

Réemploi des déchets et commande publique après la loi du 17 août 2015 sur la transition énergétique

La loi du 17 août 2015 contient un certain nombre de dispositions relatives à la valorisation des déchets qui vont impacter le droit de la commande publique. Néanmoins, certaines des règles posées apparaissent encore insuffisantes et inadaptées à ce droit.

Depuis plusieurs années, le droit de la commande publique constitue un levier d'action au service des politiques publiques (construction, transports, insertion sociale, protection de l'environnement). Avec la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁽¹⁾, c'est un nouveau pas qui est franchi, en faveur d'une « transition vers une économie circulaire ».

L'économie circulaire a vocation à devenir un nouveau modèle économique basé sur une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières et sur la prise en compte du cycle de vie complet des produits, depuis leur production jusqu'à leur recyclage.

Parmi les objectifs de développement durable et d'achat responsable, la gestion des déchets apparaît comme un enjeu majeur. Plus particulièrement, la problématique du réemploi des déchets est largement abordée, bien que les modalités concrètes de réalisation des objectifs ambitieux fixés par cette loi ne soient pas précisées.

Le réemploi, et plus globalement la valorisation des déchets, constitue une filière en plein essor et les dernières innovations technologiques permettent des solutions intéressantes dont les communes et établissements publics de coopération intercommunale, compétents en la matière⁽²⁾, se saisissent et doivent se saisir plus encore. Le traitement des déchets s'entend désormais comme un mode de production d'énergie ou comme une source de revenus supplémentaires, grâce à leur valorisation ou leur réemploi.

Dans ce contexte, nous proposons de rappeler d'abord les principaux apports de la loi du 17 août 2015 en matière de valorisation des déchets, avant de nous intéresser aux conséquences de ces obligations sur les acheteurs publics. Mais les moyens offerts paraissent encore insuffisants et d'autres modifications, notamment en matière de commande publique, pourraient opportunément permettre de faciliter encore l'atteinte de ces objectifs.

Auteur

Guillaume Gauch

Avocat associé

Samuel Couvreur

Avocat

SCP Seban et Associés

Mots clés

Avenant • Biodéchets • Économie circulaire • Transport des déchets • Valorisation des déchets

(1) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

(2) CGCT, art. L. 2224-13.

Les objectifs et prescriptions fixés par la loi de transition énergétique en matière de valorisation des déchets

La loi du 17 août 2015 consacre un titre entier à la lutte contre les gaspillages et la promotion de l'économie circulaire, de la conception des produits à leur recyclage. Les objectifs fixés ont d'abord une application nationale, avec la mise en œuvre tous les cinq ans d'une stratégie nationale de transition vers l'économie circulaire par le gouvernement, incluant notamment un plan de programmation des ressources nécessaires aux principaux secteurs d'activités économiques. Un article L. 110-1-1 du Code de l'environnement est créé et précise que « la transition vers une économie circulaire vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets ». Et il est immédiatement souligné que « la commande publique durable [...] contribue à cette nouvelle prospérité ». La création de ce concept démontre la volonté du législateur de rendre consubstantielles la commande publique et le développement durable. Si l'on peut regretter l'absence de ce terme dans la nouvelle réglementation des marchés publics, pourtant adoptée quelques semaines après la loi du 17 août 2015, on notera toutefois que ces nouvelles règles font néanmoins du développement durable une composante importante de la décision de l'acheteur^[3] et un objectif inhérent à la définition de ses besoins^[4].

Les implications sont évidemment et également locales. Les collectivités territoriales sont, en effet, exclusivement en charge de la gestion du service public de traitement des déchets. Des objectifs précis leur sont ainsi assignés.

Il s'agit d'abord de donner la priorité à la prévention et à la réduction de la production de déchets, en réduisant de 10 % les quantités de déchets ménagers et assimilés produits par habitant, et en réduisant les quantités de déchets d'activités économiques par unité de valeur produite, notamment du secteur du bâtiment et des travaux publics, en 2020 par rapport à 2010. Dans cette perspective, la loi autorise le lancement d'expérimentations afin de développer notamment des dispositifs de consigne, en particulier pour le réemploi des déchets ou encore le développement de broyeurs d'évier de déchets ménagers organiques.

La lutte contre l'obsolescence programmée des produits manufacturés, grâce à l'information des consommateurs,

et le développement du réemploi constituent des objectifs, non chiffrés et qualitativement importants.

Il est prévu une augmentation de la quantité de déchets faisant l'objet d'une valorisation sous forme de matière, notamment organique, en orientant vers ces filières de valorisation, respectivement, 55 % en 2020 et 65 % en 2025 des déchets non dangereux non inertes, mesurés en masse. Le législateur a entendu expressément préciser que le service public de gestion des déchets doit localement décliner ces objectifs pour réduire les quantités d'ordures ménagères résiduelles après valorisation. À cet effet, les autorités déléguées sont invitées à progresser dans le développement du tri à la source des déchets organiques, jusqu'à sa généralisation pour tous les producteurs de déchets avant 2025, « pour que chaque citoyen ait à sa disposition une solution lui permettant de ne pas jeter ses biodéchets dans les ordures ménagères résiduelles, afin que ceux-ci ne soient plus éliminés, mais valorisés »^[5]. La collectivité territoriale doit ainsi définir « des solutions techniques de compostage de proximité ou de collecte séparée des biodéchets et un rythme de déploiement adaptés à son territoire ». Les collectivités doivent enfin progresser vers la généralisation d'une tarification incitative en matière de déchets, avec pour objectif que quinze millions d'habitants soient couverts par cette dernière en 2020, et vingt-cinq millions en 2025.

Au moins 70 % des déchets du secteur du bâtiment et des travaux publics, partie importante de la production globale de déchets, devront être valorisés sous forme de matière. Du reste, les déchets qui ne peuvent être recyclés en l'état des techniques disponibles et qui résultent d'une collecte séparée ou d'une opération de tri réalisée dans une installation prévue à cet effet, devront faire l'objet d'une valorisation énergétique. Afin de ne pas se faire au détriment de la prévention ou de la valorisation sous forme de matière, la valorisation énergétique réalisée à partir de combustibles solides de récupération doit être pratiquée, soit dans des installations de production de chaleur ou d'électricité intégrées dans un procédé industriel de fabrication, soit dans des installations ayant pour finalité la production de chaleur ou d'électricité, présentant des capacités de production de chaleur ou d'électricité dimensionnées au regard d'un besoin local, et étant conçues de manière à être facilement adaptables pour brûler de la biomasse ou, à terme, d'autres combustibles, afin de ne pas être dépendantes d'une alimentation en déchets.

Enfin, le transport des déchets est soumis au principe de proximité, qui consiste à assurer la prévention et la gestion des déchets de manière aussi proche que possible de leur lieu de production, et à permettre de répondre aux enjeux environnementaux tout en contribuant au développement de filières professionnelles locales et pérennes au regard de critères légaux identifiés (efficacité environnementale, nature des déchets...) ^[6].

[3] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 2.

[4] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 30.

[5] Code de l'environnement, art. L. 541-1 modifié.

[6] Voir X. Bigas, « Principe de proximité, élimination des déchets et commande publique », *CP-ACCP* n° 117, janvier 2012.

Les conséquences de cette loi pour les acheteurs publics, en matière de gestion des déchets

L'article L. 541-1 modifié du Code de l'environnement précise que « la commande publique durable est mise au service de la transition vers l'économie circulaire et de l'atteinte des objectifs mentionnés au présent I. Par son effet d'entraînement, elle contribue à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage ». La commande publique est ainsi mise au service de l'objectif de développement durable, et la gestion des déchets en devient un levier d'action essentiel.

C'est ainsi qu'un service public de prévention et de gestion des déchets est créé par l'article L. 2224-17-1 du CGCT. Sur ce fondement, l'exécutif devra présenter un rapport annuel sur le prix et la qualité du service public de prévention et de gestion des déchets, destiné notamment à l'information des usagers. Ce rapport, qui complète le dispositif d'informations à destination des élus et des usagers en matière de délégation de service public, devra rendre compte de la situation de la collectivité territoriale par rapport à l'atteinte des objectifs de prévention et de gestion des déchets fixés au niveau national. Il présente notamment la performance du service en termes de quantité d'ordures ménagères résiduelles et sa chronique d'évolution dans le temps.

Au-delà des objectifs de réduction des déchets produits, avec la généralisation des formes de tarification incitative que sont la redevance d'enlèvement des ordures ménagères incitative⁽⁷⁾ et la taxe d'enlèvement des ordures ménagères incitative⁽⁸⁾, l'accent est mis sur la nécessité de valoriser et réemployer au maximum les déchets. Pour répondre à ces objectifs, plusieurs règles sont imposées aux collectivités, qui devront ainsi prévoir dans leurs contrats, dès lors qu'elles externalisent la gestion de ce service public, les éléments permettant d'y parvenir. Il s'agit ainsi d'une véritable feuille de route devant fonder le choix des modes de gestion du service public, qui est fixée aux collectivités.

D'abord, et afin de sensibiliser le consommateur à ces problématiques, une obligation d'information est prescrite. À ce titre, une réflexion devra être menée par les collectivités pour déterminer la forme que devra prendre une telle communication à destination des consommateurs (inclusion dans les contrats relatifs à la collecte et au traitement des déchets, politique de communication autonome...).

Ensuite, les collectivités devront prévoir des formes de tri à la source pour les déchets organiques, afin que ce type de déchets puisse être valorisé. Elles sont invitées à recourir à des solutions techniques de compostage de proximité ou de collecte séparée des biodéchets et un

rythme de déploiement adaptés au territoire en orientant ces déchets vers des filières de valorisation matière de qualité. Selon la loi du 17 août 2015, la généralisation du tri à la source des biodéchets ne rend plus pertinente la création de nouvelles installations de tri mécano-biologique d'ordures ménagères résiduelles n'ayant pas fait l'objet d'un tri à la source des biodéchets, et ne fait, en conséquence, plus l'objet d'aides des pouvoirs publics. Tout nouveau projet d'installations de tri mécano-biologique paraît donc désormais juridiquement difficile à mettre en œuvre.

En outre, il est imposé aux collectivités de réaliser la valorisation énergétique des combustibles solides de récupération dans des installations de production de chaleur ou d'électricité intégrées dans un procédé industriel de fabrication, ou dans des installations ayant pour finalité la production de chaleur ou d'électricité, présentant des capacités de production de chaleur ou d'électricité dimensionnées au regard d'un besoin local et étant conçues de manière à être facilement adaptables pour brûler de la biomasse ou, à terme, d'autres combustibles, afin de ne pas être dépendantes d'une alimentation en déchets.

On pourra également remarquer l'incidence de ces objectifs de valorisation des déchets sur les contrats ne portant pas spécifiquement sur cette matière. Ainsi, il est prévu qu'au plus tard en 2020, l'État et les collectivités territoriales s'assurent qu'au moins 70 % des matières et déchets produits sur les chantiers de construction ou d'entretien routiers dont ils sont maîtres d'ouvrage sont réemployés ou orientés vers le recyclage ou les autres formes de valorisation matière. Plus particulièrement, tout appel d'offres que l'État ou les collectivités territoriales publie pour la construction ou l'entretien routier devra intégrer une exigence de priorité à l'utilisation des matériaux issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage de déchets. Ils devront justifier qu'à partir de 2017, au moins 50 % en masse de l'ensemble des matériaux utilisés pendant l'année dans leurs chantiers de construction routiers sont issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage de déchets (60 % en 2020) et que, pour les matériaux utilisés pendant l'année dans les chantiers de construction et d'entretien routiers, parmi ces matériaux, au moins 10 % (20 % en 2020) en masse des matériaux utilisés dans les couches de surface et au moins 20 % (30 % en 2020) en masse des matériaux utilisés dans les couches d'assise sont issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage de déchets.

C'est enfin l'organisation même du service public de collecte et de traitement qui doit être repensée, dans la perspective de l'application du principe de proximité afin de permettre de traiter les déchets aussi près que possible de leur lieu de production. On pense plus particulièrement aux incidences de cette obligation pour les établissements publics de coopération intercommunale dont le territoire est parfois étendu, mais aussi aux futures consultations pour la conclusion de marchés publics ou de délégation de service public, qui devront intégrer cette donnée dans le choix de l'attributaire ou du lieu de valorisation des déchets.

Toutes ces prescriptions ont naturellement des incidences sur les contrats actuels puisque certains objectifs sont fixés à courte échéance, et une modification de

(7) CGCT, art. L. 2333-76.

(8) CGI, art. 1522 bis.

ces contrats pourrait être nécessaire afin de parvenir aux objectifs fixés. Les nouveaux contrats, qu'il s'agisse des contrats portant spécifiquement sur le traitement et la valorisation des déchets ou des contrats plus généraux, mais qui ont des incidences environnementales comme les marchés de travaux, devront immédiatement inclure ces nouvelles règles. Plus globalement, les réflexions menées par les collectivités, pour la mise en œuvre du service public de gestion des déchets dont elles ont la responsabilité, devront également être menées dans la perspective du respect de ces règles.

Ce sont ainsi des objectifs précis que fixe cette loi aux collectivités, avec des incidences importantes, qui interrogent d'ailleurs quant à la valeur du principe de libre administration des collectivités territoriales. Mais du point de vue opérationnel, aucun outil juridique nécessaire pour y parvenir facilement n'est prévu pour les collectivités. On peut ainsi regretter l'établissement d'une énième feuille de route, louable et ambitieuse certes, mais non d'une véritable boîte à outils efficace permettant d'assouplir certaines règles, encore trop rigoureuses, en matière de commande publique.

La persistance des difficultés de mise en œuvre et les modifications nécessaires du droit de la commande publique

D'abord, et de l'aveu même des professionnels du secteur, les nouveaux objectifs fixés par la loi du 17 août 2015 seront difficilement atteignables. Ainsi, l'association AMORCE considère que certaines orientations de ce projet de loi, notamment en termes de moyens à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs, vont à l'encontre des préconisations portées par les collectivités locales, en fixant des objectifs de moyens, sans prise en compte de leurs contraintes, de l'existant et de leurs diversités. Ce sont ainsi plus de 300 nouvelles installations qui devraient être mises en œuvre en cinq ans pour parvenir aux objectifs fixés.

Nous nous attacherons ici à relever les principales difficultés en lien avec la commande publique, même si la question du financement des collectivités reste également, en la matière, une question centrale.

Il apparaît d'abord que certaines règles sont encore insuffisantes ou inadaptées. Ainsi, l'économie circulaire ne peut réellement s'installer que si les producteurs sont tenus à des obligations de valorisation matière lors de la phase de production des produits. Imposer aux collectivités un objectif de valorisation matière de 60 %, alors même qu'un tiers des produits mis sur le marché ne peut faire l'objet d'une telle valorisation, c'est en fait imposer une valorisation à plus de 90 % des déchets techniquement valorisables. La loi impose en outre aux collectivités, des choix techniques (fin des installations de tri mécano-biologique) précis qui ne sont pas forcément adaptés au contexte de chaque collectivité. Surtout, la question de la valorisation énergétique, pourtant essentielle, est restreinte aux seuls combustibles solides de récupération. Ainsi, aucune règle n'est fixée pour faciliter la valo-

risation énergétique à haute performance alimentant les réseaux de chaleur ou réalisant une cogénération.

Certaines règles seront, en l'état actuel du droit de la commande publique, difficilement applicables : la question, par exemple, de la proximité du lieu de production des déchets et du lieu de traitement n'est pas aisée. Du reste, le droit de la commande publique ne permet pas de fixer des critères de sélection liés à l'implantation géographique des opérateurs⁽⁹⁾, et la doctrine administrative considère que « la proximité géographique d'une entreprise, dans le but de réduire les émissions de CO₂, ne peut être en tant que telle intégrée comme critère de sélection des offres »⁽¹⁰⁾. Comment alors permettre aux collectivités de mettre en œuvre des modes de gestion du service public des déchets ou de choisir des constructeurs, tout en respectant les notions de développement durable ?

Plus encore, les règles applicables en matière de délégation de service public constituent parfois même un frein à la mise en œuvre des objectifs fixés par la loi du 17 août 2015. On pense ainsi au cloisonnement de chaque activité de service public qui empêche de confier à un délégataire deux services publics différents. Par exemple, de sérieuses questions juridiques, techniques et financières se posent lorsqu'il s'agit de raccorder une unité de valorisation énergétique des déchets à un réseau de chaleur, ces activités étant gérées par deux délégataires différents. Or, on sait que les usagers d'un service public de nature industrielle et commerciale ne peuvent prendre à leur charge des coûts qui ne correspondraient pas au service qui leur est rendu, et la porosité entre ces deux activités est ainsi rendue difficile alors même qu'elle pourrait s'avérer efficace. Globaliser de telles activités permettrait alors de rationaliser la dépense publique tout en améliorant la gestion durable de ces services publics, et on ne peut que regretter, à ce titre, qu'un service public plus large portant sur la valorisation énergétique des déchets (traitement, valorisation, gestion des débouchés vers un réseau de chaleur et exploitation de ces réseaux) n'ait pas été créé.

Enfin, les règles relatives aux avenants des contrats publics sont trop strictes et empêchent de faire évoluer de manière rationnelle la gestion du service public sur des contrats de longue durée. Ainsi, des choix techniques ou juridiques, faits il y a vingt ans, peuvent difficilement être remis en question lors de l'exécution du contrat, là où d'autres opportunités en matière de mode de traitement des déchets ou de débouchés de valorisation évoluent bien plus rapidement et pourraient venir ainsi améliorer le service.

En définitive, si la loi du 17 août 2015 fixe des règles générales et des objectifs ambitieux et positifs, la transition vers une économie circulaire ne pourra intervenir véritablement que si les outils juridiques proposés permettent de les réaliser. Pour l'heure, ces outils restent peu ou mal adaptés.

(9) Voir par exemple CJCE, 27 octobre 2005, Commission c/ Espagne, aff. C-158/03.

(10) Rép. min. à QE n° 12974, JO Sénat Q. 1^{er} juillet 2010.