

Le concept de développement durable appliqué à la commande publique

- La promotion du développement durable, comme jadis les principes philosophiques du siècle des Lumières, est passée en quelques années du statut d'idée politique à celui de principe juridique, irriguant l'ensemble des branches du droit.
- Le droit de la commande publique n'est pas épargné et s'achemine petit à petit vers une commande publique écoresponsable, prenant en compte des objectifs de développement durable.
- Néanmoins, de nouveaux axes de réformes pourraient venir renforcer l'utilisation des critères sociaux, environnementaux et économiques.

Auteur

Nil Symchowicz, avocat, cabinet Symchowicz Weissberg et associés, professeur associé à la faculté de droit de Poitiers

Mots clés

Commande publique • Développement durable • Notion • Critères • Droit des contrats publics • Neutralité • Prise en compte •

Le développement durable constitue d'abord une « idée », d'ailleurs relativement ancienne⁽¹⁾, consacrée à l'occasion de nombreuses conférences internationales⁽²⁾ : celle selon laquelle « les ressources vivantes ne doivent pas être ponctionnées à un point tel qu'elles ne puissent, à moyen ou long terme, se renouveler [...] ». Par extension toute la politique de développement actuel doit garantir qu'elle ne portera préjudice ni aux générations futures, ni aux ressources communes (eau, air, sols, espèces et diversité biologique).⁽³⁾ C'est, en bref, comme l'a souligné Michel Prieur, une « conciliation magique » qui doit être opérée entre la protection et la mise en valeur de l'environnement et le développement économique et social. L'article L. 110-1 du code de l'environnement, depuis la Loi n° 95-101 du 2 février 1995, est venu définir « l'objectif de développement durable » comme celui « qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ».

Dans les années 1990, un nombre toujours croissant de textes, toujours plus hauts dans la hiérarchie des normes, ont évoqué l'objectif de développement durable. On a pu, à cet égard, dénoncer « une mode sans grande portée juridique »⁽⁴⁾, exprimant davantage une volonté politique d'intégrer le souci de

(1) G. Hardin, « *The Tragedy of Commons* », *Science*, n° 162, décembre 1968, cité in X. Pinaud, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, *Pulim*, 2003, p. 23. Voir *conférence des Nations unies sur l'environnement humain en 1972 à Stockholm*.

(2) X. Pinaud, *op. cit.*, p. 23-28.

(3) M. Prieur, *Droit de l'environnement*, 5^e éd., Dalloz, 2004, n° 76.

(4) M. Prieur, *op. cit.* ; C. Cans, « *Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences* », *AJDA*, 2003, p. 210.

l'environnement dans le long terme qu'une mise en place de règles normatives précises. De fait, l'objectif de développement durable n'était pas encore pleinement un principe juridique autonome. Ce sont d'autres règles et principes, chacun à leur place et selon leurs domaines d'application propres, qui devaient permettre de « garantir » le développement durable. C'est ce qu'on appelait le « principe d'intégration », d'ailleurs énoncé aussi bien par l'article L. 110-II du code de l'environnement que par l'article 6 de la Charte constitutionnelle de l'environnement : « 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. »

C'est justement cette dernière charte qui allait changer la donne juridique. En effet, à force d'être proclamé, à force d'être inscrit dans les textes, le concept de développement durable ne constitue assurément plus un concept idéaliste altermondialiste mais bien désormais, un véritable concept juridique ou, pour le dire autrement, un principe à portée normative. On est, en ce qui le concerne, bien passé de José Bové à Kelsen, du WWF au ministère de l'environnement, qui au demeurant s'appelle désormais aussi ministère du « développement durable ».

L'évolution en ce sens est connue. Dès 1992, la France a pris des engagements internationaux en matière de développement durable, et singulièrement en ce qui concerne les politiques d'achats publics⁽⁵⁾ ; ces engagements ont été relayés par le droit interne (loi n°95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire). L'article 3.3 de la version consolidée du Traité sur l'Union européenne énonce aussi que : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. » Son article 3.5 précise : « Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies. »⁽⁶⁾

La célèbre charte constitutionnelle de l'environnement instaure un devoir, pour les politiques publiques, de promouvoir le développement durable. Le Conseil constitutionnel dira très vite que ce « principe de conciliation » qu'est le développement durable a bien valeur constitutionnelle⁽⁷⁾, et ajoutera que, de manière générale, « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la charte

de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du préambule de la constitution, ont valeur constitutionnelle »⁽⁸⁾. Il nous faut donc constater une véritable existence juridique d'un « principe de conciliation » tenant au développement durable. Reste à voir comment ce concept, ce principe juridique, trouve sa traduction dans le droit de la commande publique. Trois questions pour tenter d'y répondre : d'où partons-nous ? Où en sommes-nous ? Quelles lignes d'horizon peuvent être tracées ?

I. D'où partons-nous ? La « neutralité » du droit de la commande publique

Jusqu'au début du XXI^e siècle, le droit de la commande publique n'a jamais été conçu comme un instrument au service de politiques publiques. L'achat public, naturellement, a toujours joué un rôle important en matière de politique économique, comme l'ont encore illustré récemment les différents textes modifiant le régime des marchés publics et des contrats de partenariat en vue de permettre leur utilisation en tant qu'outils de relance économique.

Mais s'agissant du régime juridique de la commande publique, il a longtemps été réfractaire à la prise en considération de données étrangères à l'égalité concurrence. La jurisprudence considérait en effet que ce qui caractérise l'objet des réglementations diverses relatives à la commande publique, c'est leur « neutralité », selon l'expression du commissaire du gouvernement Denis Piveteau⁽⁹⁾ qui évoquait la « neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût ». C'est cette neutralité, précisément, qui empêche le « mélange des genres »⁽¹⁰⁾, donc la sélection du cocontractant en fonction de considérations étrangères à l'objet même du marché, à commencer par les considérations environnementales et sociales. C'est précisément à propos de deux des composantes du développement durable (protection de l'environnement et progrès social), que la jurisprudence a conceptualisé ce principe de « neutralité de la commande publique ». De fait, les principes fondamentaux de la commande publique étaient alors « réduits » au principe de mise en concurrence, à celui du libre accès à la commande publique, à celui de l'égalité de traitement des candidats et à celui, plus moderne, de transparence des procédures.

Cette position de la jurisprudence française n'était cependant guère en phase avec la jurisprudence communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) avait en effet jugé, en 2000 et en 2002, successivement à propos du critère social puis du critère

(8) *Cons. const.* 19 juin 2008, n° 2008-564 DC — *CE ass.* 3 octobre 2008, *Cne d'Annecy*, n° 297931 : *Lebon*, p. 322 ; *RFDA*, 2008, p. 1147, *concl. Aguila*.

(9) *Concl. sur CE* 25 juillet 2001, *Cne de Gravelines*, n° 229666 : *Lebon* 2001, p. 391 ; *AJDA*, 2002, p. 46 ; *BJCP*, 2001, n° 19, p. 490 ; *CP-ACCP*, 2001, n° 5, p. 30, *note L. Richer* ; *AJDA*, 2002, p. 46 ; *Contrats marchés publ.*, 2001, *comm.* n° 188, *note G. Eckert*, *Dr. adm.*, 2001, *comm.* n° 212, *note D. Piveteau*.

(10) *Concl. Fratucci sur CE* 10 mai 1996, *Féd. nationale des travaux publics et Féd. nationale du bâtiment*, n° 159979 : *Lebon* 1996, p. 164 ; *CJEG*, décembre 1996, p. 427.

(5) Programme « action 21 » adopté par les Nations unies à l'occasion de la conférence sur l'environnement et le développement durable de Rio en 1992.

(6) L'article 11 précise encore : « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. »

(7) *Cons. const.* 28 avril 2005, n° 2005-514 DC.

environnemental, que l'on pouvait légalement y recourir pourvu (i) qu'il ne soit pas porté atteinte aux autres principes fondamentaux du droit communautaire et que (ii) la transparence des procédures soit respectée⁽¹¹⁾. De fait, aux yeux du droit de l'Union, la commande publique pouvait ainsi constituer autre chose qu'une pure satisfaction économique d'un besoin public, à savoir une composante d'une politique publique.

Dès le code des marchés publics de 2001, la neutralité de la commande publique a logiquement été ébréchée. Certes, l'article 53 du code des marchés publics de 2001 n'évoquait nullement les considérations sociales ou environnementales comme des critères de choix. Néanmoins, l'article 14 du nouveau code de 2001 disposait que « la définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels ». Mais, selon l'instruction du 28 août 2001⁽¹²⁾, la rédaction de l'article 14 précité signifierait que « ces conditions sont bien des conditions d'exécution du marché et non pas des critères de choix du titulaire », ce que confirmait la majeure partie de la doctrine⁽¹³⁾ et le commissaire du gouvernement Denis Piveteau⁽¹⁴⁾. L'article 53 du code 2004 a toutefois opéré une évolution notable en ajoutant aux différents critères énumérés les « performances en matière de protection de l'environnement ». La question de la légalité du critère écologique ne se posait donc plus, du moins dans une certaine mesure puisque celui-ci devait rester en rapport avec l'objet du marché⁽¹⁵⁾. Il reste que le critère social, lui, restait prohibé⁽¹⁶⁾.

II. Où en sommes-nous ?

Nous l'avons vu, le contexte factuel et juridique a été bouleversé au début du siècle non seulement par l'entrée fracassante du principe de conciliation au sommet de la hiérarchie des normes, mais aussi par une mobilisation politique sans précédent en faveur du développement durable. À cela s'ajoute que, dans le même temps, les directives Marchés (mais dont le champ d'application est susceptible en fait de couvrir tout le champ de

la « commande publique ») ont intégré en 2004 la jurisprudence de la CJCE relative à la licéité des critères environnementaux en mentionnant les « caractéristiques environnementales » dans la liste des critères de choix⁽¹⁷⁾. Il en a résulté une double métamorphose de la commande publique.

A) L'apparition d'une commande publique écoresponsable

La première manifestation de cette métamorphose, sans doute la plus éclatante et qui touche plus à la science administrative qu'au droit, tient à la mise en place d'une politique nouvelle de l'achat public que l'on dénomme « commande publique écoresponsable »⁽¹⁸⁾. On ne compte en effet plus les textes (circulaires, règlements, lois) et interventions diverses, à l'échelle nationale ou locale, venant instaurer et illustrer un « new deal » en matière d'achat public lié à la prise en considération systématique et généralisée du développement durable dans l'achat public. Leur recensement est évidemment impossible. Doivent être mentionnés :

- Le plan national pour les achats publics durables (PNAAPD), adopté par le gouvernement en 2007 pour faire de la France, d'ici 2009, l'un des pays de l'Union européenne le plus engagé dans la mise en œuvre du développement durable au sein de la commande publique⁽¹⁹⁾.

- La communication du ministre de l'écologie du 4 février 2008 demandant à la Commission des marchés publics de l'État de vérifier pour les plus gros marchés que les objectifs de développement durable sont bien pris en compte, souhaitant que « le levier de la commande publique soit systématiquement utilisé pour favoriser le développement, par les opérateurs économiques, de modes de production plus durables ».

- L'annonce le 9 avril 2008 du Haut-commissaire aux solidarités actives d'un prochain recours systématique aux clauses sociales pour que, d'ici 2012, « 10% des achats courants de l'État et de ses EP, dans les secteurs comportant au moins 50% de main-d'œuvre, soient des achats " socialement responsables " »⁽²⁰⁾.

- La communication de la Commission européenne en date 16 juillet 2008, et la décision du Conseil européen des 25 et 26 septembre 2008 approuvant une politique de développement des « marchés publics écologiques pour un meilleur environnement », avec l'objectif qu'ils représentent 50% des marchés publics. Il recommande l'usage des écolabels, les références et normes de gestion environnementales pour l'évaluation des candidatures ainsi que l'usage de clause de performance, insistant également sur le rapprochement nécessaire entre

(11) CJCE 26 septembre 2000, *Commission c/France*, aff. C-225/98 : Mon. TP, 13 octobre 2000, TO, p. 488 ; AJDA, 2000, p. 1055, note C. Lambert ; BJCP, 2001, n° 14, p. 13, concl. A. Siegbert — CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99 : Contrats marchés publ., 2002, comm. 225, note F. Llorens ; JCP A, fasc. 1043, note B. Geneste ; AJDA, 2003, p. 433, note D. Blaise — ultérieurement CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH*, aff. C-448/01 : BJCP, 2004, n° 34, p. 201, note C. Maugué, AJDA, 2004, p. 334, note T. Gliozzo ; Contrats marchés publ., 2004, comm. 28, note P. Delelis.

(12) JO du 8 septembre 2001.

(13) R. Vandermeeren, « Les critères de sélection des entreprises : une grande variété de choix », Mon. TP, 29 juin 2001, n° spécial, p. 3 ; L. Richer, « Critère additionnel social, critère de choix des offres ou condition d'exécution », CP-ACCP, 2001, n° 5, p. 30 ; M.-C. Bergerès, « Protéger l'environnement grâce aux achats écologiques », Mon. TP, 1^{er} février 2002, p. 74.

(14) Concl. sur CE 25 juillet 2001, Cne de Gravelines, préc.

(15) M.-P. Lavoillette, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics », AJDA, 2004, p. 2081.

(16) Du moins jusqu'à la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, laquelle avait érigé en critères les « performances » de l'offre « en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » (H. Pongérard-Payet, *Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus*, AJDA, 2006, p. 635).

(17) Directive du Parlement et du Conseil CE n° 2004/18, 31 mars 2004, JOUE 30 avril, n° L 134, art. 53, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux ; directive Cons. CE n° 2004/17, 31 mars 2004, JOUE 30 avril, n° L 134, art. 55, relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

(18) C. Ribot, « La commande publique écoresponsable », Mélanges Guibal, Université Montpellier I 2007, T. II, p. 283.

(19) Le texte n'est pas normatif mais fixe des objectifs et des moyens de référence pour faciliter et promouvoir la prise en compte des objectifs du développement durable par les pouvoirs adjudicateurs lors de la passation de leurs commandes (favoriser le développement par les opérateurs économiques de modes de production durables et pour sensibiliser les citoyens par l'exemple aux actions d'une consommation durable), mettant en place une « Stratégie nationale de développement durable actualisée ».

(20) *Entreprise et développement durable*, JCPE, août 2008, chron. n° 3.

secteurs publics et privé en matière d'achat écologique (objectif contenu dans la loi Grenelle 1, art. 48)⁽²¹⁾.

– La circulaire du 3 décembre 2008, dans la lignée du PNAAPD 2007 qui vise à encourager l'État à prendre en compte les objectifs de développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ceux de ses établissements publics, et invitant notamment aux « mesures d'écoresponsabilité [...] indépendamment ou en accompagnement des commandes publiques, notamment pour en diminuer le volume ou en améliorer la qualité »⁽²²⁾.

Encore tout récemment, le décret n° 2009-5496 du 17 mars 2009 instituant le Service des achats de l'État contient de nombreuses dispositions intéressant le développement durable. Sa mission est de définir et mettre en œuvre la politique des achats courants de l'État avec un champ couvert très large, allant des fournitures et mobiliers de bureau aux services de transports de biens et de personnes, en passant par l'entretien et les aménagements immobiliers, les maintenances d'installations techniques ou encore les énergies et fluides. Il est chargé de massifier et de mutualiser les achats, en concluant lui-même les marchés et accords-cadres nécessaires et en suivant l'exécution des contrats. Le tout dans le respect des « objectifs de développement durable et de développement social », et dans « des conditions favorisant le plus large accès des PME à la commande publique »⁽²³⁾.

Enfin, l'État a décidé de se montrer « exemplaire » en décidant qu'il « favorisera le respect de l'environnement dans l'achat public par un recours croissant, dans les marchés publics des administrations et services placés sous son autorité, aux critères environnementaux et aux variantes environnementales »⁽²⁴⁾.

De même, dans le cadre de sa politique de réduction drastique de la consommation d'énergie, l'article 5 de la loi du 3 août 2009 précise qu'il pourra être fait appel à des contrats de partenariat pour réaliser les travaux de rénovation en matière d'économie d'énergie portant respectivement sur les 50 et 70 millions de mètres carrés de surface des bâtiments de l'État et de ses principaux établissements publics.

En outre, un nouveau contrat global est créé, l'article 5 de la Loi précisant que : « Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou

de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement ».

B) Les incitations par le droit de la commande publique

L'évolution du droit de la commande publique, pour notable qu'elle soit, n'a ni l'ampleur ni l'éclat de celle de la mise en place de nouvelles politiques publiques. Cela étant, d'un point de vue strictement juridique, le code des marchés publics de 2006, mais aussi d'autres textes relatifs à la commande publique, ont franchi un cap en dénaturant quelque peu la conception traditionnelle, celle de la neutralité, de la commande publique en France. S'agissant du code des marchés publics, nombreuses sont ses dispositions qui consacrent la prise en compte du développement durable.

1 - La prise en compte très directe du développement durable

Ainsi, la définition du besoin, aux termes de l'article 5 du code, doit obligatoirement prendre en « compte des objectifs de développement durable », donc la conciliation requise par ces derniers. Les articles 45 et 6⁽²⁵⁾ du code permettent aussi aux pouvoirs adjudicateurs de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale ou social qu'ils souhaitent voir réaliser grâce à leurs marchés. L'article 45 permet par exemple un examen des compétences des candidats en matière de protection de l'environnement par l'intermédiaire du contrôle des capacités techniques et l'article 6 évoque la définition des exigences environnementales dans le DCE en se référant aux écolabels. Il prévoit par ailleurs aussi que les spécifications techniques « sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ».

Les critères de choix sont également affectés. Aux termes de l'article 53-I du CMP : « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur [...] les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation. » S'agissant des offres anormalement basses, la circulaire du 3 décembre 2008 invite les pouvoirs adjudicateurs, par l'intermédiaire de fiches relatives à l'usage de produits de nettoyage écolabellisés et au recours à des prestations socioresponsables, à s'interroger sur les offres « qui ne respecteraient pas une éthique globale »⁽²⁶⁾.

L'article 14 du code des marchés publics, relatif aux conditions d'exécution du marché, et donc aux obligations contractuelles, précise de manière très explicite que : « Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent

(21) *Entreprise et développement durable*, JCP E, août-septembre 2009, p. 21.

(22) *La circulaire propose concrètement une série de fiches pratiques en annexes (notamment : « achats socialement responsables » fiche n° 19 ; « solutions d'impression » n° 2 ; « papier » n° 3 ; « alimentation » n° 5 ; « vêtements » n° 6 ; « service de nettoyage des locaux » ; « éclairage » n° 16, n° 9, etc. (Contrat marchés publ., n° 3, mars 2009, comm. 74).*

(23) *Illustrant la nouvelle dynamique de gestion publique, le directeur du service des achats de l'État est issu du monde économique privé, ayant exercé les fonctions de responsables achats de plusieurs groupes internationaux. Pour lui : « Le gros travail du SAE va être de généraliser les bonnes pratiques dans tous les ministères et de professionnaliser les acheteurs pour les rapprocher des fournisseurs, notamment en décrivant les besoins de façon plus fonctionnelle. Nous veillerons par ailleurs à être encore plus efficaces par rapport aux préoccupations d'État exemplaire en matière de développement durable. » (Contrat marchés publ., n° 5, mai 2009, étude 5).*

(24) *Grenelle de l'environnement : art. 48 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009, D. adm. n° 8, août 2009.*

(25) « I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées : 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ; 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales. »

(26) *Circ. du 3 décembre 2008 (JO du 12 février 2009) dans la lignée du PNAAPD 2007 (Contrat marchés publ., n° 3, mars 2009, comm. 74).*

en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. » Reprenant la jurisprudence communautaire, il poursuit en indiquant que : « Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »

2 - Les références indirectes au développement durable

D'une manière plus indirecte, d'autres dispositions font du code des marchés publics, si ce n'est un levier du développement durable, du moins un outil de promotion de politiques publiques susceptible de permettre la conciliation attachée au développement durable. Faut-il voir, par exemple, dans les outils juridiques favorisant (dans une mesure très relative) la candidature et les offres des PME ou d'autres entreprises spécifiques l'expression d'une mise en œuvre d'un objectif de développement durable⁽²⁷⁾ ? Pour notre part, sauf à vider de sa substance l'objectif de développement durable, il nous semble que ce dernier ne saurait invariablement se confondre avec toute prise en considération de données extérieures à la stricte logique économique de l'achat public⁽²⁸⁾.

En matière de contrats de partenariat, le législateur s'est montré relativement précis. L'état du droit, il est vrai, a été forgé à une époque où le développement durable constituait déjà une préoccupation bien intégrée. L'article 2 de l'ordonnance du

17 juin 2004 prévoit bien pour les PPP une évaluation préalable tenant compte des préoccupations de développement durable. Surtout, l'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précise-t-il que : « Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. » Curieusement en revanche, l'objectif de développement durable n'est pas mentionné en ce qui concerne les baux emphytéotiques hospitaliers, véritables PPP en matière hospitalière⁽²⁹⁾

III. Les perspectives du développement durable dans la commande publique

Face à la nécessité et à l'urgence impérieuses d'une lutte tous azimuts pour la protection de l'environnement, il n'y a guère de doute que le droit de la commande publique va continuer sa métamorphose, car la norme juridique apparaît encore tout de même un peu en décalage avec les ambitions affichées par le gouvernement et par l'Union européenne en matière de développement durable. Comme toute action publique a désormais vocation à faire du développement durable une priorité, il n'y a pas de raison objective à ce que le droit de la commande publique ne se transforme pas davantage en profondeur. Quels pourraient être les axes de cette transformation ?

A) Des réformes profondes peuvent être envisagées

L'une d'elles – sans doute la plus importante – pourrait consister à déconnecter la prise en considération du développement durable, donc celle des critères environnementaux et sociaux, de l'objet du marché. Ainsi, des critères permettant de mesurer la réponse apportée à l'objectif de développement durable, même sans rapport avec l'objet du marché, pourraient être institués. C'est le sens de l'histoire, mais ce n'est pas ce qui caractérise pour le moment l'état du droit. Une autre pourrait consister dans la mise en place d'un régime de préférence instituée aux sociétés actives en matière de développement durable. Sans doute, pour le permettre la jurisprudence en vigueur mériterait-elle d'être affinée. On se souvient en effet que, précisément du fait de la neutralité caractérisant le droit de la commande publique, le Conseil d'État avait annulé un régime de discrimination positive en faveur des PME qu'avait institué le code 2006⁽³⁰⁾. La jurisprudence, en réalité, permet déjà la mise en

(27) L'article 10 du CMP permet ainsi de susciter la plus large concurrence en ouvrant les contrats publics aux PME, puisqu'il prévoit que « sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27 ». Dans la même optique l'article 15 prévoit l'hypothèse de marchés réservés : « Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. » Mentionnons aussi, s'agissant du choix des offres, le mécanisme dit du « quart réservataire », au profit de certaines structures en cas d'offres équivalentes, à l'article 53 - IV du CMP (droit de préférence, à offres égales, au profit des SCOP, groupement de producteurs agricoles, artisans, etc.) qui constitue pour certains une pure mesure de « discrimination positive sociale » (LPA, 8 mars 2007, n° 49, p. 6 du doc). Voir également l'article 52 du code des marchés publics reprenant la solution dégagée par le Conseil d'État qui a jugé que « s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser » (CE 10 mai 2006, Sté Bronzo, n° 281976 : AJDA, 2006, p. 1619, obs. J. Lacrouis ; BJCP, 2006, n° 48, p. 345, concl. D. Casas). Sur l'ensemble de la question, N. Symchowicz, « Les mesures tenant à la sélection des candidatures et des offres », CP-ACCP, n° 77, p. 32.

(28) On peut encore mentionner l'article 28 de la loi n°2009-1437, relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie : « À titre expérimental et dans le respect du code des marchés publics, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics soumis au même code peuvent mettre en œuvre des clauses d'exécution de leurs marchés et accords-cadres stipulant que, pour certaines catégories d'achats et au-dessus de certains montants de marché, 5 % au moins du nombre d'heures travaillées pour l'exécution du contrat sont effectuées par des jeunes de moins de vingt-six ans de niveau de qualification inférieur au baccalauréat ou par des salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, ou par des salariés embauchés depuis moins de deux ans à l'issue d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation. La présente expérimentation s'applique aux procédures de marché engagées à compter de la publication de la présente loi et jusqu'au 31 décembre 2011. Les catégories d'achats concernées et les montants de marché au-delà desquels le présent article s'applique sont définis par voie réglementaire. Le Gouvernement remet au Parlement, au plus tard le 30 septembre 2011, un rapport d'évaluation de la présente expérimentation. »

(29) « Parmi les critères d'attribution figurent nécessairement le coût global de l'offre et des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat. La personne publique peut, en outre, faire figurer la part du contrat que le titulaire attribuera à des architectes, des concepteurs, des petites ou moyennes entreprises et des artisans ». La mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier précise toutefois que : « Les opérations d'investissement retenues dans le plan H2012 devront être compatibles avec l'objectif du développement durable tant au niveau de l'investissement que du fonctionnement » selon la circulaire du 15 mai 2007. »

(30) CE 9 juillet 2007, Synd. EGF-BTP et a., n° 297711 : BJCP, 2007, n° 54, p. 366, concl. N. Boulouis. Le Conseil d'État avait considéré « qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics,

place de régimes préférentiels, pourvu qu'ils soient limités⁽³¹⁾. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que : « Le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis. »⁽³²⁾ Du coup, nul doute que la conciliation de préoccupations d'intérêt général commandée par la recherche du développement durable puisse conduire à la mise en place d'un ou plusieurs régimes préférentiels, compatibles avec le droit de l'Union.

B) La place du développement durable dans le jugement des offres

Sans même évoquer ces réformes, il nous paraît également possible que le juge prenne pleinement en considération la recherche du développement durable dans le domaine de la commande publique. Pourrait-il par exemple exercer un contrôle maximum sur la promotion du développement durable assurée par un contrat, comme il avait accepté d'exercer un contrôle approfondi sur l'utilité publique d'une opération d'expropriation il y a presque 40 ans⁽³³⁾ ? Ainsi, ne pourrait-on pas concevoir que le juge concilie la liberté contractuelle des per-

sonnes publiques et le devoir de promouvoir le développement durable en exerçant sur la décision de recourir au contrat, ou sur la définition des spécifications contractuelles la théorie du bilan⁽³⁴⁾ ? En matière de marchés publics, le juge dispose sans doute d'un « véhicule juridique » pour ce faire, compte tenu de la rédaction précitée de l'article 5 du code des marchés publics imposant une prise en compte des objectifs de développement durable en matière de définition des besoins.

La jurisprudence pourrait en outre se pencher sur l'opportunité des critères ou sous-critères de choix, par exemple sur l'absence de tel ou tel critère lié au développement durable dans les critères de choix, sur la place accordée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice à tel ou tel critère. Une ordonnance récente du tribunal administratif de Paris pourrait à cet égard être considérée comme un précédent, même si à ce jour elle peut être discutée. En effet, ce tribunal administratif a jugé que, s'il est libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur ne peut toutefois, dans le cadre d'un marché ayant pour objet l'information, en vue de l'exercice de leurs droits, des étrangers maintenus dans les centres de rétention administrative, n'accorder au critère de la qualification juridique des futurs prestataires qu'une pondération inférieure à 15 %⁽³⁵⁾. Dans le même ordre d'idées, le juge pourrait tirer de l'objet du contrat, de la substance des obligations, un droit de regard sur l'ordonnement des critères et sur la place devant être accordée au développement durable.

Conclusion

L'écoresponsabilité de la commande publique, la prise en compte du développement durable dans l'achat public n'ont pas encore reçu une pleine traduction dans le droit de la commande publique. Mais ils sont désormais pris en compte. Le contexte, comme la prise de conscience collective devraient contribuer à continuer dans la voie d'une modification profonde des principes fondateurs du droit de la commande publique. ■

applicables respectivement aux trois procédures précitées, conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique. »

(31) Depuis l'article 26 de la loi no 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 peuvent, à titre expérimental pendant une période de cinq années, réserver jusqu'à 15 % de leurs marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques aux sociétés innovantes (C. mon. fin., art. L. 214-41), ou les traiter de façon préférentielle à offres équivalentes (sur ce dispositif, voir P. Idoux, « Retour sur le dispositif discriminatoire en faveur des sociétés innovantes », Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2008, I. Voir également décret d'application n° 2009-193 du 18 février 2009 et arrêté min. du 16 mars 2009, NOR: ECEM0904091A).

(32) Cons. const. 6 décembre 2001, n° 2001-452 DC : Rec. Cons. const. 2001, p. 156 — CAA Bordeaux 4 mars 2003, n° 00BX001170 et 00BX02417, Dpt des Deux-Sèvres : AJDA, 2003, p. 895, note J.-D. Dreyfus.

(33) CE 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est : Lebon, p. 409, concl. G. Braibant.

(34) Voir par exemple CE 12 mars 1986, *Ministre de la culture c/Mme Cusenier et a.* : Lebon T., p. 661, à propos des décisions contestées du *Ministre de la culture de lancer des appels d'offres pour l'exécution de travaux dans la cour d'honneur du Palais-Royal, de passer les marchés de travaux et leurs avenants et de choisir le projet de M. Buren. La requête a été rejetée pour des motifs d'irrecevabilité, mais elle témoigne de ce que le cœur d'un projet peut justifier une action dirigée contre des actes liés au contrat lui-même (ou révélés par celui-ci).*

(35) Ord. Pdt TA Paris, 30 octobre 2008, n° 0816312 : AJDA, 2009, p. 163, note J.-D. Dreyfus.