

La commande publique circulaire : une nouvelle « philosophie » en construction

La loi du 17 août 2015 et les textes relatifs à la commande publique intègrent plus que jamais l'économie circulaire dans la commande publique. Si de nouveaux outils sont à la disposition des collectivités, leur maîtrise reste encore délicate et certains freins subsistent. Il s'agit d'une véritable et nouvelle « philosophie » à construire.

La commande publique sert depuis longtemps de levier pour la mise en œuvre de politiques publiques plus larges. Cette utilisation fait parfois débat, comme c'est le cas pour les fameuses clauses « Molière » dans les marchés publics⁽¹⁾, mais elle produit souvent ses effets : rappelons qu'en France, la commande publique représente à elle seule près de 10 % du produit intérieur brut et son impact sur les pratiques des acheteurs et des acteurs économiques est certain. Fort de ce constat, la France a décidé d'engager la commande publique sur le chemin du développement durable et de l'économie circulaire. L'achat public n'est plus seulement garant d'une bonne utilisation des deniers publics, mais devient également un véritable outil de protection de notre environnement. Les textes relatifs à la commande publique⁽²⁾ et la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la

Auteur

Guillaume Gauch

Avocat associé

Samuel Couvreur

Avocat

SCP Seban et Associés

Mots clés

Économie circulaire • Commande publique • Valorisation des déchets

(1) La clause « Molière » impose l'usage de la langue française sur les chantiers. Voir TA Lyon 13 décembre 2017, Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes, req. n° 1704697 ; CE 4 décembre 2017, Région Pays de la Loire, req. n° 413366.

(2) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 ; ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et son décret d'application n° 2016-86 du 1^{er} février 2016.

croissance verte⁽³⁾, ont ainsi créé le concept de commande publique circulaire, fondé sur des objectifs de développement durable, de consommation sobre et responsable et sur la prise en compte du cycle de vie complet des produits, depuis leur production jusqu'à leur recyclage.

Cette philosophie est toutefois en construction et les acheteurs pourraient se heurter à des difficultés juridiques que nous nous attacherons à dégager.

La commande publique circulaire en construction : les outils à disposition

À la suite de l'adoption de la loi du 17 août 2015 et afin d'accélérer la mise en œuvre de l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015, le Gouvernement avait décidé d'élaborer une feuille de route définissant des actions concrètes pour parvenir à la satisfaction des objectifs posés par ces textes. Une large consultation publique a été lancée à l'automne 2017 afin de recueillir les attentes mais aussi les propositions des différents acteurs concernés. La feuille de route a été présentée en avril dernier et propose cinquante mesures dont certaines concernent plus particulièrement les collectivités, essentiellement dans le cadre de la gestion du service public des déchets. Un financement spécifique, via les éco-organismes agréés, sera créé pour les collectivités volontaires mettant en place une consigne solidaire pour les bouteilles en plastiques et les canettes. Le tri à la source des bio-déchets devra être déployé par les collectivités, d'abord par la collecte dans les cantines et les restaurants, ensuite par les ménages. En outre, plusieurs dispositifs existants d'éco-contributions sur les déchets ménagers seront élargis aux déchets des professionnels, souvent collectés dans le cadre du service public. L'on retiendra enfin, sans être exhaustif, l'application d'une TVA à 5,5% sur les activités contribuant à l'économie circulaire et des mesures destinées à favoriser le recours à une taxe d'enlèvement sur les ordures ménagères (TEOM) incitative.

Ces dernières mesures viennent compléter le dispositif existant, issu de la réforme du droit de la commande publique et dont il convient ici de rappeler les principaux éléments.

D'abord, en amont de la mise en concurrence, les acheteurs peuvent effectuer un sourçage⁽⁴⁾, en établissant des échanges préalables avec les acteurs économiques ou des études de marché, pour mieux appréhender l'offre disponible et ainsi mieux définir les besoins. Ce nouvel outil est intéressant - il peut par exemple permettre de recenser sur un territoire des produits biosourcés durables ou l'offre de l'économie circulaire - mais en pratique force est de constater que les collec-

tivités n'ont pas encore totalement acquis cette culture de rationalisation économique préalable à l'achat.

Certaines techniques d'achat, comme les groupements de commande par exemple, permettent également de réaliser des économies d'échelle, dégagant ainsi une marge supplémentaire pour choisir une offre plus respectueuse de l'environnement : en 2010, la ville de Paris a mis en place un groupement de commande pour fournir les repas à une dizaine de restaurants collectifs, ce qui lui a permis de choisir plus de 20 % de produits issus de l'agriculture biologique et en circuit court, sans augmentation significative des coûts.

Au stade de la passation et de la définition des besoins, l'acheteur est également invité à définir les caractéristiques attendues en se référant « au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés » ou « à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs »⁽⁵⁾. La réforme du droit de la commande publique permet également aux acheteurs d'imposer, sous conditions, un label particulier pour la réalisation de la prestation (dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché), qu'il s'agisse de labels environnementaux ou sociaux⁽⁶⁾. Plus largement, les conditions d'exécution du marché peuvent intégrer des considérations environnementales⁽⁷⁾. Cette possibilité est particulièrement utile dans les marchés de construction (obligation de réemploi des déchets, modalités de traitement et de valorisation strictes, ...), étant rappelé que les déchets de la construction constituent près de 70 % des déchets en France⁽⁸⁾.

Enfin, les critères d'attribution du marché peuvent naturellement prendre en compte ces considérations environnementales et liées à l'économie circulaire. Du critère prix, les acheteurs sont invités à passer au critère « coût du cycle de vie », lequel inclût notamment « les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie »⁽⁹⁾. Plus encore, les critères d'attribution directement liés aux performances environnementales, à la biodiversité, au développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture et même au bien-être animal sont envisageables dès lors qu'ils présentent un lien avec l'objet du marché⁽¹⁰⁾. Le poids de leur pondération constitue également un levier intéressant face au seul critère prix ou coût du cycle de vie.

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

(4) Article 4 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(5) Article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(6) Article 10 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(7) Article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

(8) La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 impose d'ailleurs que 70 % de ces déchets soient valorisés sous forme de matière d'ici 2020.

(9) Article 63 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(10) Article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

Au-delà de l'utilisation de ces outils juridiques, c'est bien une nouvelle philosophie que les collectivités sont invitées à construire dans leur processus d'achat : à ce titre, le changement de pratique et l'utilisation de ces nouveaux outils passent souvent par la nécessaire formation des agents et par l'élaboration de documents cadres, comme par exemple une charte de l'achat responsable qui peut permettre de déterminer une stratégie globale de la commande publique circulaire ou le schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables imposé pour les collectivités dont le montant total annuel des achats dépasse cent millions d'euros^[11].

Des freins persistants

Pour autant, l'on constate que les acheteurs rencontrent des difficultés pour mieux prendre en compte l'économie circulaire, difficultés qui proviennent essentiellement d'une inadéquation entre les enjeux et l'organisation interne des services des collectivités (manque de moyens, contraintes politiques et organisationnelles, manque de connaissance des secteurs économiques ou des innovations environnementales...). Une étude de 2014 réalisée en Italie a ainsi mis en évidence l'importance de la formation et de la mise en place de guides ou de formations pour développer le recours aux critères environnementaux dans l'achat public, ainsi que la synergie entre le service dédié aux achats et le service dédié à l'environnement au sein de la collectivité.

Outre ces freins systémiques, de véritables difficultés juridiques perdurent. Par exemple, si le critère d'attribution « coût du cycle de vie » représente une avancée très intéressante, reste qu'aucune indication quant au mode de calcul de ce coût n'existe (excepté pour les véhicules^[12]) et donc la comparaison des offres sur ce point peut s'avérer très délicate. En l'absence de méthodes harmonisées par type de produits, et plus globalement de méthodes d'évaluation multicritères permettant d'apprécier en toute transparence et égalité les propositions intégrant la performance environnementale, l'utilisation de ces outils se révèle difficile^[13].

Plus généralement, les incertitudes juridiques liées à l'utilisation de certains de ces outils peuvent constituer un obstacle sérieux : comment déterminer de manière sécurisée qu'un critère environnemental est bien lié et proportionné à l'objet du marché ? Le recours à un label est-il justifié et ne contribue-t-il pas à limiter la concurrence ? Le critère lié à l'approvisionnement en circuit court ne constitue-t-il pas une discrimination géographique ? Quelle est la valeur de la doctrine administrative qui considérait en 2010 que « la proximité géographique d'une entreprise, dans le but de réduire

les émissions de CO₂, ne peut être en tant que tel intégré comme critère de sélection des offres »^[14] ? Autant de questions auxquelles les services des collectivités doivent répondre, face à un impératif fort de sécurité juridique et une position parfois rigide des juges administratifs qui font prévaloir le droit de la commande publique et ses règles de concurrence plutôt que les enjeux de l'économie circulaire et du développement durable.

De manière plus générale, l'on constate que la plupart des dispositions relatives à l'économie circulaire dans la commande publique ne constitue pas des obligations contraignantes (aucune sanction n'est prévue), laissant les acheteurs libres de les intégrer ou non dans leurs marchés. Or, en l'absence d'outils concrets, de caractère contraignant de ces dispositions et de certitude quant à la sécurité juridique de certains dispositifs, l'on ne saurait reprocher aux collectivités de ne pas se saisir pleinement des possibilités offertes par le nouveau droit de la commande publique durable.

Par ailleurs, les fréquents changements de réglementation, y compris sur les aspects fiscaux (l'on pense à la taxe générale sur les activités polluantes par exemple), tout comme l'évolution rapide des technologies ou des process (en matière de valorisation des déchets par exemple), outre qu'ils ne facilitent pas la tâche des services, peuvent nécessiter une modification des contrats en cours, en particulier ceux conclus sur le long terme comme les concessions de service public. Or, les règles relatives aux modifications des marchés ou des délégations de service public n'apportent pas toujours la souplesse qu'exige cette remise à niveau.

Ces freins persistent mais les collectivités sont en marche et certains retours d'expérience sont très encourageants : finalement ce n'est pas tant l'utilisation des outils juridiques de la commande publique que les innovations et le bon sens qui peuvent faire la différence.

Des exemples encourageants

En France, plusieurs collectivités ont mis en place des outils et des méthodes intéressantes pour aller vers plus de commande publique circulaire.

Brest Métropole vient de reconduire un marché public de gestion de ses cinq déchèteries, dans lequel elle a introduit une clause de performance ayant une incidence sur la rémunération du prestataire afin de l'inciter à améliorer le tri et accroître la valorisation des déchets.

Dans la région bordelaise, le projet d'aménagement Euratlantique a donné naissance à « Plateforme Noé » grâce à un appel à manifestation d'intérêt lancé en 2015, qui est une plateforme de mutualisation de divers services en circuits courts entre plusieurs chantiers (stockage, transport, formation, insertion...), mais aussi un ensemble d'interactions entre les entreprises pour réduire les nuisances environnementales et optimiser la

[11] Article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

[12] Directive 2009/33/CE du 23 avril 2009.

[13] Voir néanmoins l'intéressant Guide établi par la Commission européenne pour l'achat vert : http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_fr.pdf

[14] Rép. min. n° 12974, *JO Sénat* 1^{er} juillet 2010.

gestion des ressources (gestion des terres excavées et polluées, stockage des matériaux issus des chantiers et reconditionnement sur place pour leur réemploi).

Dijon Métropole a expérimenté avec succès le remplacement du titre de transport par la carte bancaire de l'utilisateur, qui permet un paiement sans contact et une validation directe du titre de transport.

En termes de stratégie globale d'achat, il peut être relevé l'initiative de l'Établissement Public Territorial Est Ensemble qui a adopté un Plan Climat Air Energie Territorial en février 2017, prévoyant une politique d'achats durables afin de limiter les émissions de gaz à effet de serre. La ville de Paris a, quant à elle, adopté un plan dédié à l'économie circulaire pour 2017-2020, afin d'augmenter la part des produits éco-conçus dans les achats publics et développer une logique d'économie de fonctionnalité dans les marchés publics.

Étonnant enfin, mais non moins durable, est le projet de cimetière vert de la ville de Niort qui propose un cimetière dans lequel seuls les cercueils biodégradables et les habits en fibres naturelles des défunts sont acceptés.

Le reste de l'Europe est également source d'idées innovantes. Ainsi, au Danemark, un groupement de commandes, incluant une soixantaine de villes, a réussi à

effectuer un achat de meubles comprenant 70 % de bois recyclé ou certifié durable avec un coût inférieur de 26 % au prix du marché. Aux Pays-Bas, la ville de Brummen a donné un bon exemple de ce que la pondération des critères peut conduire à une véritable démarche durable : la construction du nouvel hôtel de ville a donné lieu à une procédure dans laquelle les critères prix et environnementaux avaient le même poids. La définition des besoins et la finalité du bâtiment ont également largement participé au verdissement du projet : le cahier des charges prévoyait que le bâtiment devait durer vingt ans et serait ensuite facilement démontable afin que 95 % des matériaux qui le constituent puissent être réutilisés pour construire d'autres bâtiments. L'offre choisie s'est avérée finalement 30 % moins chère que d'autres projets proposés.

En définitive, la commande publique constitue un outil efficace d'intégration des ambitions portées par l'économie circulaire. Des freins subsistent mais ils ne font pas obstacle aux bonnes idées. Surtout, le levier de la commande publique semble d'autant plus intéressant qu'il permet d'insuffler une dynamique sur un territoire, en contribuant à faire émerger de nouvelles innovations, qui peuvent structurer un véritable écosystème territorial auquel participent les collectivités mais également les acteurs économiques et les citoyens.