



L'ENVIRONNEMENT, UNE PREOCCUPATION INCONTOURNABLE POUR LES ACHETEURS PUBLICS

Le législateur impose la prise en compte des contraintes environnementales à tous les stades de la procédure de passation des contrats de la commande publique ainsi que dans leurs conditions d'exécution.

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 », comporte plusieurs dispositions destinées à améliorer les performances environnementales de la commande publique. Signe de cette volonté affichée du législateur, un nouvel article préliminaire est inséré dans le code de la commande publique pour affirmer le rôle de cette dernière dans la réalisation des objectifs de développement durable (C. commande publ., art. L. 3-1, créé par L., art. 35, I). Cette déclaration de principe trouve une traduction concrète dans les autres dispositions de la loi, qui visent à éviter que les pouvoirs adjudicateurs et leurs cocontractants puissent ignorer les conséquences environnementales résultant de la réalisation des contrats publics.

Pour l'essentiel, ces nouvelles dispositions entreront en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 22 août 2026.

Une clarification du dispositif au stade de l'expression du besoin

En application de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de prendre en compte des objectifs de développement durable lors de la détermination de la nature et de l'étendue de son besoin à satisfaire par l'exécution du marché (C. commande publ., art. L. 2111-1). Ces objectifs comprennent une dimension économique, sociale mais aussi environnementale. Les spécifications techniques, qui servent de référence pour exprimer précisément le besoin de l'acheteur et décrivent les caractéristiques techniques d'un bien, d'un ouvrage ou d'un service, doivent ainsi nécessairement prendre en compte ces objectifs. Toutefois, jusqu'à l'intervention de la loi Climat et résilience, aucune disposition législative ou réglementaire relative aux spécifications techniques ne mentionnait explicitement cette obligation. Ainsi, l'article R. 2111-10 du code de la commande publique précise simplement que ces spécifications « peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales » (C. commande publ., art. R. 2111-10).

Afin de rendre le dispositif plus lisible, le législateur ajoute l'obligation de prendre en compte les objectifs de développement durable dans les spécifications techniques du marché (C. commande publ., art. L. 2111-2, mod. par L., art. 35, II, 1°). Il modifie de la même manière les dispositions relatives aux concessions (C. commande publ., art. L. 3111-2, mod. par L., art. 35, III, 1°).

Remarque : cette disposition ne s'applique pas aux marchés et concessions de défense et de sécurité (C. commande publ., art. L. 2311-2, créé par L., art. 35, II, 8°).

Un nouveau motif d'exclusion des candidatures

L'article L. 225-102-4 du code de commerce soumet les entreprises de plus de 5 000 salariés à l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance, comportant les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir, entre autres, les atteintes graves envers la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle (C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 1^{er} et 3).

Le non-respect de ces dispositions peut désormais constituer un cas d'exclusion de la candidature de la société défaillante. En effet, la loi Climat et résilience autorise l'acheteur qui le souhaite à exclure de la procédure de passation d'un marché public ou d'une concession les opérateurs qui ne satisfont pas à leur obligation en matière de plan de vigilance pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. Toutefois, ce cas d'exclusion n'est pas sans limite, dans la mesure où la prise en compte d'un tel manquement ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation (C. commande publ., art. L. 2141-7-1, créé par L. art. 35, II, 5° et art. L. 3123-7-1, créé par L. art. 35, III, 3°).

Des critères environnementaux obligatoires lors de l'appréciation des offres

En application du code de la commande publique, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou de la concession pour l'attribuer au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Les performances en matière de protection de l'environnement figurent ainsi parmi les critères susceptibles d'être retenus (C. commande publ., art. L. 2152-7 et L. 3124-5). Cependant, leur prise en compte était jusque-là facultative. En conséquence, le Conseil d'Etat avait logiquement estimé que l'acheteur ne pouvait être tenu d'inclure un critère environnemental, qui dépendait de l'objet du marché (CE, 23 nov. 2011, n° 351570).

Afin de valoriser les offres écologiquement performantes et de favoriser les achats publics vertueux, le législateur réduit les marges de manœuvres des acheteurs et impose désormais un critère de sélection obligatoire relatif aux caractéristiques environnementales des offres (C. commande publ., art. L. 2152-7, mod. par L. art. 35, II, 6° et L. 3124-5, mod. par L. art. 35, III, 4°). L'étude d'impact annexée au projet de loi rappelle que cette mesure est une réponse directe à l'une des propositions formulées par la Convention citoyenne pour le climat.

Remarque : cette disposition ne s'applique pas aux marchés et concessions de défense et de sécurité (C. commande publ., art. L. 2352-1 et L. 2352-2, mod. par L., art. 35, II, 11° et 12° et C. commande publ., art. L. 3124-5, mod. par L., art. 35, III, 4°).

Cependant, le législateur ne définit pas les caractéristiques environnementales susceptibles d'être prises en compte à titre de critère. Dans une réponse ministérielle récente, le ministère de la Transition écologique indique qu'un acheteur public peut exiger, dans le règlement de consultation, la production, par les candidats, du bilan carbone de leurs offres. Il peut également intégrer dans son coût global, les coûts correspondants aux externalités environnementales des offres présentées, intégrant les émissions de CO₂ mais également d'autres polluants ou encore les particules fines (Rép. min. n° 19968 : JOAN Q, 27 août 2019, p. 7760).

Remarque : comme l'indique la Direction des affaires juridiques de Bercy dans sa fiche explicative relative à la loi Climat et résilience, cette évolution interdit désormais le recours au critère unique du prix. Elle souligne, en outre, que si l'acheteur fait le choix de ne retenir qu'un seul critère de sélection, seul le critère unique du coût global intégrant nécessairement des considérations environnementales pourra être retenu (DAJ Bercy, Fiche explicative loi Climat, 24 août 2021).

Des clauses environnementales désormais obligatoires

Afin de parachever la prise en compte des contraintes environnementales à chaque étape de la réalisation d'un marché public ou d'une concession, la loi Climat et résilience encadre également les conditions d'exécution des contrats. Elle prévoit ainsi que les acheteurs ou les autorités concédantes sont tenus de définir dans leurs contrats des clauses prenant en compte « des considérations relatives à l'environnement ». Ce qui n'était jusqu'alors qu'une possibilité à la libre appréciation de l'acheteur devient donc une obligation (C. commande publ., art. L. 2112-2, mod. par L. art. 35, II, 3° et L. 3114-2, mod. par L. art. 35, III, 2°).

Remarque : cette disposition ne s'applique pas aux marchés et aux concessions de défense et de sécurité, pour lesquels l'intégration de conditions d'exécution environnementales reste facultative (C. commande publ., art. L. 2312-1-1 et L. 3114-2, mod. par L., art. 35, II, 9°).

Le CCAG Travaux modifié par l'arrêté du 22 mars 2021, auquel les acheteurs seront libres de se référer à compter du 1^{er} octobre 2021, comporte une clause environnementale générale précisant que les obligations environnementales du titulaire du marché doivent être vérifiables, selon des méthodes objectives, et faire l'objet d'un contrôle effectif. Il mentionne, par ailleurs, les éléments qui peuvent être exigés, tels que la composition des produits, les économies d'énergie ou la prévention des déchets (CCAG Travaux, art. 20.2.1).

Par ailleurs, la loi prévoit que les marchés et les concessions (sauf ceux de défense et de sécurité) dont le montant est supérieur aux seuils de procédure formalisée devront comprendre des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées (C. commande publ., art. L. 2112-2-1, créé par L., art. 35, II, 4° et L. 3114-2-1, créé par L., art. 35, III, 3°). Toutefois, le dispositif définit plusieurs cas dans lesquels l'acheteur peut déroger à cette obligation à condition de le justifier dans les documents du marché ou, pour les concessions, par tout moyen approprié. Ainsi, s'agissant des marchés, l'acheteur est autorisé à ne pas prévoir de conditions d'exécution prenant en compte des considérations de ce type dans les quatre cas suivants : lorsque le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible ; lorsque cette prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché ; lorsque cette prise en compte est de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation ; lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois (C. commande publ., art. L. 2112-2-1, II, créé par L., art. 35, II, 4°).

Pour les concessions, cette dispense s'applique dans deux cas : lorsque la prise en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du contrat de concession et lorsqu'elle est de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution du contrat de concession (C. commande publ., art. L. 3114-2-1, II, créé par L., art. 35, III, 3°).

Un nouvel outil d'évaluation du cycle de vie des biens

La loi Climat et résilience impose à l'État de mettre à disposition des outils permettant aux acheteurs publics de définir et d'analyser le coût du cycle de vie des biens intégrant, entre autres, le coût global lié à l'acquisition, à l'utilisation et à la maintenance des biens, ainsi que celui lié à leur fin de vie. En outre, si cela est pertinent, l'outil pourra intégrer les coûts externes engendrés tels que la pollution atmosphérique, les émissions de gaz à effet de serre, la perte de la biodiversité ou la déforestation (L., art. 36).

L'objectif est d'aider les acteurs de la commande publique à intégrer des éléments d'économie circulaire dans leurs achats en leur fournissant des moyens d'action opérationnels. L'amendement à l'origine de cette disposition fixait au 1^{er} janvier 2022 la date limite pour la réalisation de cet objectif. Dans le texte définitif, cette échéance a finalement été repoussée jusqu'au 1^{er} janvier 2025.

Un objectif tangible pour l'usage obligatoire de matériaux biosourcés

Issus de matières organiques renouvelables (bois, chanvre, paille, chaume, etc.), les matériaux biosourcés peuvent être utilisés comme matière première dans les produits de construction. Depuis l'intervention de la loi « Transition énergétique » du 7 août 2015, le recours à ce type de matériaux est « encouragé par les pouvoirs publics lors de la construction ou de la rénovation des bâtiments » (L. n° 2015-992, 17 août 2015, art. 14, VI). En outre, le code de l'environnement modifié par la loi ELAN prévoit que la commande publique « veille » à l'utilisation de matériaux biosourcés, sans davantage de précisions (C. envir., art. L. 228-4, mod. par L. n°2018-1021, 23 nov. 2018, art. 180).

L'article 39 de la loi Climat et résilience donne une valeur contraignante à ces dispositions en définissant un objectif chiffré à atteindre à un horizon précis. En effet, le texte impose, à compter du 1^{er} janvier 2030, un usage de matériaux biosourcés ou bas-carbone dans au moins un quart des « rénovations lourdes » et des constructions relevant de la commande publique, dès lors que l'opération excède un certain seuil. La notion de travaux de « rénovation lourde », de même que les seuils d'application de cette disposition, seront précisés ultérieurement par un décret en Conseil d'Etat.

Un contenu renforcé pour les SPASER

Créés par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, les schémas de promotion des achats publics socialement responsables (SPASER) sont des documents ayant pour objet de déterminer, d'une part, les objectifs de politique d'achat comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés ainsi que des éléments à caractère écologique, d'autre part, les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs. Conformément aux articles L. 2111-3 et D. 2111-3 du code de la commande publique, l'élaboration de ce document est obligatoire pour tous les acheteurs publics dont le montant total annuel des achats est supérieur à 100 millions d'euros HT (essentiellement l'État ainsi que les grandes collectivités territoriales ou groupements de collectivités).

La loi Climat et résilience précise et complète le contenu de ces documents afin d'inciter les acheteurs à élaborer une stratégie d'achat efficace. A compter du 1^{er} janvier 2023, les SPASER devront intégrer des indicateurs précis, exprimés en nombre de contrats ou en valeur et publiés tous les deux ans, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement et écologiquement responsable parmi les achats publics réalisés par la collectivité ou l'acheteur concerné. Ils préciseront, en outre, les objectifs cibles à atteindre pour chacune de ces catégories, notamment ceux relatifs aux achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale (ESUS) ou auprès des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables (C. commande publ., art. L. 2111-3, mod. par L. art. 35, II, 2°).

Remarque : la loi renforce également les modalités de publicité des SPASER, en imposant la mise en ligne de ce schéma sur le site internet du pouvoir adjudicateur concerné lorsqu'il existe.

De nouveaux éléments dans le rapport remis à l'autorité concédante

La loi Climat et résilience prévoit que le rapport d'information prévu par l'article L. 3131-5 du code de la commande publique, qui est remis chaque année par le concessionnaire à l'autorité concédante afin de lui permettre d'apprécier les conditions d'exécution du service public, doit désormais inclure les mesures mises en œuvre par le concessionnaire pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat (C. commande publ., art. L. 3131-5, mod. par L. art. 35, III, 4°).

Olivier Cormier, Dictionnaire permanent Construction et urbanisme
Christine EMLEK, Dictionnaire permanent Commande publique

► [L. n°2021-1104, 22 août 2021, art. 35, 36 et 39](#)

Études concernées

► Commande publique et environnement