



---

# Expertise

**Du 5 juin 2023**

---

Au sens de

Art. 10 al. 1 LMI concernant

## **Licéité de l'interdiction du plastique à usage unique dans la législation cantonale genevoise**

(622-00006)

---

A l'attention de

Office fédéral de l'environnement (OFEV)

---

Composition

Laura Melusine Baudenbacher (présidente),  
Armin Schmutzler, Danièle Wüthrich-Meyer (vice-présidents),  
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,  
Clémence Grisel Rapin, Pranvera Këllezi,  
Isabel Martínez, Rudolf Minsch, Henrique Schneider

---

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Etat de fait .....</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Compétence de la COMCO.....</b>	<b>3</b>
<b>3</b>	<b>Relation entre la LMI et la LPE.....</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Application de la LMI à la LDéchets .....</b>	<b>5</b>
<b>5</b>	<b>Principe du lieu de provenance selon la LMI.....</b>	<b>5</b>
<b>6</b>	<b>Application à l'article 16 LDéchets .....</b>	<b>6</b>
6.1	Restriction de l'accès au marché .....	6
6.2	Justification selon l'article 3 LMI.....	8
6.2.1	Propos liminaire.....	8
6.2.2	Application aux offreurs locaux.....	8
6.2.3	Indispensabilité pour la préservation d'intérêts publics prépondérants .....	9
6.2.4	Proportionnalité .....	11
6.2.5	Autres conditions.....	13
<b>7</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>13</b>

## 1 Etat de fait

1. Par courrier du 3 mars 2023, l'Office fédéral de l'environnement (ci-après : OFEV) a requis de la Commission de la concurrence (ci-après : COMCO) une évaluation de la compatibilité à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI ; RS 943.02) du nouvel article 16 alinéa 2 lettres a et b de la Loi sur les déchets du 2 septembre 2022 de la République et canton de Genève (LDéchets)<sup>1</sup>, qui prévoit que « *toute utilisation, mise à disposition ou vente de produits en plastique à usage unique est interdite : par les restaurants, les services de petite restauration à l'emporter, les cantines d'entreprises, les services de livraison de repas, les services de restauration pour les clientes et clients des hôtels et les commerces de détail pour la nourriture prête à consommer et lors de manifestations publiques* ».

2. Ce faisant, cet article de la LDéchets se fonde sur la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement, LPE ; RS 814.01), en particulier sur son article 65 alinéa 1.

3. D'après l'OFEV, les tentatives purement intracantonales d'interdire certains produits à usage unique ont jusque-là été rejetées par l'OFEV, qui se fondait aussi sur un courrier électronique du Secrétariat de la COMCO<sup>2</sup>. En effet, selon l'interprétation de l'OFEV, l'interdiction de la mise sur le marché de plastique à usage unique exclusivement dans un canton alors que sa mise sur le marché serait autorisée dans au moins un autre canton contreviendrait à l'article 2 alinéa 3 2<sup>e</sup> phrase LMI.

4. L'OFEV considère toutefois que la restriction mise en place par le nouvel article 16 alinéa 2 LDéchets satisfait aux exigences de l'article 3 alinéa 1 LMI et ne contrevient dès lors pas à la LMI. Ce faisant, l'OFEV se fonde notamment sur un avis de droit du 2 septembre 2022 rédigé par ALEXANDRE FLÜCKIGER<sup>3</sup> et CAMILLE VALLIER<sup>4</sup> à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève.

5. L'OFEV et le Secrétariat de la COMCO ont convenu que la présente expertise serait transmise à l'OFEV après traitement par la COMCO lors de la séance du 5 juin 2023.

## 2 Compétence de la COMCO

6. La COMCO est compétente pour la surveillance du respect de la loi sur le marché intérieur par la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). La surveillance de l'exécution de la loi sur le marché intérieur incombe donc à la COMCO. En tant qu'autorité de surveillance de la loi sur le marché intérieur, il appartient notamment à la COMCO de se prononcer sur les questions d'application de ladite loi<sup>5</sup>.

7. Selon l'article 10 alinéa 1 LMI, la COMCO peut établir des expertises sur l'application de la LMI à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires. En l'occurrence, la question posée par l'OFEV constitue bien une

---

<sup>1</sup> Cette disposition devrait entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2025.

<sup>2</sup> Il y a lieu de noter ici que le courrier électronique en question, informel et émis par le Secrétariat de la Commission de la concurrence et non par la COMCO, se fondait sur une analyse sommaire et abstraite. De plus, il réservait explicitement la possibilité qu'une restriction à l'accès au marché soit justifiée conformément à l'article 3 LMI.

<sup>3</sup> Professeur à la Faculté de droit et Directeur du Département de droit public de l'Université de Genève.

<sup>4</sup> Chargée de cours et chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<sup>5</sup> THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in : Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Forum Europarecht, vol. 13, p. 93 ss., 109.

question de droit concernant l'application de la loi sur le marché intérieur. S'agissant des faits, l'expertise se base principalement sur les documents mis à disposition par l'OFEV.

8. La demande d'expertise émane de l'OFEV, soit d'une autorité administrative fédérale. La COMCO est ainsi compétente pour répondre aux questions posées sous la forme d'une expertise au sens de l'article 10 alinéa 1 LMI.

### **3 Relation entre la LMI et la LPE**

9. La question centrale de la demande d'expertise de l'OFEV est de savoir si la LDéchets est conforme à la LMI. Afin d'y répondre, il convient de vérifier d'abord que la LMI s'applique, en examinant notamment l'interaction entre la LMI et la LPE, sur laquelle les articles pertinents de la LDéchets se fondent, avant d'apprécier plus en détail le traitement de cette interdiction sous l'angle du droit du marché intérieur.

10. La LMI a pour but de garantir à toute personne physique ou morale ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

11. La loi sur la protection de l'environnement a quant à elle pour but de protéger les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodantes, et de conserver durablement les ressources naturelles, en particulier la diversité biologique et la fertilité du sol (art. 1 al. 1 LPE). Elle prévoit notamment que la production de déchets doit être limitée dans la mesure du possible (art. 30 al. 1 LPE) et que le Conseil fédéral peut interdire la mise dans le commerce de produits destinés à un usage unique et de courte durée, si les avantages liés à cet usage ne justifient pas les atteintes à l'environnement qu'il entraîne (art. 30a let. a LPE). Tant que le Conseil fédéral n'a pas fait expressément usage de sa compétence d'édicter des ordonnances – ce qui n'est effectivement pas encore le cas –, les cantons peuvent, après en avoir référé au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, édicter leurs propres prescriptions dans les limites de la LPE (art. 65 al. 1 LPE)<sup>6</sup>.

12. La LPE ne contient pas de disposition concernant l'accès au marché. Par ailleurs, ni la LMI, ni la LPE ne traitent de la relation entre ces deux lois, qui ne prévoient pas non plus l'exclusion de l'application de la LMI aux législations cantonales, notamment fondées sur l'article 65 alinéa 1 LPE.

13. Le Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur<sup>7</sup> ne contient aucune information concernant la relation entre cette loi et la LPE, qui lui est antérieure.

14. Dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a traité d'un recours portant sur la question de l'obligation, à titre de charge pour une autorisation de tenir un stand sur un marché bernois, d'utiliser exclusivement de la vaisselle réutilisable<sup>8</sup>. Il n'y est toutefois pas fait mention de la loi sur le marché intérieur.

15. A l'instar des auteurs de l'avis de droit produit par le Département du territoire de la République et canton de Genève, les quelques auteurs ayant traité la question soutiennent l'application de la LMI, ceux ayant poussé l'analyse concluant également à la justification de

---

<sup>6</sup> C'est précisément dans ce contexte qu'intervient la nouvelle loi genevoise sur les déchets.

<sup>7</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), FF 1994, 1193 ss.

<sup>8</sup> TF, 2C\_61/2012 du 2.6.2012.

l'éventuelle restriction de l'accès au marché que constituerait une interdiction du plastique à usage unique par un canton en application de l'article 65 LPE<sup>9</sup>.

16. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la LPE n'exclut ni ne prime la LMI.

## 4 Application de la LMI à la LDéchets

17. A titre liminaire, il est relevé qu'en vertu de l'article 49 alinéa 1 de la Constitution fédérale, la loi sur le marché intérieur, en tant que droit fédéral, prime le droit cantonal, dont la LDéchets. Ainsi, dans un cas d'application tombant dans le champ d'application de la LMI, cette dernière, en tant que droit fédéral, primerait sur l'article 16 alinéa 2 LDéchets comme droit cantonal, le rendant inapplicable dans la mesure où il s'écartere de la LMI. Par ailleurs, la LMI s'applique aux activités lucratives, soit les activités non régaliennes ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI).

18. Il découle de la LMI que les offreurs externes ont le droit, prévu à l'article 2 alinéa 1 LMI, notamment d'offrir des marchandises sur l'ensemble du territoire suisse. Sont ainsi couverts les états de fait **intercantonaux**, soit lorsqu'une personne offre des marchandises ou des services dans un canton autre que celui où elle a son siège ou son établissement<sup>10</sup>. Sont à cet égard déterminantes les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement (« principe du lieu de provenance », art. 2 al. 3 LMI).

19. En l'espèce, les activités concernées par l'interdiction du plastique à usage unique dans la LDéchets, soit l'utilisation, la mise à disposition ou la vente de plastique à usage unique par les restaurants, services de petite restauration à emporter, cantines d'entreprises, services de livraisons de repas, services de restauration pour clientèle d'hôtels et les commerces de détails pour la nourriture prête à consommer, ne sont évidemment pas des activités régaliennes et constituent – sous réserve des distributions gratuites de nourriture (par exemple par des associations caritatives) qui échappent ainsi à la LMI – **des activités commerciales** ayant pour but la réalisation d'un gain.

20. Ainsi, et toujours sous réserve d'exceptions telles que la distribution gratuite de nourriture par des associations, l'article 16 alinéa 2 LDéchets tombe en principe dans le champ d'application de la loi sur le marché intérieur.

21. Dans la mesure où elle s'applique à des offreurs locaux (comme par exemple un restaurant ayant son siège sur le territoire du canton de Genève), l'article 16 LDéchets ne soulève pas de problème particulier sous l'angle de la loi sur le marché intérieur. Toutefois, cet article s'appliquerait également à d'éventuels **offreurs externes** (par exemple un stand vaudois de nourriture prête à consommer pour une manifestation publique), soit un état de fait intercantonal couvert par la LMI.

22. Ainsi, la LMI s'applique à l'interdiction du plastique à usage unique contenue dans l'article 16 alinéa 2 LDéchets, dans la mesure où elle interdit l'utilisation sur son territoire, à des offreurs externes, du plastique à usage unique dans le contexte d'une activité commerciale.

## 5 Principe du lieu de provenance selon la LMI

23. Comme indiqué précédemment (N 18 ci-dessus), l'article 2 alinéa 1 LMI confère à toute personne physique ou morale ayant son siège ou son établissement en Suisse le droit d'offrir

---

<sup>9</sup> DUNIA BRUNNER, Vers une économie circulaire des emballages de boissons en verre en Suisse – limites et apports du cadre réglementaire, DEP 2020, p. 685, 702 s ; HANS STUTZ, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, p. 245, 265 s.

<sup>10</sup> MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, in : OFK/Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (éd.), 2<sup>e</sup> éd. 2021, art. 2 LMI N 2.

des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Dans ce contexte, l'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement, et toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut en principe être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse (art. 2 al. 3 LMI). Enfin, le droit d'accès au marché permet également à toute personne exerçant une activité lucrative légale de s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement (art. 2 al. 4 LMI).

24. Ce droit au libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance est fondé sur la présomption (réfragable) selon laquelle les réglementations cantonales ou communales relatives à l'accès au marché sont équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). Cette présomption n'est toutefois pas absolue et il convient, dans l'analyse d'une potentielle restriction de l'accès au marché, de vérifier en premier lieu si elle peut être renversée : si la (nouvelle) réglementation au lieu de destination est équivalente à celle du lieu d'origine, une restriction à l'accès au marché ne peut être justifiée<sup>11</sup>.

25. Si la présomption d'équivalence est renversée, l'autorité du lieu de destination peut, sur la base de l'article 3 alinéa 1 LMI, **restreindre l'accès au marché des offreurs externes** au moyen de charges ou de conditions, pour autant que (a) les restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ; (b) elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et (c) elles répondent au principe de la proportionnalité, ces trois conditions devant être remplies cumulativement. La condition du respect du principe de la proportionnalité n'est notamment pas remplie lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance, que les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants, que le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ou encore lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (art. 3 al. 2 LMI).

26. Les restrictions visées par l'article 3 alinéa 1 LMI ne doivent en outre en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI). Enfin, les décisions relatives aux restrictions de l'accès au marché doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

## 6 Application à l'article 16 LDéchets

### 6.1 Restriction de l'accès au marché

27. Une **restriction à l'accès au marché** au sens de la LMI peut se traduire par une impossibilité pour l'offreur externe de proposer ses marchandises, services ou prestations, mais aussi par une difficulté ou une gêne dans l'exercice de son activité lucrative, cette gêne étant le résultat d'une adaptation aux exigences de la réglementation du lieu de destination et pouvant se traduire par des frais supplémentaires ou d'autres obstacles<sup>12</sup>.

28. Dans le cas d'espèce, l'article 16 alinéa 2 lettres a et b LDéchets interdit toute utilisation, mise à disposition ou vente de produits en plastique à usage unique par les restaurants, les services de petite restauration à l'emporter, les cantines d'entreprises, les services de livraison

<sup>11</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER (n. 10), art. 2 LMI N 4; NICOLAS DIEBOLD, in : SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Cottier/Oesch (éd.), 3<sup>e</sup> éd. 2020, vol. 11 N 39.

<sup>12</sup> MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in : Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2<sup>e</sup> éd. 2012, art. 2 I-VI LMI N 21 s.

de repas, les services de restauration pour les clientes et clients des hôtels et les commerces de détail pour la nourriture prête à consommer et lors de manifestations publiques.

29. De par sa lettre, cet article s'appliquerait notamment aussi aux éventuelles entreprises ayant leur siège dans d'autres cantons que celui de Genève (soit des **offreurs externes**), mais y vendant du plastique à usage unique. Il en va ainsi principalement d'une part de producteurs et/ou revendeurs de plastique à usage unique, qui se verraient restreints dans leur clientèle potentielle, d'autre part d'entreprises actives dans la restauration au sens large qui ne pourraient notamment plus utiliser d'emballages en plastique à usage unique, telles que des entreprises vaudoises qui tiendraient des stands de restauration lors de manifestations publiques ayant lieu sur le territoire de la République et canton de Genève, des services de traiteur ayant leur siège dans le canton de Vaud ou d'une succursale genevoise d'un restaurant vaudois. L'interdiction prévue à l'article 16 alinéa 2 LDéchets peut donc constituer une restriction de l'accès au marché selon la LMI pour des offreurs externes. En raison du caractère abstrait de l'article 16 alinéa 2 LDéchets, il est difficile voire impossible d'établir une liste exhaustive des offreurs externes qu'elle pourrait concerner. Toutefois, en ce qui concerne les vendeurs de nourriture (au sens large : restaurants, stands dans les manifestations, commerces de détail, etc.) qui sont touchés en première ligne par cet article, l'analyse qui suit n'en est pas impactée (notamment du fait qu'ils disposent *a priori* tous des mêmes alternatives).

30. De telles entreprises, en tant qu'offreuses externes, bénéficient selon l'article 2 alinéas 1, 3 et 4 LMI, d'un **droit à l'accès au marché**. A noter que l'article 2 alinéa 3 LMI se réfère explicitement à l'offre de marchandises comme dans la restauration, visée par l'article 16 alinéa 2 LDéchets. L'article 2 alinéa 4 LMI prévoit quant à lui le droit d'exercer une activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu de provenance, de telle sorte qu'un offreur extracantonal pourrait se référer également à cette disposition pour se défendre contre une interdiction fondée sur l'article 16 alinéa 2 LDéchets. Il faut en conclure que, si un offreur externe peut utiliser ou vendre de la vaisselle jetable en plastique sur son lieu de provenance, il peut en principe également le faire sur le territoire de la République et canton de Genève en se fondant sur la LMI.

31. Or, les acteurs de la restauration susmentionnés ne pourraient par exemple pas utiliser de vaisselle à usage unique et se verraient ainsi restreints (gênés) dans leur accès au marché. Il en va de même pour d'éventuels producteurs (ou revendeurs) de telles vaisselles en plastique à usage unique ayant leurs sièges dans d'autres cantons, qui se verraient alors restreints dans leur possibilité de vendre ce produit dans le canton de Genève (étant précisé que ces plastiques sont toutefois produits en immense majorité à l'étranger, principalement en Asie<sup>13</sup>).

32. A cela s'ajoute que le plastique à usage unique mis en circulation dans d'autres cantons que celui de Genève verrait son utilisation interdite sur le territoire de la République et canton de Genève, d'une manière contraire à l'article 2 alinéa 3 LMI.

33. Il y a dès lors lieu de retenir, à l'instar de l'OFEV et du Département du territoire de la République et canton de Genève, que l'article 16 alinéa 2 lettres a et b LDéchets pourrait constituer une restriction à l'accès au marché au sens de la loi sur le marché intérieur, dans la mesure où il s'applique à des offreurs externes tels que ceux décrits au N 29, ayant un droit d'accès au marché au sens de l'article 2 alinéas 1, 3 et 4 LMI.

34. Comme indiqué ci-dessus (cf. N 24), il convient aussi d'analyser s'il existe une équivalence (art. 2 al. 5 LMI) entre la nouvelle réglementation genevoise et celles des potentiels lieux de provenance. A ce titre, l'OFEV relève que le Canton de Genève est le premier à introduire une telle interdiction du plastique à usage unique<sup>14</sup>. Certaines interdictions spécifiques, souvent sous la forme d'une obligation d'utiliser de la vaisselle réutilisable, sont prévues dans

---

<sup>13</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 14 s.

<sup>14</sup> Demande d'expertise de l'OFEV, page 1.

divers cantons ou communes en lien avec la tenue de manifestations (c'est le cas notamment des cantons de Berne<sup>15</sup>, du Jura<sup>16</sup> et de Neuchâtel<sup>17</sup>) mais aucune interdiction générale en lien avec la restauration au sens large n'est connue. Partant, il convient de retenir qu'il n'existe, sous réserve de ces quelques exemples, pas d'équivalence entre la nouvelle réglementation prévue par la LDéchets et celles des potentiels lieux d'origine. De façon générale, la présomption d'équivalence des réglementations cantonales d'accès au marché pourrait donc être renversée, laissant place à une éventuelle justification d'une restriction sous l'angle de l'article 3 LMI.

## 6.2 Justification selon l'article 3 LMI

### 6.2.1 Propos liminaire

35. L'appréciation d'une norme générale et abstraite telle que l'article 16 alinéa 2 LDéchets sous l'angle de la loi sur le marché intérieur est un exercice difficilement possible, en particulier en ce qui concerne la justification de la restriction du droit à l'accès au marché qu'elle constitue, cette justification dépendant en grande partie des circonstances concrètes. Or, on ne peut imaginer *a priori* tous les potentiels cas qui pourraient se présenter en application de cette norme et, par conséquent, en juger la compatibilité à la loi sur le marché intérieur. Cet examen selon l'article 3 LMI devra en principe être effectué lors de chaque cas d'application, à la lumière de ses spécificités. Ce faisant, il convient de rappeler que les exigences lors de l'appréciation d'une éventuelle justification sont élevées en ce qui concerne les aspects centraux de la LMI<sup>18</sup>.

36. Par conséquent, les développements qui suivent représentent une appréciation générale de l'article 16 alinéa 2 LDéchets, et il ne peut pas être exclu que l'analyse d'un cas d'application de cette norme puisse conduire à un résultat différent. À noter aussi que c'est au lieu de destination, donc au Canton de Genève, de démontrer les circonstances permettant de justifier une restriction à la liberté d'accès au marché sous l'angle de l'article 3 LMI, en particulier en ce qui concerne la nature indispensable à la préservation d'un intérêt public prépondérant (cf. section 6.2.3) ainsi que la proportionnalité (en particulier l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit ; cf. section 6.2.4) de la mesure concernée.

### 6.2.2 Application aux offreurs locaux

37. Cette condition, prévue à l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI, contient une **interdiction des inégalités de traitement directes**, soit une interdiction des restrictions de l'accès au marché ne s'appliquant qu'aux offreurs externes<sup>19</sup>. Il en découle qu'une restriction à l'accès au marché doit s'appliquer de la même manière aux offreurs locaux qu'aux offreurs externes.

38. En l'espèce, la LDéchets contient une interdiction générale des plastiques à usage unique pour certains acteurs, peu importe leur canton de provenance, qui s'applique de la même façon aux offreurs du Canton de Genève. L'article 16 alinéa 2 LDéchets ne constitue donc pas une inégalité de traitement directe et respecte ainsi l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI.

---

<sup>15</sup> Article 17a alinéa 1 de l'Ordonnance cantonale du 13 avril 1994 sur l'hôtellerie et la restauration (RS/BE 935.11).

<sup>16</sup> Article 19 de la Loi cantonale du 9 décembre 2020 sur les déchets et les sites pollués du 9 décembre 2020 (RS/JU 814.015).

<sup>17</sup> Article 2 de la loi cantonale du 25 mars 1996 sur l'utilisation du domaine public (RS/NE 727.0).

<sup>18</sup> ATF 125 I 474 consid. 3 ; ATF 128 I 295 consid. 4c/cc).

<sup>19</sup> Par opposition aux inégalités de traitement indirectes, qui découlent des effets de la restriction en question ; SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht (n. 11), vol. XI-DIEBOLD, N 111.



### 6.2.3 Indispensabilité pour la préservation d'intérêts publics prépondérants

39. Selon l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI, les restrictions à l'accès au marché doivent être **indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants**. Cette condition suppose non seulement l'existence d'intérêts publics prépondérants, mais également que la mesure en question soit nécessaire à la sauvegarde de tels intérêts ; sur ce dernier point, la lettre b et la lettre c (respect du principe de proportionnalité) ne se distinguent pas entièrement<sup>20</sup>. Suivant l'ordre alphabétique de l'article 3 alinéa 1 LMI, la condition de l'indispensabilité de la lettre b est examinée dans ce chapitre de l'expertise, même si certains aspects touchent également l'examen de proportionnalité, traité sous 6.2.4 ci-dessous.

40. En l'espèce, l'objectif poursuivi par le nouvel article 16 alinéa 2 LDéchets est évidemment la protection de l'environnement, ce qui est en tout état confirmé par l'exposé des motifs du Conseil d'Etat genevois à l'appui du projet de cette loi<sup>21</sup>.

41. La **protection de l'environnement** est prévue tant dans la Constitution fédérale (art. 74) que genevoise (art. 19 et 157). En ce qui concerne en particulier les déchets, la Constitution genevoise prévoit que l'Etat met en œuvre une politique de réduction à la source des déchets, particulièrement ceux qui sont les plus dommageables pour l'environnement (art. 161 al. 2).

42. Les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève relèvent également à juste titre que la protection de l'environnement revêt une importance croissante dans le droit international, y compris dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (RS 0.632.21), qui contient à son article XX une norme similaire à l'article 3 LMI, permettant l'adoption ou l'application par les parties contractantes à cet accord de mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (let. b)<sup>22</sup>.

43. Dans le même sens, la protection de l'environnement, de même que la protection de la santé et de la vie des animaux et des plantes, figuraient dans la liste exemplative d'intérêts publics prépondérants prévue à l'ancien article 3 alinéa 2 LMI<sup>23</sup>.

44. En ce qui concerne plus particulièrement le « **littering** », soit l'action consistant à abandonner ou à jeter négligemment de petites quantités de déchets urbains sur la voie publique sans utiliser les poubelles ou les postes de collecte prévus à cet effet, il est relevé qu'environ **18'500 tonnes** de produits en **plastique** en font l'objet annuellement en Suisse, dont environ 2'700 tonnes finissent dans les sols et les eaux de surface<sup>24</sup>. Si le « littering » ne concerne pas que les déchets en plastique, cette matière est la plus problématique, d'une part compte tenu des quantités concernées, puisque 86 % des déchets collectés sur les berges des lacs et cours d'eau suisses sont en plastique<sup>25</sup>, et d'autre part en raison du temps extrêmement long nécessaire à la dégradation du plastique – y compris des plastiques biodégradables ou oxo-

---

<sup>20</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENER (n. 10), art. 3 LMI N 4, où l'absence d'effets de cet amalgame en pratique est également soulignée. Cf. également CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 33 ss.

<sup>21</sup> Département du territoire de la République et canton de Genève, exposé des motifs du projet de loi sur les déchets, p. 26 ss.

<sup>22</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 7.

<sup>23</sup> FF 1994 1193, 1269. Cf. également à ce sujet CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 20.

<sup>24</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 17 s.

<sup>25</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 18.

dégradables – dans la nature<sup>26</sup>. Dans sa demande d'expertise, l'OFEV relève également la durée de vie courte et la faible utilité des plastiques à usage unique par rapport à leur charge environnementale, notamment concernant l'énergie et les ressources nécessaires à leur fabrication<sup>27</sup>.

45. Le même rapport souligne la baisse de l'appréciation de la population à l'égard des matières plastiques, et en particulier en ce qui concerne le plastique à usage unique, alors que les préoccupations environnementales de la population augmentent<sup>28</sup>. Il est aussi relevé que les coûts de nettoyage imputables au « littering » se montent à environ CHF 200 millions<sup>29</sup>. La lutte contre le « littering » a de plus été reconnue comme intérêt public prépondérant dans la jurisprudence fédérale<sup>30</sup>.

46. Les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 soulignent également que la limitation des déchets est imposée par les objectifs de développement durable prévus aux articles 2 alinéa 2 et 73 de la Constitution fédérale<sup>31</sup>. L'OFEV relève pour sa part l'augmentation du nombre d'interventions parlementaires allant dans le sens d'une diminution voire d'une interdiction des produits à usage uniques en plastique ainsi que l'opinion publique majoritairement favorable à des mesures juridiquement contraignantes en ce sens<sup>32</sup>.

47. Il faut ainsi retenir que la protection de l'environnement, et en particulier la lutte contre le « littering », plus spécifiquement en lien avec les déchets en plastique, constitue un intérêt public prépondérant selon l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI.

48. Par ailleurs, le rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022 sur les matières plastiques dans l'environnement contient une liste des mesures mises en œuvre par les cantons pour lutter contre le « littering ». Parmi celles-ci, ce rapport cite l'amélioration de l'infrastructure d'élimination des déchets dans l'espace public, la limitation de la vaisselle jetable lors de grands événements ou dans les stands de restauration installés dans l'espace public, les mesures de sensibilisation, l'introduction d'amendes pour le « littering », ainsi que des tables rondes sur les mesures contre les déchets sauvages, en relevant toutefois que les mesures en place ne sont pas suffisantes<sup>33</sup>. Dans les mesures supplémentaires, le rapport du Conseil fédéral susmentionné conseille en premier lieu de réduire la consommation de produits à courte durée de vie et d'augmenter la durée d'utilisation des produits, notamment en remplaçant les produits et les emballages par des matériaux favorables sur le plan écologique<sup>34</sup>. Le droit de l'Union Européenne contient d'ailleurs une interdiction similaire depuis déjà quelques années, motivée par les mêmes motifs<sup>35</sup>.

---

<sup>26</sup> EBP, Le plastique dans l'environnement Suisse – Etat des connaissances sur les impacts environnementaux des plastiques (micro- et macroplastiques) sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), 2020, p. 45.

<sup>27</sup> Demande d'expertise de l'OFEV, page 2.

<sup>28</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 8.

<sup>29</sup> Motion 19.4100 du 23 septembre 2019, « Lutter efficacement contre l'abandon de déchets ».

<sup>30</sup> TF, 2C\_61/2012 du 2.6.2012 consid. 3.2 ; TF, 2C\_875/2011 du 29.3.2012 consid. 2.3.1.

<sup>31</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 9.

<sup>32</sup> Demande d'expertise de l'OFEV, page 3.

<sup>33</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 39 et 52.

<sup>34</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 48.

<sup>35</sup> Article 5 de la Directive (UE) 2019/904 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juin 2019 relative à la réduction de l'incidence de certains produits en plastique sur l'environnement.

49. Sur la base des informations à disposition, il paraît ainsi plausible que l'interdiction du plastique à usage unique est indispensable à la préservation de l'intérêt public prépondérant qu'est la protection de l'environnement.

50. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'interdiction du plastique à usage unique prévue à l'article 16 alinéa 2 LDéchets est couverte par un intérêt public prépondérant au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI et qu'il paraît plausible qu'une telle interdiction soit indispensable à la préservation dudit intérêt public sous l'angle de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI.

#### 6.2.4 Proportionnalité

51. La condition de la **proportionnalité** est prévue à l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI. Elle est complétée à l'alinéa 2 par un catalogue exemplatif de situations dans lesquelles le principe de la proportionnalité n'est pas respecté<sup>36</sup>. Ces situations seront analysées ci-après, avant de procéder à un examen des différents aspects de la proportionnalité : aptitude à atteindre le but visé – cette condition est en principe déjà couverte par l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI<sup>37</sup> –, nécessité et proportionnalité au sens étroit<sup>38</sup>. Lors de l'examen de la condition de la proportionnalité au sens de la LMI, l'accent doit être mis sur les échanges économiques intercantonaux, l'espace économique unifié suisse et le droit à la mobilité des offreurs<sup>39</sup>.

52. Le catalogue exemplatif de l'article 3 alinéa 2 LMI prévoit ainsi qu'une restriction à l'accès au marché ne répond pas au principe de proportionnalité lorsqu'une protection des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des **dispositions applicables au lieu de provenance** ou lorsqu'elle peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (art. 3 al 2 let. a et d LMI).

53. Comme expliqué ci-dessus (cf. N 40 ss ci-dessus), l'intérêt public prépondérant poursuivi par l'interdiction du plastique à usage unique dans la LDéchets est la protection de l'environnement, en particulier en diminuant les risques de « littering » surtout avec des matières plastiques. Or, on ne voit pas quelles mesures prises dans d'autres cantons ou quelles activités exercées dans d'autres cantons permettraient d'éviter le risque que du plastique à usage unique vendu sur le territoire genevois soit jeté hors des poubelles prévues à cet effet. Les mêmes réflexions s'appliquent à d'éventuelles attestations de sécurité ou d'autres certificats, obtenus à son lieu de provenance, qui pourraient être produits par un offreur externe (cf. art. 3 al. 2 let. b LMI).

54. Une restriction à l'accès au marché n'est pas non plus proportionnée lorsque **le siège ou l'établissement au lieu de destination** est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (art. 3 al. 2 let. c LMI). En l'espèce, la LDéchets ne contient pas de telle exigence.

55. En ce qui concerne les conditions de **l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit**, la première requiert qu'une mesure soit de nature à atteindre le but qu'elle vise<sup>40</sup>. Il a été démontré sous 6.2.3 ci-dessus que l'interdiction du plastique à usage unique est une mesure apte à combattre le « littering » ou à tout le moins à en limiter les effets et, de manière plus générale, à protéger l'environnement (N 48 ci-dessus) : le plastique à usage unique serait ainsi remplacé par d'autres matériaux à usage unique, ce qui reste peu favorable à l'environnement, mais moins néfaste que le plastique compte tenu de sa très lente dégradation, ou alors par des emballages réutilisables – cas échéant couplés à un système

<sup>36</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER (n. 10), art. 3 LMI N 4.

<sup>37</sup> CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 41.

<sup>38</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER (n. 10), art. 3 LMI N 4.

<sup>39</sup> SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht (n. 11), vol. XI-DIEBOLD, N 114.

<sup>40</sup> CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 41.

de consigne, ce qui semble être une solution particulièrement efficace d'un point de vue environnemental<sup>41</sup>. La condition de l'aptitude semble donc pouvoir être remplie, même si l'effet concret de l'interdiction du plastique à usage unique ne peut être établi avec certitude, sur la base des informations et connaissances à disposition.

56. Il convient ensuite de vérifier quelles sont les alternatives à cette interdiction permettant d'atteindre l'objectif de protection de l'environnement en diminuant le « littering » en lien avec le plastique (condition de la nécessité). D'après le Conseil fédéral (cf. N 48 ci-dessus), diverses mesures existent et ont été mises en œuvre par les cantons à ce jour : prévention, répression pénale contre le « littering »<sup>42</sup>, tables rondes, augmentation du dispositif d'élimination des déchets dans l'espace public. Toujours d'après le Conseil fédéral, ces mesures, moins incisives, ne sont pas suffisantes. Les quantités de plastiques relevées, soit environ 5 tonnes de plastique transitant par Genève dans le Rhône – dont environ un quart provient d'emballage en plastique<sup>43</sup> – semblent également aller dans ce sens. Ainsi, cette interdiction paraît pouvoir satisfaire également la condition de nécessité.

57. Enfin, l'interdiction du plastique à usage unique n'a *a priori* qu'un impact relativement faible sur l'activité économique des acteurs d'autres cantons que celui de Genève visés par l'article 16 alinéa 2 LDéchets et actifs dans la restauration au sens large : les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et Canton de Genève relèvent ainsi que les offreurs concernés restent libres dans leur choix parmi les diverses alternatives au plastique à usage unique<sup>44</sup>, telles que les vaisselles à usage unique en matériaux biodégradables, matériaux (même plastiques) réutilisables, cas échéant couplés à un système de consigne, que l'on retrouve depuis de nombreuses années dans le cadre de diverses manifestations (festivals, manifestations sportives, etc.)<sup>45</sup>.

58. En ce qui concerne d'éventuels producteurs ou revendeurs de plastique à usage unique, il n'existe certes pas d'alternatives, mais, comme relevé lors de l'examen de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI, l'interdiction du plastique à usage unique semble être indispensable, à teneur des informations à disposition, à la sauvegarde de l'intérêt public prépondérant de protection de l'environnement (cf. N 48 ci-dessus). En tout état, comme mentionné sous N 31 ci-dessus, la production du plastique à usage unique consommé en Suisse est effectuée pour l'essentiel hors de Suisse. Ainsi, l'interdiction du plastique à usage unique contenue à l'article 16 alinéa 2 LDéchets semble pouvoir également remplir la condition de la proportionnalité au sens étroit. Comme pour la condition de la nécessité, il ne peut toutefois être exclu *a priori* et de façon absolue que, dans un cas d'application concret, la condition de la proportionnalité au sens étroit ne soit pas respectée.

59. Les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 relèvent également à juste titre que l'article 16 alinéa 2 LDéchets entrera en vigueur en principe le 1<sup>er</sup> janvier 2025 (soit un délai de plus de deux ans depuis l'approbation de la LDéchets par le parlement cantonal genevois) en vue notamment de laisser le temps aux acteurs concernés d'écouler leurs stocks de contenants plastiques<sup>46</sup>. Il reste néanmoins difficile, sur la base des informations à disposition et de manière générale et abstraite, d'estimer dans quelle mesure ce délai est suffisant, de même

---

<sup>41</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 48.

<sup>42</sup> Notamment à Genève, à l'article 11C de la loi pénale genevoise du 22 février 2022 (RS/GE E 4 05).

<sup>43</sup> Département du territoire de la République et canton de Genève, exposé des motifs du projet de loi sur les déchets, p. 26.

<sup>44</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 14.

<sup>45</sup> Ces alternatives sont également mentionnées par le Tribunal fédéral dans son arrêt 2C\_61/2012 du 2.6.2012, consid. 3.3.

<sup>46</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 15.

qu'il est difficile d'évaluer notamment la hauteur des investissements relatifs à l'introduction de la nouvelle LDéchets pour les acteurs concernés.

60. Enfin, il sied de relever que, dans son arrêt 2C\_61/2012 (déjà mentionné sous N 14 ci-dessus), le Tribunal fédéral a d'ailleurs également conclu que l'obligation pour un stand dans un marché de n'utiliser que de la vaisselle réutilisable satisfaisait à la condition de la proportionnalité au sens large, au vu notamment des alternatives au plastique à usage unique à disposition (consid. 3.3). Même s'il faut garder à l'esprit que le Tribunal fédéral a alors examiné la proportionnalité sous l'angle de l'article 36 Cst, dont la portée n'est pas identique à celle de l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI<sup>47</sup>, l'impact sur les aspects centraux de la LMI (espace économique unique, droit à la mobilité des offreurs, etc.) de l'interdiction reste très limité compte tenu d'une part des alternatives à disposition notamment des restaurateurs (ou revendeurs de vaisselle en plastique à usage unique) en provenance d'autres cantons et d'autre part du fait que le plastique est en grosse majorité produit hors de Suisse et affecte donc, pour ce qui est de la vente de plastique à usage unique par ses producteurs ou revendeurs, plutôt les échanges internationaux qu'intercantonaux (cf. N 31 ci-dessus).

61. Au vu de ce qui précède et sur la base des informations à disposition, la restriction à l'accès au marché que peut constituer l'interdiction du plastique à usage unique dans la LDéchets semble aussi pouvoir répondre au principe de proportionnalité prévu à l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI en tenant compte que la question de la proportionnalité ne peut pas être évaluée de manière définitive et qu'il revient à la République et canton de Genève de justifier que les critères de l'article 3 alinéa 1 LMI sont remplis.

### 6.2.5 Autres conditions

62. L'article 3 alinéa 3 LMI contient une **interdiction des barrières déguisées** – contrairement aux inégalités de traitement « directes » visées à l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI – à l'accès au marché en vue de favoriser les intérêts économiques locaux. Par ailleurs, les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une **procédure simple, rapide et gratuite** (art. 3 al. 4 LMI).

63. En l'espèce, on ne voit pas en quoi les restaurants, stands et autres commerces de détail genevois seraient avantagés par rapport à des offreurs externes dans le contexte de l'interdiction du plastique à usage unique. Il en va de même pour les éventuels producteurs de plastique à usage unique genevois et d'autres cantons. Il y a dès lors lieu de retenir que l'article 3 alinéa 3 LMI est respecté.

64. En l'absence d'informations sur la procédure cantonale permettant d'obtenir une décision fondée sur l'article 16 alinéa 2 LDéchets, une réserve est émise sur ce point.

## 7 Conclusion

65. Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que la LMI est applicable à la LDéchets, et, de manière plus générale, à toute législation cantonale fondée sur l'article 65 alinéa 1 LPE. Lorsqu'il s'applique à des offreurs externes exerçant sur le territoire genevois, l'article 16 alinéa 2 LDéchets constitue une restriction à l'accès au marché au sens de la LMI. Sur la base des informations à disposition, la justification de cette restriction sous l'angle de l'article 3 LMI semble, de manière générale et en l'état, plausible dans les limites propres à l'évaluation d'une norme abstraite.

66. En effet, les cas d'application de cette norme devront être appréciés individuellement, à la lumière de leurs circonstances spécifiques. Partant, et même si la justification d'éventuelles

---

<sup>47</sup> SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht (n. 11), vol. XI-DIEBOLD, N 114 et les explications au N 51 ci-dessus.

restrictions à l'accès au marché que constituerait l'application de l'article 16 alinéa 2 LDéchets paraît plausible, il ne peut être exclu que, cela ne soit pas le cas dans certaines situations concrètes. Dans de tels cas, l'article 16 alinéa 2 LDéchets ne s'appliquerait pas, car la LMI, en tant que droit fédéral, prime le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49 al. 1 Cst.). Si un tel cas devait se présenter, la COMCO se réserve le droit d'interjeter recours (art. 9 al. 2<sup>bis</sup> LMI). Il appartiendra de toute façon aux tribunaux compétents de rendre un jugement sur le fond : la COMCO peut établir des expertises ou des recommandations (art. 8 et 10 LMI), mais ne dispose pas de base légale pour appliquer directement la LMI.

## **Commission de la concurrence**

Dr Laura Melusine Baudenbacher  
Présidente

Prof. Dr Patrik Ducrey  
Directeur