaltungskosten, die Materialien, auch die durch die Raumplanung verursachten Kosten für die Gewerbebetriebe deutlich höher sind. Man kann schon von Wirtschaftsfreiheit sprechen, muss sich aber die Frage stellen, wessen Wirtschaftsfreiheit wir schützen wollen: die unserer Unternehmungen oder die von Unternehmungen aus fremden Ländern?* »; BO/CE 2019 314 (vote du Conseiller aux États STEFAN ENGLER [par rapport au critère d'adjudication des différents niveaux de prix; art. 29, al. 1, LMP]): « *beim Beschaffungswesen [...] nehmen wir in Kauf, dass in Polen, Indonesien oder Indien zu ganz anderen Voraussetzungen Produkte hergestellt werden, die in die Schweiz geliefert werden, und sehen darüber hinweg, dass eine schweizerische Unternehmung diesen Unternehmungen im Ausland in keiner Art und Weise konkurrenzfähig gegenübersteht. Sie können es nennen, wie Sie es wollen: Heimatschutz, Protektionismus oder wie auch immer [...]. Wir garantieren eine Nichtdiskriminierung schweizerischer Unternehmen dadurch, dass wir berücksichtigen, dass die Produktionsverhältnisse in Indien oder Indonesien so unterschiedlich zu denjenigen in der Schweiz sind* »; BO/CN 2018 992 (vote du Conseiller national CORRADO PARDINI [par rapport à l'AMP et la LMP en général]): « *Die Kommission hat in zahlreichen Hearings vor allem auch die Stimme der Schweizer Wirtschaft sowie die Stimmen der Umweltverbände und der Sozialpartner einfließen lassen. Dabei herrschte unisono die Meinung, dass die schweizerischen Unter-*

nehmen, vor allem auch die KMU, nicht bestraft werden sollen. Sie sollen in einem fairen Wettbewerb eine reale Chance erhalten – in einem Wettbewerb, in dem eben nicht nur der Preis entscheidend ist. Die Vergaben der Behörden auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene sollen umfassend nachhaltig gestaltet, der Spielraum soll ausgeschöpft und das einheimische Gewerbe nicht bestraft werden. Dem einheimischen Gewerbe soll in einer fairen Konkurrenz eine echte Chance gegeben werden. Das war in der Kommission der rote Faden, der sich durch sämtliche Beratungen gezogen hat »; BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI [par rapport à l'art. 2, LMP]): « Die Betonung von <fair> bringt [...] keine juristische Präzisierung, sondern will daran erinnern, dass die Ausgangsbestimmungen in den verschiedenen Ländern berücksichtigt werden müssen; dazu etwa Artikel 2 Buchstabe d. Dies ist wichtig für unsere kleine Volkswirtschaft. Es kann nicht sein, dass wir öffentliche Aufträge an Firmen im Ausland vergeben, die wiederum staatlich subventioniert werden. Darum ist das Einfügen des Passus des volkswirtschaftlichen Aspekts in Artikel 2 Buchstabe a für die Revision relevant. WTO-Regeln sind nur dann fair, wenn man die volkswirtschaftlichen Bedingungen eines Landes mitberücksichtigt, z.B. den Arbeitsmarkt, die Beschäftigung von Inländern, die unterschiedlichen Preisniveaus oder die Eigenarten eines Bildungssystems, bei uns zum Beispiel unser erfolgreiches duales Bildungssystem »; BO/CN 2018 1037 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI [par rapport au critère d'adjudication des différents niveaux de prix; art. 29, al. 1, LMP]): « Ich möchte nicht einfach weiter zusehen, wie Betriebe ins Ausland abwandern oder gar schliessen müssen. Wöchentlich können Sie davon lesen, dass mehr und mehr die Produktion ins Ausland verlagert wird. Gerade auch in meiner Region wieder habe ich erst kürzlich der Zeitung entnehmen können, dass 40 Arbeitsplätze abgebaut werden mit der Begründung, in Frankreich seien die Lohnkosten 50 Prozent tiefer. Arbeitsplätze wandern ab, Ausbildungsplätze wandern ab, und die Steuererträge gehen mit und die Sozialbeiträge natürlich auch – und sie werden nicht zurückkommen. Die Produktionskosten in Ungarn, Polen oder China, aber auch die Kosten in unserem Nachbarländern entsprechen einem Bruchteil unserer Aufwände. Auch mit massiver Effizienzsteigerung und innovativen Produkten schafft es die Schweiz nicht, auch nur schon annähernd jene Preise anzubieten, welche das Ausland anzubieten imstande ist – ich denke dabei gerade an die Oststaaten. Und die gewieften ausländischen Unternehmer können mit leicht tieferen Preisen eine extreme Gewinnmarge einstreichen. Das heisst, wer bei uns produziert und Schweizer Löhne bezahlt, wird de facto bei einem nominellen Preisvergleich der Angebote diskriminiert. Das ist nicht das, was ich unter einem fairen Wettbewerb verstehe » (cf. ég. BO/CN 2019 147 et 1003 [votes de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI]); BO/CN 2018 1043 (vote du Conseiller fédéral UELI MAURER): « Vorab sei gesagt, dass wohl sicherlich viele in diesem Saal die Besorgnis von Frau Flückiger teilen, dass wir in unserem Hochlohnland Aufträge an billigere Anbieter verlieren. Dieses Problem ist im Grundsatz nicht bestritten »; BO/CN 2019 150 s. (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): « Das Ziel, das wir alle hier [à l'art. 29, al. 1, LMP] verfolgen, ist, möglichst viele Aufträge, die wir mit Steuergeldern bezahlen, auch in der Schweiz vergeben zu können, damit sich sozusagen der Kreislauf schliesst [...]. Ein Nachteil für die Schweiz in diesem Bereich sind [...] die hohen Löhne. Für uns alle sind die hohen Löhne zwar ein Vorteil, aber wenn es um internationale

indispensable pour assurer des achats publics optimaux (cf. ég. *supra* n. 100),³¹³ est alors contrebalancée par le but selon lequel la concurrence ne doit pas être à ce point efficace qu'elle en devienne inéquitable³¹⁴ et nuise aux intérêts que l'adjudicateur poursuit à long terme,³¹⁵ ainsi qu'à l'économie prise globalement (cf. en particulier art. 44, al. 2, let. h, LMP/AIMP 2019). Le fait que les limites de la « bonne » concurrence soient

Ausschreibungen geht, ist das hohe Lohnniveau der Schweiz unter Umständen ein Nachteil [...]. Heute Morgen habe ich aus Ihrem Kreis folgendes Beispiel gehört: Ein grosser Kanton führe für die Verabschiedung der Wehrmänner an zehn Orten Entlassungsfeiern durch. Dann gebe es einen Apéro. Die Summe übersteige am Schluss den Betrag, ab dem eine WTO-Ausschreibung erforderlich sei. Es werde daher gemäss WTO ausgeschrieben, und es kämen dann Offerten aus Delhi für die Verabschiedung der Wehrmänner [...]. Das Ziel muss es sein, Aufträge, die mit öffentlichen Geldern finanziert werden, nach Möglichkeit in der Schweiz zu vergeben.»

313 Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 33.

314 Cf. au sujet de la composante sociale de la concurrence « équitable » (art. 2, let. d, LMP) BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale PRISCA BIRRER-HEIMO): « *Diese Kontrollen [contrôles des conditions de travail et de la sécurité du travail] sind wichtig und haben sich in den letzten Jahren bewährt, denn schlussendlich sind Massnahmen nur wirksam, wenn sie kontrolliert werden können und man bei Nichteinhaltung auch sanktionieren kann. Das ist eine wichtige Voraussetzung für die Durchsetzung des Arbeitnehmerschutzes und der Arbeits- und Lohnbedingungen. Es ist aber auch eine wichtige Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb, für gleich lange Spiess für die Unternehmen, vor allem für diejenigen, die sich korrekt verhalten und die dann nicht einen Nachteil haben, wenn andere eben die Bedingungen nicht einhalten.* »

315 Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91: « *in concentrated markets, the Swiss procurement agencies can divide large contracts into lots and limit the number of lots that can be awarded to the same company. While this practice might not yield the most economically advantageous contract (or lowest price) in the short run, it allows increased competition in an otherwise concentrated market and ensures that dominant firms cannot monopolise public demand and drive competitors out of the market. In this case, the benefits of long-term competition outweigh the benefits of short-term efficiency, which is a typical conflict of interest between procurement goals.* » Cf. ég. STEINER (2020), p. 10. – TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 37 (et n. 13), relève que le caractère « équitable » de la concurrence selon l'art. 2, let. d, LMP/AIMP 2019 pourrait traduire des intentions protectionnistes, à l'instar du terme « *volkswirtschaftlich* » (cf. *supra* n. 53) contenu à l'art. 2, let. a, LMP/AIMP. Dans cette mesure, la licéité du principe de la concurrence « équitable » est remise en question à tout le moins dans les cas où le droit international s'applique (op. cit., n. 13). Or, il est tout à fait possible d'interpréter « équitable » (et « *volkswirtschaftlich* »; cf. n. 53 ss) d'une manière conforme au droit international, respectivement, d'une manière non-protectionniste.

expressément mentionnées dans la loi (« équitable » ; art. 2, let. d, LMP/AMP 2019) démontre ainsi que la perception de ce phénomène a quelque peu changé,³¹⁶ même si le principe de l'ouverture nationale et internationale n'a pas été abandonné (cf. art. 2, let. c-d, art. 6 et art. 17 ss, LMP/AIMP 2019 ; art. 5, LMI).

D'autre part, dans les dispositions légales actuelles, la visibilité des aspects écologique et social du développement durable dans le domaine des marchés publics est augmentée (cf. art. 2, let. a, [cf. *supra* n. 49 ss], art. 12, al. 2 et al. 3 [cf. *supra* n. 22 ss et n. 32 ss], art. 30, al. 4 [cf. *supra* n. 27 ss et n. 78 s.], art. 29, al. 1 [cf. *supra* n. 59 ss] et al. 2 [cf. *supra* n. 123] et art. 41³¹⁷ [cf. *supra* n. 59 s.], LMP/AIMP 2019). Sur le plan international, l'AMP 2012 est le premier traité en matière de marchés publics conclu par la Suisse³¹⁸ qui mentionne de manière expresse les

³¹⁶ Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 90 : « *the principle of efficiency is understood broadly in [the revised] Swiss public procurement law* » ; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13 et n. 37.

³¹⁷ STEINER/KLINGLER (2023), p. 92, relèvent que le fait que le droit des marchés publics révisé n'exige plus d'adjuger à « l'offre la plus avantageuse économiquement » (art. 21, al. 1, aLMP), mais commande de retenir « l'offre la plus avantageuse », est d'une importance symbolique, respectivement paradigmatique ou culturelle, considérable : « *Even though the MEAT [most economically advantageous tender] standard allowed for quality considerations, and despite its similar wording, this change heralds a shift in Swiss public procurement culture.* » Cf. ég. Steiner (2020), p. 10 : « *In der neuen Terminologie ist [...] jedenfalls eine Aufforderung zum Vergabekulturwandel zu sehen.* » Cf. en outre MARTI (2022), p. 49 s. ; MÜLLER (2020), art. 41, LMP/AIMP 2019 n. 19.

³¹⁸ Ni l'Accord sur les marchés publics du 12 avril 1979 (AMP 1979 ; cf. Message Tokyo-Round, 331 ss), ni l'Accord sur les marchés publics du 2 février 1987 (AMP 1987), ni l'AMP 1994 ne contenaient de dispositions concernant explicitement les aspects environnementaux ou écologiques des achats publics. Le même constat vaut pour l'art. 37 et l'Annexe R de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE) du 4 janvier 1960 (RS 0.632.31) et pour l'AccBil. Cela étant, les textes cités ne contiennent aucune interdiction de la prise en compte d'aspects environnementaux ou écologiques tant que cela ne contrevient pas à l'interdiction générale de discrimination (cf. not., art. II:1 et :2, art. IV:1 et art. V:14/f, AMP 1979 et AMP 1988 ; art. III:1 et :2, art. VI:1 et art. XIII:4/b, AMP 1994 [dans le même sens STEINER (2015), p. 23 : « *Article XIII(4)(b) GPA 1994 on award of contracts should not be interpreted as a negative statement on green public procurement* »]). Dans ce contexte, il sied de relever que, contrairement aux critères d'aptitude, réglementés de manière très détaillée (art. V:2, AMP 1979 et AMP 1988 ; art. VIII, AMP 1994), les AMP 1979, 1988 et 1994 ne contiennent aucune règle restreignant l'utilisation des critères d'adjudication qualitatifs (autres que le prix) qui ne sont pas contraires

aspects écologiques.³¹⁹ Ainsi, l'art. X:6, AMP 2012 précise que, sous réserve de l'interdiction générale de discrimination (cf. art. III:1 et 2 et art. X:1, AMP 2012), les adjudicateurs peuvent « adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » (cf. *supra* n. 27).³²⁰ Or, cette précision est introduite par la locution fixe « *for greater certainty* »³²¹ (« *para mayor certeza* » ; « il est entendu que »), qui implique qu'une règle précitée ou préexistante est mise en exergue afin de souligner que la règle s'applique effectivement. Cela laisse une place à l'idée selon laquelle l'AMP 2012 part du principe que, sous réserve de l'interdiction générale de discrimination, les spécifications visées à son article X:6 étaient déjà licites sous l'égide de l'ancien AMP (1994) et que cette disposition ne fait que clarifier ce point – afin d'augmenter la sécurité juridique.³²² Dans cette optique, les spécifications concernant les « procédés et méthodes de production » au sens de l'article VI:1, AMP

à l'interdiction générale de discrimination (cf. art. II:1 et :2 et art. V:14/f, AMP 1979 et AMP 1988 ; art. III:1 et :2 et art. XIII:4/b, AMP 1994).

³¹⁹ STEINER/KLINGLER (2023), p. 87.

³²⁰ Cette précision concerne en premier lieu les spécifications, visant la protection des ressources ou de l'environnement qui n'ont aucune répercussion sur le produit final (cf. *supra* n. 27).

³²¹ La traduction allemande de la version RS (« *Im Interesse grösserer Rechtssicherheit* ») colle par trop au texte anglais et ne reproduit pas le sens de celui-ci. Dans sa version allemande, la phrase, qui constitue l'art. X:6, AMP 2012, se lit comme si les spécifications écologiques avaient pour but d'augmenter la sécurité juridique, ce qui ne correspond manifestement pas au sens de la disposition. En fait, c'est dans le but d'augmenter la sécurité juridique que la disposition précitée précise ce qu'elle précise. En soi, les spécifications écologiques ne sauraient augmenter la sécurité du droit. Il aurait été préférable de s'orienter aux traductions faites par l'UE, où « *for greater certainty* » est normalement traduit en allemand par « *zur Klarstellung* » (aux fins de clarification ; cf., p.ex., art. 1.2/m, n.b.p. 2, de l'Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique du 17 juillet 2018 [JO/UE L 330/3]) dans ses versions anglaise et allemande.

³²² Cf. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8 : sous l'ancien droit, la question de savoir si des exigences concernant le processus de production, dont le respect n'a pas d'incidence sur le caractère physique du produit final, étaient ou non licites. Cf. ég. ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 230 : « *Article X:6 makes clear that the GPA parties/their procuring entities may employ technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment. While arguably this was not forbidden even under the 1994 Agreement, the forthright new language sends a useful signal to the parties and their entities.* »

1994³²³ pouvaient viser des caractéristiques écologiques de la production qui n'ont aucun impact sur le produit final.³²⁴ En substance, la nouveauté de l'article X:6, AMP 2012 réside donc dans le fait que cette norme est explicite sur l'aspect écologique.

L'article X:9, AMP 2012 statue en outre que « les caractéristiques environnementales » du marché public en cause peuvent, entre autres, servir de critère d'adjudication qualitatif.³²⁵ Notamment, au vu de la proximité systématique des alinéas 6 et 9 de l'art. X, AMP 2012, il n'est pas osé de présumer que la notion de « caractéristiques environnementales » (al. 9) englobe en particulier les aspects visés par l'alinéa 6 (et ce, sous forme de spécifications facultatives, qui servent de critère d'adjudication).

Finalement, selon l'art. XX:7, AMP 2012, les Parties contractantes s'engagent à entrer en négociation, en particulier afin « d'améliorer l'Accord » et « de réduire et d'éliminer progressivement les mesures discriminatoires ». Pour faciliter la mise en œuvre de l'AMP 2012 et lesdites négo-

³²³ En raison du fait que les spécifications techniques selon l'art. VI:1, AMP 1994 pouvaient déjà viser les processus de production, la définition de la spécification technique contenue à l'art. 1, let. u, AMP 2012 est certes nouvelle en tant que telle, mais n'apporte rien de neuf sur le plan matériel (cf. cpdt ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 230: « *a helpful new definition of the term <technical specification>* »). Sous l'empire de l'AMP 1994, il n'était pas contesté que des exigences concernant le processus de production pussent être une spécification technique; en revanche, l'insécurité juridique régnait sur la question de savoir si de telles exigences étaient licites lorsqu'elles n'avaient aucune répercussion sur la qualité physique du produit final, comme c'est le cas, p.ex., pour l'achat de « courant vert » (v. à cet égard CJUE, arrêt C-448/01 du 4.12.2003, *EVN et Wienstrom*, c. 30 ss; HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 186 s.). La définition de l'art. 1, let. u, AMP 2012 n'apporte aucune réponse à cette question (car elle ne fait que mentionner les exigences concernant les processus de production, sans parler des répercussions sur le produit final), contrairement à l'art. X:6, AMP 2012, qui, en mentionnant la « préservation des ressources naturelles », se réfère à tout le moins de manière implicite aux exigences concernant le processus de production dont le respect n'a aucune influence sur la nature physique du produit final. En effet, les ressources naturelles sont avant tout sollicitées lors du processus de production, et la qualité de leur traitement (par les entreprises impliquées dans le processus) n'a normalement aucune répercussion sur le produit final. Dès lors, si l'AMP 2012 permet explicitement des spécifications techniques ayant pour but la préservation des ressources naturelles, il y a lieu d'en déduire qu'il n'importe pas dans ce cadre et dans celui de la protection de l'environnement (également visé à l'art. X:6, AMP 2012) que le respect des spécifications influe ou non sur la qualité physique du produit final.

³²⁴ STEINER (2014), n. 10.

³²⁵ ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 230, p. 232.

ciations en vue d'un nouvel Accord, le Comité des marchés publics (de l'OMC; cf. art. XXI:1, AMP 2012) est tenu d'organiser des programmes de travail, notamment concernant « le traitement des marchés durables » (art. XXII:8/a/iii, AMP 2012). Le 30 mars 2012, le Comité a décidé d'initialiser ce programme et d'examiner en particulier les objectifs de la durabilité des marchés publics, les manières dont les États signataires mettent en œuvre cette durabilité, ainsi que la question de savoir comment celle-ci peut être promue en harmonie avec le principe « *best value for money* » (principe de l'optimisation des ressources) et avec les obligations internationales en matière de commerce des États signataires (cf. Annexe E, ch. 2, AMP 2012).³²⁶ Le moment venu,³²⁷ il en résultera un constat sur les mesures et politiques que le Comité « considère comme une pratique de la passation de marchés publics durables compatible avec le principe de l'optimisation des ressources et avec les obligations commerciales internationales des Parties » ainsi qu'un « rapport indiquant les mesures et les politiques constituant les meilleures pratiques » (cf. Annexe E, ch. 3, AMP 2012). D'ici là, les pays signataires disposent d'une certaine marge de manœuvre,³²⁸ à utiliser de bonne foi (notamment, sans intention de discriminer), en ce qui concerne la manière dont la considération du développement durable peut être harmonisée avec le principe de l'optimisation du marché, respectivement des ressources.

L'augmentation de la visibilité décrite ci-avant (cf. *supra* n. 110 ss) est l'expression de la vision plus holistique (cf. *supra* n. 56)³²⁹ que les organes

³²⁶ Cf. pour des informations détaillées sur le programme de travail concernant « le traitement des marchés durables » ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 233 ss.

³²⁷ À ce jour, le programme de travail concernant la durabilité des marchés publics n'a publié aucun résultat. Cf. ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 227: « *the Work Programme of the WTO Committee on Government Procurement on Sustainable Government Procurement [...] recently has been dormant* », p. 235: « *the [...] Work Programme has still to fulfil its promise. Work was stalled during the past year when the Committee was, unusually, without a Chairman. Thankfully, that situation has now been remedied with the very recent selection of Mr Martin Zbinden of Switzerland as the Committee's incoming Chair. Resumption of work on the Work Programme on Sustainable Procurement is urgently needed to fulfil the Committee's original mandate.* »

³²⁸ Message LMP, 1729; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 15.

³²⁹ STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: du point de vue de l'objectif constitutionnel du développement durable « *a more holistic view of what economic international and economic administrative law should achieve* » est favorisée.

politiques entendaient adopter et de l'importance accrue qu'ils voulaient accorder aux aspects de durabilité dans le cadre des marchés publics et ce, au détriment d'une vision relevant purement de l'économie de gestion, voire d'une concentration sur la seule question du prix.³³⁰ En outre, plusieurs règles matériellement nouvelles ont été introduites concernant les aspects social et écologique des marchés publics (cf. en particulier art. 12, al. 2, 2^e phrase [cf. *supra* n. 36 ss], et al. 3, LMP/AIMP 2019; cf. ég. art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 [concernant les critères des travailleurs âgés et la réinsertion des chômeurs; cf. *supra* n. 123] et art. 29, al. 4, LMP [concernant les exigences en matière de durabilité en cas d'adjudication sur la base du seul critère du prix le plus bas]³³¹). De surcroît, sur le plan de l'économie de gestion, l'accent a été mis sur une vision globale de la durabilité économique des prestations à acquérir, pour laquelle le prix d'investissement n'est pas le critère décisif, mais seulement l'une des valeurs à prendre en compte parmi bien d'autres paramètres de nature financière (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019: « coûts du cycle de vie »; cela étant, l'art. 27, al. 2, aOMP prévoyait déjà le critère d'adjudication des « coûts estimés pendant la durée de vie » depuis le 1^{er} janvier 2010³³²).³³³ D'ailleurs, le fait que la législation a désormais pour but officiel de promouvoir la durabilité des marchés publics dans tous ses aspects – l'économie (de gestion et politique), l'équilibre écologique et la société (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 49 ss) – confirme et renforce le but d'éviter les pratiques socialement mauvaises (cf. *supra* n. 90, n. 92, n. 97 et n. 103) et introduit officiellement (cf. *supra* n. 110) le but de limiter les effets néfastes que les marchés publics peuvent avoir sur l'environnement et les ressources naturelles (cf. pour l'histoire de la prise en compte des aspects écologiques *supra* n. 93, n. 98 et n. 104; cf. cpdt pour les spécifications sociales *supra* n. 31). Ces buts sont poursuivis par le biais de libertés et d'obligations. Comme il l'a été démontré plus haut, les adjudicateurs qui souhaitent tenir compte des principes du développement durable disposent d'une grande liberté dans leurs choix (*supra* n. 20 ss), même s'il existe certaines

³³⁰ STEINER/KLINGLER (2023), p. 88 s. et p. 92 s.; STEINER (2020), p. 10; ZUFFEREY (2020), p. 6; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 26.

³³¹ Cf. *supra* n.b.p. 28.

³³² RO 2009 6149.

³³³ Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91, sous le titre du concept du « *Total Cost of Ownership (TCO)* ».

limites (cf. en particulier *supra* n. 22 ss, n. 59 ss, n. 73 ss et n. 80 ss). En outre, tous les pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit révisé doivent respecter un certain nombre de devoirs légaux qui concernent directement, ou dont l'application influence indirectement, la durabilité de leurs marchés (cf. *supra* n. 58 ss).

c. La portée du but de durabilité du droit des marchés publics révisé

Les considérations ci-dessus (cf. *supra* n. 106 ss) démontrent que le droit des marchés publics révisé (LMP/AIMP 2019) poursuit des buts politiques qui sont en grande partie et pour l'essentiel les mêmes qu'auparavant, mais que ceux-ci ont été complétés par une prise en compte plus visible et davantage officialisée des aspects social, écologique et d'économie politique du développement durable, ainsi que par l'orientation des efforts liés à l'économie de gestion vers une vision globale du cycle de la vie des prestations.³³⁴ Au moment de chaque grande révision du droit des marchés publics, certains concepts et priorités politiques ont changé depuis l'adoption de la loi à modifier (cf. en particulier *supra* n. 101 s. et n. 108 ss). Ce qui n'a pas changé, c'est que le but principal et abstrait de ce droit réside dans une acquisition des prestations répondant au mieux aux besoins en question et produisant un minimum d'effets néfastes. S'il s'agit aujourd'hui d'orienter les pouvoirs adjudicateurs vers la durabilité économique, écologique et sociale de leur comportement, ce sont les prestations acquises concrètement, à savoir leurs effets économiques, écologiques et sociétaux (ainsi que les effets de leur processus de production), qui se trouvent au centre de l'attention (cf. en particulier *supra* n. 20 ss, n. 59 ss et n. 72 ss).

Comme sous l'égide du droit des années 1990, où le but de renforcer la concurrence (art. 1, al. 1, let. b, aLMP; cf. *supra* n. 101) visait les marchés concrets (resp., l'économicité de ceux-ci et l'égalité de traitement lors de leur passation³³⁵) – et le renforcement de la concurrence dans l'économie en général n'était qu'un effet secondaire généré à l'occasion

³³⁴ Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: « *The idea is not to abandon the values gained in the 1990s, but to achieve a better balance between economic and non-economic goals* », p. 93: « *it can be argued that the Swiss procurement reform was less about regulatory changes than about a change of procurement culture.* »

³³⁵ Cf. BEYELER (2008), n. 72 ss et n. 77 ss.

de la passation concurrentielle d'un marché public (cf. *supra* n. 102) – le droit actuel vise la durabilité de l'achat public en tant que tel (cf. *supra* n. 49, n. 59 ss et n. 76 ss).³³⁶ Ainsi, la promotion de la durabilité dans l'économie et la société en général n'est qu'une conséquence secondaire de l'achat respectueux des principes du développement durable, et non pas un objectif que la loi impose à poursuivre activement et de manière indépendante de la durabilité du marché à adjuger dans un cas donné.³³⁷ Comme auparavant, le droit des marchés publics n'a pas pour but de promouvoir directement et généralement les intérêts de la société, de l'économie ou de la nature (cf. pour une exception *supra* n. 123).³³⁸ Au

³³⁶ Cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536 : « *Kernfunktion des Vergaberechts ist weiterhin, für einen effizienten Einsatz der staatlichen Ressourcen zu sorgen. Der neu im Zweckartikel von Art. 2 lit. a IVöB genannte nachhaltige Einsatz von öffentlichen Mitteln bedeutet nicht einen völligen Richtungswechsel* » ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2 LMP, n. 1 et n. 7 (cf. pour la citation *infra* n.b.p. 337) ; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 (cf. *infra* n.b.p. 346).

³³⁷ Dès lors, selon l'opinion défendue ici et en droit suisse à tout le moins, le but politique de « *leverage procurement's power to drive positive environmental and social impact* » (ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER [2023], p. 239) est poursuivi de manière exhaustive par l'orientation légale des marchés publics concrets à la durabilité, conformément aux dispositions applicables, et ne doit donc pas l'être en instrumentalisant des marchés publics concrets à des fins étrangères à ces marchés et à leur durabilité. D'un avis similaire TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 1 : « *Das Vergaberecht ist genuin ein Instrument zur Steuerung der Mittelverwendung* », n. 7 : « *Beschaffungsrecht steht weder im Dienst der Sozial- noch der Umweltpolitik* » ; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 (cf. *infra* n.b.p. 346) ; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 336).

³³⁸ D'un autre avis STEINER/KLINGLER (2023), p. 88. Selon cette opinion, le droit des marchés publics révisé constitue un moyen servant au but de la durabilité (dans un sens général, resp. global) : « *Public procurement law is now officially recognised – in accordance with the UN Sustainable Development goals (SDGs) – as a means of achieving sustainability* ». Or, selon l'opinion défendue dans le présent texte, le droit des marchés publics est un moyen servant à réglementer la passation des marchés publics et ce, entre autres, d'une manière économiquement, écologiquement et socialement durable ainsi qu'en respectant l'égalité de traitement. Ce droit n'a pas pour but de promouvoir la durabilité des activités humaines en général, mais spécifiquement et premièrement la durabilité des marchés publics. Si, par la poursuite de ce but précis, il contribue indirectement au développement durable de l'humanité tout en général, il ne s'agit là que d'un effet secondaire, certes souhaitable, mais non pas visé en premier lieu. Dès lors que l'on part de l'idée que le droit des marchés publics ne sert pas premièrement à l'optimisation de la passation des marchés publics, mais constitue un simple instrument au service de la promotion du développement durable en général, opérant au profit de la poursuite de cet objectif global, l'on risque de négliger les besoins spécifiques que les marchés publics sont censés

contraire, il a le but principal très précis d'assurer la disponibilité des prestations répondant aux besoins de manière optimale, tout en minimisant les effets néfastes³³⁹ de celles-ci en termes économiques, écologiques et sociaux. Bien que certains effets généraux du droit des marchés publics, qui sont à qualifier de secondaires, soient souhaités par les organes législatifs compétents, leur existence ne change rien au caractère spécial de ce droit et de ses buts. Le fait que l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (cf. *infra* n. 123) constitue une exception à ce qui vient d'être dit corrobore ce constat. En effet, les critères prévus par cette disposition ne sont pas liés au marché, mais poursuivent d'autres politiques, raison pour laquelle il a été nécessaire de créer une base légale expresse³⁴⁰ pour les permettre (dans le domaine non assujéti au droit international). En ce sens, l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 confirme le principe de base selon lequel des critères non liés au marché ne sont pas admissibles (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019: « en lien avec les prestations »).

Par ailleurs, si le programme de travail concernant la durabilité des marchés publics, que le Comité des marchés publics de l'OMC a entrepris conformément à l'art. XXII:8/a/iii et à l'Annexe E, AMP 2012 (cf. *supra* n. 112), vise en particulier à clarifier comment la promotion de la durabilité peut être harmonisée avec le « principe de l'optimisation des ressources » (Annexe E, ch. 2, let. c et ch. 3, AMP 2012), c'est parce que du point de vue de l'AMP 2012 (ou à tout le moins du Comité, dans lequel se réunissent des représentant.e.s de tous les États signataires; cf. art. XXI:1, AMP 2012), les marchés publics servent à couvrir de manière durable un besoin concret, issu de l'accomplissement d'une tâche, et ne constituent pas un instrument au service d'autres politiques. Le fait

satisfaisant. Dans cette logique, en cas de conflit entre le but de promotion générale du développement durable et le but de couvrir au mieux les besoins des adjudicateurs publics, l'on se contenterait d'une couverture sous-optimale des besoins afin de mieux poursuivre le but général.

³³⁹ Cf. à cet égard HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 191.

³⁴⁰ Cf. STEINER (2014), n. 16.

de souligner le principe de l'optimisation des ressources dans le contexte de la durabilité indique qu'il y a lieu, selon l'avis du Comité et l'opinion défendue ici, de se concentrer sur l'optimisation – dans le sens du développement durable – des marchés publics et de ne pas permettre que ceux-ci soient assujettis à des compromis au bénéfice de la poursuite d'une politique générale de durabilité.

5. Conclusion

À toutes les époques analysées ci-avant (cf. *supra* n. 86 ss), le droit des marchés publics avait (et a encore actuellement) pour but premier d'assurer un investissement public qui, au service de la couverture des besoins générés par l'accomplissement des tâches publiques, atteint un rapport qualité-prix optimal. Il n'en demeure pas moins que des préoccupations concernant les conséquences qu'ont les marchés publics sur le plan social (et plus tard, écologique) et dans l'économie politique existent depuis longtemps. Si, quant à l'aspect social, une certaine continuité des règles peut être constatée – en ce sens qu'il s'agit pour l'essentiel toujours de respecter le droit du travail applicable (et, éventuellement, des usages) – les idées majoritaires ont changé plusieurs fois concernant la question de savoir quel degré d'ouverture des marchés à la concurrence permet d'atteindre la meilleure prospérité de l'économie (nationale). Si la fermeture (relative) des marchés publics semble constituer en quelque sorte le modèle traditionnel (cf. *supra* n. 89 et n. 92), celui-ci a été écarté plusieurs fois au profit de l'ouverture des marchés à une concurrence plus large (cf. *supra* n. 94 et n. 101 s.), qui est restée dominante sous le droit actuel (cf. *supra* n. 109), en dépit de la survenue d'un nouvel élément protectionniste³⁴¹ (cf. *supra* n. 54) ainsi que du fait que la non-ouverture des marchés publics en dessous de certaines valeurs-seuils et de certains

³⁴¹ Cf. ég. art. 19, LCPubb/TI (n.b.p. 154) dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 (cf. pour une présentation en détail et une critique de cette norme DE ROSSA GISIMUNDO [2019], p. 174 s.; cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 522 s.). Selon cette disposition, devant les autorités assujetties au droit tessinois, les soumissionnaires doivent avoir leur domicile ou siège en Suisse (sauf si un traité international s'applique; cf. art. 1, al. 2, LCPubb/TI; cf. pour des exceptions à la règle du domicile ou siège suisse dans le domaine non assujetti aux traités, art. 4, al. 3, LCPubb/TI). Cette disposition n'a pas été adoptée en transposition de l'AIMP 2019 (auquel le canton de Tessin n'a à ce jour pas adhéré), mais sous l'empire de l'AIMP 2001. Indépendamment de ce constat, elle reflète le retour des tendances protectionnistes depuis les années 2010 (DE ROSSA GISIMUNDO [2019], p. 173 ss).

types à la concurrence internationale, qui subsiste sous le droit actuel, poursuit, entre autres, des buts protectionnistes.

Cela étant, le protectionnisme est couvert par la notion de la durabilité économique des marchés publics en ce sens que, tout comme l'ouverture et l'élargissement de la concurrence, il traduit une certaine idée de la manière dont les marchés publics peuvent être conçus et adjugés en garantissant au mieux la prospérité de l'économie. Que l'on adhère à cette idée ou à celle contraire, selon laquelle l'ouverture et l'approfondissement de la concurrence assurent au mieux la prospérité générale de l'économie, il s'agit toujours d'une opinion sur l'optimisation des conséquences qu'ont les marchés publics concrets dans l'économie (et sur la direction que les effets secondaires des marchés doivent prendre).³⁴² L'on ne saurait dire que l'une des idées est liée au marché et que l'autre lui est étrangère, étant donné que toutes deux traitent en premier lieu des conséquences de la passation des marchés publics. Cela dit, les droits des marchés publics international et interne en vigueur interdisent en principe le protectionnisme (international et national) et tranchent ainsi en faveur de la concurrence (cf. art. 2, let. c et let. d et art. 6, al. 1, LMP/AIMP 2019; art. 5, LMI). Des éléments protectionnistes sont licites seulement lorsque le droit applicable le prévoit de manière expresse et en conformité avec le droit supérieur applicable (en particulier: traités internationaux, Cst.³⁴³ et LMI).

Les règles analysées ne contiennent qu'un nombre restreint de véritables instrumentalisations des marchés publics à des fins autres que l'optimisation du marché et de ses conséquences. Or, dans la mesure où le fait de préférer les chemins de fer comme moyen de transport des marchandises achetées ainsi que de payer aux soumissionnaires le transport par le système Cargo domicile (cf. *supra* n. 98) était dû au but d'une subvention croisée des chemins de fer fédéraux, il s'agissait d'une conception du marché à des fins autres – même si on peut aussi y voir la prise en

³⁴² Cela est en particulier vrai pour l'instruction que le Conseiller fédéral et chef du Département fédéral des finances NELLO CELIO avait donnée en 1970, en vertu de laquelle l'administration fédérale était appelée à augmenter la part des achats effectués à l'étranger et ce, afin de freiner la surchauffe conjoncturelle qui à l'époque régnait en Suisse: cf. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180 avec n.b.p. 61.

³⁴³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101.

compte des effets écologiques des marchés publics. En outre, les critères d'adjudication concernant les places d'apprentissage (cf. *supra* n. 97, n. 103 et *infra* n. 123), les places de travail pour les personnes âgées et la réinsertion pour les chômeurs de longue durée (cf. *infra* n. 123) relèvent d'une instrumentalisation des marchés publics à des fins étrangères à l'optimisation des conséquences d'un marché public.

B. Le but d'un marché public concret

Même si l'analyse historique et celle du droit actuel démontrent qu'il existe une certaine tradition d'édicter des règles ou d'adopter des stratégies allant au-delà, il peut être constaté que, pour le droit actuel (cf. *supra* n. 114 ss), en tant que tel, un marché public concret a pour seul but la couverture optimale des besoins, générés par l'accomplissement des tâches des adjudicateurs, que les prestations faisant l'objet du marché sont censées satisfaire, et l'optimisation des conséquences de ce marché. Celui-ci n'est (en principe; cf. *infra* n. 123) pas au service de la poursuite de buts de politique générale.³⁴⁴

³⁴⁴ Cf. ég. POLTIER (2023), n. 668: « Il faut souligner [...] que de telles exigences [n'ayant pas d'impact sur le produit final] ne peuvent porter que sur les conditions de production des biens et services à acquérir et ne sauraient viser au surplus la politique générale du soumissionnaire; en d'autres termes, dans le cadre d'un marché déterminé, le pouvoir adjudicateur ne peut pas sélectionner ou favoriser des entreprises qui mènent une politique générale favorable sur le plan social, par exemple en matière salariale »; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 3: « *Was in anderen Politikbereichen richtig ist, gilt auch hier: Für jedes Politikziel ist das geeignete Instrument zu wählen* » (c.-à-d., les buts étrangers aux marchés publics – durabilité du marché public, égalité de traitement, transparence et concurrence – doivent le cas échéant être poursuivis par une législation spéciale et non pas par le biais du droit des marchés publics). Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 263: « Le principal critère appliqué aux achats publics demeure [...] celui de l'emploi efficace et ménager des fonds. L'on dispose d'instruments spécifiques pour atteindre les différents buts d'économie politique [...]. Il convient de s'en souvenir afin de ne pas se perdre dans le dédale de la grande variété des objectifs et intérêts liés aux achats publics. » – D'un autre avis (les marchés publics au service de la promotion de la durabilité de l'économie entière): BO/CN 2018 996 (vote de la Conseillère nationale REGULA RYTZ): « *Die geballte Konsumentenkraft von Bund, Kantonen und Gemeinden kann auch ein Hebel für Innovation und Nachhaltigkeit sein [...]. Die geballte Konsumentenkraft von Bund, Kantonen und Gemeinden soll neu auch in der Schweiz so eingesetzt werden, dass langfristiger gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Nutzen entsteht* » (selon l'opinion défendue ici, le fait que la formulation « *geballte Konsumentenkraft* » [« pouvoir d'achat concentré »; trad. par réd.] ait été utilisée à deux reprises dans le même vote démontre que la conseillère

1. La couverture des besoins

Le marché public est un échange de prestations servant à couvrir les besoins concrets générés (du côté de l'adjudicateur) par la poursuite de décisions politiques basées sur des lois spéciales de droit public. En ce sens, un marché public concret devrait avoir pour but de satisfaire au mieux le besoin en prestations donné, afin de servir au mieux l'accomplissement de la tâche publique dont il s'agit dans le cas d'espèce.³⁴⁵ Tou-

nationale RYTZ entendait souligner que son but était d'instrumentaliser le pouvoir d'achat public à des fins de politique générale se trouvant au-delà du marché concret, de sa durabilité et des tâches dont il est censé permettre l'accomplissement, et de ne pas se limiter à l'optimisation de la durabilité du marché et aux effets secondaires de celle-ci). Cf. ég. BO/CN 2018 997 (vote de la conseillère nationale ADÈLE THORENS GOUMAZ): « Les marchés publics sont un important levier pour encourager une économie verte, soit une économie qui ménage les ressources. En Suisse, nous devons profiter de l'impulsion donnée par les récentes évolutions internationales pour moderniser notre droit en y intégrant des dispositions favorisant les prestations orientées sur la durabilité » (il est intéressant de relever que, dans la première phrase citée, en évoquant l'« important levier » que constitue l'achat public, la Conseillère nationale THORENS GOUMAZ semble préconiser une instrumentalisation des marchés publics à des fins de politique générale, tandis que la deuxième phrase se concentre sur la durabilité des marchés publics en tant que tels). Il ressort de ces votes que leurs auteurs ne s'intéressent pas premièrement à la couverture des besoins des adjudicateurs publics (qui accomplissent des tâches publiques s'inscrivant, le cas échéant, dans une politique de promotion du développement durable) mais surtout à une instrumentalisation du pouvoir économique des adjudicateurs à des fins indépendantes de la couverture des besoins. Cf. pour une autre forme d'instrumentalisation *infra* n.b.p. 345.

³⁴⁵ Cf. en ce sens BO/CE 2019 313 (vote du Conseiller aux États ANDREA CARONI): « *Sie haben gesagt, Herr Bundespräsident, Ziel des Beschaffungswesens sei es, möglichst alle Aufträge im Inland zu vergeben, und jetzt schauen wir noch, wie wir das möglichst raffiniert machen. Ich sage: Ziel des Beschaffungswesens ist es, für den Steuerzahler und die Einwohner in diesem Land zu einem möglichst guten Preis-Leistungs-Verhältnis öffentliche Leistungen beschaffen zu können* » (cf. BO/CE 2019 310, vote du Président de la Confédération UELI MAURER: « *Eigentlich ist es das Ziel, möglichst viele Aufträge im Inland zu vergeben* »). – Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 47a: « *der Staat sagt also <nur>, was er selbst einkaufen will* ». Ces auteurs soulignent, dans le contexte de la discussion des exigences et critères écologiques et sociaux, que dans le cas de la passation d'un marché public, l'État n'est pas un régulateur mais se limite à définir (dans l'appel d'offres) ce qu'il souhaite acheter. Selon l'opinion défendue ici, l'on peut déduire de ce constat que les exigences et critères écologiques doivent se limiter à l'optimisation des prestations à acquérir et des conséquences de la production desdites prestations. Si un adjudicateur public établit des exigences ou des critères allant au-delà, il se rapproche d'un régulateur (et a besoin d'une base légale expresse, à l'instar de l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019, pour ce faire; cf. STEINER [2014], n. 16).

tefois, le fait que ladite tâche est accomplie dans l'intérêt d'une politique concrète donnée ne signifie pas que les marchés publics sont mis au service de certaines politiques générales. La politique qui fonde une tâche donnée, pour laquelle une acquisition est nécessaire, ne doit pas être confondue avec les politiques générales que l'on pourrait être tenté de poursuivre en instrumentalisant les marchés publics. Dans chaque cas d'espèce, il s'agit de la poursuite d'une autre politique spécifique, et celle-ci est dans tous les cas le mieux servie si l'adjudicateur public se concentre sur l'optimisation de son marché destiné à soutenir la tâche (et donc la politique) en question, ainsi que sur l'optimisation des conséquences de ce marché.

Dans le même sens, le fait qu'en influant (c.-à-d., en adoptant des règles) sur la manière dont les marchés publics sont adjugés, la législation sur les marchés publics vise aussi la production de certains effets secondaires dans la société, l'économie et la nature (cf. *supra* n. 102 et n. 114 ss), ne change rien; cela ne signifie pas qu'il y ait lieu de chercher à atteindre ces effets en premier lieu et de prendre des mesures allant au-delà de l'optimisation des prestations à acquérir (et de leur processus de production). Dès lors, si la législation actuelle oblige dans une certaine mesure les pouvoirs adjudicateurs à intégrer les questions de durabilité liées à leur marché public concret (et à la production des prestations dont il s'agit; cf. *supra* n. 58 ss), elle ne les contraint ni ne les habilite à spécifier ou à adjuger le marché au profit d'objectifs politiques externes à l'optimisation (au sens du développement durable) du marché public concret et de sa passation (cf. en particulier *supra* n. 59 ss, n. 67, n. 73 ss et n. 114 ss).³⁴⁶ D'ailleurs, une spécification ou un critère d'adjudication servant d'autres buts que l'optimisation du marché concret serait nécessairement détrimentaire à l'adéquation, à la qualité ou au prix de ce

³⁴⁶ Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19: selon cet auteur, le droit des marchés publics n'est pas un instrument au service des politiques sociale et environnementale, mais a pour but l'optimisation du rapport qualité-prix du marché public, tout en évitant des effets néfastes de ce marché que l'économie libre n'arrive pas à éviter (dysfonctionnements de l'économie de marché). Cette optimisation englobe, selon l'auteur précité (op. cit., n. 17), les aspects écologiques et sociaux de la durabilité tant que ceux-ci sont liés à l'objet du marché. Cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536; POLTIER (2023), n. 668.

marché,³⁴⁷ voire à l'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication, et entrerait dès lors en contradiction avec les buts principaux du droit des marchés publics (cf. art. 2, LMP/AIMP 2019).

2. Les instrumentalisations licites

Dans la mesure où la loi applicable prévoit de manière expresse que les pouvoirs adjudicateurs peuvent ou doivent saisir l'occasion de la passation d'un marché public pour utiliser ce marché à des fins autres que l'optimisation de l'opération d'acquisition,³⁴⁸ cette utilisation est permise,³⁴⁹ du moins dans le domaine des marchés non soumis au droit international et dans le cadre du droit supérieur.³⁵⁰ Tel pourrait être le cas pour les critères d'adjudication prévus à l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, qui, selon le texte de la loi, ne sont admissibles que dans le

³⁴⁷ Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 263 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 141).

³⁴⁸ Dans l'ATF 140 I 285, le Tribunal fédéral distingue de manière nette (c. 5.2–5.3) les critères d'adjudication au service de l'optimisation du marché public (c. 6) de ceux servant à des buts non liés au marché en question (c. 7). En effet, tandis que les seconds nécessitent une base légale expresse, ce n'est pas le cas des premiers (c. 5.2 et 7.1–7.3). – Cf. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16, qui qualifient les critères d'adjudication prévus à l'art. 29, al. 2, LMP (« places de formation professionnelle initiale, [...] places de travail pour les travailleurs âgés ou [...] réinsertion pour les chômeurs de longue durée ») d'étrangers au marché public (« *Fremdkörper [...] im Rahmen des Vergaberechts* »), soit de critères ne servant pas à l'optimisation du marché public et de sa durabilité.

³⁴⁹ Cf. ATF 140 I 285, c. 7. Cet arrêt concerne l'ancien droit. Toutefois, le fait que l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 mentionne trois critères d'adjudication non liés au marché concret (dont le critère de la formation initiale; cf. ATF précité, c. 7.3) et procure dès lors à ces critères une base légale expresse, démontre que les organes législatifs n'ont pas eu l'intention de se départir de la jurisprudence du TF, mais au contraire de la maintenir, en confirmant la règle selon laquelle des critères sans lien avec le marché ne sont admissibles que s'ils se fondent sur une base légale expresse. Cf. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16; HAUSER/PIŠKÓTY (2023), n. 210; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30. – Cf. pour l'ancien droit Rapport CER/CN, 4872: « En mentionnant la formation de personnes en formation professionnelle initiale dans la liste [légale] des critères d'adjudication [art. 21, al. 1, aLMP], il devient possible de prendre cet aspect en considération pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement » (mis en italique par réd.). Comme dans l'ATF précité, l'on partait du principe que de tels critères d'adjudication n'étaient permis que si une base légale les prévoyait expressément.

³⁵⁰ Cf. Message LMP, 1789 s. (concernant le critère de la formation professionnelle initiale). Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30.

domaine non assujetti aux traités internationaux³⁵¹ et qui ne concernent pas le marché concret, mais des comportements généraux des soumissionnaires,³⁵² à savoir leurs activités en matière de places de formation professionnelle initiale, de places de travail pour les personnes âgées, ainsi que de la réinsertion pour les chômeurs de longue durée. L'instrumentalisation d'un marché public aux fins des buts politiques qui sous-tendent ces critères non liés au but de l'optimisation du marché semble être licite en raison du fait qu'elle est prévue dans la loi et que cette dernière limite l'application des critères en cause au domaine non assujetti au droit international; demeure réservée la question de la conformité desdits critères avec le principe constitutionnel de la neutralité concurrentielle (cf. les références citées au *supra* n. 54; cf. cpdt pour la LMP art. 190 Cst.). En dehors de l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, des critères sans lien avec le marché ne sont pas admissibles (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 60 s.)³⁵³ – l'existence de la disposition précitée, qui déroge à ce principe, le confirme (cf. *supra* n. 61 et n. 115). Il en va de même des spécifications ne servant pas l'optimisation du marché (et de la production des prestations; cf. *supra* n. 20 ss, spéc. n. 26),³⁵⁴ qui sont nécessairement contraires aux intérêts pour lesquels le marché concret est entrepris, et qui contreviennent dès lors aux principaux buts du droit des marchés publics (cf. ég. *supra* n. 54).³⁵⁵

Constitue notamment une instrumentalisation inadmissible d'un marché public à des fins résidant au-delà du marché concret (et des intérêts aux-

351 Cf. ég. LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16.

352 Cf. cpdt la différenciation proposée à juste titre par HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 318 (cf. à ce sujet *supra* n.b.p. 142).

353 TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16; Message LMP, 1730 (le Conseil fédéral retient qu'un critère d'adjudication doit « toujours », resp. « systématiquement », avoir « un lien objectif avec l'objet du marché », ce qui doit être interprété en ce sens qu'une exception ne vaut que pour les critères énumérés de manière expresse à l'art. 29, al. 2, LMP, dont le Conseil fédéral traite aux p. 1789 s. du Message précité). Cf. ég. POLTIER (2023), n. 669 (« critères « étrangers » au marché, limitativement énumérés »); HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 25.

354 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 192 s. et n. 198 s.

355 Cf. Message LMP, 1730: « nécessité, en présence de spécifications techniques ou de critères d'adjudication d'ordre écologique, de se demander systématiquement si ces critères ont un lien objectif avec l'objet du marché ».

quels ce marché est censé servir ; cf. *supra* n. 121 et n. 123) le fait d'honorer, par un critère d'adjudication, certains comportements ou politiques généraux du soumissionnaire,³⁵⁶ de ses employé.e.s ou de ses partenaires commerciaux qui sont jugés particulièrement « durables »,³⁵⁷ à moins que les efforts en question n'aient une répercussion notable sur la qualité (durabilité) des prestations en question (resp. de leur production ; cf. *supra* n. 39 et n. 64). Ainsi, selon l'opinion défendue ici, il n'est pas admissible d'établir un critère d'adjudication prévoyant d'attribuer des points aux offres dont les soumissionnaires incitent leurs employé.e.s à renoncer à la voiture pour se rendre au travail ou à manger des repas végans dans les cantines de l'entreprise, voire proposent une solution de crèche pour les enfants de leur personnel.³⁵⁸ Il en va de même des critères exigeant que les soumissionnaires poursuivent généralement une certaine politique environnementale ou en matière d'égalité de chances,³⁵⁹ ainsi que d'un critère prescrivant qu'ils n'utilisent que du papier recyclé dans leurs bureaux.³⁶⁰ S'il est vrai que le fait de se fournir auprès d'entreprises actives dans ces domaines est susceptible de diminuer l'envergure de l'empreinte écologique ou sociale causée par l'achat en question, il est également vrai que de telles mesures n'exercent pas une influence notable sur la durabilité du marché en question et qu'elles ne concernent pas non plus des questions fondamentales (cf. *supra* n. 31, n. 36 et n. 38) proches de celles adressées à l'article 12, alinéa 1-3, LMP/AIMP 2019.³⁶¹

3. À propos de l'« usage stratégique » des marchés publics

Au vu des constats précédents (cf. *supra* n. 120 ss), dans la mesure où les formulations « usage stratégique des marchés publics »,³⁶² « *strategic use*

³⁵⁶ HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199 ; POLTIER (2023), n. 668.

³⁵⁷ Cf., pour un critère des années 1980 (« attitude sociale et style de direction de l'entreprise ») qui allait dans ce sens, *supra* n. 97.

³⁵⁸ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199.

³⁵⁹ HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199.

³⁶⁰ STEINER (2014), n. 11.

³⁶¹ Cf., au sujet des critères d'adjudication sociaux concernant des questions fondamentales et visant exceptionnellement (par substitution) l'entreprise soumissionnaire en tant que telle, lorsque le critère ne peut être appliqué au seul processus de production des prestations concrètement à acquérir, *supra* n. 39 et n. 64.

³⁶² DE ROSSA/DAVID (2020), n. 2.

of public procurement », ³⁶³ « use of public procurement to promote shared societal goals » ³⁶⁴ et « leverage procurement's power to drive positive environmental and social impact » ³⁶⁵ doivent être comprises en ce sens qu'elles traduisent l'idée que le droit des marchés publics permet d'instrumentaliser un marché public (cf. *supra* n. 119 et n. 123 s.) à des fins autres que la couverture des besoins générés par l'accomplissement de la tâche publique en question (et ce, conformément aux principes du développement durable, pendant la production et l'entier de la vie du produit), il conviendrait de constater que selon l'opinion défendue ici, ³⁶⁶ ladite idée n'est pas couverte par le droit (suisse) applicable (cf. cpdt *supra* n. 123). ³⁶⁷ Le fait que l'optimisation de la durabilité des marchés publics et de leurs conséquences soit conforme au droit (cf. en particulier

³⁶³ STEINER/KLINGLER (2023), p. 89.

³⁶⁴ STEINER/KLINGLER (2023), p. 89.

³⁶⁵ ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 239.

³⁶⁶ Cf. par rapport au droit européen HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 184 ss et n. 191 ss.

³⁶⁷ Cf. ég. STEINER (2014), n. 2 : « *Es bleibt bei der Zielsetzung, das Vergaberecht nicht über den Gegenstand der Beschaffung hinaus als Mittel zur Umerziehung von Unternehmen zu verwenden* », n. 11 et n. 13 ; cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 205. – D'un avis contraire DE ROSSA/DAVID (2020), n. 3 et n. 29 (cf. pour les citations *supra* n.b.p. 186). Cet avis est basé (cf. op. cit., n.b.p. 96) sur le Message LMP, 1729, et sur les débats parlementaires (dans leur globalité). Or, dans la mesure où il devait ressortir de la Stratégie du Conseil fédéral pour le développement durable 2016-2019 (cité dans le Message LMP, 1729) que le Conseil fédéral entendrait instrumentaliser les marchés publics afin d'influer sur le comportement général des entreprises (au lieu d'optimiser les marchés publics et leurs conséquences dans l'intérêt des tâches publiques à accomplir), cela ne signifierait tout de même aucunement que la LMP puisse être interprétée en ce sens. Du reste, l'on ne saurait déduire des débats parlementaires (pris dans leur globalité) que l'Assemblée fédérale avait l'intention de permettre l'instrumentalisation des marchés publics au-delà de l'art. 29, al. 2, LMP. L'exigence du lien avec le marché selon l'art. 29, al. 1, LMP, ainsi que l'exception de l'art. 29, al. 2, LMP, démontrent que le pouvoir législatif avait l'intention de poser le principe de la non-instrumentalisation. Partant, s'il existait une stratégie de développement durable ou d'achats publics du pouvoir exécutif selon laquelle une instrumentalisation allant au-delà serait prévue, se poserait uniquement la question de savoir dans quelle mesure elle pourrait être conforme à la LMP. Cf. au demeurant Message LMP, 1847 : « En accord avec la stratégie pour le développement durable du Conseil fédéral, la question du développement durable est inscrite dans le P-LMP [...]. La révision totale de la LMP permet ainsi de créer les bases légales d'une politique de marchés publics durables. » Le Conseil fédéral ne semble pas méconnaître la hiérarchie entre la loi et ses stratégies, qui doivent être conformes à la loi. C'est cette dernière qui établit la base et les limites des stratégies d'achat du pouvoir exécutif. Dès lors, c'est la LMP qui répond à la question de savoir dans quelle mesure

supra n. 19 ss et n. 58 ss), à l’instar des effets secondaires que les mesures assurant la durabilité du marché engendrent (cf. *supra* n. 106 ss et n. 115), ne signifie pas qu’il est licite d’instrumentaliser le pouvoir d’achat des adjudicateurs publics afin de poursuivre des buts étrangers à l’optimisation du marché.

Il convient d’ajouter que si le considérant 47 de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE du 26 février 2014³⁶⁸ parle, dans le contexte de la promotion des innovations, d’un « usage stratégique des marchés publics » (« *strategic use of public procurement* »),³⁶⁹ cela vise en premier lieu l’optimisation des marchés publics – les effets généraux (qui le cas échéant, ont lieu au-delà du marché public en question) étant des effets secondaires. En fait, le considérant précité précise qu’il y a lieu de « stimuler l’innovation » des soumissionnaires pour la raison suivante: « L’acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l’amélioration de l’efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu’à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d’une croissance économique durable » (mis en italiques par réd.). Dès lors, tout « usage stratégique des marchés publics » doit nécessairement se faire à travers l’optimisation (dans le sens des principes du développement durable) du marché public concrètement en question et ce, dans l’intérêt des besoins à satisfaire par les prestations faisant l’objet dudit marché.

les stratégies du Conseil fédéral existant au moment de la rédaction de la P-LMP ont été érigées en règles et principes légaux.

³⁶⁸ Directive 2014/24 – JO/UE L 94/65.

³⁶⁹ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 139, avec des références à des voix doctrinales qui, en se basant sur l’avis de la Commission européenne (Livre vert sur la modernisation de la politique de l’UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant, du 27 janvier 2011 COM(2011) 15 final, p. 35), semblent partir de l’idée que les directives européennes sur les marchés publics de 2014 permettent d’instrumentaliser les marchés publics à des fins étrangères à l’optimisation de la durabilité desdits marchés.

C'est en ce sens que le Message LMP précise, au sujet du critère d'adjudication du « caractère innovant » des prestations offertes (cf. art. 29, al. 1, 2^e phrase *in fine*, LMP/AIMP 2019), que, dans la perspective du droit des marchés publics, l'innovation n'est pas une fin en soi, et qu'il y a lieu de limiter l'évaluation du caractère innovant des prestations offertes aux innovations utiles à la poursuite des buts que le produit à acquérir est censé soutenir: selon le Message précité, les adjudicateurs publics ne sont pas obligés de « privilégier à tout prix les nouvelles technologies par rapport aux solutions éprouvées. Ainsi, ils ne devront pas faire développer une nouvelle solution logicielle si une solution standard possède toutes les fonctions requises. Le caractère innovant n'est pas un critère autonome, mais un aspect du critère de la rentabilité ». ³⁷⁰ Partant, il ne s'agit pas d'évaluer, dans le cadre d'une adjudication d'un marché public, des innovations offertes qui sont (ou seront) peut-être généralement utiles pour la société dans une perspective d'économie politique mais qui n'ont aucune utilité concrète pour l'adjudicateur qui utilise ou consomme la prestation en question. Le critère d'adjudication du caractère innovant de la prestation offerte ne doit dès lors pas servir à promouvoir les innovations des entreprises privées de manière abstraite et au détriment de la qualité ou du prix de l'acquisition publique. C'est par le fait d'honorer une offre innovante (sous un critère d'adjudication établi dans le cas d'espèce) qui représente une plus-value concrètement utile à la lumière des intérêts poursuivis par l'adjudicateur que, au titre d'effets secondaires, peut-être l'économie, la société ou la nature bénéficieront en général des avantages de l'innovation en question. Il en va de même, *mutatis mutandis*, pour les critères d'adjudication visant les aspects écologique ou social du développement durable. Ceux-ci ne doivent pas viser l'atteinte de certains buts généraux (sans lien avec le marché; cf. *supra* n. 59 ss)³⁷¹ au détriment de la durabilité économique, écologique et sociale du marché public à adjuger concrètement. Leur application, limitée au marché concret, engendrera le cas échéant des effets secondaires positifs pour la société ou l'équilibre écologique.

Il sied de conclure que l'« usage stratégique des marchés publics » au profit du développement durable dans un sens général consiste exclu-

³⁷⁰ Message LMP, 1789.

³⁷¹ POLTIER (2023), n. 668; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19.

sivement en le respect des obligations légales du droit des marchés publics (cf. *supra* n. 58 ss) et en l'usage des marges de manœuvre que ce droit laisse aux adjudicateurs dans le domaine de l'optimisation économique, écologique et sociale de leurs marchés (cf. *supra* n. 6 ss et n. 19 ss.; cf. ég. *supra* n. 114 ss). Les effets secondaires qui en résultent sont licites tant qu'ils restent des effets secondaires.

4. Conclusion

Pour résumer, selon l'opinion défendue ici, le but d'un marché public concret est de satisfaire un besoin concret et de soutenir l'accomplissement d'une tâche (publique) concrète. Les pouvoirs adjudicateurs sont appelés à se concentrer sur l'optimisation (sous tous les aspects du développement durable) de leurs marchés et à laisser du reste aux entreprises soumissionnaires (et sous-traitantes) la liberté d'être actives dans le cadre des lois applicables – à moins que la loi, à l'instar de l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, n'en dispose autrement, tout en respectant le droit supérieur.³⁷²

³⁷² Partant de cette vision des choses, la critique de TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 2, selon laquelle le droit des marchés publics révisé est une surface de projection pour un nombre toujours croissant d'intérêts généraux et particuliers, étrangers au marché public en soi, peut être relativisée. Certes, la réponse que le droit des marchés publics donne à la question de savoir comment déterminer le choix optimal entre les offres varie quelque peu au fil du temps (cf. *supra* n. 86, n. 91 ss, n. 100, n. 101 ss, n. 107 ss et n. 114 ss), et l'art. 2, LMP/AIMP 2019 reflète la vision actuellement majoritaire des choses, qui préconise de comprendre l'optimum d'une manière holistique (cf. *supra* n. 50, n. 52 et n. 113). Il n'en demeure pas moins que, dûment interprété, le droit des marchés publics révisé se concentre sur l'optimisation du marché public (en tant que tel) dans le sens du développement durable, et ne permet pas l'instrumentalisation des marchés publics aux fins des intérêts généraux et particuliers ne relevant pas de l'optimisation du marché mais de la poursuite d'autres buts.

Bibliographie

- ANDERSON ROBERT D., SALGUEIRO ANTONELLA, SCHOONER STEVEN L., STEINER MARC (2023), « Deploying the WTO Agreement on Government Procurement (GPA) to enhance sustainability and accelerate climate change mitigation », *PPLR* 2023, 5, p. 223 ss.
- BEYELER MARTIN (2008), *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Zurich.
- BEYELER MARTIN (2012), « Kaffee: Bio und Fair Trade », *BR/DC* 2012, p. 262 ss.
- BEYELER MARTIN (2022), *Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021*, Zurich.
- COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), « Les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes », *Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 2/1988*.
- DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA (2019), « Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen », *recht* 2019, p. 166 ss.
- DE ROSSA FEDERICA, DAVID CLARISSA (2020), « La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics: un changement de paradigme effectif? », *sui generis* 2020, p. 441 ss.
- FETZ MARCO, STEINER MARC (2020), « Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes », in: COTTIER/OESCH (éd.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3^e éd., Bâle, p. 537 ss.
- HAUSER MATTHIAS, PISKÓTY RÉKA (2023), *Nachhaltige öffentliche Beschaffung*, Berne.
- KUNZ-NOTTER PANDORA (2020), « Commentaire de l'art. 12 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- KUNZ-NOTTER PANDORA (2021), « Leistungsortsprinzip und Herkunftsortsprinzip: Differenzen zwischen dem neuen Beschaffungsrecht und dem Binnenmarktrecht? », *BR/DC* 2021, p. 129 ss.
- LOCHER LAURA (2020), « Commentaire de l'art. 44 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.

- LOCHER THOMAS, OECHSLIN BARBARA (2020), « Commentaire de l'art. 29 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- MARTENET VINCENT (2021a), « Commentaire de l'art. 27 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (éd.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Bâle.
- MARTENET VINCENT (2021b), « Commentaire de l'art. 94 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (éd.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Bâle.
- MARTI MARIO (2022), *Changement de paradigme en droit des marchés publics*, Berne.
- MÜLLER THOMAS P. (2020), « Commentaire de l'art. 41 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- OECHSLIN BARBARA, LOCHER THOMAS (2020), « Commentaire de l'art. 30 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- PÄRLI KURT (2022), « Arbeitsrecht im öffentlichen Beschaffungswesen », in: ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2022/Marchés publics 2022*, Zurich, p. 147 ss.
- POLTIER ÉTIENNE (2023), *Droit des marchés publics*, 2^e éd., Berne.
- ROTH FLORIAN C. (2020), « Commentaire de l'art. 56 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA (2023), « Neues Vergaberecht in den Kantonen: Überblick und erste Bilanz », in: *ZBl* 2023, p. 515 ss.
- STEINER MARC (2014), « Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven », in: ZUFFEREY/STÖCKLI (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014*, Zurich, p. 149 ss.
- STEINER MARC (2015), *The WTO Government Procurement Agreement: Assessing the scope for green procurement*, Bridges Network BIORES 2015, p. 21 ss. (https://www.researchgate.net/publication/372964127_The_WTO_Government_Procurement_Agreement_Assessing_the_scope_for_green_procurement; visité le 5 avril 2024).

- STEINER MARC (2020), « Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019 », in: *BR/DC* 2020, p. 8 ss.
- STEINER MARC, KLINGLER DÉsirÉE (2023), « The Revised Swiss Public Procurement Law: More Quality and Sustainability », in: *EPPPL* 2023, p. 87 ss.
- TRÜEB HANS RUDOLF (2020), « Commentaire de l'art. 2 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- TRÜEB HANS RUDOLF, CLAUSEN NATHALIE (2021), « Commentaire de la LMP (BöB) », in: OESCH/WEBER/ZÄCH (éd.), *Kommentar Wettbewerbsrecht II*, 2^e éd., Zurich.
- TRÜEB HANS RUDOLF, ZOBL MARTIN (2020), *Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei öffentlichen Beschaffungen, Expertise juridique pour la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP)*, Zurich (https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/oeffentliches-beschaffungswesen/DE_Rechtsgutachten_Beruecksichtigung_unterschiedlicher_Preisniveaus.pdf; visité le 5 avril 2024).
- WYSS RAMONA (2020), « Commentaire de l'art. 26 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- ZIEGLER ANDREAS R. (2021), « Commentaire de l'art. 101 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (éd.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Bâle.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2020), « Nouveau droit (fédéral) des marchés publics: faire du neuf avec de l'ancien? Un peu plus tout de même », in: *BR/DC* 2020, p. 5 ss.

Documents officiels

Avis du Conseil fédéral du 15.2.2023 concernant l'Initiative parlementaire Développer l'économie circulaire en Suisse (affaire 20.433) et le rapport du 31.10.2022 de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national, FF 2023 437 (cit. Avis économie circulaire).

Commentaire de l'Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/fr/dokumente/Oeffentliche_Beschaffungswesen/Erl%C3%A4uterungen_f.pdf.download.pdf/commentaire%20de%20l%E2%80%99omp.pdf; visité le 5 avril 2024) (cit. Commentaire OMP 2020).

Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, FF 2017 1695 (cit. Message LMP).

Message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1 (cit. Message 1 GATT).

Message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 995 (cit. Message 2 GATT).

Message relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC du 15 février 2017, FF 2017 1899 (cit. Message AMP).

Message relatif aux résultats des négociations commerciales multilatérales tenues sous l'égide du GATT (Tokyo-Round), FF 1979 III 1 (cit. Message Tokyo-Round).

Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757 (cit. Message programme).

Message type concernant la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 15 novembre 2019 (https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FR_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf; visité le 5 avril 2024) (cit. Message type AIMP 2019).

Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 14 mai 2013 sur l'initiative parlementaire: Marchés publics. La formation d'apprentis constituerait un critère de sélection, FF 2013 4861 (cit. Rapport CER/CN).

Les obligations légales en matière d'énergie pour la construction ou rénovation de bâtiments

FRANÇOIS BELLANGER

Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction

Le secteur immobilier est responsable d'une part importante de la consommation d'énergie de notre pays.

En 2019, le parc immobilier a consommé environ 90 TWh, soit environ 40% de la consommation d'énergie finale en Suisse¹. Il s'agit de la consommation d'énergie globale, notamment pour l'éclairage, les appareils électriques, le chauffage et la climatisation, ainsi que la consommation de combustibles fossiles pour le chauffage. En 2022, 56,8% des bâtiments à usage d'habitation étaient encore chauffés aux énergies fossiles (mazout et gaz), 18,5% des bâtiments étant raccordés à une pompe à chaleur, 11,9% des bâtiments ayant un chauffage au bois et 7,9% à l'électricité².

Cette consommation génère un tiers des émissions de CO₂ sur notre territoire³.

Face à ces chiffres, la Suisse a pris des mesures pour réduire la consommation d'énergie et améliorer l'efficacité énergétique dans le secteur immobilier. Elle a mis en place ou entend développer des réglemen-

1 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Parc immobilier 2050 – Vision de l'OFEN (version du 1^{er} juin 2023), p. 1 : <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html> (lien consulté le 27 décembre 2023).

2 Office fédéral de la statistique (OFS) : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiken/bau-wohnungswesen/gebäude/energiebereich.html> (Lien consulté le 27 décembre 2023). Voir aussi Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative <Sortir du nucléaire>) », FF 2013 6771, 6782 ss.

3 <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html> (lien consulté le 27 décembre 2023).

tions strictes concernant les normes de construction, l'isolation thermique, l'utilisation d'énergies renouvelables et l'optimisation des systèmes de chauffage. Des incitations financières et des programmes de subventions sont également disponibles ou envisagés pour encourager la rénovation énergétique des bâtiments existants.

Ces mesures sont nécessaires vu le poids de l'immobilier dans le bilan carbone de la Suisse si notre pays entend atteindre les objectifs de la Stratégie énergétique 2050 (nouvelle politique énergétique) de l'OFEN avec une consommation du parc immobilier suisse diminuant à 65 TWh en 2050⁴.

Afin de présenter les mesures existantes ou envisagées, vu l'ampleur des questions juridiques, nous ne traiterons que des règles imposant des obligations en matière de construction ou de rénovation; en revanche, nous n'aborderons ni le sujet des subventions ou du financement par l'État de ses propres travaux, ni le thème de la répercussion des travaux énergétiques sur les loyers. À l'intérieur de ces limites, nous commencerons par présenter la politique fédérale dans le domaine énergétique (II.) avant de traiter de la planification cantonale en matière d'énergie (III.) puis de la réglementation en matière de constructions (IV.) et de conclure (V.).

II. La politique fédérale en matière d'énergie

L'article 89 Cst.⁵ définit la politique énergétique du pays tant pour l'approvisionnement en énergie que pour la consommation.

Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons s'emploient à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie (art. 89, al. 1, Cst.). La Confédération fixe les principes applicables à l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables et à la consommation économe et rationnelle de l'énergie (art. 89, al. 2,

4 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Parc immobilier 2050 – Vision de l'OFEN (version du 1^{er} juin 2023), p. 1: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html> (Lien consulté le 27 décembre 2023).

5 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

Cst.)⁶; elle favorise le développement des techniques énergétiques, en particulier dans les domaines des économies d'énergie et des énergies renouvelables (art. 89, al. 3, Cst.). En revanche, les mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont au premier chef du ressort des cantons (art. 89, al. 4, Cst.). L'article 90 Cst. prévoit que la législation en matière d'énergie nucléaire relève de la compétence de la Confédération. Il en va de même pour la réglementation du transport et de la livraison de l'énergie (art. 91 Cst.).

Il appartient au législateur fédéral ou cantonal de fixer les règles nécessaires à la réalisation des intérêts publics déterminants, en procédant à une pesée d'intérêts avec les intérêts privés concernés et notamment les intérêts de la garantie de la propriété⁷.

La Confédération a notamment exercé sa compétence en adoptant la loi fédérale sur l'énergie⁸, qui a pour but une utilisation économe et efficace de l'énergie (art. 1, al. 2, let. b, LEne). Elle prévoit des mesures visant à accroître l'efficacité énergétique, notamment s'agissant des bâtiments, et à développer les énergies renouvelables. Elle organise également la sortie progressive du nucléaire.

En matière de bâtiments, les objectifs de la LEne ont été traduits par l'OFEN dans une stratégie 2050⁹ symbolisée par les mots-clefs: Réduction, Optimisation, Substitution, Énergies renouvelables et Durabilité.

« Réduction » exprime l'objectif de consommation d'énergie finale (chaleur et électricité) du parc immobilier à 65 TWh en 2050, soit une diminution de 55% par rapport à 2010. Il implique également une prise en compte de l'énergie grise et des émissions grises dans les nouvelles constructions et lors d'assainissements¹⁰. « Optimisation » signifie de connaître en 2050, l'état énergétique de chaque bâtiment en Suisse et d'exiger au plus tard en 2030, l'optimisation de l'exploitation énergé-

6 ATF 146 II 367, c. 3.1.1.

7 ATF 149 I 49, c. 4.1.

8 Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne – RS 730.0).

9 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Parc immobilier 2050 – Vision de l'OFEN (version du 1^{er} juin 2023), p. 1: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html> (lien consulté le 27 décembre 2023).

10 *Id.* p. 2.

tique pour tous les bâtiments¹¹. « Substitution » exprime la disparition complète en 2050, sauf exception, du mazout, du gaz ou de l'électricité directe pour chauffer. De plus, au plus tard en 2025, les réseaux de chauffage à distance sont alimentés à plus de 80% par des rejets de chaleur ou des énergies renouvelables¹². « Énergies renouvelables » impose d'avoir d'ici 2050 une couverture aussi importante que possible des besoins propres à tout moment de l'année et production d'énergie pour d'autres usages. Simultanément, les bâtiments doivent produire une grande partie du courant nécessaire à la mobilité électrique¹³. Enfin, pour répondre à la « durabilité », le cadre légal régissant l'aménagement du territoire doit être en parfaite adéquation avec la Stratégie énergétique 2050, qui doit être prise en compte dans tous les projets¹⁴.

Ces éléments se retrouvent dans les deux dispositions de la LEne concernant les bâtiments, les articles 45 et 45a.

L'article 45 LEne fixe des principes pour la construction, la rénovation et l'exploitation. Les cantons doivent créer un cadre favorable à l'utilisation économe et efficace de l'énergie et à l'utilisation des énergies renouvelables. Il leur appartient également de soutenir la mise en œuvre de normes de consommation relatives à l'utilisation économe et efficace de l'énergie (art. 45, al. 1, LEne)¹⁵. Pour atteindre ces objectifs, les cantons édictent des dispositions sur l'utilisation économe et efficace de l'énergie dans les bâtiments existants ou à construire, en donnant, dans la mesure du possible, la priorité à l'utilisation économe et efficace de l'énergie et à l'utilisation des énergies renouvelables et des rejets de chaleur (art. 45, al. 2, LEne). L'article 45, alinéa 2, *in fine*, LEne, réserve au surplus une prise en compte de manière appropriée de la protection des monuments, du patrimoine et des sites, à charge pour les autorités d'effectuer une pesée entre ces deux intérêts publics¹⁶.

Les cantons ont également pour mission d'adopter des dispositions sur la part maximale d'énergies non renouvelables destinées à couvrir les

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.* p. 2-3.

¹⁴ *Id.* p. 3.

¹⁵ SEYDOUX (2022) p. 120.

¹⁶ Voir, par exemple, Arrêt TAF A-6100/2022 du 15 novembre 2021, c. 7.2.2.

besoins en chauffage et en eau chaude, les rejets de chaleur pouvant être pris en compte dans la part d'énergies renouvelables¹⁷ (let. a), l'installation et le remplacement de chauffages électriques fixes à résistances (let. b), le décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude pour les nouvelles constructions et les rénovations notables (let. c)¹⁸ ainsi que la production d'énergies renouvelables et l'efficacité énergétique (let. d) (art. 45, al. 3, LEne).

Pour édicter leurs normes légales, les cantons se basent sur les exigences cantonales harmonisées conformément à l'article 50, alinéa 1, de l'Ordonnance sur l'énergie¹⁹. Il s'agit du MoPEC ou Modèle de prescriptions énergétiques des cantons, soit un ensemble de prescriptions énergétiques élaborées conjointement par la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK) avec pour but d'assurer une harmonisation dans le domaine des prescriptions énergétiques cantonales en ce qui concerne la conception des bâtiments et les procédures d'autorisation²⁰. Le recours à des aides à l'application et à des formulaires, élaborés eux aussi conjointement, permet de renforcer cette harmonisation. Le document en vigueur, MoPEC 2014²¹, a été approuvé par l'Assemblée plénière de l'EnDK le 9 janvier 2015²² et mis à jour en 2018 pour tenir compte de la modification de LEne en 2016 et des changements de plusieurs normes SIA²³. Cette technique législative permet de donner une force obligatoire

17 POLTIER ETIENNE (2020) p. 34 et 78; SEYDOUX (2022) p. 121.

18 POLTIER ETIENNE (2020) p. 81.

19 Ordonnance sur l'énergie du 30 septembre 2016 (OEne – RS 730.01).

20 EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie : <https://www.endk.ch/fr/politique-energetique/mopec> (lien consulté le 27 décembre 2023). Voir aussi ZUMBERHAUS (2022) p. 240 ss.

21 EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC) : https://www.endk.ch/fr/ablage_fr/politique-energetique/MuKEn2014_f-2018-04-20.pdf (Lien consulté le 27 décembre 2023).

22 EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie : <https://www.endk.ch/fr/politique-energetique/mopec> (lien consulté le 27 décembre 2023).

23 EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, Synopse, Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC) : https://www.endk.ch/fr/ablage_fr/politique-energetique/MuKEn2014_d-2018-04-20-%20Synopse%202018-04-20.pdf (lien consulté le 27 décembre 2023).

fondée sur l'article 45, alinéa 3, LEne, pour les cantons à un accord harmonisant les pratiques cantonales²⁴.

L'article 45, alinéa 4, LEne, fixe un mandat législatif impératif aux cantons²⁵. Dans la mise en œuvre des dispositions de l'article 45, alinéa 3, lettre d, LEne, sur la production d'énergies renouvelables et l'efficacité énergétique, ils prévoient que, dans les bâtiments chauffés répondant au moins aux normes Minergie²⁶, aux modèles de prescriptions énergétiques des cantons ou à une norme analogue, un dépassement de 20 cm au plus, causé par l'isolation thermique ou par des installations destinées à améliorer l'utilisation des énergies renouvelables domestiques, n'est pas pris en compte lors du calcul notamment de la hauteur du bâtiment, de la distance entre les bâtiments, de la distance à la limite, aux eaux publiques et à la route ou de la distance à la place de parc, ou encore dans l'alignement des constructions.

Enfin, selon l'article 45, alinéa 5, LEne, les cantons édictent des prescriptions uniformes sur l'indication de la consommation énergétique des bâtiments (certificat énergétique des bâtiments) et ils peuvent décider que le certificat est obligatoire sur leur territoire et, le cas échéant, dans quelles conditions²⁷.

Les directeurs et directrices cantonaux de l'énergie ont constitué le 9 janvier 2015 une association GEAK-CECB-CECE ayant pour but de développer, diffuser, gérer, contrôler et encourager un système suisse uniforme de certificat énergétique des bâtiments conformément à la LEne²⁸. Cette association a adopté un Certificat Énergétique Cantonal des Bâtiments (CECB), uniforme dans toute la Suisse, devant montrer l'efficacité énergétique de l'enveloppe du bâtiment et identifier la quantité d'énergie dont le bâtiment a besoin dans des conditions normales d'utilisation. Ce certificat sert notamment à connaître l'état énergétique actuel du bâti-

²⁴ SEYDOUX (2022) p. 121 et 152; Arrêt de la Chambre Constitutionnelle de la Cour de justice/GE du 19 juin 2020 (ACST/16/2020), c. 4.

²⁵ MEYER (2023) p. 713; SCHREIBER (2022) p. 191.

²⁶ Voir en général sur cette norme: <https://www.minergie.ch/fr/standards/nouvelle-construction/minergie/> (lien consulté le 4 février 2024).

²⁷ POLTIER ÉTIENNE (2020) p. 82.

²⁸ EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, Statuts de l'association GEAK-CECB-CECE (29 mars 2019), p. 2: https://www.endk.ch/fr/ablage_fr/politique-energetique/Statuten%20GEAK.pdf (lien consulté le 27 décembre 2023).

ment, notamment pour fixer une stratégie de rénovation énergétique ou à planifier une nouvelle construction²⁹. Il a fait l'objet d'une mise à jour complète le 30 mars 2023³⁰ et inclut désormais une troisième échelle pour classer les émissions directes de CO₂³¹. Le CECB constitue les prescriptions uniformes sur l'indication de la consommation énergétique des bâtiments au sens de l'article 45, alinéa 5, LEnE. Cela étant, la formulation de la seconde phrase de cette disposition n'oblige pas les cantons à adopter le CECB³². Ils ont uniquement la faculté de le faire et s'ils renoncent à utiliser le CECB, ils doivent disposer d'un outil équivalent dès lors que l'existence d'un certificat est notamment une condition du soutien cantonal aux mesures dans le domaine du bâtiment selon l'article 52, alinéa 3, LEnE.

L'article 45a LEnE a été adopté le 30 septembre 2022 dans le cadre des « Mesures urgentes visant à assurer rapidement l'approvisionnement en électricité pendant l'hiver »³³. Ce texte faisait partie du Contre-projet indirect à l'initiative pour les glaciers – Zéro émission nette de gaz à effet de serre d'ici à 2050³⁴. Le projet issu de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national prévoyait notamment une modification de la LEnE avec l'introduction de nouveaux articles 50a et 50b mettant en place un programme extraordinaire d'une durée de dix ans destiné à encourager le remplacement des installations de chauffage à combustible fossile, les chauffages électriques à résistances et les installations de préparation d'eau chaude ainsi que des mesures de promotion de l'utilisation efficace de la chaleur

29 EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, Le Certificat énergétique cantonal des bâtiments (CECB) – Votre aide à la décision pour la rénovation énergétique de bâtiments – Réduire la consommation énergétique, diminuer les coûts, p. 2: https://www.endk.ch/fr/ablage_fr/politique-energetique/broschre-geak-fr.pdf (lien consulté le 27 décembre 2023).

30 EnDK – Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, Normalisation du CECB (version 2.1.0 du 30 mars 2023): https://www.endk.ch/fr/ablage_fr/politique-energetique/rnorm_Normalisation_230330_CECB.pdf (lien consulté le 27 décembre 2023).

31 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Fiches d'information sur les labels suisses du bâtiment, p. 1: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/79080.pdf> (lien consulté le 29 décembre 2023).

32 KELLER (2021) p. 689.

33 RO 2022 543.

34 FF 2022 1540.

produite³⁵. Lors des travaux parlementaires, c'est la question du solaire qui a occupé les débats des deux Chambres, qui ont abouti au texte actuel de l'article 45a LEn.

Selon cette disposition, lors de la construction de nouveaux bâtiments d'une surface déterminante de construction supérieure à 300 m², une installation solaire, par exemple photovoltaïque ou thermique, doit être mise en place sur les toits ou les façades. Les cantons peuvent étendre cette obligation aux bâtiments d'une surface égale ou inférieure à 300 m² (art. 45a, al. 1, LEn). Il appartient aux cantons de déterminer les exceptions à cette règle, notamment pour les cas où la mise en place d'une installation solaire est contraire à d'autres prescriptions de droit public (let. a), n'est pas possible sur le plan technique (let. b), ou encore est disproportionnée du point de vue économique (let. c) (art. 45a, al. 1, LEn). Compte tenu de l'importance de ces règles, vu l'urgence à favoriser la production d'énergie solaire, l'article 45, alinéa 3, LEn, autorise les gouvernements cantonaux à légiférer directement par ordonnance ou règlement, fondés directement sur le droit fédéral, dans l'attente de l'adoption d'une loi cantonale d'application.

Sont exemptés de l'application de l'article 45a, alinéas 1 à 3, les cantons qui, au 1^{er} janvier 2023 au plus tard, ont introduit des exigences relatives à la production propre de courant dans les nouvelles constructions selon la section E du MoPEC 2014 ou des exigences supérieures (art. 45a, al. 4, LEn). Cette disposition contribue à donner une force obligatoire à une norme administrative édictée par la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie. Elle fixe le standard de référence dans le domaine.

Les articles 45 et 45a LEn ont pour effet de donner une force obligatoire à des règles administratives, le MoPEC 2014, ou privées, le CECB, qui uniformisent les mesures applicables aux bâtiments dans les cantons. Elles vont largement au-delà de l'article 9, alinéa 1, de la loi sur le CO₂³⁶,

³⁵ FF 2022 1536.

³⁶ Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ du 23 décembre 2011 (Loi sur le CO₂ – RS 641.71). Cette disposition prévoit que « [I] es cantons veillent à ce que les émissions de CO₂ générées par les bâtiments chauffés à l'aide d'agents énergétiques fossiles soient réduites conformément aux objectifs fixés. Pour ce faire, ils édictent des normes applicables aux nouveaux et aux anciens bâtiments en tenant compte de l'état actuel de la technique. »

ce qui n'est guère surprenant vu les années séparant ces textes et la prise de conscience de plus en plus marquée de l'urgence climatique.

L'OFEN travaille également avec les organisations privées responsables des certifications pour améliorer les autres labels disponibles avec l'objectif commun à tous les intervenants d'assurer une meilleure protection du climat, plus d'efficacité énergétique et davantage de durabilité. À partir de l'automne 2023, les standards Minergie, soit Minergie, Minergie-P, Minergie-A et Minergie-Eco³⁷, sont plus stricts, notamment concernant la production propre d'électricité, les émissions de gaz à effet de serre lors de la construction et le besoin en chauffage et de la protection solaire en été³⁸. Le standard SNBS Bâtiment comprend 35 critères et prend en compte tous les aspects de la durabilité (société, économie et environnement)³⁹. Les deux labels Minergie-Quartier et SNBS-Quartier remplacent le label Site 2000 Watts⁴⁰. Minergie-Quartier est décerné aux quartiers dont les bâtiments correspondent aux standards Minergie en tenant compte de l'espace extérieur, de l'organisation et de la mobilité⁴¹. Le label SNBS-Quartier se concentre en particulier sur la durabilité⁴².

37 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Fiches d'information sur les nouveautés concernant les labels du bâtiment, p. 2-3 : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/79080.pdf> (lien consulté le 29 décembre 2023).

38 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Communiqué de presse du 1^{er} juin 2023, Un système clair au lieu d'une jungle des labels – ce qui change pour les labels dans le secteur du bâtiment : <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/actualites-et-medias/communiques-de-presse/mm-test.msg-id-95508.html> (lien consulté le 29 décembre 2023). Voir aussi Département du Territoire, Guide pour les installations solaires à Genève, Genève 2022, notamment p. 25 ss.

39 Source OFEN, Fiches d'information sur les nouveautés concernant les labels du bâtiment, p. 5 : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/79080.pdf> (lien consulté le 29 décembre 2023).

40 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Communiqué de presse du 1^{er} juin 2023, Un système clair au lieu d'une jungle des labels – ce qui change pour les labels dans le secteur du bâtiment : <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/actualites-et-medias/communiques-de-presse/mm-test.msg-id-95508.html> (lien consulté le 29 décembre 2023).

41 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Fiches d'information sur les nouveautés concernant les labels du bâtiment, p. 4 : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/79080.pdf> (lien consulté le 29 décembre 2023).

42 *Id.* p. 6.

En revanche, la production d'énergie solaire a trouvé sa place dans la loi fédérale sur l'aménagement du territoire⁴³ avec une modification de l'article 6 LAT et l'ajout d'un nouvel article 8b LAT, adoptés dans le cadre de la révision de la LEné⁴⁴. Depuis ce changement, les cantons doivent désigner les parties du territoire qui se prêtent à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables (art. 6, al. 2, let. b^{bis}, LAT), et décrire dans les études de base l'état et le développement de l'approvisionnement, notamment en électricité issue des énergies renouvelables (art. 6, al. 3, let. b^{bis}, LAT). Enfin, selon l'article 8a LAT, le plan directeur désigne les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables comme la force hydraulique ou l'énergie éolienne.

Il convient de rappeler également que l'article 18a LAT, complété par les articles 32a à 32c de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire⁴⁵, a simplifié l'installation de panneaux solaires sur les bâtiments⁴⁶. Les installations suffisamment intégrées dans les toits ne nécessitent plus d'autorisation de construire et sont simplement soumises à une obligation d'annonce. La LAT prévoit au surplus une pesée des intérêts pour les installations sur des biens culturels ou dans des sites naturels. Au surplus, les intérêts de l'exploitation de l'énergie solaire priment en principe sur les critères esthétiques.

III. La planification cantonale en matière d'énergie

A. La planification stratégique

Le 18 octobre 2019, le Grand Conseil genevois a voté la Motion 2520, « Une réponse politique à l'appel des jeunes pour sauver le climat »⁴⁷, et a invité le Conseil d'État, d'une part, à déclarer l'urgence climatique et, d'autre part, à compléter le Plan climat cantonal en fixant à l'horizon 2030 la réduction de 60% des émissions de gaz à effet de serre et la neu-

43 Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT – RS 700).

44 RO 2017 6839.

45 Ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT – RS 700.1).

46 Voir notamment sur la portée de ces normes: CHAIX (2023) p. 64-65.

47 Grand conseil de la République et canton de Genève, Motion 2520 – Une réponse politique à l'appel des jeunes pour sauver le climat!, p. 1 ss: <https://ge.ch/grand-conseil/data/loisvotee/MV02520.pdf> (lien consulté le 28 décembre 2023).

tralité carbone d'ici 2050 au plus tard, conformément aux recommandations du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), en développant des indicateurs concrets permettant de mesurer les progrès réalisés et un calendrier de mise en œuvre, en évaluant et proposant des moyens financiers et des incitations pour la mise en œuvre du Plan climat cantonal et en informant le Grand Conseil et la population sur l'avancée de la mise en œuvre et sur les réformes nécessaires à l'atteinte des objectifs précités par un rapport en complément au rapport des comptes.

Une première étape dans la mise en œuvre de cette motion a été l'adoption par le Conseil d'État le 2 décembre 2020 du Plan directeur de l'énergie 2020-2030⁴⁸. Ce plan, qui trouve son fondement légal à l'article 10, alinéa 1, lettre c, de la loi genevoise sur l'énergie⁴⁹ et à l'article 12 du règlement d'application de la loi sur l'énergie⁵⁰, est issu directement de la Motion 2520 et n'a pas été précédé par l'élaboration d'une Conception cantonale de l'énergie, dont il serait normalement une des composantes selon l'article 10 LEn/GE.

Ce plan directeur définit les orientations de la politique énergétique cantonale et met en place des étapes clés pour réduire drastiquement la consommation d'énergie à Genève. En particulier, s'agissant des bâtiments, il met l'accent sur l'amélioration de l'efficacité énergétique, avec des incitations financières et des normes de construction plus strictes pour encourager ou contraindre les propriétaires à investir dans des bâtiments économes en énergie. Le plan d'action pour l'accélération de la rénovation énergétique du parc bâti comprend de nombreuses mesures, notamment⁵¹:

48 État de Genève, Plan directeur de l'énergie 2020-2030, p. 1 ss: <https://www.ge.ch/document/22488/telecharger> (lien consulté le 28 décembre 2023).

49 Loi genevoise sur l'énergie du 18 septembre 1986 (LEn/GE – RS/GE L 2 30).

50 Règlement genevois d'application de la loi sur l'énergie du 31 août 1986 (REn/GE – RS/GE L 2 30.01).

51 État de Genève, Plan directeur de l'énergie 2020-2030, p. 84: <https://www.ge.ch/document/22488/telecharger>.

- Une étude prospective pour définir une stratégie de rénovation et des indicateurs de suivi.
- L'introduction de seuils de performance énergétique revus à la baisse et d'un indice de dépense d'électricité afin de favoriser la réduction de la consommation.
- La coordination avec d'autres politiques publiques pour garantir que l'État donne l'exemple en réalisant 4% de rénovations par an d'ici 2030.
- L'accompagnement des communes pour atteindre également l'objectif de rénovations annuelles de 4%.
- L'accompagnement personnalisé des acteurs du secteur immobilier avec des approches financières adaptées, des formations pour les professionnels, l'usage de labels de qualité et une sensibilisation accrue des utilisateurs.
- La coordination entre la rénovation des bâtiments et le remplacement du système de production de chaleur fossile par une solution renouvelable.

Il prévoit également dans son plan d'action sur l'organisation de l'espace et l'optimisation du bâti d'identifier les mesures pour limiter l'impact environnemental du bâti dans les projets d'architecture et d'urbanisme, y compris l'énergie grise des matériaux de construction, et de favoriser la maîtrise des surfaces bâties et le taux d'équipement dans les bâtiments⁵².

En matière d'aménagement du territoire, il recommande notamment de considérer l'énergie comme un élément structurant de l'aménagement du territoire, que ce soit au niveau du Plan directeur cantonal ou des outils de planification spéciale (par exemple le plan localisé de quartier et son règlement) et des projets d'urbanisme⁵³.

⁵² Id. p. 78.

⁵³ Id. p. 75.

Finalement, le Plan climat cantonal 2030-2e génération⁵⁴ a été présenté par le Conseil d'État le 2 juin 2021 et vise une diminution de 60% des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 et la neutralité carbone au plus tard en 2050. S'agissant des bâtiments, pour atteindre l'objectif de 60% de réduction des émissions, le Conseil d'État planifie un renforcement des mesures relatives tant à la réduction des besoins énergétiques des bâtiments qu'à la décarbonisation de leur approvisionnement énergétique⁵⁵.

La réduction des besoins énergétiques impose une rénovation du parc immobilier existant afin de substituer des sources d'énergie renouvelables aux énergies fossiles. L'objectif est de combiner une augmentation du taux actuel de rénovation de moins de 1% par an à 2,5% par an en 2030 et 4% par an en 2050 avec une interdiction des chauffages fossiles⁵⁶. Ces mesures devraient permettre de réduire, en dix ans, 55% de la consommation d'énergie fossile, en passant de 2800 W par habitant à 1250 W par habitant d'énergie fossile. Parallèlement, les solutions de substitution basées sur les énergies renouvelables, notamment les réseaux thermiques, doivent être développées⁵⁷. Un travail doit également être accompli pour stabiliser la consommation d'électricité et augmenter la production d'électricité renouvelable du canton⁵⁸.

Le plan appréhende également la question des bâtiments nouveaux dans l'optique de l'aménagement du territoire. Il précise que la prochaine révision du plan directeur cantonal (PDCn) sera compatible avec la neutralité carbone à l'horizon 2050. En particulier, il devra renforcer l'option actuelle du PDCn 2030 avec une urbanisation vers l'intérieur du territoire pour concentrer les constructions, à proximité des axes de communication, en particulier des axes de transports publics. De même, le choix des courtes distances, avec une proximité des lieux de travail et des lieux de résidence ainsi qu'une ville durable d'un point de vue énergétique et écologique. Le futur plan directeur identifiera les mesures

⁵⁴ État de Genève, Plan climat cantonal 2030-2e génération, p. 1 ss : <https://www.ge.ch/document/plan-climat-cantonal-2030-2e-generation-0> (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁵⁵ Id. p. 35.

⁵⁶ Id. p. 8.

⁵⁷ Id. p. 35.

⁵⁸ Id. p. 35-36.

complémentaires à prévoir aux horizons 2030 et 2050 et intégrera les enjeux climatiques à l'échelle du Grand Genève⁵⁹.

B. La planification directrice

Le plan directeur cantonal 2030 a été adopté le 20 septembre 2013 par le Grand Conseil et approuvé le 29 avril 2015 par le Conseil fédéral. Il a fait l'objet d'une première mise à jour adoptée par le Grand Conseil le 10 avril 2019 et approuvée par le Conseil fédéral le 18 janvier 2021. Il contient notamment une Fiche D02 visant la coordination de l'aménagement territorial du canton et de sa politique énergétique⁶⁰. Ce document se fonde sur le concept de la société à 2000 Watts qui a été développé au début des années 1990 à l'EPFL et propose une approche novatrice pour limiter la consommation totale d'énergie à 2000 watts par personne, tout en garantissant un niveau de vie satisfaisant⁶¹. Ce projet repose sur trois piliers essentiels. En premier lieu, l'efficacité énergétique avec l'adoption des technologies et des pratiques permettant de réduire la consommation d'énergie, notamment dans les secteurs tels que le bâtiment, les transports et l'industrie. En deuxième lieu, le développement des énergies renouvelables en favorisant le déploiement et l'utilisation de ces sources, telles que l'énergie solaire, éolienne et hydraulique, pour répondre aux besoins énergétiques de la société. Enfin, le développement de l'économie circulaire avec la mise en place des systèmes de production et de consommation basés sur le recyclage, la réutilisation et la réduction des déchets, afin de minimiser l'impact environnemental et de favoriser une utilisation plus efficiente des ressources.

L'objectif du plan directeur est de réduire la consommation d'énergie de deux tiers et de passer d'une consommation basée à trois quarts sur des énergies d'origine fossile à une consommation basée à trois quarts sur

⁵⁹ Id. p. 37.

⁶⁰ État de Genève, Plan directeur cantonal Genève 2030 – Fiche D02 – Coordonner l'aménagement du territoire et politique énergétique cantonale, p. 309 ss: https://ge.ch/geodata/SIAMEN/PDCn_maj1/PDCn_02_Schema_fichesD_CH.pdf (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁶¹ Sur cette théorie, voir: KESSELRING/WINTER (1995); SPRENG/SEMADENI (2001); SPRENG/SHELLER/SCHMIEDER/TAORMINA (2002).

des énergies d'origine renouvelable sans nucléaire, ni perte de confort⁶². L'élément déterminant qui ressort de cette approche est un objectif de sobriété énergétique dans la planification territoriale. Cette mission est reprise à l'article 11, alinéa 1, LEn/GE, selon lequel: « [I]es autorités compétentes veillent à ce que les divers plans directeurs, tels que le plan directeur cantonal d'aménagement du territoire, tiennent compte de la conception générale en matière d'énergie et du plan directeur des énergies de réseau ».

Le principe de base est que les projets d'aménagement sont en principe accompagnés d'une étude permettant de saisir les opportunités en termes d'utilisation rationnelle de l'énergie et d'utilisation d'énergie renouvelable sur leur périmètre ou au bénéfice d'autres périmètres⁶³. En particulier, pour les constructions, la mesure de mise en œuvre est la réalisation des concepts énergétiques territoriaux (CET) dans le cadre des projets d'aménagements découlant du plan directeur cantonal⁶⁴. Au surplus, en lien avec le plan directeur des énergies de réseau selon l'article 11, alinéa 1, LEn/GE, la création d'un réseau d'énergie thermique ainsi que le raccordement à celui-ci peuvent être imposés⁶⁵.

C. Le Concept énergétique territorial

Le Concept énergétique territorial (CET) est une composante de nombreux plans selon l'article 11, alinéa 2, LEn/GE.

Ce Concept fait notamment partie des plans directeurs de quartiers qui fixent les orientations futures de l'aménagement d'une partie du territoire d'une ou plusieurs communes et affinent le contenu du plan directeur cantonal ou communal, notamment en ce qui concerne l'équipement de base au sens de l'article 19 LAT, conformément à l'article 10, alinéas 1 et 2, de la loi d'application genevoise de la loi fédérale sur

⁶² État de Genève, Plan directeur cantonal Genève 2030 – Fiche D02 – Coordonner aménagement du territoire et politique énergétique cantonale, p. 311 : [https://ge.ch/geo data/SIAMEN/PDCn_maj1/PDCn_02_Schema_fichesD_CH.pdf](https://ge.ch/geo/data/SIAMEN/PDCn_maj1/PDCn_02_Schema_fichesD_CH.pdf).

⁶³ *Id.* p. 309.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Projet de loi (PL 10258) modifiant la loi sur l'énergie (RS/GE L 2 30), p. 21.

l'aménagement du territoire⁶⁶. Un tel Concept est également intégré aux plans localisés de quartier en zone de développement⁶⁷ et en zone ordinaire⁶⁸, aux plans localisés agricoles⁶⁹, aux plans et règlements directeurs⁷⁰ ainsi qu'aux plans localisés de quartier⁷¹ des zones de développement industriel ou d'activités mixtes.

Au surplus, selon les articles 11, alinéa 3, LEn/GE et 12A, alinéa 2, REN/GE, le Département du Territoire peut décider en cas de besoin qu'une portion de territoire particulière fasse l'objet d'un concept énergétique territorial, notamment en cas d'opportunité de valorisation de ressources géothermiques, de réalisation, extension ou raccordement à un réseau thermique, de valorisation d'importants rejets thermiques, de transition énergétique d'un ou plusieurs grands consommateurs sis dans le périmètre concerné ou encore d'autres projets de transition énergétique. Cette disposition a formalisé dans la loi l'expérience faite antérieurement à sa modification dans le quartier des Nations avec les débuts de GeniLac⁷².

L'article 6, alinéa 12, LEn/GE, définit la notion de concept énergétique en distinguant le concept énergétique du bâtiment du concept énergétique territorial. Seul le second intéresse la planification. Selon cette disposition, le concept énergétique territorial est une approche élaborée à l'échelle du territoire ou à celle de l'un de ses découpages qui vise à organiser les interactions en rapport avec l'environnement entre les acteurs d'un même territoire ou d'un même découpage de ce dernier, à diminuer les besoins en énergie, notamment par la construction de bâtiments répondant à un standard de haute performance énergétique et par la mise

⁶⁶ Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT/GE – RS/GE L 1 30).

⁶⁷ Art. 3, al. 1, de la loi générale genevoise sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD/GE – RS/GE L 1 35).

⁶⁸ Art. 3, al. 1, let. f, de la loi genevoise sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités du 9 mars 1929 (LExt/GE – RS/GE L 1 40).

⁶⁹ Art. 20, al. 3 à 8, LaLAT/GE.

⁷⁰ Art. 2 et 3 de la loi générale genevoise sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes du 13 décembre 1984 (LZIAM/GE – RS/GE L 1 45).

⁷¹ Art. 4, al. 1, LZIAM/GE.

⁷² Projet de loi (PL 10258) modifiant la loi sur l'énergie (RS/GE L 2 30), p. 26. Sur le projet GeniLac, voir : https://ww2.sig-ge.ch/entreprises/offres-energies/thermique-renouvelable/solutions_genilac (lien consulté le 4 février 2024).

en place de technologies efficaces pour la transformation de l'énergie, à développer des infrastructures et des équipements efficaces pour la production et la distribution de l'énergie et enfin à utiliser le potentiel énergétique local renouvelable et les rejets thermiques.

Il s'agit donc d'un outil de planification énergétique qui sera composé selon l'article 12A, alinéa 1, REn/GE, en fonction des enjeux énergétiques ou environnementaux concernés d'une étude d'opportunité portant sur les différentes possibilités de production et/ou de mutualisation des ressources énergétiques renouvelables et de récupération d'énergie thermique, complétée, cas échéant par une étude économique, d'une étude d'opportunité en matière de rénovation des bâtiments du périmètre considéré, d'une description des mesures transitoires et conservatoires à prévoir et d'une synthèse des orientations et recommandations qui découlent des études précédentes pour les différents acteurs concernés.

Les fournisseurs et consommateurs d'énergie publics et privés, ainsi que les distributeurs d'énergie, doivent mettre à la disposition des autorités compétentes les données nécessaires à l'élaboration des CET (art. 12A, al. 6, REn/GE). Le Département du territoire, soit pour lui l'Office cantonal de l'énergie (OCEN), met à disposition son expertise pour accompagner le processus d'élaboration du CET (art. 12A, al. 5, REn/GE).

Il appartient enfin au Département du Territoire de valider les CET (art. 12A, al. 3, REn/GE), même si leur force obligatoire découle de leur incorporation à un plan d'affectation dont l'approbation relève en principe de la compétence du Conseil d'État.

IV. La réglementation en matière de constructions

Le domaine des constructions fait l'objet d'une réglementation historiquement peu étoffée en matière d'énergie. La plupart des développements récents sont intervenus au travers du droit de l'énergie. En conséquence, afin d'avoir une vision aussi complète que possible sur les exigences applicables aux constructions, il convient de commencer par présenter les règles fixées par la loi sur l'énergie (A.) avant d'examiner les dispositions de droit des constructions (B.).

A. La loi sur l'énergie

La LEn/GE contient des obligations étendues concernant les bâtiments afin d'assurer une utilisation économique et rationnelle de l'énergie.

Il convient de distinguer au regard de l'article 15 LEn/GE les règles visant la construction de bâtiments neufs (1.), la rénovation des bâtiments (2.), le cas particulier de la construction ou la rénovation de bâtiments d'importance (3.) et les règles applicables aux bâtiments publics (4.).

1. *La construction de bâtiments neufs*

Un bâtiment neuf est une nouvelle construction. Il s'agit, selon l'article 15, alinéa 1, LEn/GE, tant d'un bâtiment à construire que de l'extension d'une construction existante. Selon l'article 12D, alinéa 2, REn/GE, par bâtiment neuf, on entend un bâtiment à construire. Le texte légal ne précise pas l'importance requise d'une extension pour qu'elle soit assimilée à une construction existante. Sous l'angle de la proportionnalité, on peut toutefois considérer qu'un agrandissement mesuré d'un immeuble ne devrait pas être qualifié d'extension au sens de l'article 15, alinéa 1, LEn/GE.

La construction doit respecter trois conditions cumulatives, sous réserve d'exceptions (art. 15, al. 3, LEn/GE)

En premier lieu, un bâtiment neuf doit être réalisé selon un standard de haute performance énergétique (art. 15, al. 1 in fine, LEn/GE). Il s'agira d'un label Minergie® ou de tout autre label équivalent avec un taux de production propre d'électricité d'au moins 10 W/m² de surface de référence énergétique (art. 12B, al. 1, REn/GE). L'article 12B, alinéa 2, REn/GE, fixe en outre une règle générale pour la certification⁷³.

73 Selon cette disposition, « [s]ont certifiés de haute performance énergétique les bâtiments neufs dont la valorisation de l'enveloppe thermique par un taux de production propre d'électricité est d'au moins 10 W/m² de surface de référence énergétique, dont la valorisation de la toiture par la pose de capteurs solaires thermiques couvre au moins 30% des besoins de chaleur pour l'eau chaude sanitaire, dont l'alimentation principale en chaleur provient d'énergies non fossiles et locales ou d'un réseau thermique à distance dont la part d'énergies non fossiles et locales est d'au moins 50%, et qui répondent à l'une des alternatives suivantes :

- a) le respect des valeurs limites des besoins d'énergie annuels pondérés pour le chauffage, la préparation de l'eau chaude sanitaire, la ventilation et le rafraîchissement dans les bâtiments à construire définies dans le modèle de prescrip-

En deuxième lieu, le nouveau bâtiment est en principe équipé de capteurs solaires thermiques, couvrant 30% des besoins de chaleur admissibles pour l'eau chaude sanitaire. Des exceptions sont possibles, notamment lorsque ces besoins sont couverts par d'autres énergies renouvelables, ou en cas de toiture mal orientée, de locaux inoccupés pendant l'été ou de faible besoin en eau chaude sanitaire en raison notamment de l'affectation de l'immeuble (art. 15, al. 2, LEn/GE).

Enfin, toutes les prescriptions et les standards énergétiques applicables notamment en matière d'isolation thermique et de protection thermique estivale, de préparation d'eau chaude sanitaire, d'aération, d'éclairage de chauffage et de climatisation ainsi que d'indice de dépense d'énergie prévus par l'article 14, alinéa 1, LEn/GE, sont respectés lors de la construction, de l'équipement et de l'exploitation du nouveau bâtiment (art. 15, al. 1, LEn/GE). Selon l'article 12D, alinéa 1, REn/GE, ces prescriptions correspondent principalement aux normes SIA en vigueur, notamment les normes SIA 380/1 édition 2016 pour les besoins de chaleur et la norme SIA 387/4 édition 2017 pour l'éclairage, ainsi qu'à l'état de la technique. Elles sont précisées aux articles 12E à 12N REn/GE. Le respect de ces prescriptions et standards est vérifié au stade de la délivrance de l'autorisation de construire (art. 14, al. 9, LEn/GE).

L'article 14, alinéa 2, LEn/GE, autorise le Département du territoire à imposer des conditions additionnelles et prescrire au cas par cas la prise de dispositions constructives et techniques destinées à assurer l'intégration future d'installations techniques contribuant à une plus grande effi-

-
- tions énergétiques des cantons de 2014 (ci-après : MoPEC 2014), le respect des valeurs limites de la norme SIA 380/1 édition 2016 pour les besoins de chaleur pour le chauffage et le respect des valeurs limites relatives à la demande globale en énergie définies par la norme SIA 387/4 édition 2017 pour l'éclairage ;
- b) l'obtention de la classe énergétique B/B selon le certificat énergétique cantonal des bâtiments assorti d'un rapport de conseil (ci-après : CECB Plus) ou le cahier technique SIA 2031 édition 2016 et, si le bâtiment n'est pas destiné au logement et qu'il est climatisé, le non-dépassement de la puissance électrique nécessaire pour la climatisation de 7 W/m^2 de surface climatisée ;
 - c) le respect du 80% des valeurs limites de la norme SIA 380/1 édition 2016 pour les besoins de chaleur pour le chauffage, le respect des valeurs cibles relatives à la demande globale en énergie définies par la norme SIA 387/4 édition 2017 pour l'éclairage et, si le bâtiment n'est pas destiné au logement et qu'il est climatisé, le non-dépassement de la puissance électrique nécessaire pour la climatisation de 7 W/m^2 de surface climatisée.

cacité énergétique ou recourant aux énergies renouvelables et indigènes. Sont particulièrement visés les dispositifs permettant un raccordement ultérieur à une conduite à distance. Ce sera le cas si le bâtiment peut être raccordé dès la construction ou à moyen terme à un réseau thermique structurant.

2. *La rénovation de bâtiments*

a. Les règles générales

La rénovation doit respecter deux conditions cumulatives, sous réserve d'exceptions (art. 15, al. 6, LEn/GE).

En premier lieu, pour toute rénovation, toutes les prescriptions et les standards énergétiques prévus par l'article 14, alinéa 1, LEn/GE, et précisés aux articles 12E à 12N REn/GE, sont respectés lors de la rénovation d'un bâtiment (art. 15, al. 3, LEn/GE). Le respect de ces prescriptions et standards est vérifié au stade de la délivrance de l'autorisation de construire (art. 14, al. 9, LEn/GE).

En second lieu, si la rénovation porte sur la toiture, la pose de capteurs solaires thermiques couvrant 30% des besoins de chaleur admissibles pour l'eau chaude sanitaire est requise. Comme pour les nouvelles constructions, l'autorité peut déroger à cette règle lorsque la pose de capteurs solaires est financièrement disproportionnée, notamment en raison des caractéristiques de l'immeuble, ou en cas de toiture mal orientée, de locaux inoccupés pendant l'été ou de faible besoin en eau chaude sanitaire en raison notamment de l'affectation de l'immeuble. L'application de l'exception peut être conditionnée à la mise en œuvre de solutions de remplacement lorsque c'est possible. Il peut s'agir, par exemple, de panneaux solaires en façade.

En outre, comme pour les nouvelles constructions, l'article 14, alinéa 2, LEn/GE, autorise le Département du territoire à imposer des conditions additionnelles et prescrire au cas par cas la prise de dispositions constructives et techniques destinées à assurer l'intégration future d'installations techniques contribuant à une plus grande efficacité énergétique ou recourant aux énergies renouvelables et indigènes. Sont particulièrement visés les dispositifs permettant un raccordement ultérieur à une conduite à distance. Ce sera le cas si le bâtiment peut être raccordé dès la construction ou à moyen terme à un réseau thermique structurant. Pour les réno-

vations qui concernent des bâtiments en zone urbaine, les prévisions de réalisation des réseaux sont déterminantes.

b. Le changement d'installations de chauffage

L'article 21 LEn/GE soumet à autorisation le remplacement d'installations de chauffage à combustible fossile de manière à favoriser leur remplacement par des installation fonctionnant avec une énergie renouvelable⁷⁴. Selon l'article 21, alinéa 3, LEn/GE, une autorisation n'est accordée que si la preuve est apportée par le requérant que : la demande d'énergie ne peut pas être raisonnablement couverte au moyen d'énergies renouvelables ou de rejets de chaleur, l'installation intègre la meilleure technologie disponible et présente un haut degré d'efficacité énergétique et l'installation répond aux prescriptions fixées par le règlement dans les domaines régis par l'article 14, alinéa 1, lettre e, LEn/GE. Des exceptions sont possibles, mais limitées (art. 21, al. 5, LEn/GE)⁷⁵. L'OCEN prône en effet l'installation d'une solution 100% renouvelable en cas de renouvellement d'un système de chaleur existante⁷⁶.

L'objectif de ces dispositions est de favoriser le raccordement aux réseaux énergétiques, voire d'imposer un tel raccordement conformément à l'article 22 LEn/GE. Il peut s'agir d'un raccordement aux réseaux thermiques structurants (RTS) si le bâtiment se situe dans le périmètre des zones d'influence de ces infrastructures ou d'un raccordement à un réseau thermique non-structurant (RTNS) alimenté à 50% en énergies renouvelables, avec un objectif de 80% à l'horizon 2030⁷⁷ si le bâtiment se situe en dehors des zones d'influence des RTS. Le Plan directeur des

⁷⁴ La légalité de l'art 13M REN/GE, qui a été adopté en 2022 par le Conseil d'État en application de l'art. 21 LEn/GE, est contestée. La Chambre constitutionnelle a admis la légalité de cette disposition dans un arrêt ACST/21/2022 du 9 décembre 2022. Toutefois, cet arrêt fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral et la cause est toujours pendante sous le N° 2C_50/2023.

⁷⁵ Cette approche a été validée par le Tribunal fédéral dans le cadre d'un contrôle abstrait de la légalité notamment de l'article 13M REN/GE dans les arrêts TF 1C_91/2023 et 1C_92/2023 du 12 février 2024.

⁷⁶ Office cantonal de l'énergie (OCEN), Guide d'application du règlement sur l'énergie, p. 28 ss : <https://www.ge.ch/document/32417/telecharger> (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁷⁷ Office cantonal de l'énergie (OCEN), Annexe Guide REN, Fiche N° 2, : <https://www.ge.ch/document/32417/annexe/1> (lien consulté le 28 décembre 2023).

énergies de réseaux, compris dans le Plan directeur de l'énergie 2020-2030, cartographie les réseaux thermiques existants du canton, le développement à venir des réseaux thermiques structurants (RTS) existants, CAD SIG-CADIOM et GeniLac, ainsi que les zones d'influence des réseaux structurants à réaliser⁷⁸.

Une solution alternative est encore un système de production de chaleur qualifié de « décentralisé », pouvant combiner pompes à chaleur, solaire thermique ou chaudières alimentées en combustibles non-fossiles⁷⁹.

c. L'obligation de rénover

L'obligation de rénover fait l'objet de grands débats à Genève compte tenu, d'une part, de son rôle essentiel dans la limitation des émissions de carbone, mais aussi, d'autre part, du coût important de ces rénovations et de l'enjeu de subventions étatiques. Le conflit potentiel entre ces deux éléments crée aujourd'hui une incertitude juridique exceptionnelle.

Le droit applicable au moment où ces lignes sont écrites est celui issu de la révision de la LEn/GE en 2010 et l'adoption des articles 6 et 15C, puis de la modification du REn/GE en 2022. Toutefois, le 21 septembre 2023, après un débat intense sur le PL 12593 et les dispositions sur les subventions ajoutées lors des travaux en commission, le Grand Conseil a voté en troisième débat, par 55 oui contre 35 non et 9 abstentions, un amendement général au PL 12593 abandonnant le projet issu des travaux en commission et modifiant entièrement la teneur des articles 6, alinéa 8, et 15C, LEn/GE, tout en introduisant un nouvel article 6A LEn/GE⁸⁰.

Le Conseil d'État a vigoureusement critiqué cette loi tant en raison des conditions particulières de son adoption qu'au motif de la remise en cause du calendrier applicable à la politique d'assainissement des bâtiments. Pour ces motifs, il a pris le 27 septembre 2023 la décision de ne

⁷⁸ Les cartes 2030, intentionnelle 2040 et long terme 2050 sont accessibles: <https://www.ge.ch/document/22488/annexe/21> (lien consulté le 29 décembre 2023).

⁷⁹ Office cantonal de l'énergie (OCEN), Guide d'application du règlement sur l'énergie, p. 11: <https://www.ge.ch/document/32417/telecharger> (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁸⁰ Le texte de l'amendement général est disponible à l'adresse: <https://ge.ch/grand-conseil/data/courriers/AM-PL12593C.pdf> (lien consulté le 28 décembre 2023).

pas publier la loi 12 593 telle qu'issue du vote du Grand Conseil⁸¹ en faisant usage de la faculté prévue par l'article 109, alinéa 5, de la Constitution cantonale⁸². Selon cette disposition, « [L]orsque le Grand Conseil adopte un projet de loi qui n'a pas été déposé par le Conseil d'État, ce dernier peut, avant de promulguer la loi, le représenter au Grand Conseil avec ses observations, dans un délai de 6 mois. Si, après en avoir délibéré de nouveau, le Grand Conseil adopte le projet élaboré précédemment, le Conseil d'État promulgue la loi ».

En conséquence, le Conseil d'État disposait d'un délai de six mois jusqu'au 21 mars 2024 pour présenter au Grand Conseil ses observations et éventuelles propositions. Le Conseil d'État a déclaré vouloir profiter de ce temps pour réunir les milieux professionnels concernés et dégager un consensus⁸³. Celui-ci a été annoncé le 5 février 2024 avec un « compromis historique » prévoyant un montant de CHF 500 000 000.– pour faciliter notamment l'assainissement énergétique de leurs immeubles par les propriétaires privés. Cet accord devrait être concrétisé par un amendement général au PL 13 222 ouvrant un crédit d'investissement de 500 millions de francs, au lieu des 200 millions initialement prévus, pour le versement de subventions, ainsi que 50 millions de francs pour l'octroi de prêts. Ces subventions devraient être réparties à hauteur de 70% pour les privés et 30% pour les communes et établissements publics autonomes. Le Conseil d'État devrait être également autorisé à accorder des cautionnements simples en vue de faciliter l'accès au financement de projets d'assainissement énergétique⁸⁴.

Par ailleurs, le Conseil d'État a adopté un amendement à la loi 12 593 qui confirme l'utilisation de l'outil d'indice de dépense de chaleur (IDC) et prévoit notamment l'augmentation des subventions d'investissement

81 Conseil d'État, Communiqué de presse du 28 septembre 2023 : <https://www.ge.ch/document/loi-energie-votee-grand-conseil-encouragement-inaction> (lien consulté le 28 septembre 2023).

82 Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst./GE – RS/GE A 2 00).

83 Conseil d'État, Communiqué de presse du 28 septembre 2023 : <https://www.ge.ch/document/loi-energie-votee-grand-conseil-encouragement-inaction> (lien consulté le 28 septembre 2023).

84 Communiqué hebdomadaire du Conseil d'État du 14 février 2024 : <https://www.ge.ch/document/communique-hebdomadaire-du-conseil-etat-du-14-fevrier-2024> (lien consulté le 3 mars 2024).

pour les propriétaires d'immeubles à hauteur de 500 millions de francs, avec un objectif de répartition de 70% pour les projets privés et de 30% pour les projets publics, à l'exception des bâtiments de l'administration cantonale ou « petit État » ainsi que l'augmentation des barèmes de subventions (frs/m²), avec une majoration supplémentaire possible en cas de disproportion économique ou d'incapacité financière démontrée. Cet amendement précise également qu'en cas de subventions, le supplément de hausse de loyer (baisse prévisible des charges et forfait de 10 francs par pièce par mois) prévu par la LDTR/GE⁸⁵ et la LEn/GE est exclu⁸⁶.

Le Grand Conseil a apporté des modifications, notamment en modifiant le régime des dérogations, et a adopté la loi 12593 le 21 mars 2023. Il a simultanément voté la loi 13222. Au surplus, le droit en vigueur lors de l'écriture de ces lignes contient les principales dispositions suivantes.

Selon l'article 15C, alinéa 1, LEn/GE, le calcul annuel de l'indice de dépense de chaleur est en principe⁸⁷ obligatoire pour tous les bâtiments chauffés. Il s'agit de l'indice partiel de dépense d'énergie d'un bâtiment relatif au besoin d'énergie pour la production de chaleur dans celui-ci; étant précisé que le calcul est corrigé en fonction des données climatiques de l'année considérée (art. 6, al. 8, LEn/GE).

Avant le 30 juin de chaque année, chaque propriétaire est encouragé à effectuer ce calcul pour l'année précédente et à adresser le résultat à l'OCEN⁸⁸. Alternativement, chaque propriétaire peut se limiter à transmettre les données nécessaires à l'OCEN qui effectuera le calcul (art. 15C, al. 3, LEn/GE et art. 14A, al. 1 à 5, REEn/GE).

⁸⁵ Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (LDTR/GE – RS/GE L 5 20).

⁸⁶ Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la loi 12593 modifiant la loi sur l'énergie (RS/GE L 2 30) (pour réaliser rapidement la transition énergétique des bâtiments conformément au droit fédéral), PL 12593-D, p. 1 ss.

⁸⁷ Il existe une exception limitée lorsque l'indice de dépense de chaleur moyen des trois dernières années d'un bâtiment d'habitation alimenté par une seule centrale de chauffe et comprenant moins de cinq ménages ou « preneurs de chaleur » est inférieur ou égal au seuil de 125 kWh/m².an (450 MJ/m².an) (art. 14A, al. 7, REEn/GE).

⁸⁸ Un tableau Excel est mis à disposition par l'OCEN: <https://www.ge.ch/document/energie-idc-form-calcul-indice-depense-chaleur> (lien consulté le 29 décembre 2023).

Cet indice est très important dès lors qu'il peut déclencher une obligation de rénover⁸⁹. L'article 15C, alinéa 4, LEn/GE, prévoit que les bâtiments dont l'indice de dépense de chaleur pour le chauffage et la production d'eau chaude sanitaire dépasse le seuil fixé par le règlement sont soumis à un audit énergétique thermique aux frais de leurs propriétaires, à l'issue duquel des mesures d'amélioration sont réalisées à leurs frais. De plus, selon cette disposition, en cas de dépassement significatif dudit seuil, l'autorité compétente peut leur ordonner de procéder à leurs frais à l'exécution de travaux permettant de baisser l'indice de dépense de chaleur pour le chauffage et la production d'eau chaude sanitaire en dessous d'une valeur maximale définie par le règlement.

Le Conseil d'État a modifié le Ren/GE le 13 avril 2022 et a fixé, en application de cette disposition, des règles contraignantes pour la mise en œuvre de l'obligation de rénover.

Le standard est désormais au plus 125 kWh/m² par an ou 450 MJ/m² par an pour l'ensemble des bâtiments existants (art. 14, al. 1, REn/GE). Cette valeur correspond selon l'OCEN à la classe D du système CECB⁹⁰. Tout bâtiment pour lequel l'indice de dépense de chaleur (IDC) moyen des trois dernières années est supérieur à cette valeur est en dépassement (art. 14, al. 1, REn/GE) avec une classe E ($\leq 160 \text{ kWh/m}^2/\text{an}$), F ($\leq 190 \text{ kWh/m}^2 \cdot \text{an}$) ou G ($> 190 \text{ kWh/m}^2 \cdot \text{an}$) selon le CECB.

Un dépassement compris entre 151 kWh/m²/an et 221 kWh/m²/an n'est pas significatif. Le franchissement de la limite de 222 kWh/m²/an est le seuil de la qualification de significatif.

En cas de dépassement non significatif, le Département du territoire ordonne la réalisation d'un audit énergétique⁹¹ évaluant la conformité du

⁸⁹ Le système fondé sur l'art. 15C LEn/GE et son application dans le REn/GE sont contestés mais ont été validés par la Chambre constitutionnelle dans un arrêt ACST/22/2022 du 9 décembre 2022. Toutefois, cet arrêt fait l'objet de deux recours au Tribunal fédéral et les causes sont pendantes sous les N° 2C_56/2023 et 1C_92/2023.

⁹⁰ Office cantonal de l'énergie (OCEN), Un nouveau cadre pour la transition énergétique, p. 2 : <https://www.ge.ch/document/32432/telecharger> (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁹¹ Selon l'art. 14, al. 8, REn/GE, « [p]our les bâtiments présentant un indice de dépense de chaleur mesuré entre 125 kWh/m²/an (450 MJ/m².an) et 153 kWh/m².an (550 MJ/m²/an) inclus, l'établissement d'un audit énergétique n'est pas requis dans le cas

bâtiment et de ses installations aux prescriptions applicables en matière énergétique et présentant les travaux énergétiques et les mesures d'amélioration qui peuvent être mis en œuvre (art. 15, al. 5, REn/GE). Les travaux énergétiques consistent en tous travaux d'isolation de l'enveloppe thermique du bâtiment, y compris le remplacement des embrasures en façade, le changement d'agent énergétique, la pose de capteurs solaires et la mise en place d'un système de récupération des rejets de chaleur (art. 15, al. 6, REn/GE). Les mesures d'amélioration sont toute mesure autre que les travaux énergétiques d'optimisation de l'exploitation définie par le cahier technique SIA 2048, édition 2015, ainsi que toute mesure permettant une réduction de la consommation énergétique du bâtiment (art. 15, al. 7, REn/GE)⁹².

La réalisation d'un audit énergétique ou l'initiation d'une démarche d'optimisation comme la conclusion d'un contrat d'optimisation énergétique, et l'apport de la preuve⁹³ de celle-ci doit intervenir dans un délai de douze mois à compter de la notification de la décision administrative l'ordonnant (art. 14, al. 4, REn/GE).

En revanche et c'est le cœur du système introduit en 2022, si le dépassement est significatif, soit dès le franchissement de la limite de 222 kWh/m²/an, le bâtiment concerné doit faire l'objet d'un projet d'assainissement énergétique permettant au moins de ramener l'IDC en dessous de 125 kWh/m²/an. L'assainissement consiste en des travaux énergétiques et des mesures d'amélioration. Ces travaux doivent être réalisés dans un délai de trente-six mois dès la prise de la décision les ordonnant (art. 14, al. 9, REn/GE), étant précisé qu'une autorisation de construire devra être déposée au plus dans les dix-huit mois⁹⁴.

Ce seuil de 222 kWh/m²/an s'applique uniquement jusqu'au 31 décembre 2026. Dès le 1^{er} janvier 2027 et jusqu'au 31 décembre 2030, il est abaissé

où la réalisation de mesures d'amélioration suffit à ramener l'indice de dépense de chaleur au moins en dessous de 125 kWh/m²/an (450 MJ/m²/an) ».

⁹² Pour des exemples de travaux et mesures, voir Office cantonal de l'énergie (OCEN), Guide d'application du règlement sur l'énergie, p. 15: <https://www.ge.ch/document/32417/telecharger> (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁹³ Office cantonal de l'énergie (OCEN), Annexe Guide REn, Fiche N° 2: <https://www.ge.ch/document/32417/annexe/1> (lien consulté le 28 décembre 2023).

⁹⁴ *Id.*

à 180 kWh/m²/an (650 MJ/m²/an). Enfin, dès le 1^{er} janvier 2031, il est encore réduit pour atteindre 153 kWh/m²/an (550 MJ/m²/an).

Les dérogations à l'obligation sont limitées à quatre cas et n'excluent pas une maximisation des sources d'énergie renouvelable disponibles (art. 14, al. 10, REn/GE):

- Le bâtiment a une affectation hors des catégories définies par la norme SIA 380/1, édition 2016.
- Le bâtiment est classé, inscrit à l'inventaire ou situé dans les zones protégées de la Vieille-Ville ou du vieux Carouge selon la LCI/GE⁹⁵.
- Il existe des raisons de non-faisabilité technique démontrées par la personne propriétaire.
- Le propriétaire apporte la preuve d'être dans l'incapacité de financer les mesures d'amélioration et d'assainissement énergétiques.

3. *La construction ou la rénovation de bâtiments d'importance*

a. La notion de bâtiments d'importance

Un bâtiment d'importance est, selon l'article 6 alinéa 16, LEn/GE, un bâtiment reconnu comme tel du fait de l'importance de sa surface de référence énergétique ou de la puissance énergétique de ses installations. L'article 15, alinéa 8, LEn/GE, précise qu'il appartient au règlement de déterminer la surface de référence énergétique d'un bâtiment et/ou la puissance énergétique de ses installations à partir desquelles ce dernier est considéré d'importance.

L'article 13B, alinéa 1, REn/GE, définit ainsi comme d'importance les bâtiments dont la surface de référence énergétique est supérieure à 3000 m² pour les bâtiments destinés au logement ou 2000 m² pour les bâtiments destinés à d'autres affectations. Sont également d'importance, selon l'article 13B, alinéa 2, REn/GE, les bâtiments qui font l'objet d'une même requête en autorisation de construire et dont la surface de référence énergétique totale est supérieure au seuil de l'alinéa 1 ou les extensions de bâtiments, lorsque la surface de référence énergétique des bâti-

⁹⁵ Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI/GE – RS/GE L 5 05).

ments existants et de leurs extensions dépasse le seuil de l'alinéa 1. La surface de référence énergétique est définie par la norme SIA 380 conformément à l'article 12D, alinéa 4, REn/GE.

b. Le concept énergétique de bâtiment

Le concept énergétique de bâtiment est, selon l'article 6, alinéa 12, LEn/GE, « le produit d'une démarche systématique incluant l'élaboration de variantes qui vise à limiter les besoins en énergie d'une construction et de ses installations et à minimiser le recours aux énergies non renouvelables. Il repose sur l'élaboration d'un concept architectural et technique cohérent en fonction du besoin des utilisateurs, des opportunités et des contraintes que présente l'environnement du projet ».

Tout projet de construction ou de rénovation de bâtiments d'importance doit faire l'objet d'un concept énergétique (art. 15, al. 7, LEn/GE), sauf pour des constructions ou rénovations qui respectent un standard de très haute performance énergétique au sens de l'article 12C REn/GE, soit un label Minergie®A, Minergie®P-Eco ou de tout autre label équivalent avec un taux de production propre d'électricité d'au moins 30 W/m² de surface de référence énergétique (art. 12A, al. 1, REn/GE).

Une exception est également admise en cas d'extension d'un bâtiment d'importance, si la nouvelle construction représente moins de 15% de la surface de référence énergétique du bâtiment, pour autant qu'elle ne dépasse pas 500 m² et n'exige pas une modification du système de production de chaleur; ou en cas de rénovation partielle d'un bâtiment d'importance concernant moins de 15% de l'enveloppe thermique hors sol et si elle ne porte pas sur le système de production de chaleur (art. 13, al. 6, REn/GE).

Le concept énergétique de bâtiment doit présenter au moins une variante conforme ou équivalente à un standard de haute performance énergétique au sens de l'article 12B REn/GE et une variante conforme ou équivalente à un standard de très haute performance énergétique au sens de l'article 12C REn/GE, ainsi que les plans d'assainissement portant sur l'isolation de l'enveloppe thermique, les installations productrices de chaleur, les installations assurant le confort estival et hivernal, l'exploitation maximale des énergies renouvelables disponibles dans le périmètre du bâtiment et le système de régulation et de suivi de l'énergie

selon l'article 14H REn/GE⁹⁶ (art. 13, al. 3, REn/GE)⁹⁷. Une étude de rentabilité technico-économique des variantes du concept énergétique de bâtiment est jointe au dossier de requête en autorisation de construire (art. 13, al. 4, REn/GE).

Enfin, le Département du territoire peut déroger à certaines prescriptions relatives au concept énergétique, notamment en matière de variantes, s'agissant de la rénovation de bâtiments d'importance et pour les bâtiments classés, inscrits à l'inventaire ou situés dans les zones protégées de la Vieille-Ville ou du vieux Carouge, au sens de la LCI/GE.

c. Les obligations particulières

L'article 13B REn/GE fixe deux obligations particulières qui s'ajoutent à celles découlant du concept énergétique.

Pour tous les bâtiments d'importance, construits ou rénovés, le respect des valeurs limites de la demande annuelle d'électricité de la norme SIA 380/4 est exigé pour les nouvelles installations d'éclairage, de ventilation et de climatisation (art. 13B, al. 4, REn/GE).

En cas de rénovation, la performance énergétique des éléments opaques rénovés doit être plus élevée d'au moins 20% que la performance minimale définie par la norme SIA 380/1 (art. 13B, al. 3, REn/GE).

4. *Les bâtiments publics*

L'article 16 LEn/GE contient une réglementation particulière sur les constructions et installations publics.

En premier lieu, l'article 16, alinéa 1, LEn/GE, définit de manière extensive la notion de bâtiments publics. Sont visés tous les bâtiments et installations de l'État de Genève et des communes, des établissements et fondations de droit public, à l'exception des institutions de prévoyance,

⁹⁶ La légalité et la proportionnalité de l'art. 13, al. 3, REn/GE, sont contestées mais ont été validées par la Chambre constitutionnelle qui a admis la légalité de cette disposition dans un arrêt ACST/22/2022 du 9 décembre 2022. Toutefois, cet arrêt fait l'objet de deux recours au Tribunal fédéral et les causes sont pendantes sous les N° 2C_56/2023 et 1C_92/2023.

⁹⁷ Sur la portée de ces systèmes, voir Office cantonal de l'énergie (OCEN), Guide d'application du règlement sur l'énergie, p. 21 : <https://www.ge.ch/document/32417/telecharger> (lien consulté le 28 décembre 2023).

ainsi que des superficières d'une de ces entités. En conséquence, tout propriétaire privé qui est au bénéfice d'un droit de superficie octroyé par une entité publique voit son bâtiment ou installation traité comme un bâtiment public. Ce sera notamment le cas pour toutes les constructions réalisées dans le périmètre Praille-Acacias-Vernet (PAV) où la très grande majorité des terrains appartiennent à la Fondation PAV ou à l'État.

En deuxième lieu, l'article 16, alinéas 1 et 2, LEn/GE, impose respectivement le respect d'un standard de très haute performance énergétique pour les nouvelles constructions et de haute performance énergétique pour les rénovations.

Enfin, selon l'article 116, alinéa 3, LEn/GE, tant les constructions nouvelles que les rénovations de bâtiments publics font l'objet d'un concept énergétique et respectent les prescriptions applicables aux bâtiments d'importance.

B. La loi sur les constructions

La LCI/GE contient peu de dispositions sur la question énergétique. Elles se répartissent en deux catégories concernant les droits à bâtir et l'implantation des constructions, d'une part, et l'équipement des constructions, d'autre part. Une modification récente, mais non encore en vigueur, traitera dans le futur de l'énergie grise. Nous aborderons successivement ces trois thèmes.

1. *La densité et l'implantation*

Le droit genevois ne prévoit pas d'indice obligatoire d'utilisation du sol dans les zones à bâtir, à l'exception de la zone 5 qui est une zone résidentielle destinée aux villas ou à des habitats groupés (art. 19, al. 3, LaLAT).

Historiquement, l'indice ordinaire d'utilisation du sol en zone 5 était limité à 0.2, soit 20% de la surface brute de plancher hors sol⁹⁸. Le 18 mars 2003, plusieurs députés ont déposé un projet de loi PL 8953 proposant d'insérer un nouvel alinéa 3 à l'article 59 prévoyant que « [l]orsque la construction est de haut standard énergétique, la surface

⁹⁸ L'ancien art. 59, al. 1, LCI/GE, dans sa version du 15 août 2004, accessible sur www.silgeneve.ch, prévoyait que « [l]a surface de la construction, exprimée en m² de plancher, ne doit pas excéder 20% de la surface de la parcelle ».

de la totalité des murs de façade est portée en déduction de la surface de plancher prise en considération dans le calcul du rapport des surfaces » Cette proposition visait à déduire notamment la surface des murs de façade, y compris l'isolation périphérique représentant à l'époque au moins 20 cm d'épaisseur, pour inciter les propriétaires à opter pour un standard énergétique supérieur⁹⁹. À l'issue des travaux en commission qui ont souligné l'importance des économies d'énergie dans la construction, ce projet a été entièrement transformé pour prévoir une augmentation de 10% des droits à bâtir en zone 5¹⁰⁰ et pour les futurs immeubles à construire en zone de développement¹⁰¹. La modification est entrée en vigueur le 26 octobre 2004. Par la suite ce mécanisme du pourcentage, connu comme le « bonus Minergie » s'est appliqué de manière généralisée jusqu'au 15 mars 2014, date de l'entrée en vigueur de la modification de la LGZD/GE résultant de la loi 10 965¹⁰² qui a introduit un article 2A avec des indices d'utilisation du sol (IUS) de référence tout en abrogeant l'ancien article 3, alinéa 5, LGZD/GE, qui prévoyait le « bonus » de 10%. Un député a parfaitement exprimé l'esprit de cette abrogation : « [u]n député (PDC) trouve intelligent de proposer cette abrogation, car il avait été consacré dans la loi une prime à quelque chose qui est devenu la règle aujourd'hui »¹⁰³. En effet, la révision de la LEn/GE de 2014 imposait en toute hypothèse la construction de nouveaux bâtiments selon

⁹⁹ Projet de loi (PL 8953) de MM. HUGUES HILTPOLD, GABRIEL BARRILLIER, FLORIAN BARRO, MARK MULLER, PASCAL PÉTROZ et OLIVIER VAUCHER, modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (RS/GE L 5 05) (Rapport des surfaces).

¹⁰⁰ L'ancien art. 59, al. 1, LCI/GE, avait ainsi la teneur suivante avec le vote de la loi 8953 : « [l]a surface de la construction, exprimée en m² de plancher, ne doit pas excéder 20% de la surface de la parcelle. Cette surface peut être portée à 22% lorsque la construction est de haut standard énergétique, reconnue comme telle par le service compétent. »

¹⁰¹ Rapport de la Commission du logement chargée d'étudier le projet de loi de MM. HUGUES HILTPOLD, *et al.* modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (RS/GE L 5 05) (Rapport des surfaces), PL 8953-A, p. 1 ss.

¹⁰² Loi modifiant la loi générale sur les zones de développement (LGZD) (Pour une utilisation rationnelle du sol) du 16 mai 2013 (L 10 965).

¹⁰³ Rapport de la Commission d'aménagement du canton chargée d'étudier le projet de loi de M^{mes} et MM. CHRISTOPHE AUMEUNIER, *et al.* modifiant la loi générale sur les zones de développement (RS/GE L 1 35) (Pour une utilisation rationnelle du sol), PL 10965-A, p. 48 (MGC 2012-2013/VIII A 8668).

un haut standard, ce qui rendait obligatoire l'action qui était récompensée par le bonus.

En revanche, les « bonus » sont restés applicables dans la zone 5. Ils ont été adaptés au niveau actuel par la loi 10 891 du 30 novembre 2012¹⁰⁴. L'article 59, alinéa 1, en vigueur, prévoit ainsi que « [l]a surface de la construction, exprimée en m² de plancher, ne doit pas excéder 25% de la surface de la parcelle. Cette surface peut être portée à 27,5% lorsque la construction est conforme à un standard de haute performance énergétique, respectivement à 30% lorsque la construction est conforme à un standard de très haute performance énergétique, reconnue comme telle par le service compétent. Ces pourcentages sont également applicables aux constructions rénovées ou agrandies qui respectent l'un de ces standards ». La même règle d'augmentation de 10%, voire 20% selon le standard énergétique, s'applique aux deux dérogations prévues à l'article 59, alinéa 4, LCI/GE avec un taux de base de 40% pour la lettre a et de 50% pour la lettre b.

La raison de ce maintien est que la nature de ce « bonus » a changé. Initialement adopté dans un but d'économie d'énergie, il est devenu un outil de la lutte contre la pénurie de logement et de favorisation d'un usage rationnel du sol en zone 5. Cet objectif, qui a dominé tous les travaux parlementaires est clairement résumé dans le rapport de la commission chargée d'examiner le projet de loi: « [a]insi, il s'agit pour les auteurs du projet de loi, de répondre aux critiques formulées à l'encontre de la zone villas (5ème zone) qui consommerait beaucoup de terrain constructible pour un nombre de logements limité. Dès lors, ils proposent une alternative consistant en une densification raisonnable de la zone villas qui, ainsi, contribuerait également à lutter efficacement contre la pénurie de logements »¹⁰⁵. En conséquence, l'augmentation du pourcentage de l'IUS en zone 5 n'est plus en rapport avec la politique énergétique du canton.

¹⁰⁴ Loi modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (Préserver la zone de villas) du 30 novembre 2012, L 10 891.

¹⁰⁵ Rapport de la Commission d'aménagement du canton chargée d'étudier le projet de loi de M^{mes} et MM. OLIVIER JORNOT, *et al.*, modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (L 5 05) (Préserver la zone de villas), PL 10891-A, p. 2 ss (MGC 2012-2013 II A 1433).

En revanche, des règles annexes, fixées à l'article 114A LCI/GE, adopté simultanément à la révision de la LEn/GE le 22 mai 2008, sont toujours applicables aux constructions existantes tant en zone 5 que dans les autres zones de construction, afin de favoriser leur rénovation énergétique, notamment avec la pose d'une isolation périphérique.

En premier lieu, selon l'article 114A, alinéa 3, LCI/GE, pour toutes les constructions existantes, l'épaisseur de l'isolation n'est pas prise en compte dans le calcul du gabarit et dans celui des distances aux limites de propriété ou entre constructions. Ceci permet de poser une isolation périphérique sur façade d'un bâtiment situé à la distance minimale légale autorisée en front ou retrait de rue ou en limite de propriété. Il en va de même d'une augmentation de gabarit dû à une isolation de la toiture.

En second lieu, pour toutes les constructions existantes, à l'exception de celles qui ont été construites en zone 5 au bénéfice du « bonus » de densité depuis le 26 octobre 2004, l'isolation périphérique n'est pas prise en compte dans le calcul des rapports de surface (art. 114A, al. 1 et 2, LCI/GE).

2. *L'équipement des constructions*

En matière d'énergie, l'équipement des constructions est réglé au Titre III de la LCI/GE, qui comprend les articles 113 à 116.

En premier lieu, l'article 116 LCI/GE réserve les dispositions de la LEn/GE. Cette norme, qui paraît secondaire, est en réalité essentielle. Elle résulte de la volonté du législateur « de transférer de la loi sur les constructions vers la loi sur l'énergie les dispositions relatives à des décisions spécifiques dont la maîtrise technique dépend de l'Office cantonal de l'énergie »¹⁰⁶. Le 5 octobre 2001, ce renvoi concernait principalement le chauffage de lieux ouverts, les installations de climatisation, les rejets de chaleur et la répartition de la consommation d'énergie de chauffage et d'eau chaude sanitaire (anciens art. 116 à 119I LCI/GE). Depuis la modification de la LEn/GE en 2008, puis le changement du REn/GE en 2022, ce sont toutes les exigences énergétiques en matière de construction et de rénovation qui sont visées.

¹⁰⁶ Projet de loi (PL 8426) du Conseil d'État modifiant la loi sur l'énergie (RS/GE L 2 30), p. 13-14 (MGC 2001 11/II 1844).

Au surplus, les articles 113, alinéas 1 et 3, 114 et 115, LCI/GE, imposent l'obligation d'utiliser l'énergie « économiquement et rationnellement », respectivement pour les nouvelles constructions et les rénovations de bâtiments existants. Ces normes n'ont plus de portée propre par rapport aux exigences fixées par la LEn/GE. L'article 113, alinéa 1, LCI/GE, a toutefois été retenu comme un élément justifiant la pose de panneaux solaires par la Chambre administrative¹⁰⁷. Cette disposition a aussi été considérée en 2000 comme une base légale suffisante pour l'article 79 RCI/GE qui impose l'installation du gaz naturel¹⁰⁸; l'approche serait probablement différente aujourd'hui.

L'article 113, alinéa 2, LCI/GE, contient une exigence particulière pour les bâtiments appartenant à l'État. Selon cette disposition, « [*l]es constructions de bâtiments publics doivent être conçues et maintenues de manière à satisfaire à un standard de haute performance énergétique arrêté par le Conseil d'État* ». Sont des bâtiments publics, selon l'article 56B RCI, « *les bâtiments comprenant des locaux administratifs ou des logements construits par des collectivités publiques, des établissements ou corporations de droit public ou par des fondations immobilières de droit public* ». Cette exigence a une portée plus limitée que celle découlant de l'article 16, alinéa 1, LEn/GE¹⁰⁹.

L'article 113, alinéa 4, LCI/GE, prévoit que « *l'enveloppe extérieure des constructions neuves, régulièrement chauffées, doit présenter une isolation et une inertie adéquates selon des normes fixées dans le règlement d'application. Des exigences peuvent également être imposées pour les bâtiments existants, telles notamment l'isolation des embrasures et fenêtres.* » Si l'exigence relative aux constructions neuves est sans portée au regard de la LEn/GE, la seconde phrase concernant les bâtiments existants conserve sa pertinence.

En effet, l'article 56A, alinéa 2, RCI/GE, impose la mise en conformité des embrasures en façade (vitrages, cadres de fenêtres, caissons de stores, etc.) donnant sur des locaux chauffés des constructions existantes lorsque leur coefficient de transmission thermique U est égal ou dépasse

¹⁰⁷ Arrêt CJCA/GE du 27 novembre 2018 (ATA/1278/2018), c. 7; arrêt CJCA/GE du 27 novembre 2018 (ATA/1275/2018), c. 9.

¹⁰⁸ Arrêt CJCA/GE du 5 décembre 2000 (ATA/774/2000), c. 12.

¹⁰⁹ Voir, *supra*, IV, A, 4.

3,0 W/(m² K), afin de respecter les prescriptions énergétiques en matière de rénovation des bâtiments au sens de la LEn/GE, soit les normes SIA 180 et 380/1, et un indice d'affaiblissement acoustique correspondant aux exigences de la norme SIA 181. Ces travaux devaient être effectués d'ici au 31 janvier 2016, sous réserve d'exceptions pour les bâtiments protégés selon l'article 56A, alinéas 4 et 5, RCI/GE, ou pour des raisons économiques ou techniques selon l'article 56A, alinéa 6, RCI/GE. En pratique, cette norme ne devrait plus avoir d'objet. Toutefois, elle reste applicable aux bâtiments qui n'auraient pas, en tout ou partie, été mis en conformité sans dérogation ou avec une dérogation d'une durée limitée.

S'agissant enfin de la production d'énergie solaire, l'article 1, alinéa 3, LCI/GE, prévoit que « *[l]es installations solaires situées en zone à bâtir et en zone agricole qui sont suffisamment adaptées aux toits, les installations solaires situées en zone à bâtir sur des toits plats et toutes celles qui sont situées en zone industrielle ne sont pas soumises à autorisation de construire. Elles sont obligatoirement annoncées au département.* » La portée de cette règle et, notamment, la prépondérance de l'intérêt à la production d'énergie solaire, a fait l'objet de nombreuses jurisprudences¹¹⁰.

En revanche, cette disposition réserve les dispositions relatives à la protection du patrimoine applicables à un immeuble ou un site. Il s'agit notamment des zones protégées au sens des articles 28 et 29 LaLAT ou des périmètres régis par un plan de site. Dans ce cas, les dispositions fixant les conditions de la protection peuvent prévoir des exceptions. Par exemple, dans la Vieille-Ville et le secteur sud des anciennes fortifications, l'article 83, alinéa 7, LCI/GE, reconnaît l'importance des mesures énergétiques et permet des dérogations: « *[e]n cas de transformation ou de rénovation, des mesures de rationalisation énergétique doivent être entreprises. Des panneaux solaires thermiques ou photovoltaïques peuvent être autorisés* »¹¹¹.

¹¹⁰ Voir notamment ATF 146 II 367, c. 3.1.1 et les arrêts CJCA/GE du 23 août 2022 (ATA 826/2022), du 27 novembre 2018 (ATA/1278/2018), et du 27 novembre 2018 (ATA/1275/2018).

¹¹¹ Voir également l'art. 90, al., 2 pour les ensembles du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle ou l'art. 106, al. 5, LCI/GE.

3. *L'énergie grise*

L'énergie grise est un concept qui mesure l'énergie totale nécessaire pour produire et utiliser un matériau ou un produit, de sa conception à son élimination en passant par toutes les étapes de sa fabrication, de son transport, de son utilisation et de sa maintenance. L'énergie grise inclut également l'énergie indirectement associée à la production des matières premières et à l'infrastructure nécessaire à chaque étape du processus. Le calcul de l'énergie grise est complexe et nécessite une analyse détaillée des flux énergétiques tout au long du cycle de vie du produit concerné. L'énergie grise est souvent exprimée en termes d'équivalent en kilowatt-heure (kWh), en se référant à la quantité d'énergie électrique nécessaire pour produire la même quantité d'énergie grise. Elle peut être utilisée comme indicateur de la durabilité d'un produit ou d'un matériau, car elle rend compte de l'ensemble des impacts environnementaux associés à son cycle de vie¹¹².

La prise en compte de l'énergie grise est importante pour évaluer les choix de produits et de matériaux plus durables, ainsi que pour promouvoir des pratiques de conception ou de construction plus économes en énergie.

À titre de comparaison, selon des estimations¹¹³, l'énergie grise associée à 1 m³ d'acier varie généralement entre 15 000 et 25 000 kWh. Pour le béton, les chiffres sont très variables entre 4 000 et 12 000 kWh en raison des différentes compositions et processus de production du béton. Enfin, l'énergie grise nécessaire pour produire 1 m³ de bois varie généralement entre 1 000 et 6 000 kWh.

Il convient de noter que les chiffres donnés sont des estimations approximatives et peuvent varier en fonction de nombreux facteurs, tels que la région géographique, les pratiques de production spécifiques et la durée de vie prévue du matériau. Ils sont fournis à des fins comparatives générales et il est recommandé de se référer à des études spécifiques ou à des

¹¹² EnFK – La conférence des services cantonaux de l'énergie, L'énergie grise dans les nouveaux bâtiments – Guide pour les professionnels du bâtiment, p. 5-6: <https://pubdb.bfe.admin.ch/fr/publication/download/8719> (lien consulté le 29 décembre 2023).

¹¹³ <https://www.ecoconso.be/fr/L-energie-grise-des-materiaux-de> (lien consulté le 29 décembre 2023).

analyses du cycle de vie détaillées pour obtenir des chiffres plus précis et spécifiques à chaque situation.

Le 8 février 2021, plusieurs députés ont déposé un projet de modification de la LCI/GE visant à promouvoir des constructions neutres en carbone, d'une part, avec la modification de l'article 113, alinéa 1, LCI/GE, afin d'imposer que les constructions soient conçues et maintenues de manière à minimiser leur empreinte carbone sur l'ensemble de leur cycle de vie et, d'autre part, avec l'introduction d'un nouvel article 113A LCI/GE incitant à l'utilisation de matériaux à faibles émissions de carbone ou capables de stocker du carbone¹¹⁴.

Durant le travail en commission, le projet a fait l'objet d'un amendement général¹¹⁵ qui a abouti à la version finalement votée par le Grand Conseil le 10 décembre 2021¹¹⁶. Elle comprend deux nouvelles dispositions à insérer dans la LCI/GE.

En premier lieu, le nouvel article 117 LCI/GE pose le principe selon lequel toute construction ou rénovation importante doit être conçue et réalisée à base de matériaux propres à minimiser son empreinte carbone (al. 1). Pour atteindre cet objectif, il faut privilégier, dans la mesure du possible, le réemploi des matériaux de construction existants (al. 2) et, à défaut, les matériaux de construction recyclés ou à faible empreinte carbone (al. 3).

En second lieu, le nouvel article 118 LCI/GE pose les règles relatives à l'empreinte carbone.

D'une part, l'empreinte carbone de chaque matériau d'une construction ou d'une rénovation importante est définie comme correspondant au bilan des émissions de gaz à effet de serre de ce matériau, et cela durant l'ensemble de son cycle de vie (al. 1). Il appartient au Conseil d'État de définir, par voie réglementaire, des seuils d'empreinte carbone maximale

¹¹⁴ Projet de loi (PL 12869) modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (RS/GE L 5 05) (Vers des constructions neutres en carbone), p. 1 ss.

¹¹⁵ Rapport de la commission des travaux chargée d'étudier le projet de loi de M^{mes} et MM. DAVID MARTIN, *et al.*, modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (RS/GE L 5 05) (Vers des constructions neutres en carbone), PL 12869-A, p. 30.

¹¹⁶ Loi modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (Empreinte carbone des matériaux de construction) du 10 décembre 2021, L 12869.

à respecter par matériau de construction, après concertation des milieux professionnels intéressés (al. 3).

D'autre part, le calcul de l'empreinte carbone se fait selon l'état de la technique (al. 2). Cette norme étant très générale, la seconde phrase de l'alinéa 2 prévoit que le Conseil d'État fixe par voie réglementaire les modalités précises de ce calcul, en concertation avec les milieux professionnels intéressés.

Ces dispositions sont importantes pour limiter l'énergie grise, mais extrêmement difficiles à mettre en œuvre compte tenu tant de leur caractère très général, que de la complexité des questions techniques soulevées et de l'incidence que leur application pourrait avoir sur la réalisation de nouveaux bâtiments. Pour ce motif, elles sont inapplicables sans des règles détaillées d'application, ayant fait l'objet d'une large concertation avec les milieux intéressés. Ceci explique probablement pourquoi le Conseil d'État a fait usage de la faculté qui lui est donnée à l'article 2 de la loi 12869 de fixer son entrée en vigueur pour la laisser en attente. Un règlement d'application devrait être adopté à la fin du premier semestre 2024 et permettre l'application de ces normes.

V. Conclusion

La transition climatique et les objectifs ambitieux mais nécessaires fixés par la Confédération et le canton de Genève imposent des changements importants dans le parc immobilier.

La situation juridique est claire, avec des dispositions détaillées, en ce qui concerne l'alimentation en énergie et la consommation énergétique des bâtiments existants et à construire. Ce volet du droit paraît désormais bien ancré dans le système légal et apte à régler le régime des constructions pour les prochaines années. Par rapport à ces normes, le droit des constructions reste en retrait sauf en ce qui concerne la décarbonation de la construction.

Face à ces normes, il faut distinguer les nouvelles et les anciennes constructions.

L'enjeu est limité s'agissant de la consommation d'énergie pour les nouvelles constructions qui sont très majoritairement réalisées dans le respect des standards les plus élevés. Il est sensiblement plus élevé si l'on

prend en considération la question de l'énergie grise et, notamment, le bilan carbone des matériaux utilisés pour la construction. C'est le domaine appelé probablement à connaître la plus grande évolution ces prochaines années.

En revanche, les enjeux sont énormes pour les constructions anciennes qui sont pour l'essentiel responsables de 40% de la consommation d'énergie finale en Suisse¹¹⁷. L'assainissement des constructions existantes est impératif, mais se heurte à des obstacles financiers et techniques importants.

D'une part, la faisabilité de l'assainissement dépend de l'accessibilité à des sources d'énergie renouvelable suffisantes. Le développement des réseaux thermiques est encore limité. S'il n'intervient pas de manière ambitieuse rapidement dans les dix prochaines années, il sera difficile d'abandonner les sources d'énergie fossile. De même, l'usage de panneaux solaires est limité par la surface disponible sur les toitures ou la possibilité d'apposer des panneaux en façade, notamment sur les bâtiments de plus de 30 mètres pour des raisons de sécurité incendie. Sans une évolution de la technologie dans ce domaine, les capacités en zone urbaine resteront limitées.

D'autre part, le coût de l'assainissement est généralement élevé et ne peut que très partiellement être répercuté sur les loyers dans le canton de Genève. Si cette situation peut être appréhendée par des propriétaires institutionnels ayant une vision à très long terme, elle est beaucoup plus difficile pour des propriétaires privés. La situation est encore plus délicate pour une partie des propriétaires de maisons individuelles. En conséquence, un soutien ciblé de l'État par des subventions est une composante nécessaire de la politique d'assainissement.

117 Office fédéral de l'Énergie (OFEN), Parc immobilier 2050 – Vision de l'OFEN (version du 1^{er} juin 2023), p. 1: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html> (lien consulté le 27 décembre 2023).

Bibliographie

- CHAIX FRANÇOIS (2023), «Droit public et enjeux climatiques», in: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY (édit.), *Journées suisses du droit de la construction 2023 – Pour tous ceux qui construisent...*, Fribourg, p. 49-66.
- KELLER PETER (2021), «Kapitel 10: Umwelt- und Energierecht/III.-V.», in: MÜLLER/FELLER (édit.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne.
- KESSELRING PAUL, WINTER CARL-JOCHEN (1995), «World Energy Scenarios: A Two-Kilowatt Society – Plausible Future or Illusion?», in: Paul-Scherrer-Institut (édit.), *Energietage 1994*, Villigen, p. 103-116.
- MEYER CHRISTIAN (2023), «Die Regulierung des Heizkesslersatzes», *PJA* 2023 p. 709 ss.
- POLTIER ETIENNE (2020), *Droit suisse de l'énergie*, Berne.
- SCHREIBER MARKUS (2022), «Kapitel 11: Wärmeversorgung», in: HESELHAUS/SCHREIBER/ZUMBERHAUS (édit.), *Handbuch zum schweizerischen Energierecht*, Zurich, p. 189-204.
- SEYDOUX MATTHIEU (2022), Réseaux thermiques et chauffage à distance – Étude de droit public suisse – Éléments de droit européen et de droit comparé, Thèse Fribourg, Zurich.
- SPRENG DANIEL, SEMADENI MARCO (2001), «Energie, Umwelt und die 2000 Watt Gesellschaft», *CEPE Working Paper* 11.
- SPRENG DANIEL, SCHELLER ANDREA, SCHMIEDER BRIGITTE, TAORMINA NICOLA (2002), «Das Energieverbrauchsfenster, das kein Fenster ist», *CEPE Working Paper* 15.
- ZUMBERHAUS MARION (2022), «Kapitel 14: Energieeffizienz», in: HESELHAUS/SCHREIBER/ZUMBERHAUS (édit.), *Handbuch zum schweizerischen Energierecht*, Zurich, p. 235-246.

Praille Acacias Vernets

Réinventer l'aménagement du territoire: agir dans un contexte de réchauffement climatique

EMMANUEL CHAZE

Département du territoire, Direction Praille Acacias Vernets

Le projet urbain Praille Acacias Vernets (PAV) a comme particularité d'être conduit par un opérateur urbain formé par la collaboration entre le Département du territoire (planification), la Fondation PAV (libération du foncier et commercialisation des droits à bâtir) et la Fondation pour les terrains industriels de Genève (dialogue avec les entreprises). Cet opérateur urbain fonctionnel n'a pas nécessité la création d'une structure *ad hoc*. Ce pilotage comprend également les trois communes du PAV: Genève, Lancy et Carouge, elles-mêmes regroupées au sein d'une entité de projet. Au quotidien, ce sont vingt-six personnes qui sont mobilisées sur le projet urbain au sein des trois entités précitées.

Ce projet urbain, c'est avant tout un territoire situé au cœur de l'agglomération genevoise, à proximité immédiate de la Vieille-ville, du centre de Carouge et de celui de Lancy, ainsi qu'à quelques minutes en transport de l'aéroport. Cette position centrale a été renforcée par la mise en service du Léman Express en 2019, avec deux gares qui connectent le PAV au reste de l'agglomération et au-delà.

Le PAV c'est douze-mille nouveaux logements, cinq-mille nouveaux emplois, cinq groupes scolaires, un grand parc et deux rivières remises à ciel ouvert sur 2,5 kilomètres. C'est aussi 20 kilomètres de nouveaux aménagements cyclables, plusieurs milliers d'arbres et une multitude de commerces, de lieux de culture, de locaux associatifs et d'entreprises. Le projet urbain sera réalisé en une trentaine d'années, avec déjà des premières réalisations en cours. L'enjeu du temps et de sa gestion est un élément important pour la qualité du projet.

L'acte fondateur du projet urbain en tant que planification a été l'adoption du plan directeur de quartier en 2015 par les trois communes concernées et le canton. Le premier plan localisé de quartier (PLQ)

subséquent a été adopté en 2017 sur le secteur des Vernets, suivi par celui de l'Étoile 1 en 2019. Au total, une douzaine de PLQ seront élaborés et adoptés sur la totalité du projet urbain. En 2022 se sont ouverts les chantiers de Quai Vernets (un groupe scolaire, mille-trois-cent-cinquante logements, des commerces) et du Campus Pictet de Rochemont. En mai 2023, le PLQ Acacias 1 a fait l'objet d'un référendum (sur le préavis favorable du Conseil municipal), rejeté à 62,11%, permettant ainsi à ce PLQ de poursuivre sa procédure jusqu'à une adoption fin 2023.

Un projet urbain comme le PAV – à la fois un objet de planification et de mise en œuvre – est forcément concerné par le réchauffement climatique. Pour répondre à ces enjeux, certes connus depuis longtemps mais arrivés récemment sur le devant de la scène, le PAV combine deux approches :

- L'adaptation aux effets du réchauffement;
- La réduction de son empreinte carbone pour limiter le dérèglement.

Ces deux approches sont largement régies par un ensemble de lois et règlements sectoriels (arborisation, gestion des eaux, gestion des terres, énergie, mobilité, etc.) qui forment un cadre dans lequel les PLQ doivent s'inscrire. Mais d'une manière plus large, un autre type de cadre existe en dehors du corpus législatif et normatif; en voici deux exemples.

Concernant l'adaptation aux effets du changement climatique, la planification urbaine peut s'appuyer sur le guide « quand la ville surchauffe » élaboré en 2018 par l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) et l'Office fédéral du développement territorial (ARE). Ce guide propose un ensemble de solutions efficaces mêlant dix-sept leviers thématiques disponibles dans l'aménagement du territoire. Dans cet exemple, la confédération joue un rôle de coordination et s'appuie sur le retour d'expérience de trente-et-un projets pilotes soutenus entre 2012 et 2017. Ce guide et le cadre législatif sont, pour un projet urbain comme le PAV, largement complémentaires.

Pour le volet relatif à la réduction de l'empreinte carbone des nouveaux quartiers, citons le plan climat 2030 adopté par le Conseil d'État genevois en 2021. Doté d'objectifs forts de réduction du carbone (pour atteindre la neutralité carbone en 2050), il contient également un plan de quarante-et-une mesures réparties en quatre grands thèmes :

- Énergie et bâtiments;
- Mobilité;
- Biens de consommation;
- Aménagement du territoire.

Dans la pratique, on peut dire que le cadre dans lequel les planifications s’inscrivent est à la fois législatif et non législatif, avec selon les cas des poids comparables.

Le cadre législatif, réglementaire et politique dans lequel le projet urbain s’inscrit – dans un contexte de réchauffement climatique – est lui aussi pluriel. Citons trois niveaux qui se complètent.

D’abord, le contexte sociétal à l’échelle mondiale (on est loin du PAV, mais pas tant que ça!). Le développement durable est largement entré dans les mœurs aujourd’hui, au point d’être devenu un concept dépassé. Dépassé mais nécessaire, en particulier pour amorcer un changement de paradigme, au point d’être porté par l’Organisation des Nations unies (ONU) avec l’adoption de ses dix-sept objectifs de développement durable en 2015. À la fois direction (un cap est fixé) et manière de proposer une approche globale, multithématique qui intègre tous les aspects de l’activité humaine, cette étape a largement alimenté la manière dont les projets urbains sont pensés. Il est en effet difficilement imaginable d’élaborer des projets de quartiers qui n’intégreraient pas ces objectifs, sous une forme ou une autre, et de les proposer à la population en espérant qu’elle les accueille avec bienveillance.

Au niveau de la confédération, c’est la loi fédérale sur l’aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT)¹ qui régit l’aménagement du territoire. La LAT 1 – et aujourd’hui la LAT 2 (révision partielle en cours) – fixe un cadre très fort concernant la préservation du sol, et réduit par conséquent les zones constructibles. Chaque canton est responsable de la décliner dans sa stratégie territoriale et ses documents de planification. L’objectif est de préserver les surfaces cultivables, dans un contexte où 36% de toutes les surfaces d’habitat et d’infrastructure se trouvent aujourd’hui hors de la zone à bâtir. L’enjeu est donc majeur, et chaque

¹ RS 700.

projet d'urbanisme s'inscrit dans un ensemble qui vise à la fois à préserver et développer.

Au niveau cantonal, le plan directeur cantonal est le principal outil de planification territoriale. Il détermine les différents types de zones sur le territoire ainsi que leur destination. On peut observer le changement de paradigme entre 2015 (plan directeur cantonal 2030) et aujourd'hui (prémices du plan directeur cantonal 2050). On passe d'une vision fonctionnelle de l'aménagement du territoire à une vision où le territoire est un outil à disposition de la neutralité carbone. En plus d'être efficace, le plan directeur cantonal doit aussi être vertueux vis-à-vis du climat.

En synthèse, on peut relever que le projet urbain est au centre d'un écosystème formé par :

- des engagements symboliques et sociétaux (ONU);
- des lois-cadres (LAT);
- des planifications transversales (plan climat cantonal) qui jouent un rôle de catalyseur entre les politiques publiques;
- des planifications territoriales (plan directeur cantonal).

Cet écosystème est complété par une multitude de lois et règlements sectoriels (mobilité, paysage, constructions, énergie, etc.) qui, pris séparément, sont tous porteurs d'intentions positives, mais qui, mis en commun dans une planification urbaine, sont parfois générateurs d'incohérences, d'incompatibilités, voire de contradictions.

Passé ces considérations, penchons-nous sur la manière dont un projet urbain peut devenir résilient, et ainsi s'adapter qualitativement à un contexte de changement climatique difficile.

Le sujet de l'acclimatation des quartiers est aujourd'hui central pour le PAV. L'augmentation des températures observée ces dernières années a mis en lumière le risque qui pèse sur une partie de la population. Ne pas créer des espaces publics confortables en été c'est en effet exclure la frange de la population la plus fragile d'entre nous. Un travail de mesure et de modélisation des températures dans l'espace public a été réalisé récemment avec la Haute école du paysage, d'ingénierie et d'architecture de Genève (HEPIA). Il a permis d'identifier scientifiquement les facteurs qui améliorent, ou inversement qui pèjorent, le confort climatique dans

l'espace public. La compréhension des facteurs qui ont un impact sur les températures ressenties est essentielle pour concevoir des espaces adaptés. Prendre en considération le vent, les revêtements de sols, la réverbération ou encore la place de l'eau sont en effet essentiels pour éviter des erreurs.

L'un des grands gestes du PAV pour améliorer le confort climatique sera la remise à ciel ouvert de l'Aire et de la Drize, dont une partie aux pieds du Pavillon Sicli.

La résilience du projet urbain passe également par la réduction de son empreinte carbone. C'est ici, avec l'École Polytechnique Fédérale de Lausanne (EPFL), que le PAV collabore pour modéliser la totalité des flux de carbone qu'il génère dans le temps, pendant sa construction et au long de sa vie. Sont ainsi pris en compte l'alimentation des futurs habitants, la consommation, l'énergie nécessaire à la construction des espaces publics, des bâtiments, celle nécessaire à leur exploitation, et la mobilité. Loin d'une approche qui viserait à tout régenter via un modèle informatique, ce travail permet avant tout d'agir en connaissance. Cette connaissance est nécessaire pour l'opérateur urbain PAV qui peut conjuguer l'action de la planification et celle du développement immobilier.

Le PLQ et le droit de superficie sont deux outils complémentaires à synchroniser pour en multiplier les effets. Les communes ont par ailleurs la maîtrise des espaces publics. Mises en commun, les compétences de ces partenaires permettent de mettre en place, par exemple :

- une gestion vertueuse des matériaux ;
- la production locale et mutualisée d'énergie ;
- la gestion intégrée des déplacements (personnels, professionnels) ;
- et beaucoup d'autres !

Enfin, terminons par deux conditions de la réussite de notre projet urbain qui souhaite réinventer l'aménagement du territoire.

D'abord : créer des écosystèmes d'acteurs. Les répartitions de compétences entre les autorités mais aussi entre les acteurs privés et les autorités ne doivent pas être un frein au regard des enjeux cités plus haut. Nous souhaitons par exemple réaliser des quartiers vertueux en matière de préservation de l'eau, mais une goutte de pluie qui tombe sur

le toit d'un immeuble ne peut pas irriguer une platebande communale puis rejoindre la rivière communale en coulant sur le trottoir. Face à ce constat, tous les partenaires du projet urbain doivent agir en commun et dépasser un cadre qui n'évolue pas toujours assez vite.

Ensuite : mettre en place une gouvernance de projet qui implique tous les acteurs du projet urbain et qui, ensemble, permettent de déployer des solutions techniques, financières et juridiques qui tirent le meilleur parti de ce que la loi permet. Autorités, opérateurs, citoyens et professionnels sont engagés ensemble dans la création des quartiers où vivront les générations futures. À nous d'anticiper leurs besoins et de les intégrer aujourd'hui dans nos projets urbains. Le secteur immobilier est responsable d'une part importante de la consommation d'énergie de notre pays.

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7
FRÉDÉRIC BERNARD	
État de droit et transition écologique	9
Introduction	10
I. L'État de droit	12
A. La consécration en droit suisse	13
B. L'évolution	14
C. La définition	14
II. La crise écologique	17
A. Les trois composantes de la crise	17
B. Les liens entre les composantes	21
C. La terminologie	25
III. La transition écologique	27
A. Les objectifs	27
B. La temporalité spécifique de la crise écologique	31
C. Le cadre politique et idéologique	32
IV. L'État et la transition écologique	34
A. Le rôle de l'État et du droit public	34
B. Le droit constitutionnel	35
C. Le droit administratif	38
V. La prééminence et la sécurité du droit	41
A. Le fédéralisme	41
B. La séparation des pouvoirs	44
C. La démocratie directe	49
Conclusion	53

NESA ZIMMERMANN

Transition écologique: quelle relation avec les libertés fondamentales ?	55
I. Introduction	55
II. Les synergies entre transition écologique et libertés fondamentales	57
A. Le potentiel et les limites des libertés fondamentales dans des litiges environnementaux: l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme	58
B. Les litiges climatiques mobilisant des libertés fondamentales	63
1. L'émergence et la multiplication des litiges climatiques	63
2. Les affaires devant la Cour européenne des droits de l'homme	67
III. Les tensions entre transition écologique et libertés fondamentales	71
A. Les libertés de la sphère personnelle	72
B. Les libertés de communication	77
C. Les libertés de la sphère économique	78
IV. Conclusion et perspectives	81
Bibliographie	84

NICOLAS WISARD

Réseaux thermiques : L'exemple du monopole genevois	91
I. Introduction	91
II. Cadre légal	93
A. Droit fédéral	93
B. Droit genevois	95
1. Modification de l'article 168 Cst./GE	95
2. Modification de l'article 22 de la loi genevoise sur l'énergie	96
III. Questions de monopoles	100
A. Monopoles de droit direct et indirect	100
B. Constitutionnalité	102
C. Robustesse face à la législation sur la concurrence	104
IV. Tarification de la fourniture d'énergie par les RTS	106
V. Obligation de raccordement	110
A. Immeuble situé dans le périmètre des RTS	111
B. Immeuble faisant l'objet de travaux	111
C. Utilisation plus rationnelle de l'énergie	113
D. Raccordement conforme au principe de la proportionnalité pour l'utilisateur	114
V. Remarques conclusives	117

MARTIN BEYELER

Quelques thèses sur la durabilité des marchés publics	121
I. Des grands leviers	123
A. Les alternatives à l'acquisition de prestations nouvelle- ment produites	123
B. La conception de prestations neuves	125
C. Conclusion	131
II. De l'utilisation des grands leviers par l'adjudicateur public	132
A. Les limites posées par le droit des marchés publics ...	133
1. Les spécifications du marché	133
2. La question des spécifications sans impact sur le produit final	135
3. Les réponses données par le droit révisé	136
a. Les convergences entre les conditions de partici- pation et les spécifications	136
b. La disposition intitulée « spécifications tech- niques »	139
c. Conclusion	142
4. La concrétisation des réponses concernant l'aspect social	143
a. Les prestations produites en Suisse	143
b. Les prestations produites à l'étranger: le respect du droit applicable	145
c. Les prestations produites à l'étranger: les autres standards	147
d. L'interprétation de la notion des « autres stan- dards » par le Conseil fédéral	154
B. Deux précisions	157

Table des matières

III. De l'étendue du devoir d'acheter de manière durable	159
A. Le but légal de la durabilité	160
1. L'étendue et le rang de l'aspect économique	160
2. Économie politique – nationale?	164
3. Conclusion	170
B. Du but aux obligations légales	170
1. Les critères d'adjudication	171
2. Les conditions de participation	179
3. Les critères d'aptitude	185
4. Les spécifications	189
IV. Des buts du droit des marchés publics et du marché public	202
A. Les buts de la législation en matière de marchés publics	202
1. Au début du vingtième siècle	203
2. Les années 1980	206
3. À la fin du vingtième siècle	212
4. Selon le droit actuel	220
a. La continuité	221
b. Des buts en évolution	221
c. La portée du but de durabilité du droit des marchés publics révisé	231
5. Conclusion	234
B. Le but d'un marché public concret	236
1. La couverture des besoins	237
2. Les instrumentalisations licites	238
3. À propos de l'« usage stratégique » des marchés publics	241
4. Conclusion	245
Bibliographie	246
Documents officiels	249

FRANÇOIS BELLANGER

Les obligations légales en matière d'énergie pour la construction ou rénovation de bâtiments	251
I. Introduction	251
II. La politique fédérale en matière d'énergie	252
III. La planification cantonale en matière d'énergie	260
A. La planification stratégique	260
B. La planification directrice	264
C. Le Concept énergétique territorial	265
IV. La réglementation en matière de constructions	267
A. La loi sur l'énergie	267
1. La construction de bâtiments neufs	268
2. La rénovation de bâtiments	270
a. Les règles générales	270
b. Le changement d'installations de chauffage ...	271
c. L'obligation de rénover	272
3. La construction ou la rénovation de bâtiments d'importance	277
a. La notion de bâtiments d'importance	277
b. Le concept énergétique de bâtiment	278
c. Les obligations particulières	279
4. Les bâtiments publics	279
B. La loi sur les constructions	280
1. La densité et l'implantation	280
2. L'équipement des constructions	283
3. L'énergie grise	286
V. Conclusion	288
Bibliographie	290

EMMANUEL CHAZE

Praille Acacias Vernets

**Réinventer l'aménagement du territoire :
agir dans un contexte de réchauffement climatique 291**

Table des matières 297

Ouvrages déjà parus dans la collection Pratique du droit administratif

FRANÇOIS BELLANGER/FRÉDÉRIC BERNARD (éds), *Les grands principes de la procédure administrative*, Genève, Zurich, 2023, 246 p.

FRANÇOIS BELLANGER/FRÉDÉRIC BERNARD (éds), *Les grands principes du droit administratif*, Genève, Zurich, 2022, 206 p.

VÉRONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/THIERRY LARGEY/VINCENT MARTENET (éds), *La contractualisation en droit public*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2021, 234 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (éds), *L'entraide administrative – Évolution ou révolution ?*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019, 236 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Le droit disciplinaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2018, 211 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2017, 279 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (éds), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 315 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les agglomérations*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2015, 268 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Le contentieux administratif*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2013, 250 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les réformes de la fonction publique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 254 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (éds), *La responsabilité de l'État*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 284 p.

THIERRY TANQUEREL/FRÉDÉRIC VARONE/ARUN BOLKENSTEYN/KARIN BYLAND, *Le contentieux administratif en Suisse : une analyse empirique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 165 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Les autorités administratives indépendantes*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 232 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2009, 177 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 211 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER/CHRISTINE GUY-ECABERT (éds), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: Le rôle des guides de légistique*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 209 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *L'avenir juridique des communes*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2007, 256 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER (éds), *La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 123 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 207 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Le service public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 264 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *L'entraide administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2005, 186 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les tiers dans la procédure administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 234 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Le domaine public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 155 p.

Actes des Journées de droit administratif parus hors collection

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *L'administration transparente*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 180 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Les contrats de prestations*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 136 p.

«La réforme de la juridiction administrative genevoise», *Revue de droit administratif et fiscal*, 2000 I, p. 473 à 552.

GABRIEL AUBERT/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Schulthess, Zurich, 2000, 196 p.