

Faut-il renforcer les clauses environnementales dans les marchés publics ?

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 213 - Octobre 2020

Replier

Auteur(s): Xavier Matharan, Cabinet Parme Avocats

Critères

Thèmes : Types/catégories de contrats

Au fil du temps, la prise en compte de la protection de l'environnement par le droit de la commande publique a pris de l'ampleur. Pour autant, en l'état actuel du droit, l'insertion de clauses environnementales n'a pas de caractère contraignant. Faut-il rendre obligatoires de telles clauses comme le préconise la Convention citoyenne pour le climat ?

En premier lieu, la commande publique est un levier incontestable pour mettre en œuvre des politiques publiques essentielles. La préservation de l'environnement à cet instant où la crise climatique, l'atteinte inquiétante et réelle à la biodiversité sont devenues des réalités incontestables en est une essentielle. C'est pourquoi peu de sujets ont autant impacté le droit de la commande publique que ces préoccupations.

En deuxième lieu, l'origine des règles encadrant la commande publique sont de trois ordres dont il ne faut, dans les analyses n'en oublier aucun : qu'il s'agisse du droit international public, du droit de l'Union européenne ou, bien évidemment du droit public interne.

En dernier lieu, la construction de ces règles à une histoire qu'il convient de respecter avant de la bousculer. En d'autres termes, pour apprécier la prise en compte de la protection de l'environnement par le droit de la commande publique, il est essentiel de maîtriser, même sommairement, l'historique de ce mouvement de fond. En effet deux caractéristiques ont marqué son émergence : d'une part, cette prise en compte a été très progressive voire assez lente et, d'autre part, elle a été considérablement influencée par le droit international public et plus particulièrement par le droit de l'Union européenne, il serait donc vain de vouloir reformer cette réglementation sans l'inscrire dans ce cadre.

C'est donc à l'aune de ces trois considérations - une préoccupation légitime, un droit d'origine composite et une histoire ancienne - qu'il convient d'analyser les plus récentes demandes de modifications faites par la Convention citoyenne de rendre obligatoire et non plus facultative les clauses environnementale dans les marchés publics.

Une prise en compte ancienne mais non prescriptive par le droit international

Tout d'abord, cette prise en compte de la protection de l'environnement par le droit de la commande publique, plus particulièrement par le droit des marchés publics à l'origine, s'inscrit avant tout dans une perspective internationale. En effet, dès la Conférence de Rio en 1992 - il est remarquable à cet égard de relever que cet article a donné lieu à d'après discussions entre les États - le programme « Action 21 » adopté par les Nations-Unies prévoit que « les Gouvernements (...) devraient donc réexaminer les politiques d'achats de fournitures de leurs organismes et départements afin d'améliorer si possible l'élément environnement (...) ». Les États signataires s'engageaient alors à inciter

les collectivités locales à élaborer des Agenda 21. Cette politique qui n'avait donc rien de coercitif a rencontré dans un premier temps un certain succès avant d'être abandonné du fait de son absence d'obligation.

Néanmoins, les observateurs notèrent un fort engouement des villes et territoires pour se doter de chartes ou de conventions qu'elles annexèrent à leurs marchés publics afin d'orienter leurs achats vers le développement durable. Certes, rien n'était obligatoire et *a fortiori* sanctionné mais peu à peu une sorte d'acculturation des acheteurs publics se fit.

Pour être complet, il convient de relever que la recommandation la plus explicite fut celle de l'Organisation de coopération et de développement économique de 2002, même si encore une fois rien ne relevait d'une quelconque imposition juridique (1).

Un droit européen actif

Ensuite, pour ce qui concerne cette fois à l'intégration des préoccupations environnementales dans le droit européen, la première impulsion fut donnée par l'inclusion, dans l'article 130 R§2 du Traité de Maastricht, de l'objectif européen d'intégration. Aux termes de celui-ci, les exigences de la protection de l'environnement devraient être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques publiques.

La Commission européenne commençait donc à aborder la question des rapports entre environnement et commande publique dès le milieu des années quatre-vingt-dix par le biais non pas de la suprématie de la politique de préservation de l'environnement sur les autres politiques publiques mais par un simple souci d'intégrer ladite préoccupation dans les autres politiques, par définition supérieures, telles, au premier chef, la concurrence.

Les communications se succédèrent (pour ne citer que les plus notables) : Communication de la Commission du 27 novembre 1996 relatives aux marchés publics dans l'Union européenne - pistes et réflexions pour l'avenir ; Communication de la Commission sur le droit communautaire relatives aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés du 4 juillet 2001...

Dans le même temps, la Cour de Justice apportait sa contribution à l'édifice de la prise en compte de la question environnementale dans ce domaine. Par une décision importante du 17 septembre 2002 (2), elle soulignait, suivant la doctrine dominante, qu'un critère d'attribution à caractère environnemental pouvait être introduit afin de déterminer l'offre la plus avantageuse tout en précisant les conditions de régularité d'un tel critère. Ce dernier ne sera régulier qu'aux conditions suivantes :

- il doit être lié à l'objet du marché ;
- il ne doit pas conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix
- il doit être porté à la connaissance des candidats ;
- il doit respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire.

Cette possibilité était entérinée par le cadre juridique européen de 2004 relatif aux marchés publics.

Ainsi, le droit européen, fort des incitations du droit international, ne se contentait plus d'incitation mais faisait le choix d'une imposition ciblée et ponctuelle en lien avec l'objet du marché.

Un droit français mobilisé

C'est cette évolution que parachevait le droit interne français des marchés publics.

Le droit français se faisait ainsi le relais de l'évolution normative et jurisprudentielle européenne. La route fut longue et il serait fastidieux de la rappeler ici en détail, même si cette histoire - inachevée - apparaît comme un modèle de l'intégration progressive d'une préoccupation

sociale dans un corpus juridique.

Du Code des marchés publics de 2001 (3), très timidement d'ailleurs et bien en deçà de ce que laissait entrevoir la communication de la Commission européenne de l'époque au Code des marchés publics de 2004 (4), les préoccupations environnementales étaient peu à peu introduites dans les critères de jugement des offres et des candidatures. Par ailleurs, il précisait aussi que le cahier des charges pouvait prévoir des conditions d'exécution respectueuses de l'environnement et que le pouvoir adjudicateur pouvait exiger des renseignements sur la capacité des candidats à respecter l'environnement.

Ce faisant, le Code des marchés publics était ainsi allé au-devant des prescriptions du droit européen.

Une nouvelle avancée vit le jour à travers la réforme de 2006 (5) : la protection de l'environnement fut cette fois envisagée non plus seulement en amont lors du choix des candidats mais aussi en aval dans les spécifications techniques.

La Charte de l'environnement et son article 6 donnait une impulsion significative au renforcement de la question environnementale dans le droit des marchés publics et plus généralement de la commande publique. L'article 6 précisait en effet que « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Cette obligation de promotion du développement dans le cadre de la protection de l'environnement se retrouvait donc dans l'article 5 du Code des marchés publics de 2006 en tant qu'innovation notable : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable ». Comme l'affirme Hubert Delzangles, « Il convient de noter, que ce soit dans la Charte de l'environnement ou dans le Code des marchés publics, que si le pouvoir normatif n'évoque pas directement l'environnement mais le développement durable, dont il est une des trois composantes, il ne s'agit pas d'une possibilité mais bien d'une obligation » (6).

La jurisprudence fut fixée assez rapidement, la décision de principe *Communauté Urbaine de Nice-Côte d'Azur* (7) datant du 23 novembre. Le raisonnement juridique fut pédagogique et rigoureux. Après avoir rappelé que la liberté du pouvoir adjudicateur n'est pas totalement libre (8) ; après avoir indiqué que les critères environnementaux étaient pleinement admis (9), le Conseil d'État a fermement rejeté la proposition maximaliste aux termes de laquelle les collectivités publiques étaient tenues de prévoir des critères environnementaux lors de la passation de certains marchés publics.

En complément, mais dans des cas au fond assez limités, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse pouvait imposer à la collectivité de prendre en compte les incidences de l'exécution sur la protection de l'environnement ; par exemple, quand ladite exécution présentait un risque avéré d'atteinte à l'environnement.

De façon synthétique, ce rappel historique met en évidence les différences de motivation entre les droits et leur convergence récente pour ce qui concerne l'introduction des clauses environnementales dans les marchés. En droit interne, c'est plutôt la nécessité de répondre aux besoins propres de l'administration qui est à l'origine de l'introduction de la transparence dans le droit des marchés publics. Inversement, le droit communautaire des marchés publics est plutôt guidé par une logique concurrentielle laquelle explique l'irruption du droit de la concurrence dans un domaine jusque-là préservé. À ces deux objectifs liés à l'exemplarité dans la passation des marchés publics s'est donc ajoutée plus récemment une préoccupation de développement durable.

La fin programmée du seul critère du prix au profit de critères plus variés

Le rappel historique met ainsi en évidence combien l'importance économique initiale des marchés publics avait ainsi conduit les acheteurs publics dans la logique concurrentielle qui au fond ne se référait qu'à un seul critère d'attribution des marchés : celui du prix. Le critère active tout à la fois la concurrence entre les concurrents potentiels et protège les deniers publics. Pourtant, celui-ci s'est révélé potentiellement défavorable non seulement à la qualité des achats mais aussi à la qualité environnementale des produits. Le phénomène est connu : il conduit parfois les entreprises à faire des offres anormalement basses conduisant à l'élimination des plus faibles et à une concentration renforcée de l'offre renchérissant in fine le coût des achats. Dans le même temps, et il est important de relever que le constat a été fait dans

les deux droits (européen et interne), cette prééminence du prix a entraîné « un moins-disant environnemental ». D'où l'introduction parallèle, des clauses environnementales afin de lutter contre cette tendance.

L'opportunité d'un renforcement de l'obligation

Faut-il donc changer l'état du droit comme nous y invitent la Convention citoyenne pour le climat ?

Précisément, le Groupe de Travail Produire et travailler

- Objectif 7 suggère de « renforcer les clauses environnementales dans les marchés publics » en appliquant deux mesures simultanément :
- rendre les clauses environnementales obligatoires dans les marchés publics.

L'actuel article L. 2112-2 du Code de la commande publique serait ainsi complété :

« les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet.

Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation (...), au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations. Elles doivent prendre en compte les considérations relatives à la performance environnementale sur l'ensemble du cycle de vie des travaux, fournitures ou services objets du marché » ;

- mettre en avant la valeur écologique des offres en introduisant la notion d'offre « écologiquement » la plus avantageuse (10).

Ces deux mesures sont à rapprocher d'un autre objectif intitulé « utiliser le levier de la commande publique pour valoriser les produits issus de circuits courts, locaux, durables et à faibles coût environnemental, sous forme d'un guide d'achat ».

Concernant la première mesure, les conventionnels sont clairs. Ils constatent en effet que si cette clause existe (notamment au sein du plan national d'action pour les achats publics durables), elle n'est pas obligatoire et ne concerne pas l'ensemble des marchés publics : « Nous demandons donc de modifier le code de la commande public pour passer de la faculté qui existe déjà, à l'obligation d'insérer des clauses environnementales ».

Critique de la généralisation

Force est de constater toutefois qu'en systématisant la clause environnementale à l'ensemble des marchés publics et non plus à ceux qui ont une « dimension environnementale », la proposition heurte de plein fouet le droit communautaire rappelé ci-dessus qui pose comme principe l'adéquation des critères avec l'objet du marché.

Concernant la seconde mesure, elle reviendrait à créer « une valeur écologique » qui primerait sur l'actuelle « valeur économique ». Les conventionnels ajoutent avec justesse qu'ils ont « conscience que ces décisions vont avoir des impacts sur les collectivités territoriales et l'État : hausse des dépenses des collectivités, qui peut conduire à l'abandon de certain projets trop coûteux ».

L'intention est louable : le rapport met l'accent par exemple sur la proximité géographique. Vrai sujet et l'interpellation est salutaire. Il est loisible de relever qu'elle s'inscrit dans la continuité des mesures déjà anciennes renforcées récemment tendant à « verdir » la commande publique mais son caractère systématique pose difficulté et heurte encore une fois des principes désormais bien établis qu'il conviendrait d'amender plutôt que de supplanter brutalement.

Par ailleurs, ainsi que le relève le Président de la République dans sa réponse « aux membres de la convention citoyenne pour le climat » prononcée le 29 juin 2020, ces deux mesures nécessitent un dialogue avec les élus locaux qu'il souhaite d'ailleurs engager sans délai.

Conclusion provisoire

Au total et le recul historique le montre s'il en était besoin, de grandes avancées ont eu lieu depuis les accords de Rio de 1992 pour verdir la commande publique européenne et singulièrement française. Est-il temps de passer à une ultime étape comme nous y invitent les participants à la Convention citoyenne pour le climat et imposer, partout et pour tous, les clauses environnementales afin de pallier le relatif manque d'effectivité des politiques actuelles ?

Nous en doutons, nous pensons qu'il s'agit plutôt de mettre en œuvre l'actuelle réglementation si lente à émerger. Elle apparaît équilibrée, susceptible d'ores et déjà d'application ambitieuse et surtout responsabilisante pour les acheteurs publics. Ce ne serait que si la démonstration de son échec est faite, qu'il conviendra de remettre le « métier sur l'ouvrage ».

- (1) Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics, 23 janvier 2002, C(2002)3.
- (2) CJCE 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, aff. C-513/99.
- (3) Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics.
- (4) Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004.
- (5) Décret n° 2006-975 du 1er Août 2006 portant code des marchés publics.
- (6) H. Delzangles, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », *RJE* 2015/1, p. 19.
- (7) CE 23 novembre 2011, req. n° 351570, concl. Dacosta.
- (8) Par exemple pour des travaux complexes un département ne retenir que le seul critère de prix : CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, req. n° 298584.
- (9) Arrêt de la CJCE déjà cité.
- (10) Modification de l'article L. 2124-2 du Code de la commande publique.

Mots clés

Charte de l'environnement - Clauses environnementales - Critère d'attribution - Prix

Mes annotations (0)
