

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

X I I I ^e L É G I S L A T U R E

Compte rendu

Délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire

– Communication de M. Christian Jacob, président de la Délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire, sur les marchés publics et le développement durable (*réunion conjointe avec la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire*)..... 2

Mardi

4 décembre 2007

Séance de 17 heures 45

Compte rendu n° 10

SESSION ORDINAIRE DE 2007-2008

Présidence
de M. Christian Jacob
Président

et de

M. Patrick Ollier
Président de la
commission des affaires
économiques, de
l'environnement et du
territoire



M. Patrick Ollier, Président de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, a remercié M. Christian Jacob d'avoir pris l'initiative de présenter une communication sur le thème du développement durable et des marchés publics. Le processus du Grenelle de l'environnement a mis en avant la nécessité de mieux prendre en compte les exigences environnementales dans les marchés publics, mais des incertitudes fortes demeurent.

Le Président Christian Jacob a rappelé que le Parlement serait amené dans quelques semaines à débattre du projet de loi issu des propositions du Grenelle de l'environnement. Il a estimé qu'à cet égard il était opportun de ne pas se pencher uniquement sur les nouvelles mesures qui s'appliqueraient aux entreprises, mais d'envisager également les conditions dans lesquelles les collectivités locales pourraient être associées à la prise en compte des exigences de développement durable. Cette communication sur les marchés publics et le développement durable n'est pas une fin en soi mais l'occasion d'engager une réflexion et un débat sur ce sujet, en précisant les marges d'évolution possibles.

Les marchés publics représentent en moyenne 16 % du PIB de l'Union européenne. Ce pourcentage est significatif, même si les marchés publics ne peuvent évidemment à eux seuls permettre le développement durable. Il est néanmoins légitime d'en faire un instrument en faveur du développement durable, d'autant plus que, selon des modalités différentes, tant le droit européen que le droit français ont aujourd'hui intégré cette préoccupation dans la réglementation des marchés publics

Au niveau européen, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a joué un rôle déterminant pour intégrer ces préoccupations environnementales dans la directive du 31 mars 2004 sur les marchés publics. Elle en a en même temps fixé les limites. L'intégration dans un marché de considérations environnementales ne se limite tout d'abord pas aux critères d'attribution. Peuvent aussi être concernées les conditions d'exécution et les spécifications techniques.

Sur les spécifications techniques pour l'achat de bois, par exemple, la Commission européenne suggère de :

- s'assurer que le taux de récolte du bois ne dépasse pas les niveaux garantissant une durabilité permanente ;

- vérifier que les producteurs aient recours à des méthodes non chimiques de lutte contre les parasites et respectueuses de l'environnement.

S'inscrit dans la même problématique la volonté d'éviter l'achat de bois tropicaux rares.

En ce qui concerne les conditions d'exécution, il est par exemple possible de spécifier que les produits ou emballages sont emportés par le titulaire du marché pour être réutilisés, recyclés ou éliminés de manière appropriée.

Cependant trois limites sont fixées. Tout d'abord, les critères d'attribution écologiques doivent être liés à l'objet du marché et leur pondération ne doit pas être excessive. En d'autres termes, la protection de l'environnement n'est pas, dans ce cadre, une fin en soi. Mais pour obtenir une prestation ou faire réaliser des travaux, il importe de le faire de la manière la plus écologique possible. Ensuite, ce ne peut être le seul critère et son

importance relative, au sein d'un ensemble de critères, doit être fonction de l'objet du marché. Le poids d'un critère « écologique » pourra être plus important au sein d'un marché de fourniture d'énergie que de conception d'une application informatique.

En second lieu, ces critères doivent surtout respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment celui de non discrimination. Il importe que la personne publique soit techniquement en état de vérifier que les exigences qu'elle a posées ont été respectées par les soumissionnaires, ce qui peut être parfois difficile à faire pour de petites collectivités qui n'ont ni le budget, ni l'expertise technique suffisante.

Enfin, l'objectif reste, comme le rappelle la directive de 2004, d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix pour les marchés.

S'il n'est pas possible de leur conférer un caractère obligatoire, il est en revanche possible d'utiliser les éco-labels pour définir des spécifications, les labels étant alors une preuve de conformité, tout autre moyen de preuve approprié devant cependant être accepté aux termes de la directive.

Au niveau national, le code français des marchés publics essaye de trouver un équilibre entre les grands principes, tels que le principe d'égal accès, de non discrimination, de transparence et les exigences propres aux politiques de protection de l'environnement.

Il ne faut pas survaloriser les marchés publics comme instrument de politique publique. Ils répondent à une demande et ne peuvent tout d'abord tout changer de leur seul fait, même s'ils ont un rôle important à jouer.

Tout n'est pas non plus possible. L'idée de favoriser les achats de proximité pour la restauration collective a souvent été avancée, avec le souci de limiter au maximum les transports, source d'émissions de gaz à effet de serre, tout en encourageant le développement de l'agriculture bio. Or, la mise en œuvre de cette idée se heurte à quelques contraintes juridiques.

Les principes d'égalité d'accès aux marchés et de non discrimination ont toujours revêtu une importance primordiale. Tant le Conseil d'État que la Cour de justice des Communautés européennes ont toujours sanctionné jusqu'à présent les tentatives d'imposer des prestataires locaux. Dans son manuel sur les marchés publics écologiques, la Commission européenne citait comme exemple d'une clause discriminatoire « *une condition d'exécution du marché qui pénaliserait les soumissionnaires au seul motif de la distance qu'ils doivent parcourir pour livrer les produits* ». De même, en France, le Conseil d'État a toujours sanctionné les tentatives de promouvoir des considérations étrangères à l'objet du marché, tel que, par exemple, le développement des PME. Il a ainsi annulé récemment pour ce motif certaines dispositions du nouveau code des marchés publics.

En second lieu, il existe un équilibre toujours complexe entre les nouvelles missions qui leur sont assignées, telle que, par exemple, la protection de l'environnement, et la fonction première de ces marchés, qui est l'achat de services, fournitures et travaux pour les personnes soumises au droit des marchés publics. Cela ne signifie pas que, dans de nombreux cas, les deux préoccupations ne puissent se réunir, ainsi les économies d'énergie. Mais cela n'a rien d'automatique. De même, jusqu'où faut-il aller dans la voie de la contrainte ? Faut-il imposer de nouvelles contraintes aux collectivités territoriales ? De manière générale, il paraît souhaitable de privilégier les politiques incitatives par rapport aux politiques contraignantes et

« *punitives* » et donc de laisser une souplesse d'action aux collectivités territoriales, dont les responsables seront de toute façon jugés sur leur bilan. Par ailleurs, il faut toujours tenir compte des conditions réelles du marché et de la possibilité pour les soumissionnaires de fournir réellement les prestations qu'on leur demande. Un arrêté ministériel a par exemple prévu pour la campagne des législatives que seuls étaient remboursés les documents de campagne utilisant comme support du papier recyclé ; or, il y a eu, dans certains endroits, rupture de stock, ou le papier était parfois de mauvaise qualité. De même, il ne faut pas perdre de vue la question de la capacité pour les personnes publiques de vérifier techniquement le respect des exigences posées.

Pour autant, des progrès peuvent et doivent être faits. L'Association des Maires de France (AMF) relevait que « *les situations divergent au sein de l'Union européenne. Ainsi, le Danemark et la Suède sont déjà très en avance, avec respectivement 40 % et 50 % de marchés publics verts. Viennent ensuite l'Allemagne, l'Autriche et le Royaume-Uni. La moyenne européenne se situe à 19 %* ». L'une des pistes intéressantes avancées pour accroître le poids du développement durable dans les marchés publics écologiques consiste à demander des variantes « *écologiques* », sans s'enfermer dans des contraintes trop strictes.

La personne publique peut en effet autoriser les soumissionnaires à présenter, en sus de l'offre de base, des variantes répondant à des exigences minimales préalablement définies. Concrètement, il est ainsi possible de demander une solution « *classique* », tout en permettant aux soumissionnaires de proposer de solutions plus innovantes en termes de développement durable. Les petites collectivités, notamment, peuvent ainsi se voir proposer des solutions auxquelles elles n'avaient pas pensé et décider de les adopter. L'éclairage public offre le cas de solutions technologiquement novatrices, qui peuvent être mises en concurrence avec des solutions plus traditionnelles. A titre d'exemple, grâce une optique de nouvelle génération, qui permet de le placer au niveau du sol sans éblouir les conducteurs, une nouvelle technologie permet de consommer 30 % d'électricité en moins qu'un luminaire routier classique.

M. Patrick Ollier, Président de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, après avoir remercié le Président Christian Jacob pour son exposé, s'est dit convaincu de l'impossibilité d'échapper à une révision du code des marchés publics.

M. François Brottes a également remercié le Président Christian Jacob pour la qualité et le ton de son intervention avant d'aborder plusieurs questions. S'agissant tout d'abord de la mise en œuvre des propositions formulées dans le cadre du Grenelle de l'Environnement, la directive du 31 mars 2004 est-elle contraignante ou peut-on s'en exonérer ? Par ailleurs, dans le cadre des appels d'offres, il existe deux approches favorables au développement durable : la première vise à spécifier la demande de produits éco-certifiés, la seconde à exiger des soumissionnaires qu'ils présentent un éco-bilan global de leurs offres (coûts en matière d'énergie, de transports, etc.). Cette dernière approche est-elle compatible avec la directive ? Par ailleurs, à quel niveau fixer le curseur, lorsqu'on parle d'une « pondération qui ne soit pas excessive » ? Si, par exemple, en matière de construction, des offres sont faites à partir de bois tropicaux, présentant certes un bilan écologique négatif car issus d'une déforestation intempestive mais dont les critères de prix sont très performants, le choix ne risque-t-il pas de se porter sur ces produits en application du principe de pondération ? En matière d'éco-certification, quels sont les labels éligibles ? La directive ou plus largement la législation communautaire apportent-elles des précisions à cet égard ? Enfin, si l'on reprend l'exemple du bois, comment concilier la politique de promotion des bois locaux avec la réglementation communautaire ?

M. Serge Poignant a remercié à son tour le Président Christian Jacob pour cet aperçu d'un sujet très intéressant et très vaste. Parmi les questions qui se posent dans le cadre des appels d'offre, il y a notamment celle de savoir comment appliquer la règle du mieux-disant. En effet, cette règle ne peut fonctionner que si les offres présentées par les soumissionnaires s'articulent autour d'un même type de variante, sinon comment apprécier des offres dont les paramètres diffèrent ? Cette question est importante car différentes technologies peuvent induire des organisations et des coûts de fonctionnement différents.

M. Philippe Plisson a remercié le Président Christian Jacob, notamment pour sa référence dans le document distribué à l'action du Conseil général de la Gironde en matière d'achats durables, soulignant que le département s'était beaucoup investi dans cette démarche. Il a ensuite réfuté l'utilisation du mot « carcan » en référence aux règles en matière de marché public, estimant que depuis le Grenelle de l'environnement, une autre approche était possible consistant à faire entrer le développement durable dans les marchés publics. A cet égard, ce n'est pas le droit des marchés publics qui doit être considéré comme une contrainte mais le développement durable qui doit être pensé comme une exigence. Ainsi, au lieu de se limiter à trouver un moyen pour que les marchés contenant des spécifications en matière de développement durable ne soient pas invalidés en raison des contraintes législatives existantes, il faut inverser la tendance en adaptant la législation et en faisant en sorte que le coût ne soit plus le critère premier de ces marchés.

M. Olivier Carré a estimé pour sa part que les collectivités locales pourraient utilement s'inspirer des expériences des entreprises ayant déjà mis en œuvre des protocoles d'achat prévoyant des approvisionnements en produits écocertifiés, qui correspondent parfois à 80 ou 90 % de leurs achats. En effet, ces procédures répondent nécessairement au double critère de rentabilité et d'efficacité environnementale. Par ailleurs, la situation n'est pas la même pour les communes selon qu'elles passent des marchés d'approvisionnement ou qu'elles sont maîtres d'ouvrage. A cet égard, il faut noter qu'un certain nombre de bâtiments communaux sont déjà HQE (Haute qualité environnementale). *A contrario*, il peut être reproché aux communes de cibler certaines opérations d'urbanisme plutôt que d'autres. Le code des marchés publics peut-il être une entrave à la réalisation d'éco-quartiers ? Il est évident que l'incitation est plus efficace que la pénalisation et il serait intéressant de pouvoir s'appuyer sur des critères de notation. A cet égard, il serait souhaitable que l'écobilan des entreprises soumissionnaires soit désormais systématiquement présenté.

M. Yves Albarello a indiqué que les élus locaux avaient vocation à jouer un rôle majeur dans la promotion de la politique de développement durable. Les bâtiments recevant du public sont en effet une des principales sources de rejet de CO₂. Il faut donc intensifier les efforts en matière d'audits thermiques et, au-delà, mettre en œuvre des plans d'environnement communaux, plus faciles pour les petites communes à élaborer qu'un agenda 21, qui permettraient, par exemple, en matière de bois, de demander des bois certifiés avec des précisions sur leur origine ou de vérifier l'absence de produits chimiques dans la fourniture de charpentes lamellées collées. Prenant l'exemple de la construction d'un parking dans sa commune de Claye-Souilly dans lequel le bitume utilisé est à faible consommation énergétique, il a insisté sur la responsabilité des élus locaux en matière de développement durable, les entreprises ne proposant pas forcément spontanément ce genre de produit dans leur offre.

M. André Chassaing s'est interrogé sur le caractère opposable de certains textes. Ainsi, les prescriptions des chartes de territoire ou les chartes des parcs naturels régionaux prévoyant, par exemple, l'utilisation de bois locaux, peuvent-elles s'imposer au code des

marchés publics ? La réponse est probablement négative mais qu'en est-il de la Charte de l'environnement intégrée au Préambule de la Constitution ? N'y a-t-il pas là un support pour faire évoluer le code des marchés publics ? Dans le cas contraire, comment dégager des marges de manœuvre dans un contexte où le principe de concurrence libre et non faussée doit s'appliquer sans faille en Europe ? La France va exercer la présidence de l'Union européenne l'an prochain : n'y a-t-il pas un moyen d'action en faveur d'une meilleure prise en compte des critères environnementaux ?

Mme Fabienne Labrette-Ménager a indiqué qu'il était nécessaire de s'intéresser également aux questions de « fin de vie » des produits et de gestion des déchets qui devraient pouvoir faire l'objet de clauses spécifiques dans les cahiers des charges. Cette question est d'autant plus importante que l'on se heurte aujourd'hui à des difficultés croissantes pour créer des centres d'enfouissement techniques ou étendre les usines d'incinération existantes.

En réponse aux différents intervenants, **le président Christian Jacob** a précisé que :

– en tout état de cause, les exigences découlant du droit communautaire des marchés publics s'appliqueraient aussi aux mesures du Grenelle de l'environnement, le droit européen primant sur le droit national ;

– cette directive précisait les conditions de définition et de recours aux éco-labels ;

– les autorités administratives se devaient de toujours attribuer le marché au vu de l'offre, et non en fonction de l'entreprise ;

– la Cour de Justice européenne ne s'était pas prononcée formellement sur le poids des critères environnementaux, ce qui laisse aux personnes publiques une certaine marge d'appréciation ; au vu des décisions de la CJCE, ce pourcentage maximum pourrait probablement avoisiner les 45 % ;

– il convient que la personne publique veille à la neutralité du cahier des charges, notamment à ce que ses clauses ne soient pas susceptibles de privilégier des entreprises locales en contradiction avec le principe constitutionnel d'égalité d'accès à la commande publique ;

– même s'il peut apparaître parfois frustrant pour les personnes publiques de se prononcer en privilégiant le critère du coût, celui-ci demeure un critère important car apportant notamment une certaine sécurité juridique. La notion de coût reste donc un élément déterminant. Les critères pour les variantes sont les mêmes que pour l'offre de base et il n'est pas possible de contrevenir aux principes de transparence et de non discrimination ;

– la Commission européenne a publié, en 2005, un document intitulé « *Acheter vert ! – un manuel sur les marchés publics écologiques* » dans lequel elle propose notamment, pour apprécier le coût réel d'une offre, de prendre en compte le coût du cycle de vie du produit, y compris les coûts d'élimination de ce dernier une fois usagé ;

– en l'absence de décision du Conseil Constitutionnel, il est difficile de se prononcer sur la portée de la Charte de l'environnement en matière de marchés publics ; toutefois, il y a tout lieu de penser qu'il l'apprécierait avant tout au regard des principes d'égalité et de libre accès de tous les soumissionnaires.

En conclusion, il serait regrettable d'aborder les travaux du Grenelle de l'environnement sans une approche « marchés publics », même s'il convient de ne jamais perdre de vue les limites à cet exercice. Il importe en tout état de cause de ne pas s'enfermer dans des contraintes trop pénalisantes et d'approfondir les modalités d'un recours plus fréquent aux variantes.

M. Patrick Ollier, président de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, a rappelé que lors du Grenelle de l'environnement, le ministre d'état, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, s'était fermement engagé sur la labellisation des bois dits « précieux ». Il existe une labellisation internationale certifiant une exploitation durable des forêts et il convient de s'en servir pour rejeter les produits n'en bénéficiant pas. Des pistes existent donc, mais il convient peut-être d'aller plus loin en guidant les décideurs publics dans leurs choix et en levant leurs incertitudes. Il a demandé à M. Christian Jacob à quelle échéance ce dernier comptait proposer des réformes du droit applicable en matière de marchés publics.

Le président Christian Jacob a précisé qu'il conviendrait de regarder les marges d'évolution en fonction de la nature des textes législatifs qui seraient déposés devant le Parlement à l'issue du Grenelle de l'environnement.

M. Patrick Ollier, président de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, a estimé opportun de poursuivre ce travail réalisé sur les marchés publics, compte tenu de son intérêt, et de demander à M. Jean-Louis Borloo, le ministre d'État, de prévoir un volet « marchés publics » dans les futurs projets de loi sur l'environnement.

M. André Chassaigne s'est félicité des possibilités d'internalisation du coût du recyclage d'un produit ou de son incinération reconnues par les autorités communautaires dans le cadre des marchés publics. Il a demandé cependant si cela était vraiment applicable dans le cadre de notre législation française.

Le président Christian Jacob a répondu que c'était tout à fait applicable, même si cela n'était pas forcément simple à mettre en œuvre. Il a aussi rappelé que le code des marchés publics relevait actuellement du domaine réglementaire, le Conseil d'État ayant jugé la matière délégalisée du fait d'un décret-loi de 1938, et estimé qu'il conviendrait de demander au Ministre d'État de se prononcer sur ce sujet à l'occasion de l'examen du projet de loi de programme pour l'environnement.