

<http://www.moniteurjuris-contratspublics.fr/document/20-1007788>

Contrats publics

REVUE - n°69 - (Numéro spécial)

septembre 2007

Développement durable et notion d'offre économiquement plus avantageuse

Nicolas Charrel, Avocat.

Dossier : [Examen de la réforme du Code des marchés publics](#)

Le code des marchés publics 2006 introduit, dès l'étape de la définition des besoins, la prise en compte du développement durable. Il s'agit là de dépasser l'aspect globalement consumériste de l'achat public pour inscrire, dans une démarche considérée comme plus citoyenne de l'achat, celle de l'achat durable.

La promotion du développement durable est largement faite au niveau des consommateurs, des entreprises ; l'achat public, avec le poids qu'il représente, ne peut rester sourd à ces préoccupations, de sorte qu'il est nécessaire de promouvoir l'achat public durable.

Pour encore beaucoup de collectivités publiques, il s'agit plus de la manifestation d'un affichage politique que de la réelle mise en œuvre d'une politique d'achat durable dans le cadre de la passation de leurs marchés publics. En effet, la plupart des collectivités publiques se placent plutôt dans un cadre de gestion de contraintes budgétaires que de gestion à plus long terme de choix d'achat durable, encore souvent perçu comme plus cher. Il est vrai que l'environnement reste une préoccupation de pays riches, et l'achat durable probablement une préoccupation de collectivités très engagées, ou également plus riches que les autres.

Alors il n'est pas vain de prévoir, dès [l'article 5 du code des marchés publics](#) (voir encadré), lors de la définition des besoins, d'inclure cette dimension importante et probablement fondamentale pour l'avenir de nos enfants, de l'achat durable. Deux questions se posent en conséquence : la prise en considération des objectifs de développement durable peut-elle néanmoins être compatible avec le droit positif de la commande publique comme source juridique de la notion d'offre économiquement plus avantageuse (I) ? Au-delà, l'analyse de l'offre économiquement la plus avantageuse peut-elle réellement reposer fondamentalement sur les objectifs de développement durable (II) ?

I. Le développement durable : une nouvelle source d'obligation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse

A) Les sources de l'obligation : déclaration d'intention ou véritable source juridique ?

Depuis le rapport Founex de juin 1971 qui voyait dans le développement et l'environnement « les

deux faces d'une même médaille », plusieurs actions et sommets internationaux ont eu pour objectifs de définir de nombreuses règles traduisant le concept de développement durable discuté lors de la 42e session de l'ONU sur la base du rapport Brundtland de 1987.

La conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (CNUED), qui s'est tenue à Rio de Janeiro en juin 1992, a adopté les 27 principes de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (voir encadré) et 2 500 recommandations de l'Agenda 21 qui constituent un programme pour le XXIe siècle.

1 - Traduction de la prise en compte des objectifs de développement durable

La prise en compte des objectifs de développement durable implique par conséquent l'exigence d'un projet global à l'échelle d'un territoire intégrant développement économique, cohésion sociale et protection et valorisation environnementales dès la conception même du projet ainsi que celle d'une participation active des acteurs et du public à son élaboration, sa mise en œuvre et son suivi. Elles ouvrent désormais la voie à des « agendas 21 » locaux répondant au principe d'intégration de la déclaration de Rio.

2 - La mise en œuvre des agendas locaux

a) Agendas 21 de première génération : les chartes pour l'environnement. En application des textes adoptés à Rio, la France a mis en place le dispositif des chartes d'écologie urbaine ou « chartes pour l'environnement : programmes partenariaux pour un développement durable ». Il s'agit, dans la gestion environnementale d'un territoire « de mettre en œuvre une nouvelle approche économique favorisant, dans l'esprit de Rio, un développement durable intégrant les notions de coûts écologiques. La qualité préservée ou retrouvée de l'environnement peut devenir alors l'enjeu d'une nouvelle croissance susceptible d'attirer de nouveaux investissements, activités économiques et emplois ». Il s'agit aussi de réussir le pari de la qualité de la vie en ville en construisant une ville pour demain dont le développement sera plus économe en ressources non renouvelables, plus participatif, plus qualitatif.

Une incitation financière et des bases méthodologiques accompagnent le dispositif des chartes pour l'environnement qui peuvent être considérées comme autant d'Agendas 21 de « première génération ». Depuis 1993, 90 collectivités territoriales (45 % communales, 40 % intercommunales et 15 % départementales) concernant 11 millions d'habitants ont élaboré un tel document.

b) Agendas 21 de deuxième génération : le nouveau contexte législatif. Depuis 1999, avec la loi d'orientation sur l'aménagement et le développement durable du territoire qui incite les agglomérations et les pays à élaborer des projets de développement faisant référence au chapitre 28 du programme Action 21 de Rio, l'élaboration d'agendas 21 est maintenant encouragée par des contrats entre l'État, les régions et les collectivités gestionnaires des agglomérations, des pays et des parcs naturels régionaux. Ces projets de développement doivent faire largement appel à la participation et au partenariat avec les acteurs privés et publics. Ils doivent favoriser des modes de production et de consommation économes en ressources (énergie, eau, sol, air, biodiversité) et socialement responsables vis-à-vis des populations des autres pays comme des générations

futures.

Le cadre institutionnel s'est précisé ainsi au fil des années aux plans international, européen et national. La démarche Agenda 21 a désormais des fondements législatifs. Il est proposé aux collectivités locales « maîtres d'ouvrage » des outils : contractuels avec la loi d'orientation sur l'aménagement et le développement durable du territoire (1999) ; de planification spatiale avec la loi Solidarité et renouvellement urbains (2000) ; financiers et d'organisation avec la loi sur l'intercommunalité (1999) et la loi Démocratie de proximité (2002). Tous ces outils favorisent une politique locale de développement durable dans le sens des orientations de Rio de 1992.

L'incitation à la réalisation d'Agendas 21 : en proposant la rédaction d'un premier « appel à projets sur les outils et démarches en vue de la réalisation d'Agendas 21 locaux », en 1997 puis en 2000, le ministère de l'écologie et du développement durable a pris l'initiative d'associer largement les acteurs institutionnels et les associations à la production d'Agendas 21 au niveau local. Cette initiative a eu pour but de sensibiliser le plus largement L'Agenda 21 et les trois piliers du développement durable possible les acteurs non initiés au développement durable, de repérer les démarches et outils, « les bonnes pratiques » et, grâce à l'innovation mise en œuvre par les collectivités locales, de capitaliser et diffuser l'expérience acquise, sous forme de recommandations méthodologiques en matière de développement durable.

3 - La consécration constitutionnelle du développement durable

Plus fondamentalement encore, la consécration du développement durable dans le droit positif interne résulte de son intégration dans la réforme constitutionnelle du 1er mars 2005 ayant adossé à la Constitution la Charte de l'environnement (voir encadré). Il semble donc acquis que le développement durable ne soit plus seulement un vœu pieux, un simple objectif, mais devienne une véritable obligation juridique positive.

B)La mise en œuvre de cette nouvelle source dans le droit de la commande publique

Si l'introduction dans le code des marchés publics d'objectifs de développement durable peut paraître de prime abord contestable, il existe, semble-t-il, suffisamment de sources positives d'obligations en la matière pour que le code des marchés publics, outil de mise en œuvre des politiques publiques, prenne en compte spécifiquement les objectifs de développement durable, d'une part dans la définition des besoins, d'autre part dans les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dès lors, dans la mesure où le droit des marchés publics ne peut faire abstraction de son environnement normatif, il doit prendre en considération les objectifs de développement durable.

Une procédure, ou un marché public, qui ne prendrait pas en compte de tels objectifs pourrait probablement, à terme, être considérée comme irrégulière, à l'instar d'un marché ne respectant manifestement pas le principe de protection des deniers publics (1).

II. L'analyse de l'offre économiquement la plus avantageuse peut-elle reposer sur des objectifs de développement durable ?A)La

transversalité de la prise en compte des objectifs de développement durable

Le pilier économique : notamment à travers la politique d'allotissement, telle qu'elle résulte de la nouvelle rédaction de l'article 10 CMP imposant l'allotissement pour favoriser l'accès des PME à la Commande publique ou un nombre minimal de PME dans le cadre d'une consultation (2).

Le pilier environnemental : notamment par la définition des besoins fondés sur des écolabels (art. 6 CMP) et l'application de critères environnementaux.

Le pilier social : notamment par l'application de critères sociaux et notamment celui introduit par l'article 58 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 Borloo, dans l'article 53 du code : les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

B)La subsidiarité de critères liés à la prise en compte des objectifs de développement durable

La jurisprudence communautaire accepte la prise en compte des critères sociaux et environnementaux, comme critères additionnels ou non principaux (3), excepté s'ils sont intimement liés à l'objet du marché (4).

En outre la compatibilité des objectifs de développement durable avec la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne sera avérée que s'il est établi un bilan positif pour la collectivité ; pour ne pas porter atteinte au principe de non-discrimination, il ne faudra évidemment pas éliminer des entreprises qui, par exemple, ne relèveraient pas du commerce équitable malgré une offre tout à fait acceptable, puisqu'on ne peut pas « privilégier » des entreprises « socialement vertueuses ».

Les premières expériences de prise en compte de l'économie solidaire dans l'attribution des marchés publics montrent à quel point le droit actuel de la commande publique reste bien timide finalement, malgré l'enjeu d'envergure que constitue la prise en compte des objectifs de développement durable. En revanche, il faut saluer les nouvelles dispositions relatives aux marchés réservés pour les handicapés (5).

Une des difficultés liées à la mise en œuvre du développement durable dans les marchés publics concerne notamment l'identification des critères de choix qui doivent être liés à la nature du marché. Cela suppose la définition du besoin en termes de développement durable, de niveaux de performances attendues et de résultats à atteindre vérifiables. En ce qui concerne les critères de sélection des candidatures : les renseignements pouvant être exigés sont ceux définis à l'article 45 CMP 2006, or ils n'intègrent pas de prise en considération d'objectifs de développement durable. Concernant les critères d'attribution ou conditions d'exécution : il faut prévoir un régime de sanctions (pénalités) en cas de non-respect, sanction dissuasive pour éviter que l'entreprise préfère payer la pénalité plutôt que d'exécuter l'obligation, et sanction non exorbitante pour éviter des infructuosités. Il peut être délicat de prendre en compte comme critères d'attribution les aspects sociaux : il est probablement préférable de retenir une démarche incitative ou participative avec les entreprises, plutôt que d'imposer des critères d'attribution.

Conclusion

Le droit du développement durable reste à compléter, à imaginer et même à consacrer sur le plan juridictionnel, après sa reconnaissance politique et juridique. Nul doute que, dans les prétoires, on évoque désormais le développement durable. Nul doute non plus qu'on soit également un jour entendu. Urgence planétaire, il reste souhaitable que le développement durable soit consacré comme une urgence contentieuse.

REFERENCE : Art. 5-I CMP 2006.

Extrait Art. 5-I CMP 2006

« 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. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. »

Les 27 principes de la Déclaration de Rio

L'homme est au centre des préoccupations (1) dans le respect des générations présentes et futures (3). Les États, qui doivent coopérer de bonne foi (27), ont le droit souverain d'exploiter leurs ressources sans nuire aux autres États (2) qu'ils doivent avertir de toute catastrophe (18) ou activités dangereuses pouvant les affecter (19). La protection de l'environnement est partie intégrante du processus de développement (4). Elle est conditionnée par la lutte contre la pauvreté (5) et concerne tous les pays (6) selon des responsabilités communes mais différenciées (7). Les modes de production et de consommation non viables (non durables) doivent être éliminés (8) au profit de ceux qui seraient viables et dont la diffusion doit être favorisée (9). Le public doit être impliqué dans les décisions (10) dans le cadre de mesures législatives efficaces (11), économiques en internalisant les coûts grâce au principe pollueur/payeur (16), par des études d'impact (17), toutes mesures qui ne doivent pas constituer des barrières injustifiées au commerce (12) tout en assurant la responsabilité de ceux qui causent les dommages (13) et en évitant le transfert d'activités polluantes (14). Le principe de précaution (15) doit être mis en œuvre. Un certain nombre de groupes majeurs ont un rôle particulier à jouer : les femmes (20), les jeunes (21), les communautés locales et autochtones (22). La paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables (25). Les règles d'environnement doivent être respectées en temps de guerre (24) et pour les populations occupées ou opprimées (23). Les différends d'environnement doivent être résolus pacifiquement (26).

EXTRAITS Charte de l'environnement

« Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins. » Art. 6 : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. »

L'Agenda 21 et les trois piliers du développement durable

L'Agenda 21 est un programme d'action pour le XIX^e siècle orienté vers le développement durable. Ses principales fonctions sont :

- 1- Pilier social : la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale
- 2- Pilier économique : la production de biens et de services publics
- 3- Pilier environnemental : la protection de l'environnement

.....
.....
(1) Postérieurement au colloque du 30 juin 2006, deux références complémentaires sont à prendre en considération : J.-P. Brouant, H. Jacquot et J.-P. Breton, Développement durable, urbanisme et droit, actes du colloque « Construire des quartiers durables : concept au projet urbain », organisé par le CEJU d'Aix-en-Provence le 15 décembre 2005 (RFDA, juillet-août 2006, p. 748, et plus particulièrement le développement suivant : « Il ne paraît donc pas inconcevable que l'obligation constitutionnelle soit directement opposable à l'administration et qu'elle puisse fonder l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un acte administratif. » Voir également N. Charrel, « 20 points aux implications pratiques incontournables », numéro spécial Panorama de la réforme CP-ACCP, n° 58, septembre 2006 : « [Le développement durable] constituera peut-être l'un des points fondamentaux de la régularité de la définition des besoins, un marché public ne tenant pas compte des objectifs de développement durable pouvant difficilement être considéré comme régulier au regard du nouveau code et des autres sources juridiques qui fondent l'agenda 21. »(2) Cette dernière prescription en matière de « quota » de PME a été annulée (CE 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et a., req. n° 297711) : voir notamment la partie II du présente numéro.(3) CJCE 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab (anciennement Stagecoach Finland) c/Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, ?aff. C-513/99 : Rec. 2002, p. I-7213 ; CP-ACCP, n° 16, novembre 2002 (trois commentaires) : N. Charrel, « La notion d'opérateur de réseau toujours en suspens », p. 45 ; S. Chavarochette, « L'intégration qualitative des critères environnementaux dans les marchés publics », p. 50 ; chronique d'actualité « Jurisprudence communautaire », p. 9.(4) CJCE 4 décembre 2003, EVN AG et Wienstrom GmbH c/République d'Autriche, aff. C-448/01 : Rec. 2003, p. I-14527 ; CP-ACCP, n° 30, février 2004, p. 23 (45 % de critère environnemental).(5) Art. 19 CMP et art. 19 dir. unifiée.

SOURCES OFFICIELLES

Article 45

Code des marchés publics (édition 2006) | 07/03/2009

Article 6

Code des marchés publics (édition 2006) | 19/12/2008

Article 5

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/09/2006

Article 10

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/09/2006

Article 19

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/09/2006

SUR LE MÊME SUJET

PDF de l'article

01/09/2007

Examen de la réforme du Code des marchés publics

Contrats publics | novembre 2009