

Transports publics : d'une démarche volontariste à la contrainte ?

- Indépendamment du Grenelle de l'environnement, la loi du 21 août 2007 sur le service minimum dans les transports de voyageurs a pris en compte les conséquences sociales ou environnementales.
- Ce faisant, elle répond à l'objectif premier que la loi de 1982 d'orientation des transports intérieurs assigne à la politique des transports.
- Tour d'horizon des contraintes et questions découlant de ces objectifs.

Auteur

Mathieu Heintz, chef du service juridique, conseil général de l'Isère.

Référence

Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

Mots clés

Transports publics • Service minimum • Autorités organisatrices • Critères sociaux et environnementaux • Champ d'application • Droit de la commande publique • Définition des besoins • Développement durable • Passation du marché • Exécution

POUR ALLER PLUS LOIN

www.legrenelle-environnement.fr

L'articulation entre le développement durable et la politique des transports publics a été l'un des sujets phares de la réflexion conduite dans le cadre du Grenelle de l'environnement. Ainsi le groupe de travail sur la lutte contre les changements climatiques et la maîtrise de l'énergie a-t-il fixé comme objectif de ramener les émissions des transports à leur niveau de 1990 d'ici 2020⁽¹⁾. En effet, les émissions de gaz à effet de serre issus des transports ont augmenté de plus de 22% depuis 1990.

Or, à l'occasion de la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports⁽²⁾, connue sous le nom de loi sur le service minimum, le législateur est venu en quelque sorte au devant de cet objectif. L'article 12 de ce texte dispose que « les autorités organisatrices de transport incorporent dans les conventions qu'elles concluent avec les entreprises de transport des critères sociaux et environnementaux de qualité de service ».

Fruit d'un amendement parlementaire, cette disposition a été présentée comme visant à combattre la tentation de certaines autorités organisatrices de transport de favoriser les moins-disants dans les procédures de passation des contrats⁽³⁾. En d'autres termes, elle vise à prévenir les conséquences sociales ou environnementales d'offres qui, pour être plus compétitives, seraient délibérément sous-évaluées.

La mise en œuvre de cette disposition interroge à la fois sur son champ d'application, son insertion dans les contrats publics et son articulation avec le droit de la commande publique, son caractère contraignant, et enfin sur sa déclinaison pratique.

(1) www.legrenelle-environnement.fr. Synthèse et principales mesures du groupe 1 : « Lutter contre les changements climatiques et maîtriser la demande d'énergie », p. 4.

(2) Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

(3) Sénat - projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public de transport - amendement n° 79 du 16 juillet 2007, présenté par M. Billout et M^{me} David.

I. Le champ d'application « qualitatif » de la loi sur le service minimum

En premier lieu, l'article 12 de la loi du 21 août 2007 s'adresse aux autorités organisatrices de transport. L'article 1^{er} de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 définit l'autorité organisatrice des transports comme « toute collectivité publique, groupement de collectivités publiques ou établissement public compétent, directement ou par délégation, pour l'institution et l'organisation d'un service public de transport terrestre régulier ». Ce sont donc essentiellement les collectivités locales, autorités organisatrices de transport, qui sont concernées par cette disposition. Pour les transports urbains, ce sont les communes ou, dans la plupart des cas, les établissements publics de coopération intercommunale qui sont compétents pour sa mise en œuvre⁽⁴⁾. Pour les transports interurbains, ce sont les départements qui sont concernés ou les régions lorsque les liaisons se situent hors du département⁽⁵⁾.

Le champ d'application de la loi se limite cependant aux transports terrestres réguliers de voyageurs, secteur certes déjà conséquent⁽⁶⁾. Plus spécialement, par référence aux définitions données dans la loi d'orientation des transports intérieurs (dite Loti)⁽⁷⁾, ce texte est uniquement applicable aux transports urbains, interurbains et ferroviaires de voyageurs à vocation non touristique. Exit les modes de transports maritime et aérien. Les collectivités locales gestionnaires d'aéroport ou de port ne sont donc pas concernées par l'insertion de clauses d'insertion sociales ou environnementales dans leurs contrats. En outre, seuls les services réguliers sont touchés, auxquels les transports scolaires sont assimilés, c'est-à-dire ceux pour lesquels les itinéraires, les points d'arrêt, les fréquences, les horaires et les tarifs sont fixés et publiés à l'avance⁽⁸⁾.

Enfin, l'article 12 de la loi porte sur les conventions conclues par les autorités organisatrices avec les entreprises de transports. Le sens générique du terme convention inclut donc à la fois les contrats de transports conclus sous la forme de marchés publics de service et les délégations de service public. Pourraient également être visées les conventions conclues entre une autorité organisatrice de transport et une régie autonome de transport.

II. À quel stade de la vie du contrat intégrer ce dispositif ?

Seul le code des marchés publics prévoit expressément la prise en compte du développement durable dans les contrats. Le droit des délégations de service public n'intègre pas de dispositif similaire. Cependant il peut être raisonné par analogie entre ces deux sphères contractuelles. Le code des marchés publics 2006 a renforcé la prise en compte du développement durable

dans l'achat public. De façon synthétique, elle peut se faire en trois étapes :

1. L'article 5, relatif à la définition des besoins, impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte de préoccupations de développement durable.
2. Ensuite, ces préoccupations pourront également être intégrées dans le processus d'achat à différentes étapes : au cours de la passation du marché et au moment de son exécution⁽⁹⁾. Ainsi, lors de la procédure de passation, l'article 45 relatif à la présentation des candidatures autorise les acheteurs à examiner le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques. Mais surtout, l'article 53-1^o du code autorise les pouvoirs adjudicateurs à retenir comme critère de sélection des offres, dès lors qu'ils ont un lien avec l'objet du marché, les performances des candidats soit en matière de protection de l'environnement, soit en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.
3. Pour ce qui est de la réalisation du contrat, le code prévoit que les conditions d'exécution d'un marché « peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection de l'environnement et mise en valeur de l'environnement et progrès social »⁽¹⁰⁾.

Il convient à cet égard de situer l'article 12 de la loi sur le service minimum dans l'une ou l'autre de ces étapes. Sur ce point, le sens strict de cet article est ambigu.

D'une part, la loi dispose que les préoccupations sociales et environnementales sont incorporées dans les conventions. L'on comprend ainsi qu'il s'agit d'éléments à intégrer dans le cadre de l'exécution des contrats, autrement dit de clauses d'exécution à l'instar de ce que prévoit l'article 14 du code des marchés publics.

Néanmoins, elle énonce, d'autre part, qu'il s'agit de critères sociaux et environnementaux. Or, la notion de critère est expressément employée à l'article 53 du code des marchés publics, au titre de la sélection des offres. Il convient alors de rechercher quelle a été l'intention du législateur.

La motivation même de l'amendement ne permet pas de dégager une interprétation claire. Il est en effet indiqué que « les auteurs de cet amendement souhaitent, en conformité avec le règlement "obligation des services publics", combattre la tentation pour les autorités organisatrices des transports qui disposent de faibles moyens, de favoriser dans leur appel d'offres les moins disant sociaux »⁽¹¹⁾.

Il semble en réalité que cette disposition ait été perçue sous un double aspect, à la fois permettant la sélection des offres sur la base de tels critères et autorisant l'insertion de clauses d'exécution de cette nature. En effet, lors de la discussion du

(4) Art. 27 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'organisation des transports intérieurs.

(5) Art. 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982.

(6) Art. 1^{er} de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007.

(7) Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982.

(8) J.-F. Auby et O. Raymundie, *Le service public*, Éditions Le Moniteur, 2003, p. 556.

(9) Circulaire NOR : ECOM0620004C du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (JO du 4 août 2006) – Comment peut-on intégrer des préoccupations environnementales dans l'achat public ?

(10) Art. 14 du code des marchés publics.

(11) Sénat – projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public de transport – amendement n° 79 du 16 juillet 2007, présenté par M. Billout et M^{me} David.

projet de loi devant l'assemblée nationale, il a été dit, d'une part, qu'« en soumettant la passation de contrats avec les opérateurs à des critères sociaux et environnementaux, on pousse les autorités organisatrices de transport à se conformer à ces exigences »⁽¹²⁾. Mais il a été également soutenu que « l'insertion de clauses sociales et environnementales est de nature à bénéficier aux usagers. La course à la baisse des coûts peut en effet favoriser des moyens de transports polluants. Dès lors, le respect des clauses environnementales se fera au bénéfice de l'environnement. La sécurité y gagnera aussi, car on sait que le niveau de qualification des conducteurs, leurs horaires et leurs conditions de travail influent sur la qualité du service rendu. L'âge des salariés joue aussi sur la qualité et la fiabilité des services de transport »⁽¹³⁾.

Assurément, l'article 12 de la loi vise à la fois les critères de sélection des offres et les clauses d'exécution. C'est donc à ce double titre que les contrats de transport pourront intégrer des préoccupations sociales et environnementales. Cependant, cette prise en compte, pour être légale, devra respecter les limites posées en la matière par la jurisprudence.

III. À quelles conditions la prise en compte du développement durable est-elle légale ?

Il est possible d'intégrer des considérations environnementales et sociales dans les contrats de transport, pour autant qu'elles soient mentionnées dans les documents de la consultation, qu'elles aient un lien avec l'objet du contrat et qu'elles n'aient pas un effet discriminatoire⁽¹⁴⁾. Toute la question réside en réalité dans l'existence d'un lien avec l'objet du contrat. La jurisprudence s'est prononcée sur une telle prise en compte, à la fois comme critère d'attribution et comme condition d'exécution.

En matière de critère d'attribution, la jurisprudence communautaire s'est justement positionnée sur l'utilisation de ces critères spécifiques pour l'attribution de marchés de transport. Dans un appel d'offres pour ses services d'autobus, la ville d'Helsinki prévoyait, parmi les critères d'attribution, l'octroi de points supplémentaires aux sociétés qui satisfaisaient à certains niveaux d'émissions et de bruit. Sur la base de ces points supplémentaires, le marché a été attribué à la compagnie de transport municipal. L'un des concurrents évincé a contesté cette décision en invoquant que les niveaux d'émissions et de bruit ne pouvaient être utilisés comme critères d'attribution. Or la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré que le critère portant sur le niveau d'émissions d'oxyde d'azote et de bruit des autobus nécessaires au fonction-

nement du service de transport était bel et bien lié à l'objet du contrat⁽¹⁵⁾. De même, la Cour de justice a admis explicitement que le mieux-disant social peut constituer un critère licite d'attribution d'un marché⁽¹⁶⁾.

À ce jour cependant, le lien avec l'objet du marché n'est pas interprété avec la même rigueur par le juge communautaire et le juge français. En effet, le Conseil d'État a considéré comme illégal, parce que sans rapport avec l'objet du marché, un critère tiré des propositions des candidats en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation⁽¹⁷⁾.

En définitive, cette divergence fait que, pour des raisons juridiques, le recours à un critère lié au développement durable, principalement de performance sociale, est plutôt déconseillé. Et il semble préférable de réserver de telles considérations aux clauses d'exécution des marchés⁽¹⁸⁾. Ainsi la CJCE a-t-elle reconnu que le mieux-disant social est légal en tant que condition d'exécution du marché⁽¹⁹⁾. De même, la Commission européenne préconise d'intégrer des considérations environnementales dans les conditions d'exécution des marchés⁽²⁰⁾.

IV. L'intégration de clauses sociales et environnementales dans les contrats de transport est-elle obligatoire ?

Les autorités organisatrices seront-elles contraintes d'intégrer des clauses sociales et environnementales dans leurs contrats de transport ? L'article 12 de la loi du 21 août 2007 est formulé de façon impérative. En effet, en droit, l'usage du présent par le verbe « incorporent » indique que cette insertion présente un caractère obligatoire.

Il est cependant possible de raisonner par analogie avec l'interprétation retenue pour l'article 5-I du code des marchés publics qui dispose également de façon contraignante que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

Or, dans une réponse ministérielle, le ministère de l'économie et des finances a précisé que cette rédaction impose au pouvoir adjudicateur une obligation de s'interroger sur la définition de ses besoins, eu égard à des objectifs de développement durable⁽²¹⁾. Pour relever ensuite que « dans la mesure où cette obligation pèse sur le pouvoir adjudicateur lors de la définition de son besoin, c'est-à-dire en amont du lancement

(12) Assemblée nationale, compte-rendu analytique officiel, séance du mercredi 1^{er} août 2007.

(13) *Idem*.

(14) Communications interprétatives de la Commission : « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés » (JOCE N° C 333 du 28 novembre 2001, p. 12) et « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés » (JOCE n° C 333 du 28 novembre 2001, p. 27) ; A. Bréville, « La détermination et la mise en œuvre des critères en droit communautaire », CP-ACCP, n° 39, décembre 2004, p. 39.

(15) CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, aff. C-513/99.

(16) CJCE 26 septembre 2000, *Commission c/France*, aff. C-225/98.

(17) CE 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, req. n° 229666, concl. D. Piveteau : « L'illégalité du critère du "mieux-disant social" dans les marchés publics », AJDA, janvier 2002, p. 46.

(18) F. de Baecke, « Critère social et effectivité de la concurrence : un dialogue de sourds ? », CP-ACCP, n° 50, décembre 2005, p. 32 ; H. Pongérad-Fayet, « Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus », AJDA, 27 mars 2006, p. 635.

(19) CJCE 20 septembre 1988, *Bentjens*, aff. C-31/87.

(20) Commission européenne, *Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques*, p. 38.

(21) *Rép. min. Q. n° 25167* (JO Sénat du 11 janvier 2007, p. 75).

de la procédure, il n'a pas à justifier vis-à-vis des opérateurs économiques de son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable dans les documents de la consultation du marché public. En revanche, dans la mesure où il s'agit d'une obligation qui lui est imposée par le code, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, de son impossibilité de prendre en compte de tels objectifs de développement durable.

En d'autres termes, le contrat de transport n'intégrant pas de clauses sociales et environnementales n'encourra pas la censure, dès lors que la collectivité publique sera en mesure de justifier cette impossibilité.

IV. En quoi peuvent consister de telles clauses dans la pratique ?

Il reste naturellement à mettre en œuvre cette obligation. Sur le plan environnemental, l'intention du législateur est clairement d'éviter que, dans une course à la baisse des coûts, ne soient favorisés les transports polluants⁽²²⁾. Dès lors, à l'instar de ce qui a été jugé dans l'arrêt communautaire *Concordia Bus Finland*, pourrait être intégré un critère d'attribution portant sur les niveaux d'émissions d'oxyde d'azote et de bruit des autobus nécessaires au fonctionnement du service de transport⁽²³⁾. De même, pourrait être exigée, l'insertion d'une clause d'exécution relative à la formation des conducteurs à l'écoconduite.

En matière sociale, le législateur est parti du constat que la seule comparaison des coûts, aux dépens des conditions de travail a

pour effet de soumettre les salariés à de fortes pressions et à un dumping social. Aussi a-t-il préconisé que soient également pris en compte le niveau de qualification des conducteurs, leurs horaires et leurs conditions de travail, ces trois paramètres influant directement sur la qualité de service. Ces éléments pourraient donc être repris soit comme critère de sélection, soit comme condition d'exécution du contrat de transport. Il ne s'agit là que de quelques propositions, bien d'autres méritent d'être explorées.

Conclusion

En définitive, cette disposition de la loi du 21 août 2007 répond à l'objectif premier que la loi de 1982 d'orientation des transports intérieurs assigne à la politique des transports⁽²⁴⁾. Son article 1^{er} dispose en effet que « le système de transports intérieurs doit satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques, sociales et environnementales les plus avantageuses pour la collectivité. Il concourt à l'unité et à la solidarité nationales, à la défense du pays, au développement économique et social, à l'aménagement équilibré et au développement durable du territoire ainsi qu'à l'expansion des échanges internationaux, notamment européens ».

Il n'en demeure pas moins que la réalisation des objectifs de développement durable dans les transports publics ne se fera pas à moindre coût. Ainsi, le Groupement des autorités responsables des transports (Gart) a évalué à 43,5 milliards d'euros le besoin de financement des transports publics pour viser une réduction des émissions de gaz à effet de serre de 20% à l'horizon 2020⁽²⁵⁾. Il y a là un vrai choix politique. ■

(22) *Assemblée nationale, compte-rendu analytique officiel - séance du mercredi 1^{er} août 2007.*

(23) *CJCE 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, aff. C-513/99; Commission européenne, Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques, p. 34.*

(24) *Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs.*

(25) *Le Moniteur-expert.com, « Grenelle de l'environnement : l'investissement dans les transports publics s'élève à 43,5 milliards d'euros », 3 septembre 2007; « Gart, ACUF, AMGVE, Financement des transports urbains. Quel bilan à fin 2007 ? Quelles perspectives ? » septembre 2007.*