

REGARDS SUR L'ACTUALITE JURIDIQUE



L'environnementalisation du droit des marchés publics : État des lieux et évolutions législatives

Par Mathieu Hemazro

Il ne fait aucun doute que l'émergence des préoccupations environnementales dans les marchés publics coïncide avec l'essor du développement durable comme nouveau paradigme des politiques publiques au tournant des années 2000 [1]. L'article 6 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement rend bien compte de ce changement de paradigme en consacrant le développement durable comme objectif des politiques publiques.

C'est dans ce contexte que la commande publique a été pensée comme devant participer à atteindre les objectifs du développement durable. Depuis, le mouvement d'intégration de l'environnement dans le droit de la commande publique connaît une évolution remarquable [2].

Pour autant, en dépit de la volonté affichée des pouvoirs publics, ce n'est qu'à partir de 2019 que le développement durable est présenté comme un objectif de la commande publique. Ce mouvement va, par la suite, connaître une évolution avec la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. Elle crée un article L. 3-1 au Code de la commande publique qui

dispose que : « *La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code* ».

Actuellement, avec le projet de loi relatif à l'industrie verte, la question du verdissement de la commande publique se retrouve, à nouveau, au cœur des réflexions. Comment expliquer un tel enchaînement des textes en faveur de l'environnementalisation de la commande publique dans des délais aussi courts ? Ces textes ont-ils réellement des effets positifs sur l'objectif d'environnementalisation de la commande publique ou serions-nous tout simplement en face d'un empilement de textes sans apports significatifs ?

S'il est difficile d'apporter une réponse définitive à cette question tant la mise en place de ces règles nécessite du temps, il demeure toutefois certain que nous sommes encore loin d'une construction juridique pleinement aboutie malgré ce volontarisme juridique. Le présent article a pour objectif de faire l'état des lieux de ce mouvement d'environnementalisation de la commande publique.

Cet exercice implique alors de mettre l'accent sur les sources internationales essentiellement incitatives (I) avant de s'appesantir sur la construction lente mais progressive observable en droit français (II).

I. Le droit international comme fondement du mouvement d'environnementalisation du droit des marchés publics

Les auteurs sont unanimes pour reconnaître que la notion juridique de commande publique environnementale a d'abord été forgée au sein des ordres juridiques internationaux avant de connaître une consécration en droit interne [3]. Par ordre juridique international, il faut ici entendre le droit des organisations internationales et de l'Union européenne. S'agissant du droit des organisations internationales, il n'appréhende l'environnementalisation des marchés publics que de manière médiane, notamment par l'entremise de la protection de l'environnement.

Compte tenu de son degré de normativité assez faible, il s'agit essentiellement d'instruments incitatifs (A). Il en va tout autrement du droit de l'Union européenne dont l'apport au processus d'environnementalisation de la commande publique s'avère beaucoup plus significatif (B).

A. Un processus initié au sein des organisations internationales

Plusieurs conventions internationales relatives à la protection de l'environnement peuvent trouver à s'appliquer au secteur des marchés publics. Il s'agit tantôt de conventions à vocation générale, tantôt de conventions spécifiquement liées aux problématiques environnementales dans les commandes publiques. Faute de pouvoir toutes les citer ici, seules quelques illustrations qui nous semblent significatives seront présentées ici. Il est difficile d'évoquer les instruments internationaux qui font la promotion du verdissement de la commande publique ou encore du *Green Public Procurement* sans citer, en premier lieu, l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) révisé en 2012 [4].

La révision de 2012 ayant notamment permis de prendre en compte l'environnement dans les spécifications techniques et les critères d'évaluation des offres.

L'article X.6 de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC prévoit en effet que : « *Il est entendu qu'une Partie, y compris ses entités contractantes, pourra, en conformité avec le présent article, établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement* ». De même, l'article X.9 de ce même accord prévoit que : « *Les critères d'évaluation énoncés dans l'avis de marché envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres pourront inclure, entre autres choses, le prix et d'autres facteurs de coût, la qualité, la valeur technique, les caractéristiques environnementales et les modalités de livraison* ».

Comme on peut s'en apercevoir, si ces deux dispositions promeuvent l'environnementalisation des marchés publics, elles y contribuent peu en revanche. Comme le fait remarquer un rapport de la chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III paru en juin 2022, sous la direction du professeur François Lichère : « *l'intégration des préoccupations environnementales est marginale face aux logiques de non-discrimination et de transparence au sein du commerce international* ».

Participe également à la construction de ce processus d'environnementalisation des marchés publics, la loi type sur la passation des marchés publics adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international [6].

Il faut dire que lorsqu'elle a été élaborée pour la première fois en 1990, cette loi type ne contenait à l'origine aucune référence à l'environnement. Ce n'est qu'à la faveur d'une révision de 2011, qu'ont été insérées les préoccupations environnementales relatives aux qualifications professionnelles des opérateurs économiques [7] et aux caractéristiques environnementales de l'objet du marché comme critères d'évaluation liés à l'objet de ce marché [8].

Là encore, on est loin de règles qui s'imposent avec force aux États. Au contraire, il ne s'agit que d'un référentiel réglementaire commun que les États sont libres d'adopter ou de ne pas adopter. Dans la même veine, on retrouve toujours au sein des instances de l'Organisation des Nations Unies (ONU), l'Agenda 2030 qui met l'accent sur dix-sept objectifs du développement durable que l'acheteur public doit prendre en compte dans la définition de ses besoins [9].

Non moins importants, on peut citer également différents accords internationaux qui, bien que ne visant pas expressément les marchés publics, établissent une nécessité d'agir et fixent des objectifs d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre. Il en est ainsi des traités qui fixent des limites chiffrées d'émission de ces derniers et qui peuvent être prises en compte dans la définition des politiques d'achat. Subséquemment, les seuils fixés par le Protocole de Kyoto (1997) et les Accords de Paris (2015) définissent une trajectoire que la commande publique contribue dans une certaine mesure à atteindre.

S'il ne fait aucun doute que l'ensemble de ces textes promeut l'intégration des clauses environnementales dans les marchés publics, il s'avère que les textes en question sont essentiellement incitatifs et par conséquent ne sont pas contraignants. Par comparaison, l'apport du droit de l'Union européenne mérite d'être salué.

B. L'apport significatif du droit de l'Union européenne (UE)

Au sein de l'Union européenne (UE), la volonté de définir une politique commune afin de préserver l'environnement a conduit à l'adoption de deux directives qui vont dans le sens de l'environnementalisation des marchés publics.

Il s'agit d'une part, de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics, et d'autre part, de la directive 2014/25/UE sur les marchés publics des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Ces deux directives ont été adoptées le 26 février 2014 par le Parlement européen et le Conseil. Elles ont pour objectif de simplifier les procédures de passation des marchés publics et de les rendre plus flexibles. Elles contiennent surtout de nouvelles règles visant à assurer une plus grande inclusion des objectifs du développement durable dans le processus de passation de marchés.

Ces objectifs transparaissent notamment dans :

- les spécifications techniques qui doivent notamment être formulées « *en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, y compris de caractéristiques environnementales, à condition que les paramètres soient suffisamment précis pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer le marché* » [10] ;
- l'utilisation des labels, qui permettent de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, notamment d'ordre environnemental [11] ;
- l'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse qui est déterminée sur la base du prix ou du coût, mais qui « *peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné* » [12] ;
- des partenariats d'innovation : lorsqu'un pouvoir adjudicateur souhaite acheter des biens ou des services, qui ne sont pas actuellement disponibles sur le marché, il peut établir un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs partenaires. Cela permet la recherche et le développement, le pilotage et l'achat ultérieur d'un nouveau produit, service ou ouvrage, en établissant un partenariat structuré. La procédure d'établissement d'un partenariat d'innovation est définie à l'article 31 de la directive 2014/24/UE ;

- la consultation du marché : les directives sur les marchés publics autorisent spécifiquement la consultation préalable du marché auprès des fournisseurs afin d'obtenir des conseils, qui peuvent être utilisés dans la préparation de la procédure. L'article 40 de la directive 2014/24/UE vise cette pratique.

Il faut aussi préciser que ces deux directives viennent entériner des décisions importantes de la Cour de justice de l'Union européenne relatives à la prise en compte de l'environnement dans la commande publique. Il est possible de mentionner plusieurs jurisprudences, mais s'il ne faut en retenir qu'une seule, c'est bien celle du « *Concordia Bus Finland* » [13].

Cette affaire portait sur l'attribution contestée d'un contrat pour le renouvellement du réseau de bus d'Helsinki. La Cour devait répondre à une question principale qui est de savoir : « *dans quelle mesure les exigences environnementales peuvent-elles être prises en considération au stade de l'attribution d'un marché et donner lieu à l'attribution de points supplémentaires ?* ».

Dans sa décision, la Cour a confirmé la possibilité de prendre en considération des critères d'attribution environnementaux lors de l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse. La Cour a cependant retenu quatre conditions à l'utilisation de tels critères.

En effet, les exigences environnementales en question doivent être liées à l'objet du marché, doivent être objectivement quantifiables, mentionnées dans le cahier des charges ou l'avis de marché et conformes aux principes généraux de la commande publique.

Toujours au sein de l'UE, le processus de verdissement des marchés publics passe aussi par l'introduction de dispositifs de droit souple sous l'impulsion de la Commission européenne. Elle a, en effet, fourni à cet égard des communications dans les années 2000.

De plus, elle a défini des critères communs en matière de marchés publics écologiques régulièrement actualisés. Elle impulse aussi la promotion du guide "*Buying Green !*" à l'ensemble des Etats membres et procède à un recensement des meilleures pratiques dont elle encourage la promotion et la communication au sein de l'UE [14]. Il est évident que l'ensemble de ces règles et pratiques sont une source d'inspiration pour la construction progressive du cadre juridique interne en faveur du verdissement de la commande publique.

II. La construction lente mais progressive de l'environnementalisation des marchés publics en droit français

En France, le droit des marchés publics n'a pas échappé à la tendance au « *verdissement* » qui irrigue actuellement de nombreuses politiques publiques. Mais ce n'est que récemment, et notamment avec l'entrée en vigueur du code de la commande publique en 2019, que le processus d'environnementalisation des marchés publics a pris de l'ampleur. Beaucoup de textes sont venus, ces dernières années, imposer aux acheteurs publics la prise en compte d'objectifs de développement durable [15].

Les règles contraignantes en faveur du verdissement de la commande publique sont ainsi précisées dans la loi climat et résilience (A) ainsi que dans le projet de loi industrie verte (B).

A. L'environnementalisation des marchés publics dans la loi climat et résilience : une avancée notable

Même si elle n'est pas exempte de critiques, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 dite loi Climat et Résilience renforce certains aspects de la commande publique environnementale [16]. Son véritable apport est de permettre qu'au moins un des critères d'attribution des marchés prenne en compte les caractéristiques environnementales de l'offre [17].

Il faut toutefois préciser que le caractère obligatoire d'un critère de choix n'est pas une nouveauté dans la commande publique.

Ainsi que le souligne le professeur Lichère : « *Les marchés de partenariat en connaissent - tout comme leurs prédécesseurs les contrats de partenariat - avec l'article L. 2222-4 relatif à la part d'exécution confiée aux PME ou à des artisans, obligation étendue aux marchés globaux par la loi du 7 décembre 2020 (CCP, art. L. 2152-9), et avec l'article L. 2222-5 pour le critère de la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels, lorsque la conception est confiée au partenaire* » [18].

Autre innovation, le décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 modifie la rédaction de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique. Il supprime la faculté de sélectionner des offres sur le critère du prix unique.

Le seul critère unique qui pourra être retenu ne sera plus le prix mais le critère du coût global à condition qu'il prenne en compte les caractéristiques environnementales de l'offre. La pluralité de critères est donc maintenue. Cette nouvelle rédaction de l'article R. 2152-7 entrera en vigueur le 22 août 2026.

Il est aussi utile de souligner que depuis la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, certains acheteurs doivent adopter un schéma de promotion des achats publics socialement responsables (SPASER), afin de déterminer « *les objectifs de passation de marchés publics comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés, ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs* ».

La loi du 22 août 2021 impose d'y inclure, depuis le 1^{er} janvier 2023, des indicateurs sur la part des achats socialement mais aussi écologiquement responsables réalisés par les collectivités ainsi que des objectifs à atteindre en la matière (CCP, art.

L. 2111-3, al. 3), tout en prescrivant la mise en ligne de ce schéma sur le site internet du pouvoir adjudicateur concerné, là où la loi de 2014 se limitait à le « *rendre public* ». Cet instrument présente donc un caractère incitatif important.

Mais, alors même que l'ensemble des mesures au cœur de la loi climat et résilience n'est pas encore entré en vigueur, le projet de loi industrie verte s'oriente également vers le verdissement de la commande publique.

B. L'environnementalisation des marchés publics dans le projet de loi industrie verte

De manière succincte, le projet de loi industrie verte contient trois propositions majeures, figurant aux articles 12 et 13, qui accentuent l'environnementalisation de la commande publique.

En premier lieu, le projet de loi complète l'habilitation à intervenir par ordonnance de l'article 12 de la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture, pour prévoir un nouveau cas d'exclusion des procédures de passation de la commande publique.

Cette exclusion vise les entreprises ne respectant pas leurs obligations de publication d'informations en matière de durabilité et qui leur incomberont après transposition, prévue par le même article d'habilitation, de la directive n° 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022.

En deuxième lieu, le projet de loi prévoit que les acheteurs pourront décider d'exclure des procédures de passation des contrats de la commande publique les entreprises qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un bilan des émissions de gaz à effet de serre prévue par l'article L. 229-25 du Code de l'environnement.

Là encore, il ne s'agit pas d'une nouveauté puisque les directives de 2014 relatives aux marchés publics (directive 2014/24/UE) et aux concessions (directive 2014/23/UE) précitées permettent explicitement aux Etats membres de prévoir de tels dispositifs.

Enfin, le projet de loi prévoit en troisième lieu d'introduire à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique une définition de l'offre économiquement la plus avantageuse, de façon à y faire apparaître la possibilité de prévoir des critères environnementaux dans le choix du cocontractant. Il n'est pas vain de s'interroger sur la nécessité d'une telle disposition.

En effet, comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son avis du 11 mai 2023 relatif au projet de loi sur l'industrie verte, « *l'explicitation de cette notion d'offre économiquement la plus avantageuse a été inscrite jusqu'à présent dans la partie réglementaire du code de la commande publique et aucune raison valable ne conduit à revenir sur le partage entre loi et règlement auquel il a ainsi été procédé* ».

Le Conseil d'Etat note à cet égard que la partie réglementaire du Code prévoit déjà que des critères environnementaux peuvent être pris en compte au titre de l'offre économiquement la plus avantageuse, de sorte que la disposition proposée ne change rien au droit positif.

En conclusion et compte tenu des éléments sus-évoqués, le projet de loi ne semble pas impulser de réels changements. La seule explication possible à cet empilement de textes sans que des changements significatifs ne soient intervenus semble résider dans les raisons diverses qui ont motivé l'adoption des deux textes.

En effet, alors que les dispositions de la loi climat sont traversées par l'idée d'atteindre les objectifs du développement durable et la prise en compte de l'environnement dans les marchés publics, le volet verdissement de la commande publique dans le projet de loi relatif à l'industrie verte semble plutôt

oeuvrer en faveur de la réindustrialisation de la France [19].



Par Mathieu Hemazro

Elève-avocat

Références :

- [1] *Voir en ce sens la loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.*
- [2] *Cette évolution est d'ailleurs soulignée par un rapport de la chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III paru en juin 2022. Le présent article s'inspire de ce rapport notamment en ce qui concerne le début du processus d'environnementalisation des marchés publics au niveau international.*
- [3] *Fanette AKOKA, Contrats de la commande publique et environnement, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2020.*
- [4] *Accord sur les marchés publics, OMC, 2012*
- [5] *Rapport précité sur « L'environnementalisation des marchés publics » de juin 2022, p. 32*
- [6] <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/2011-model-law-on-public-procurement-f.pdf>
- [7] *Article 9 de la loi type*
- [8] *Article 11 de la loi type*
- [9] <https://www.agenda-2030.fr/17-objectifs-de-developpement-durable/>
- [10] *Article 42 de la directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et article 60 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2014/17/CE*
- [11] *Article 43 de la directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE*
- [12] *Article 67 de la directive 2014/24/UE et article 82 de la directive 2014/25/UE*
- [13] *CJCE, 17 sept. 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland Oy AB. Voir : Damien Blaise, « Environnement et marchés publics : un mariage de raison ? », AJDA, 2003 p.433 ; Michel DEGOFPE, Jean-David DREYFUS, « L'entité adjudicatrice peut retenir un critère environnemental », RDI, 2003, p.272 ; Bernard GENESTE, « La protection de l'environnement, nouveau critère d'attribution d'un marché public », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 2, 21 Octobre 2002, 1043 p. 56.*
- [14] *Pour une vue exhaustive sur la construction de l'environnementalisation de la commande publique au sein de l'Union européenne, voir le rapport précité sous la direction de F. Lichère, p. 33-44.*
- [15] *loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (dite loi AGECE), le décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées, qui ont renforcé les obligations des collectivités en matière environnementale en leur imposant d'acheter de tels biens ou matières. Carine VAYSSE, « Lois EGALIM, AGECE, climat et résilience, chaud devant pour la commande publique ! », La Semaine Juridique - Administrations et collectivités territoriales, 20/12/2021.*
- [16] *Alexandre DELAVAY, « Loi « Climat » et commande publique : greenwashing législatif ou vraie avancée ? », Dalloz actualité, 9 septembre 2021.*
- [17] *Article 35, II, 6° de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. Il modifie l'article 2152-7 du code de la commande publique d'ici 2026.*
- [18] *F. Lichère, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique : Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », AJDA, 2022, p. 142*
- [19] *Issu d'un rapport de Monsieur Guillaume Kasbarian, président de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, le projet de loi établit en effet un lien entre la réindustrialisation et l'achat public. Voir également en ce sens la position de F. Lichère, « La commande publique dans le projet de loi pour une industrie verte : Réflexions sur l'enforcement à la française », AJDA, 2023, p. 1210*