

Comment intégrer des clauses environnementales dans les marchés publics ?

Un certain nombre de dispositifs incitent voire contraignent les pouvoirs adjudicateurs à intégrer la considération environnementale dans les contrats de la commande publiques. Pour l'essentiel, il s'agira d'insérer des clauses et critères environnementaux de façon opérationnelle au sein desdits contrats, de la définition des besoins par l'acheteur à l'exécution de la prestation en cause par son titulaire.

« 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. ». Depuis l'intégration de ces dispositions au sein de l'article L. 3-1 du Code de la commande publique par la loi Climat et Résilience⁽¹⁾, telle est donc la vocation des contrats de la commande publique : non pas seulement répondre aux besoins de l'acheteur public mais être également un vecteur de verdissement de l'économie.

À cette fin, plusieurs dispositifs incitent actuellement et contraindront bientôt les pouvoirs adjudicateurs à intégrer la considération environnementale dans les contrats de la commande publiques et notamment les marchés publics. Mais il conviendra pour les acheteurs de s'emparer dès à présent de cet enjeu dans toute sa mesure et d'anticiper leurs obligations en la matière. Pour l'essentiel, il s'agira d'insérer des clauses et critères environnementaux de façon opérationnelle au sein desdits contrats, de la définition des besoins par l'acheteur à l'exécution de la prestation en cause par son titulaire.

La considération environnementale lors de la passation du marché public

Une définition des besoins prenant en compte des objectifs de développement durable

Afin d'intégrer des considérations environnementales à ses marchés publics, l'acheteur devra, une fois son objet

Auteur

Ana Nuytten
Avocate à la Cour
Cabinet Seban et Associés

(1) Article 35 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.

déterminé, l'intégrer dans les documents de la consultation aux prescriptions techniques imposées aux candidats de la procédure de mise en concurrence.

À ce titre, pesait déjà sous l'empire du Code des marchés publics une sorte « d'obligation de moyen »⁽²⁾ sur les acheteurs publics quant à la prise en compte d'exigences environnementales à ce stade⁽³⁾. Le juge administratif avait alors d'ailleurs considéré que les acheteurs publics devaient concilier dans la définition de leurs besoins « des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social »⁽⁴⁾.

À cet égard, la loi Climat et résilience est venue explicitement intégrer l'obligation, à compter du 22 août 2026, de prise en compte dans les spécifications techniques de la prestation en cause « des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

Ainsi, s'il n'en sera formellement tenu qu'à compter de cette échéance, on ne pourra que conseiller à tout acheteur public d'inclure d'ores et déjà, au stade de la formalisation de son besoin, des exigences environnementales à la prestation en cause.

Pour ce faire, l'acheteur pourra notamment effectuer des consultations ou études de marchés afin de solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de ces exigences, sans toutefois bien sûr qu'elles ne conduisent à méconnaître les principes de la commande publique ou fausser l'égalité concurrence entre les opérateurs⁽⁵⁾.

Dans les modalités prévues par les articles R. 2111-7 à R. 2111-11 du Code de la commande publique, l'acheteur pourra formuler ses spécifications techniques par exemple par référence une norme et/ou un niveau de performance ou d'exigence fonctionnelle permettant l'atteinte d'objectifs environnementaux.

Également, il pourra être exigé des candidats qu'ils détiennent un label environnemental⁽⁶⁾, sous réserve de respecter les conditions prévues à cette fin par les articles R. 2111-12 à R. 2111-17 du Code de la commande publique.

(2) Voir en ce sens, La définition des besoins, Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019 ; Rép. min. n° 25167, *JO Sénat*, 11 janvier 2007, p. 75 ; M.-H. Pachen Lefèvre et A. Ouzar, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi Climat et Résilience », *Contrats Publics – Le Moniteur* n° 226, décembre 2021.

(3) Voir en ce sens article 5 du Code des marchés publics, dont les dispositions sont désormais reprises à l'article 2111-1 du Code de la commande publique : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées 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. ».

(4) CE 23 novembre 2011, req. n° 351570.

(5) CCP, art. R. 2111-1.

(6) Voir en ce sens, les labels environnementaux, site du Ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires : <https://www.ecologie.gouv.fr/labels-environnementaux>

Ces spécifications techniques ne pouvant, d'une manière générale, être excessivement restrictives en ayant indirectement pour effet de favoriser ou au contraire exclure certains opérateurs économiques de la procédure de mise en concurrence⁽⁷⁾.

L'intégration de critères environnementaux de sélection des offres

Dans le sens de l'une des propositions de la convention citoyenne, la loi Climat et résilience est venue intégrer à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique l'obligation, à compter du 22 août 2026, de prendre en compte par au moins un des critères de sélection des offres, leur aspect environnemental⁽⁸⁾. Obligation applicable, par l'effet de l'article 91 de la loi dite « APER »⁽⁹⁾, dès le 1^{er} juillet 2024 pour les marchés portant sur l'implantation ou l'exploitation d'installations de production ou de stockage d'énergies renouvelables au sens de l'article L. 211-2 du Code de l'énergie.

Fort logiquement, les acheteurs publics ne pourront pas d'avantage à compter du 22 août 2026 retenir un seul critère de sélection des offres strictement fondé sur leurs prix. Un tel critère unique de sélection des offres devra alors porter sur leur coût au sens large, intégrant leurs caractéristiques environnementales.

Et d'ici là, la loi Industrie verte vient, sans instaurer d'obligation en ce sens, intégrer à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique la possibilité pour les acheteurs publics de prendre en compte les aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux de l'offre. Cela ne procède pas d'une évolution notable en la matière puisque cette précision figurait déjà parmi les dispositions réglementaires du Code de la commande publique⁽¹⁰⁾.

Ainsi, l'acheteur peut d'ores et déjà prévoir par la définition critères de sélection des offres, la prise en compte de leur caractère environnemental. Possibilité qui, sous l'impulsion récente du législateur et de la convention citoyenne, deviendra sous peu une obligation.

On pensera notamment à des critères liés au niveau d'émission d'énergie polluantes ou celui d'utilisation d'énergies renouvelables⁽¹¹⁾.

(7) Voir en ce sens, concernant la mention de marques ou brevets La définition des besoins, Direction des affaires juridique du Ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019, précité.

(8) Les marchés publics de défenses sont exclus de ce dispositif, ce critère demeurant donc facultatif pour ces derniers.

(9) Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables

(10) CCP, art. R. 2152-7. À ce titre le Conseil d'État, dans son avis du 17 mars 2023 sur le projet de loi relatif à l'Industrie verte, avait d'ailleurs considéré qu'aucune raison valable ne justifiait l'intégration de ces dispositions dans la partie législative dudit Code.

(11) Voir notamment en ce sens sous l'empire des dispositions du Code des marchés publics : CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

Il conviendra toutefois d'être particulièrement vigilant à ce que ces critères demeurent, ainsi que le requière l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique, objectifs, précis et liés à l'objet du marché. Le juge européen se montrant particulièrement vigilant sur les termes de critères de sélection des offres retenus, lesquels doivent faire ressortir un lien avec l'objet du marché public^[12].

En outre, ces critères (et sous-critères) doivent pouvoir être réellement mis en œuvre, c'est-à-dire être évalués de manière objective et transparente. À ce titre, le Conseil d'État a eu l'occasion de considérer qu'un critère de sélection des offres portant sur l'impact environnemental (au titre duquel était exigé la production d'un bilan carbone) était de nature à créer des incertitudes et contradictions affectant la sélection des offres faute de précision sur son contenu et ses modalités d'appréciation^[13]. La teneur et les modalités de prise en compte de tels critères devront donc être précisés dans les documents de la consultation.

Les clauses environnementales lors de l'exécution du marché public

Dans une optique de verdissement des marchés publics, les clauses environnementales doivent ensuite trouver à s'appliquer dans les conditions d'exécution de la prestation en cause, une fois attribuée à son titulaire.

À compter du 22 août 2026, la prise en compte des considérations relatives à l'environnement au stade de l'exécution du marché sera obligatoire^[14].

D'ici là, les acheteurs publics seront vivement incités à intégrer à leurs documents contractuels le régime relatif à la protection de l'environnement et notamment à la gestion des déchets prévu par les cahiers des clauses administratives générales (ci-après CCAG) depuis leur révision du 1^{er} avril 2021^[15].

La clause environnementale générale

Si les CCAG prévoyaient déjà dans leurs versions anciennement en vigueur des stipulations relatives à la protection de l'environnement, ils portent un encadrement plus concret en la matière depuis leur refonte en 2021,

En ce sens, l'ensemble des CCAG prévoient désormais l'intégration d'une clause environnementale générale au sein des documents particuliers des marchés publics ayant vocation à préciser les obligations idoines du titulaire lors de l'exécution de ses prestations^[16].

Ainsi que le précise un utile commentaire sur ce point commun à tous les CCAG^[17], peuvent notamment être pris en compte au titre de ladite clause les éléments suivants :

- « – la réduction des prélèvements des ressources ;
- la composition des produits et notamment leur caractère écologique, polluant ou toxique ;
- les actions en faveur du réemploi, de la réutilisation, du reconditionnement, de l'intégration de matières recyclées et du recyclage ;
- les économies d'énergie et le développement des énergies renouvelables ;
- la prévention de la production des déchets et leur orientation vers des filières de valorisation ;
- les pratiques environnementales appliquées aux modalités d'exécution des prestations et notamment les politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre et d'amélioration de la qualité de l'air ;
- la réduction des impacts sur la biodiversité ;
- la sensibilisation des intervenants aux problématiques environnementales liées à l'exécution du marché. »

Sur cette base, il revient donc aux acheteurs de définir avec précision le contenu de ces obligations environnementales. Et ce, de sorte qu'elles soient « vérifiables selon des méthodes objectives et puissent faire l'objet d'un contrôle effectif ».

Les CCAG précisent que le non-respect de ces obligations est sanctionné (après l'envoi d'une mise en demeure restée infructueuse) par l'application de pénalités, dont il conviendra donc de fixer le montant (de manière suffisamment incitative) dans les documents contractuels.

Les clauses relatives à la gestion des déchets

Au-delà de sa prise en compte dans le cadre de la clause environnementale susvisée, l'ensemble des CCAG comprennent désormais des stipulations permettant de responsabiliser les titulaires de marchés publics en matière de gestion des déchets produits lors de l'exécution du marché.

En matière de marchés publics de travaux, le CCAG prévoit d'abord, et c'était déjà le cas avant la réforme de 2021, l'intégration dans leur prix des coûts résultant de l'élimination des déchets par le titulaire (article 9). Cette mention oblige ainsi les candidats à présenter une

[12] CJCE 4 décembre 2003, aff. C-448/01 et conclusion de l'avocat général sous cet arrêt.

[13] CE 15 février 2013, Société Derichebourg polyurbain, req. n° 363921.

[14] Ainsi que le prévoit l'article 35 de la loi Climat et résilience modifiant, à compter de cette date l'article L.2112-2 du Code de la commande publique relatifs aux conditions d'exécution des marchés publics

[15] À l'issue d'une consultation ouverte par la Direction des affaires juridiques de Bercy, les CCAG en vigueur depuis leur dernière réforme opérée en 2009 ont été modifiées afin d'y intégrer les évolutions législatives et jurisprudentielles intervenues depuis lors. Les nouveaux CCAG sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2021.

[16] Ce dispositif est prévu, selon les mêmes termes aux articles 16.2 du CCAG-FCS [2021] ; 17.2 du CCAG-MI [2021] ; 16.2 du CCAG-PI [2021] ; 16.2 du CCAG-TIC [2021] ; 20.2 du CCAG-Travaux [2021] et 18.2 du CCAG-MOE, ce dernier ayant été créé.

[17] Commentaire porté sous les articles susvisés des CCAG.

offre calibrée en prenant en compte les coûts liés à cette opération.

Par ailleurs, l'article 36.1 dudit CCAG prévoit, sur la base du régime de responsabilité établi entre le maître d'ouvrage (considéré comme le producteur des déchets) et le titulaire du marché (quant à lui détenteur des déchets), tout un dispositif en la matière qui devra être précisé dans les documents contractuels.

Il renvoie aux acheteurs le soin de prévoir les opérations de collecte, transport, entreposage, tris éventuels et de l'évacuation des déchets de chantier que devront prendre en charge leur titulaire conformément à la réglementation en vigueur. Et ce, étant noté la possibilité dans certain cas d'envisager la mise en place d'une organisation commune de gestion et d'élimination de déchets entre le maître d'ouvrage et le titulaire.

Le CCAG-Travaux issu de la réforme de 2021 prévoit également, en complétant le dispositif anciennement en vigueur, l'obligation pour le titulaire du marché de transmettre un schéma d'organisation et de gestion des déchets (SOGED) au maître d'ouvrage pendant la période de préparation du marché ou à défaut dans un délai de deux mois à compter de sa notification ainsi qu'une liste non exhaustive des éléments qu'il doit y faire figurer.

Surtout, il indique que le manquement aux obligations du titulaire en matière de déchets (non-évacuation des déchets de chantier ou non transmission des éléments prévus par le CCAG permettant d'en assurer la traçabilité) est sanctionné par l'application de pénalités dans les conditions prévues par ses articles 36.2.3 et 37.2.

Les CCAG FCS, PI, MI et TIC prévoient désormais dans la même veine – alors qu'ils ne comportaient quant à eux aucune obligation sur ce point avant leur refonte en 2021 – la responsabilité du titulaire des marchés publics en la matière, les opérations de gestion des déchets dont il a la charge, les justificatifs qu'il doit produire au pouvoir adjudicateur ainsi que les sanctions afférentes en cas de manquement de sa part.

Ainsi les pouvoir adjudicateurs pourront, quel que soit le type de marché public conclu^[18], contractuellement prévoir sur cette base un régime contraignant de gestion des déchets produits par le titulaire lors de l'exécution de ses prestations.

Les autres clauses

Les CCAG incitent à la prise en compte par les acheteurs de considérations environnementale, dans leurs marchés publics sur d'autres plans.

Ils prévoient ainsi des obligations du titulaire en matière d'utilisation des emballages, lesquels doivent être, dans la mesure du possible, « réutilisables, recyclés, recyclables, ou réemployés ». Il revient également au titulaire, autant que faire se peut, de les réduire dans leurs quantités, leurs volumes et leur poids ainsi que d'en assurer la collecte afin de le recycler ou les réutiliser^[19].

Également, l'ensemble des CCAG prévoient des clauses ayant pour objet de limiter l'impact environnemental des livraisons et des opérations de transports nécessaires à la réalisation des prestations objet du marché.

De façon générale, il sera recommandé aux acheteurs d'adapter et préciser ces clauses en vue de leur transposition au sein des documents contractuels du marché public en cause. Notamment, afin de leur accorder une portée opérationnelle et une force contraignante, devront y être prévus leur teneur précise au plan technique. De même il conviendra d'assortir ces exigences d'un dispositif de contrôle et de sanction dissuasif pour le titulaire.

[18] Sauf pour les marchés publics de maîtrises d'œuvre, pour lesquels les enjeux relatifs à la gestion des déchets semblent moins présents et aucune stipulation n'est donc prévue en la matière par le CCAG MOE.

[19] Articles 20.2 du CCAG-FCS (2021) ; 29.2 du CCAG-MI (2021) ; 20.2 du CCAG-PI (2021) ; 20.2 du CCAG-TIC (2021).