

Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi Climat et Résilience

L'objectif de verdissement de la commande publique figurant dans la loi Climat et Résilience se traduit par de nouvelles obligations qui portent notamment sur la définition du besoin. Cependant, le respect des principes fondamentaux de la commande publique impose aux personnes publiques cocontractantes une certaine vigilance dans la mise en œuvre des dispositions introduites par cette loi.

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ces effets, dite « loi Climat et Résilience », promulguée le 22 août 2021, vient traduire une partie des propositions de la Convention citoyenne pour le climat afin de lutter contre le dérèglement climatique par la réduction de 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 par rapport à 1990 et d'atteindre la neutralité carbone d'ici 2050.

Au sein de son titre III « Produire et Travailler », la loi Climat et Résilience a fixé un objectif de « verdissement » de la commande publique.

Cet objectif, qui est envisagé globalement, se traduit par de nouvelles obligations qui portent à la fois sur la définition du besoin, le choix de l'entreprise attributaire et sur les conditions d'exécution des contrats de la commande publique.

Plus spécifiquement, s'agissant des dispositions relatives à la définition des besoins, si le texte a pu être jugé insuffisant par plusieurs associations de défense de l'environnement, les mesures relatives à la commande publique, qui devraient entrer en vigueur au plus tard le 24 août 2026, entérinent un « verdissement » de la commande publique et semblent ainsi dans leur principe assez ambitieuses.

Les dispositions de la loi Climat et Résilience viennent par ailleurs préciser et renforcer les obligations qui incombent déjà aux pouvoirs adjudicateurs et autorités concédantes dans la prise en compte des objectifs de développement durable au sein de la définition de leurs besoins. Ces apports demeurent enfin assez prescriptifs, imposant aux personnes publiques contractantes une certaine vigilance dans leur mise en œuvre.

Auteurs

Marie-Hélène Pachen-Lefèvre
Avocate associée
Cabinet Seban & Associés

Alexandra Ouzar
Juriste
Cabinet Seban & Associés

Le « verdissement » de la commande publique acté

Parmi les 146 propositions de la Convention citoyenne pour le climat retenues par le Président de la République, certaines s'inscrivent dans un objectif de « verdissement » de la commande publique.

Initialement, les mesures souhaitées par la Convention citoyenne pour le climat, qui portaient à la fois sur la passation et sur l'exécution des marchés publics, avaient pour objet d'inscrire le choix de l'offre économiquement et écologiquement la plus avantageuse dans les procédures d'appel d'offres, d'ajouter des considérations environnementales dans la définition du besoin par l'acheteur, de renforcer les préoccupations environnementales dans les clauses relatives aux conditions d'exécution des marchés publics et de mettre au centre de l'achat public la notion de performance environnementale.

Sur la définition du besoin notamment, la Convention citoyenne pour le climat proposait la modification de l'article R. 2111-8 du Code de la commande publique pour y préciser que, lorsque cela est pertinent, des spécifications techniques relatives notamment à l'incidence environnementale des travaux, fournitures ou services devaient être formulées.

Si toutes les propositions de « verdissement » de la commande publique n'ont pas été retranscrites dans la loi Climat et Résilience, cet objectif a néanmoins été consacré et acquis, au fil des débats parlementaires, un aspect plus contraignant.

En effet, le projet de loi déposé par l'Assemblée nationale le 10 février 2021 n'avait pas initialement repris la proposition de modification de l'article R. 2111-8 du Code de la commande publique susvisée et ne comportait que des dispositions relatives à l'attribution des marchés publics et à leurs conditions d'attribution. La passation des marchés publics et plus spécifiquement la définition des besoins de l'acheteur n'ont finalement été abordées que par le biais d'un amendement introduit à l'Assemblée nationale en première lecture.

L'amendement visait la modification de l'article L. 2111-2 du Code de la commande publique afin qu'il soit indiqué que « Ces spécifications techniques prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

Cette proposition, finalement adoptée à l'article 35 de la loi Climat et Résilience, va donc plus loin que la proposition de la Convention citoyenne pour le climat. En effet, elle ne prévoit pas la formulation de spécifications techniques relatives à l'incidence environnementale du marché public seulement lorsque cela est pertinent, mais semble généraliser la prise en compte d'objectifs de développement durable à tous les marchés, quel que soit leur objet. Cependant, restent exclus du champ d'application de cet article les marchés publics de défense et de sécurité.

Bien plus, et conformément à l'avis consultatif du Conseil d'État rendu le 4 février 2021 sur le projet de loi⁽¹⁾, cette disposition a été étendue aux contrats de concessions du fait de leurs objets et des secteurs sur lesquels ils peuvent porter, comme le transport ou l'assainissement, où la prise en compte de considérations environnementales paraît pertinente.

Les besoins des autorités concédantes devront donc, conformément à la nouvelle rédaction de l'article L. 3111-2 du Code de la commande publique, être également définis par le biais de spécifications techniques et fonctionnelles qui prendront en compte des objectifs de développement durable dans leur dimension environnementale.

À titre d'exemple, l'article 39 de la loi Climat et Résilience impose l'utilisation de matériaux biosourcés ou bas carbone pour, au minimum, 25 % des travaux de rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique et dépassant un montant fixé par décret⁽²⁾. Cette exigence pourrait alors être précisée au sein de spécifications techniques.

Ainsi, sont consacrées dans le Code de la commande publique des dispositions qui permettent de concrétiser en pratique, dès la définition de son besoin par l'acheteur, l'atteinte des objectifs de développement durable auquel la commande publique doit désormais participer conformément au nouvel article L. 3-1 dudit Code.

Mais, plus qu'une concrétisation, la loi Climat et Résilience vient renforcer le caractère contraignant de l'obligation de prise en compte d'objectifs de développement durable au stade de la définition du besoin par l'acheteur ou l'autorité concédante qui était déjà préexistante dans le Code de la commande publique.

La concrétisation et le renforcement d'une obligation de verdissement préexistante sur la définition des besoins des acheteurs et autorités concédantes

Bien avant la promulgation de la loi Climat et Résilience, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire par l'acheteur ou l'autorité concédante devaient être déterminées en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale⁽³⁾.

L'article 35 de la loi Climat et Résilience ne vise pas la nature ou l'étendue du besoin à définir mais les spécifications techniques, c'est-à-dire, les caractéristiques

(1) CE Avis 4 février 2021, n° 401933, point 25.

(2) Cette obligation, retranscrite à l'article L. 228-4 du Code de l'environnement, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2030.

(3) CCP, art. L. 2111-1 et L. 3111-1.

requis des travaux, fournitures ou des services faisant l'objet du contrat de la commande publique concerné⁽⁴⁾.

Cependant, il était déjà permis aux acheteurs et autorités concédantes d'intégrer des préoccupations environnementales dans l'étendue et la nature de leur besoin par le biais de spécifications techniques, mais aussi en imposant certains labels ou normes écologiques⁽⁵⁾.

La loi Climat et Résilience vient donc, *d'abord*, préciser les modalités de prise en compte des objectifs de développement durable dans la détermination de la nature et de l'étendue des besoins de l'acheteur ou de l'autorité concédante. Cela doit se faire par le biais des spécifications techniques, même si rien n'empêche les pouvoirs adjudicateurs et autorités concédantes d'imposer, au surplus, des labels ou des normes écologiques.

Elle vient donc concrétiser l'obligation de prendre en compte les préoccupations environnementales dès la phase de définition du besoin, tel que le précise la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance (ci-après « la Direction des Affaires Juridiques ») dans sa fiche explicative sur la loi Climat et Résilience⁽⁶⁾.

Ensuite, l'évolution semble se trouver dans l'aspect contraignant des nouvelles dispositions relatives aux spécifications techniques créées par la loi Climat et Résilience.

En effet, le Conseil d'État a pu considérer que la détermination de la nature et l'étendue des besoins par la prise en compte des objectifs de développement durable n'était qu'une obligation de moyen à la charge des acheteurs publics et autorités concédantes⁽⁷⁾, comme le confirme la Direction des Affaires Juridiques⁽⁸⁾.

Désormais, l'obligation de prendre en compte dans les spécifications techniques des objectifs de développement durable, combinée à l'obligation de prévoir au moins un critère d'analyse sur les caractéristiques environnementales des offres, également introduite par la loi Climat et Résilience, paraît davantage se présenter comme une obligation de résultat.

Ainsi, sans pouvoir préjuger de l'appréciation du juge sur la définition du besoin dans les marchés publics et contrats de concession à l'aune des modifications introduites par la loi Climat et Résilience, on peut supposer

une approche plus stricte de sa part sur le respect de l'obligation de prise en compte dans les spécifications techniques de caractéristiques environnementales.

Au demeurant, la jurisprudence s'est aussi déjà prononcée sur le degré de définition des besoins attendus dans les marchés publics et contrats de concession et sur le contenu de leurs spécifications techniques. Les acheteurs et autorités concédantes devront alors faire preuve de vigilance dans la mise en œuvre des nouveaux articles L. 2111-2 et R. 3111-2 du Code de la commande publique.

Les points de vigilance à observer par les acheteurs et les autorités concédantes

L'efficacité de la commande publique passe en premier lieu par une définition précise et suffisante de son besoin par l'acheteur public ou l'autorité concédante.

L'absence ou l'insuffisance de définition des besoins est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et peut, à ce titre, être sanctionnée par le juge administratif et aboutir à l'annulation de la procédure de passation du contrat⁽⁹⁾.

En outre, au-delà du risque contentieux, une définition du besoin insuffisante risque de ne pas être en adéquation avec l'offre existante. Dans ces conditions, seules des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables risqueraient d'être présentées, pouvant mener à une déclaration d'infirmité du marché public ou du contrat de concession.

Or, les articles L. 2111-2 et L. 3111-2 du Code de la commande publique, dans leur rédaction issue de la loi Climat et Résilience, restent peu précis sur le degré de prise en compte des objectifs de développement durable par les spécifications techniques.

Sans précisions textuelles en ce sens, les acheteurs publics et autorités concédantes devront faire preuve de vigilance pour définir le plus précisément possible les spécifications techniques de leurs futurs marchés publics et contrats de concession.

Cependant, un degré trop poussé de précision sur les aspects environnementaux attendus dans les spécifications techniques du marché public ou du contrat de concession pourrait avoir pour effet de fausser la concurrence en mentionnant des caractéristiques que seuls certains opérateurs économiques pourraient proposer.

Pour mémoire en effet, l'acheteur public ne peut mentionner une marque ou un brevet au sein des spécifications techniques de son marché public sauf à indiquer

(4) CCP, art. R. 2111-4 et R. 3111-1.

(5) Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction des Affaires Juridiques, « Fiche – La définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019.

(6) Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction des Affaires Juridiques, « les mesures commande publique 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 (dite loi « Climat et résilience »), 24 août 2021.

(7) CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

(8) Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction des Affaires Juridiques, « Fiche – La définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019.

(9) Pour exemple : CE 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, req. n°310380 ; CE 15 novembre 2017, Commune du Havre, req. n° 412644.

la mention « ou équivalent » lorsqu'il ne peut faire autrement⁽¹⁰⁾.

Ainsi, dans l'attente d'éventuelles précisions sur la prise en compte des objectifs de développement durable dans la définition de leurs besoins, les acheteurs publics et autorités concédantes devront continuer à définir leurs besoins de façon suffisamment précise et à déterminer des spécifications techniques neutres et objectives.

En définitive, par la loi Climat et Résilience, le « verdissement » de la commande public continue à s'imposer comme une des considérations essentielles au centre de la bonne utilisation des deniers publics. L'efficacité de la commande publique repose aussi dorénavant sur la prise en compte de préoccupations environnementales dès le stade de la définition des besoins.

Toutefois, le respect des principes fondamentaux de la commande publique, et notamment de celui d'égalité entre candidats, impose aux personnes publiques cocontractantes une certaine vigilance dans la mise en œuvre des dispositions introduites par la loi Climat et Résilience.

L'article 35 de la loi Climat et Résilience prévoit l'entrée en vigueur des dispositions relatives aux spécifications techniques à une date fixée par décret et au plus tard au 24 août 2026.

[10] Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction des Affaires Juridiques, « Fiche – La définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019.

Tel que l'indique le Conseil d'État dans son avis consultatif sur le projet de loi Climat et Résilience dans sa rédaction initiale⁽¹¹⁾, cette durée particulièrement longue laisse le temps aux acheteurs publics et autorités concédantes de se former sur le bon degré de prise en compte des considérations environnementales dans leurs contrats.

D'ailleurs, la Convention citoyenne pour le climat proposait d'accentuer la formation des fonctionnaires et des élus en charge des marchés publics. À cet effet, l'article 36 de la loi Climat et Résilience précise qu'au plus tard le 1^{er} janvier 2025, des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût du cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achat seront mis à disposition des pouvoirs adjudicateurs par l'État. L'objectif étant, comme le précise la Direction des Affaires Juridiques, « d'accompagner les acheteurs dans la définition de leur politique d'achat et de les éclairer dans leur prise de décision lors de la passation de leurs marchés ».

En tout état de cause, les acheteurs et autorités concédantes peuvent d'ores et déjà intégrer dans la définition de leur besoin des préoccupations environnementales. D'autant plus que l'article L. 3-1 du Code de la commande publique selon lequel « 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 » est, quant à lui, déjà en vigueur.

[11] CE Avis 4 février 2021, n° 401933, point 25.