



Message 2015-DAEC-137

24 novembre 2015

du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur les marchés publics (certificats d'origine)

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi modifiant la loi sur les marchés publics (RSF 122.91.1), suite à la prise en considération par le Grand Conseil, le 9 octobre 2014, de la motion 2013-GC-74 Hunziker/Grivet «Exigence du certificat d'origine bois suisse».

Le présent rapport se divise selon le plan suivant:

1. Introduction et historique	1
2. Modification de la loi sur les marchés publics (LMP)	2
3. Résultats de la consultation	3
4. Commentaires article par article	3
5. Incidences financières et en personnel	4
6. Effets sur le développement durable	4
7. Influence sur la répartition des tâches Etat-communes	5
8. Conformité au droit fédéral, intercantonal et international	5

1. Introduction et historique

La motion Yvan Hunziker/Pascal Grivet 2013-GC-74 demande de modifier la législation cantonale afin que, pour toute construction ou rénovation d'un bâtiment propriété de l'Etat (ou si celui-ci participe financièrement), le certificat d'origine bois suisse (COBS) soit exigé. Les motionnaires ont expliqué que le COBS est déjà en vigueur et permet la traçabilité du produit. Selon eux, les forêts suisses sont sous-exploitées, alors que le bois est une matière première renouvelable à 100%. Alors que l'économie locale est très portée sur le bois, les motionnaires sont d'avis que, de plus en plus souvent, il est fait appel à du bois provenant de l'étranger. L'exigence du COBS permettra selon eux de renforcer le développement durable en s'assurant que le bois provient d'une gestion durable des forêts.

En plus d'attester la provenance suisse du bois, le COBS permet de communiquer les valeurs positives liées à la qualité suisse dans les domaines caractéristiques des produits, des méthodes de production, de l'environnement et des conditions cadres générales. Les motionnaires ont relevé que l'uti-

lisation du COBS est ouverte à toutes les entreprises de la filière du bois possédant un système de traçabilité des flux, ainsi qu'un justificatif des quantités de bois mises en œuvre. Se déclarant conscients du fait que tout ne peut pas se faire en bois, les motionnaires ont déclaré qu'il faut toutefois opter pour le bois lorsque cela s'avère possible. Insérer ce critère dans une loi permettrait dès lors de favoriser ce matériau qui est très abondant le canton de Fribourg.

Dans sa réponse du 19 août 2014, associée à son rapport sur le postulat 2013-GC-20 Grandjean «Transport et importation de bois et matériaux de construction, prise en compte des coûts environnementaux», le Conseil d'Etat a indiqué qu'il souhaite promouvoir l'utilisation du bois dans les constructions publiques et qu'il fait depuis plusieurs années des efforts significatifs dans ce sens. Rappelant que la dynamisation à tous les niveaux de la filière du bois est souhaitable, le Conseil d'Etat a en outre souligné – comme il l'avait déjà mentionné dans le message au Grand Conseil accompagnant le projet de Loi sur les forêts et la protection contre les catastrophes naturelles (LFCN; RSF 921.1) que «l'utilisation du bois revêt

un intérêt public manifeste en raison d'avantages écologiques de cette matière première de même que par sa place dans l'économie régionale». Plus loin dans sa réponse, le Conseil d'Etat a cité les réalisations en bois qui ont eu lieu ces dernières années, ainsi que celle, à venir, du futur bâtiment de la police à Granges-Paccot.

Le Conseil d'Etat a rappelé avoir exprimé, en 2011, dans le cadre de l'action «Meilleure utilisation du bois dans les constructions publiques» liée à la stratégie Développement durable, sa volonté d'être exemplaire et de renforcer l'utilisation du bois dans les constructions publiques et dans celles auxquelles il participe financièrement. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat s'est notamment engagé à construire pour l'Etat, par période législative, un bâtiment exemplaire dont le bois représentera une part importante des matériaux (soit le nouveau bâtiment de la Police à Granges-Paccot pour ce qui a trait à la période législative 2011–2016). Les Directives «bois», datant de 2006, ont par ailleurs été révisées en 2014, avec des précisions sur la notion d'utilisation de bois durable et l'intégration d'un spécialiste du bois (architecte ou ingénieur) dans les procédures de concours liées aux bâtiments de l'Etat. Il a par ailleurs exprimé dans cette Directive sa volonté de privilégier, dans la mesure du possible, le bois issu des forêts de l'Etat.

S'agissant de la situation de l'économie forestière, le Conseil d'Etat a relevé dans sa réponse que l'exploitation des forêts représente 5800 places de travail en Suisse, respectivement 322 places dans le canton de Fribourg. Il a aussi constaté que l'importation de produits finis ou semi-finis en bois depuis les pays de l'Est a effectivement fortement augmenté ces dernières années, d'une part en raison de la force du franc suisse et, d'autre part, du fait de la crise économique.

La consommation de bois suisse permet bien entendu de promouvoir l'exploitation durable des forêts. Elle garantit par ailleurs le maintien ainsi que le développement d'une économie de proximité valorisant un matériau écologique et limitant son transport. Ces avantages incontestables viennent toutefois buter, en ce qui concerne l'introduction du COBS comme critère obligatoire dans les marchés de construction de l'Etat, contre la législation en matière de marchés publics.

S'agissant des marchés publics, le Conseil d'Etat a exposé de manière détaillée dans sa réponse comment la législation fribourgeoise, mais aussi la législation de rang supérieur (intercantonale, suisse et internationale) interdit la discrimination des entreprises et de la matière première étrangères au profit de soumissionnaires nationaux ou locaux. Les labels liés à l'origine d'un produit sont proscrits et considérés comme des obstacles injustifiés à la concurrence. S'agissant du bois, s'il devait s'avérer impossible de décrire le bois souhaité autrement qu'en mentionnant le lieu de provenance, il faudrait tout de même y ajouter la mention «ou équivalent».

En imposant d'intégrer l'exigence du COBS dans la législation fribourgeoise pour l'obtention de certains types de marchés, on instaurerait une exigence discriminatoire, sous l'angle des marchés publics, pour tous les soumissionnaires, qu'ils soient suisses (y compris les soumissionnaires fribourgeois) ou étrangers, qui ne proposeraient pas du bois labellisé COBS. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil de ne pas prendre en considération la motion. Auparavant, il a rappelé qu'il utilise toute la marge de manœuvre dont il dispose (procédure de gré à gré, procédure sur invitation) pour attribuer les marchés à des entreprises locales.

Le Grand Conseil, le 9 octobre 2014, a accepté à une large majorité la prise en compte de la motion 2013-GC-74 et mandaté le Conseil d'Etat pour qu'il lui donne la suite qu'elle implique. C'est la raison pour laquelle la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) a mis en consultation, le 30 juin 2015, sur mandat du Conseil d'Etat et conformément aux articles 69 let. a et 75 de la loi sur le Grand Conseil (RSF 121.1), un avant-projet de loi modifiant la loi sur les marchés publics, avec l'intention de le transmettre au Grand Conseil en automne 2015.

2. Modification de la loi sur les marchés publics (LMP)

Les débats au Grand Conseil ont montré que le choix de la loi qui abritera la nouvelle disposition est égal aux motionnaires, du moment que le but poursuivi est atteint. Les débats ont également mis en évidence le fait que certains députés proches des milieux du bois souhaitent que le Conseil d'Etat apporte de manière générale des solutions aux difficultés rencontrées par l'industrie du bois, et cela de manière bien plus large que ce qui est demandé dans la motion Hunziker/Grivet, par exemple «en créant des conditions favorables aux étudiants désirant se former sur ce matériau renouvelable, en fractionnant les mandats pour échapper aux marchés publics et en allégeant le coût des infrastructures forestières» (cf. Extrait des débats du 9 octobre 2014 p. 2120). Certains de ces souhaits dépassent effectivement le cadre de la motion et/ou sont en contradiction avec des dispositions de rang législatif. Aussi, le Conseil d'Etat s'est limité au mandat donné par le Grand Conseil suite à la prise en considération de la motion Hunziker/Grivet.

La législation sur les marchés publics a été choisie pour abriter la nouvelle disposition car c'est celle qui apparaît le plus en lien avec la thématique traitée (introduction d'un nouveau critère dans l'attribution des marchés de construction de l'Etat). Insérer la nouvelle disposition dans une autre loi ne rendrait par ailleurs pas cette disposition plus conforme aux règles sur les marchés publics pour ce qui a trait à l'interdiction de discriminer les soumissionnaires qui ne proposeraient pas du bois labellisé COBS.

Consulté lors du processus d'élaboration, le Service de la législation a recommandé, du point de vue de la technique législative, d'insérer la nouvelle disposition dans la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).

Comme l'un des objectifs visé par les motionnaires, à savoir le soutien à l'industrie locale du bois, objectif répété à plusieurs reprises lors des débats au Grand Conseil, s'inscrit en porte à faux avec les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement découlant des règles sur les marchés publics, le Conseil d'Etat propose une variante qui, dans le cadre du développement durable, permet de se référer à des labels environnementaux ou des éco-labels, avec pour conséquence notamment de pouvoir demander du bois d'origine suisse au même titre que d'autres bois issus de productions respectant le développement durable par exemple selon les labels «Forest Stewardship Council» (FSC) ou «Programme for the Endorsement of Forest Certification» (PEFC), sans mettre en évidence un objectif protectionniste.

Le Conseil d'Etat est d'avis que la variante donnant strictement suite à la volonté des motionnaires sera, dans le meilleur des cas, inapplicable en pratique, ou, dans le pire, cassée lors d'un éventuel recours. La saisie du dossier par les instances fédérales telle que la Commission fédérale de la concurrence est également réservée. Le Conseil d'Etat relève par ailleurs qu'avec une telle disposition, le canton de Fribourg engagerait la responsabilité de la Confédération sur le plan international, avec, comme risque pour le canton, que cela soit un argument supplémentaire pour supprimer les législations cantonales en matière de marchés publics au profit d'une loi fédérale centralisatrice, ce que la Confédération n'a jamais caché vouloir faire. La petite marge de manœuvre dont dispose encore le canton serait ainsi supprimée.

La variante proposée met l'accent sur la protection de l'environnement et l'utilisation, dans ce cadre, de labels ou éco-labels. A cet égard, la référence à un label d'origine comme le COBS n'est en principe pas autorisée – en tous les cas pas pour des raisons protectionnistes –, ce d'autant plus que le COBS n'est pas reconnu au niveau international. Son utilisation peut toutefois être défendue dans la mesure où elle permet de répondre à certains critères environnementaux et que la production d'autres labels reconnus au niveau international est autorisée au même titre que le COBS.

La variante proposée par le Conseil d'Etat est ainsi conforme à la législation en matière de marchés publics, cantonale et de rang supérieur.

3. Résultats de la consultation

Toutes les Directions, hormis l'une d'elles qui n'avait pas de remarque, se sont prononcées en faveur de la variante proposée par le Conseil d'Etat en relevant que la modification de la LMP respectant strictement la volonté des motion-

naires n'est pas défendable juridiquement et ouvre la porte à des recours, avec au final, une inapplicabilité inévitable. Le Comité de l'Association des communes (ACF), de même que la Conférence des préfets ont soutenu exclusivement le projet de variante. Sur les 13 communes ayant répondu à la consultation, 12 se sont ralliées à la prise de position de l'ACF en faveur de la variante du Conseil d'Etat. Au niveau politique, les trois partis qui ont répondu ont proposé, pour l'un, la prise en compte de la variante du Conseil d'Etat et, pour les deux autres, deux nouvelles variantes. Parmi ces deux partis, celui de l'un des motionnaires a en outre proposé de renoncer à toute modification de législation et de ne prévoir plus qu'une directive. Les milieux proches du bois (Club du bois et Association d'économie forestière) ont, pour le premier, soutenu strictement la modification de la LMP demandée par les motionnaires et, pour l'autre, proposé une autre variante. A noter que Lignum n'a pas répondu à la consultation.

Il ressort globalement de cette consultation que tous milieux confondus, on se rend compte que la volonté des motionnaires se heurte à la législation sur les marchés publics. La suivre strictement desservira les buts recherchés et décrédibilisera les instances politiques qui l'auront votée puisqu'elle sera inapplicable au premier recours. C'est pour cette raison d'ailleurs que le parti politique de l'un des motionnaires propose en fin de compte de ne pas procéder à une modification de la LMP mais de se limiter à une directive interne. Les autres variantes proposées dans la réponse à la consultation en lieu et place de celle du Conseil d'Etat se heurtent à la même problématique que la modification de la LMP donnant strictement suite à la volonté des motionnaires, en d'autres termes, elles sont juridiquement illégales et s'exposent à une inapplicabilité concrète en cas de recours.

4. Commentaires article par article

Art. 3b Exigence du Certificat d'origine bois Suisse

Ce nouvel article vise deux buts, à savoir la protection de l'environnement et le soutien à l'industrie locale du bois. Le premier but peut être atteint autrement que par la seule exigence du COBS. En effet, d'autres labels, qui ne sont pas des labels d'origine et qui, de surcroît, sont reconnus au niveau international (FSC, PEFC), sont aptes à garantir un développement durable. Le second but, aussi louable soit-il, est en complète contradiction avec la législation sur les marchés publics.

Par ailleurs, cette disposition ne garantit pas qu'un marché soit forcément attribué à une entreprise locale qui proposerait du bois labellisé COBS. En effet, avec un tel système, une entreprise proposant du bois labellisé COBS mais située n'importe où en Suisse (ou, d'un point de vue purement théorique, à l'étranger) pourrait se voir attribuer le marché du

moment qu'elle arrive première au niveau des points, compte tenu de tous les critères posés.

Art. 3b Labels environnementaux (variante)

La variante proposée met en évidence la protection de l'environnement et le développement durable. Le COBS est un label parmi d'autres (FSC, PEFC) permettant de les garantir. A noter qu'en principe, seuls des labels reconnus au niveau international pourraient être exigés, ce qui n'est pas le cas du label COBS. Le contre-projet a l'avantage de ne pas mettre en évidence de protectionnisme tout en rendant possible la mention du COBS dans les critères d'attribution des futurs marchés.

La variante ne garantit toutefois pas que ce soit du bois d'origine suisse qui sera choisi pour tel ou tel marché de construction. Elle assure cependant que le bois choisi soit issu d'un processus respectant les principes du développement durable.

Dans sa séance du 24 novembre 2015, le Conseil d'Etat a décidé d'ôter la première partie de la phrase figurant dans la variante mise en consultation, à savoir les termes «Dans la mesure compatible avec le droit supérieur». A l'appui de son choix, le Conseil d'Etat a considéré que ces termes faisaient double emploi avec le reste de la disposition.

5. Incidences financières et en personnel

Selon les entreprises actives dans le domaine de la construction en bois, le bois suisse est actuellement 20 à 30% plus cher que le bois d'origine étrangère. Une variation de ce prix de fourniture n'engendre toutefois qu'une différence d'environ 1% sur l'ensemble de l'investissement. Aussi et sans dénier l'effet de levier des marchés publics, il apparaît douteux que le principe d'une utilisation accrue du bois indigène pour les constructions publiques puisse solutionner les problèmes de l'économie forestière locale.

Sur le plan du personnel, la modification de la loi sur les marchés publics (y compris pour ce qui a trait à la variante) ne nécessite pas de ressources supplémentaires.

6. Effets sur le développement durable

Le résultat de l'analyse Boussole21 peut être détaillé comme suit:

Art. 3b Exigence du Certificat d'origine bois Suisse

Ce projet a des répercussions dans la dimension économique. En termes de postes de travail et de retombées sur l'environnement économique local, l'effet est légèrement favorable pour les entreprises locales qui proposent du bois label-

lisé COBS. Il est en contrepartie légèrement défavorable en termes de frais induits pour le maître d'œuvre, l'utilisation de bois COBS revenant 20 à 30% plus cher que le bois d'origine étrangère. Ces deux effets sont considérés comme limités, car ils ne représentent environ qu'1% des coûts sur l'ensemble de l'investissement lié à une construction. En termes de sécurité du droit, il est important de relever que l'exigence du COBS dans ce nouvel article de loi viole la législation fribourgeoise en matière de marchés publics ainsi que la législation de rang supérieur, car les labels d'origine sont clairement proscrits par ces législations.

On constate un effet légèrement favorable pour différents domaines environnementaux. Ainsi, l'entretien de la forêt profite à la biodiversité, aux espaces naturels et à la qualité du sol. L'achat de bois COBS permet une réduction de la distance parcourue et des émissions de gaz à effet de serre ainsi que l'utilisation de matériaux locaux et renouvelables produits dans des bonnes conditions écologiques. Ici aussi, cet effet doit être mis en relation avec la quantité plutôt faible de bois qui serait vendue à l'Etat de Fribourg.

La dimension société est un peu moins concernée par cet article. Mais on peut relever que l'achat de bois COBS donne aux producteurs locaux les moyens d'entretenir la forêt comme espace de détente de proximité pour la population et que donc il est légèrement favorable aux activités propices à la santé et à un espace public de qualité.

L'évaluation relève des risques de répercussions négatives en termes de postes de travail et de retombées sur l'environnement économique local: les entreprises locales qui ne proposeraient pas du bois COBS pourraient voir leur chiffre d'affaire baisser en conséquence, car elles n'obtiendraient pas ces marchés. Il y a également un risque d'intervention de la Confédération, qui verrait sa responsabilité engagée au niveau international et un risque que l'exigence du COBS soit cassée lors d'un recours devant une autorité judiciaire.

Art. 3b Labels environnementaux (variante)

Ce projet a des répercussions dans la dimension économique. En termes de postes de travail et de retombées sur l'environnement économique local, l'effet est mixte pour les entreprises locales, étant entendu qu'elles peuvent acheter soit du bois COBS ou équivalent, soit du bois labellisé (par exemple FSC ou PEFC) provenant de l'étranger. Il est légèrement défavorable en termes de frais induits pour le maître d'œuvre, l'utilisation de bois labellisé étant généralement plus cher. Ces deux effets sont considérés comme limités, car ils ne représentent environ qu'1% sur l'ensemble de l'investissement lié à une construction. Il est important de relever que l'exigence de bois au bénéfice de labels environnementaux est conforme à la législation fribourgeoise en matière de marchés publics ainsi qu'à la législation de rang supérieur dans la mesure où le but recherché est d'ordre environnemental. Les

labels d'origine de type COBS demeurent toutefois proscrits dans le droit des marchés publics s'ils poursuivent un but protectionniste. En outre, pour les marchés internationaux, seuls les labels reconnus au niveau international peuvent être exigés.

On constate un effet légèrement favorable pour différents domaines environnementaux. Ainsi, l'entretien de la forêt profite à la biodiversité, aux espaces naturels et à la qualité du sol. Seul l'achat de bois COBS ou équivalent garantit une réduction de la distance parcourue et des émissions de gaz à effet de serre, étant entendu que cette réduction doit être mise en relation avec la quantité plutôt faible de bois qui serait vendue à l'Etat de Fribourg. Pour les autres labels environnementaux, la distance peut être par contre considérable.

La dimension société est un peu moins concernée par cet article. Mais on peut relever que l'achat de bois au bénéfice de labels environnementaux donne aux producteurs les moyens d'entretenir la forêt comme espace de détente de proximité pour la population et que donc il est légèrement favorable aux activités propices à la santé et à un espace public de qualité.

L'évaluation relève des risques de répercussions négatives en termes de postes de travail et de retombées sur l'environnement économique local: les entreprises locales qui ne proposeraient pas du bois au bénéfice de labels environnementaux pourraient voir leur chiffre d'affaire baisser en conséquence, car elles n'obtiendraient pas ces marchés.

7. Influence sur la répartition des tâches Etat-communes

Le présent projet ne modifie par la répartition des tâches entre l'Etat et les communes.

8. Conformité au droit fédéral, intercantonal et international

Le droit des marchés publics entend favoriser le développement de la concurrence et l'égalité de traitement, au détriment de critères protectionnistes (en l'occurrence, exiger le certificat d'origine bois suisse afin de soutenir l'économie forestière locale/Suisse est une mesure protectionniste). Avec le système légal actuel, il n'est pas possible de tenir compte de tels critères (emplacement géographique, origine d'un produit particulier, origine d'un candidat) pour attribuer un marché. Des spécifications techniques (ex. labels) requises par le pouvoir adjudicateur doivent être en relation stricte avec la prestation recherchée (par exemple, construire en bois durable) et ne pas être utilisées dans le but de favoriser ou d'exclure un soumissionnaire ou un concept particulier sans justification matérielle. Le soutien à une industrie locale n'est pas considéré comme une justification matérielle qui permettrait d'imposer un label d'origine. En d'autres termes,

les spécifications techniques – ou labels – doivent être définis en fonction des propriétés d'emploi d'un produit plutôt que de sa conception. Elles seront fondées sur des normes internationales dans les cas où il en existe (c'est le cas pour les labels FSC et PEFC) ou, sinon, sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment. Le COBS ne répond pas à ces exigences.

Ces prescriptions (égalité de traitement et interdiction de discrimination) se rencontrent à tous niveaux de la législation:

- > Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI),
- > Accord sur les marchés publics (AMP) conclu entre la Confédération et l'Union européenne dans le cadre des accords bilatéraux (OMC),
- > Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP),
- > Règlement fribourgeois sur les marchés publics (RMP).

A noter que l'AIMP est en cours de révision et fait une place plus grande au développement durable, comme l'ont relevé certains députés lors des débats au Grand Conseil. Il faut toutefois savoir que le Règlement fribourgeois sur les marchés publics prévoit déjà, au contraire de certains cantons, le développement durable comme critère d'adjudication (cf. art. 30 RMP). La révision de l'AIMP ne changera rien sur ce point. Il faut également mentionner le fait que cette révision continue de proscrire la référence à des labels et autres notions d'origine.

En conclusion, la seule manière de favoriser les produits de proximité au vu du cadre légal en place – et notamment la législation de rang supérieur – ne consiste pas à obliger à y recourir, mais à poser des critères, notamment environnementaux et de développement durable, qui permettraient aux producteurs locaux de remporter les marchés. Là aussi toutefois, la marge de manœuvre est relativement restreinte et la jurisprudence stricte. Le Tribunal fédéral a déjà jugé que la limitation des distances doit entraîner un avantage écologique significatif du point de vue l'environnement, que l'on doit pouvoir mesurer et mettre objectivement en évidence. Cet avantage n'a pas été reconnu dans la plupart des affaires jugées. C'est sur cette piste que les associations de promotion des produits locaux doivent travailler (de concert avec l'administration si souhaité), plutôt que sur l'introduction, dans la législation, d'une disposition contraire au système légal existant.

Sans vouloir faire preuve de juridisme, mieux vaut une modification de loi plus souple qui puisse être utilisée dans la pratique qu'une modification respectant strictement la volonté des motionnaires mais inapplicable en cas de recours. Les résultats de la consultation, avec la proposition d'autres variantes ou même celle d'abandonner toute modification de loi, l'ont d'ailleurs bien montré.

C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat propose, afin de tenir compte de la volonté du Grand Conseil dans un cadre légal permettant une application dans la réalité concrète, une modification de la LMP avec la variante «Labels environnementaux».
