

REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements à toutes les personnes qui m'ont aidé à mener à bien cette étude pour la mise en place d'un processus d'achats publics durables, en particulier :

Madame Monia BRAHAM (MAET),
Monsieur Lotfi BEN SAID (MAET),
Monsieur Salah LAHSINI (MAET),
Monsieur Farid YAKER (PNUE).

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'impact des achats publics sur le développement et sa durabilité est indéniable. Les achats publics constituent un outil de régulation économique et sociale permettant de favoriser la production nationale et constituent même un instrument d'insertion sociale et peuvent encourager une gouvernance écologique.

En outre, les achats publics ont des retombées sensibles sur l'investissement, sur l'emploi, sur l'aménagement du territoire, sur l'insertion des innovations technologiques et sur la protection et la promotion des petites et moyennes entreprises. Ainsi, l'achat public apparaît porteur d'une dimension politique, économique et sociale de taille. Il constitue un levier économique et politique de choix entre les mains des décideurs publics et assure une fonction instrumentale très importante. Il constitue, en outre, un instrument d'instauration et de consolidation d'une culture de la concurrence, de la transparence et de la qualité.

La matière est un carrefour d'intérêts et subit, en conséquence, d'importantes mutations. En effet, les innovations législatives et réglementaires se sont multipliées ces dernières années. Elles ont concerné de nombreux aspects touchant aux procédures, à certains aspects sociaux notamment avec la mise en place de nouvelles mesures en faveur des PME et des artisans. Cependant, la dimension de développement durable s'avère encore très marginale notamment son volet écologique dans le dispositif juridique tunisien.

Pourtant, l'Etat et les autres personnes et opérateurs publics sont de gros consommateurs. Les marchés publics forment l'essentiel des achats publics. Chaque année, ces marchés consomment plus de 15% du PIB tunisien et plus de 40% du budget de l'Etat¹. A ce titre, ils constituent un enjeu économique et social majeur et engendrent un impact écologique très sensible. Néanmoins, les achats publics ne se limitent pas aux marchés publics et intègrent également l'ensemble des achats effectués en dehors du cadre des marchés publics dits également

¹ Statistiques de l'observatoire national des marchés publics, 2007

« commandes ou achats hors marchés » et qui seront donc pris en compte dans le cadre de cette étude.

Ainsi, la prise en compte du développement durable est désormais un élément incontournable de la politique d'achat public. Les acheteurs et leurs cocontractants doivent adopter une nouvelle culture d'achat, en intégrant les problématiques techniques, sociales, écologiques et commerciales.

En utilisant leur pouvoir d'achat pour acquérir des biens et des services qui respectent également l'environnement, les acheteurs publics peuvent contribuer de manière significative au développement durable. La commande publique peut ainsi être un levier pour encourager l'activité économique à mieux prendre en compte les besoins sociaux et l'environnement.

C'est pourquoi des organisations internationales, des sommets mondiaux et de nombreux pays se sont lancés sur la voie de l'intégration des préoccupations de développement durable dans les processus des achats publics.

En effet, la durabilité s'impose comme un choix de société. Dans ce cadre, la principale finalité poursuivie par la politique d'achats publics durables est de favoriser l'émergence et le développement de modes de conception, de production et de consommation durables.

Il convient donc d'abord de tenter de définir la notion de développement durable tout en s'interrogeant sur les modalités inhérentes à la prise en compte des critères environnementaux et sociaux au cours de la procédure de passation et d'exécution d'un marché public pour définir ce qu'on entend par l'achat public durable.

A cet égard, la prise de conscience des acteurs politiques, économiques et de la société en général de l'impact des activités économiques sur l'environnement a notamment été initiée, dans les années soixante dix, par la publication du rapport du Club de Rome, intitulé « *The Limits to Growth* ». La Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies a donné, en 1987, sa définition de la notion de développement durable, devenue aujourd'hui classique. Il s'agit d'un développement « *qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* ».

Largement imprégnée par le principe de responsabilité, cette définition communément reprise fut développée ensuite lors du sommet de la terre à Rio en 1992 avec l'établissement d'une stratégie de développement durable, visant l'intégration à la fois des aspects d'efficacité économique, d'équité sociale, et de préservation et de promotion de l'environnement. La notion de développement durable fut par la suite plus clairement définie lors du sommet mondial pour le développement durable qui s'est tenu à Johannesburg en 2002² pour signifier désormais un mode de développement économique cherchant à concilier le progrès économique et social et la préservation de l'environnement, considérant ce dernier comme un patrimoine à transmettre aux générations futures.

Ainsi, trois piliers fondent la mise en œuvre du développement durable.

- l'économique, traduisant la recherche par le développement durable d'un objectif de croissance et d'efficacité économique ;
- le social, exprimant le fait que ce développement durable doit partir des besoins humains et donc répondre à un objectif d'équité sociale;
- l'environnemental, signifiant que l'objectif du développement durable doit contribuer à préserver, améliorer et valoriser l'environnement et préserver les ressources pour le long terme.

Le principe du développement durable consiste à développer ses activités en tenant compte de leurs impacts à court, moyen et long terme sur l'environnement, les conditions sociales et l'économie.

C'est également lors de ce sommet que la question des liens entre le développement durable et l'achat public fut mise en exergue. Celui-ci est, certes, un facteur de développement, mais il représente également un risque pour l'environnement. Le « *plan de mise en œuvre* » pris à l'issue du Sommet mentionne spécifiquement les « *marchés publics écologiques* », préconisant d'« *encourager les autorités compétentes à tous les niveaux à prendre le développement durable en considération dans leur processus de décision et de promouvoir des politiques de*

² Le développement durable comporte trois piliers, clairement précisés en particulier par le sommet de Johannesburg de 2002 et qu'il convient de combiner : l'efficacité économique, l'équité sociale et le développement écologiquement soutenable.

passation des marchés publics qui encouragent le développement et la diffusion de biens et de services respectueux de l'environnement ».

L'achat public durable s'inscrit dans ce cadre. En effet, des achats durables sont des achats de produits ou services à la fois économiquement efficaces, plus respectueux de l'environnement et fabriqués dans des conditions respectueuses des droits sociaux.

Selon les auteurs du plan national français d'action pour des achats publics durables (mars 2007, § 68) « *est durable, tout achat public intégrant, à un titre ou à un autre, des exigences, spécifications et critères en faveur de la protection et de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social et favorisant le développement économique notamment par la recherche de l'efficacité, de l'amélioration de la qualité des prestations et de l'optimisation complète des coûts (coûts immédiats et différés) ».*

Ainsi, l'Achat Durable est tout achat intégrant, à un titre ou à un autre des exigences, spécifications et critères en faveur :

- de la protection de la biodiversité et de la mise en valeur de l'environnement (achat éco-responsable),
- du respect des droits humains et des droits du travail et plus généralement du progrès social (achat socio-responsable).
- du développement économique par la recherche de l'efficacité, de l'amélioration de la qualité des prestations et de l'optimisation complète des coûts, immédiats et différés.

Par la suite, et dans le prolongement du plan d'action défini lors du sommet de Johannesburg sur le développement durable, un processus qui vise à favoriser les progrès en matière de consommation et production durables (CPD) dit Processus de Marrakech fut lancé. Ce processus vise à soutenir les initiatives régionales et nationales pour la promotion de la consommation et de la production durables. Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et le Département des Affaires Economiques et Sociales des Nations Unies (UN DESA) pilotent ce processus avec plan cadre décennal réparti en plusieurs phases et sur plusieurs régions dont l'Afrique. Le « Plan décennal africain des programmes de

consommation et production durables » a été lancé en mai 2006 avec le soutien institutionnel de l'AMCEN, du NEPAD, de l'Union Africaine, de la Commission Economique pour l'Afrique des Nations Unies (UN ECA) et du PNUE. Des réunions internationales de suivi du processus de Marrakech sont organisées tous les deux ans afin de rendre compte des progrès, de partager les expériences vécues et de coordonner la coopération internationale dans le cadre du Plan Décennal. C'est lors de la réunion au Costa Rica (en septembre 2005) qu'il a été décidé de donner la priorité à l'application de projets concrets de CPD.

Cette réunion a été suivie du lancement de nouveaux mécanismes d'application tels que : les groupes de travail appelés « Task Forces » de Marrakech créés pour soutenir l'application de projets concrets et pour porter les efforts sur des thèmes spécifiques à la consommation et la production durables aux niveaux national et régional. Sept «Task Forces» ont été créées parmi lesquelles une qui porte sur les achats publics durables et dont le pilotage a été confié à la Suisse. C'est dans ce cadre que la Tunisie a été choisie comme pays pilote et c'est dans cette perspective que s'inscrit la présente étude.

Alors, quel diagnostic peut-on faire de l'état actuel du droit tunisien de l'achat public du point de vue de la prise en compte du développement durable ? Comment situer le droit tunisien par rapport au droit international, au droit communautaire et aux droits de certains pays étrangers en la matière ? Comment faire pour renforcer l'intégration des éléments du développement durable dans le droit et dans les pratiques de l'achat public en Tunisie ?

L'examen de ces différentes questions et la recherche des réponses adéquates, impliquent, dans un premier temps, une analyse diagnostic la plus complète possible du droit tunisien (*Première partie*), diagnostic qui sera complété et éclairé par l'analyse notamment de l'évolution du droit international, du droit communautaire ainsi que des dispositifs juridiques de quelques pays avancés en la matière. En effet, la Tunisie étant un pays ouvert, membre de nombreuses organisations internationales dont notamment l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et ayant développé des relations de partenariat et de coopération avec d'autres organisations et groupements

internationaux comme l'Union Européenne et l'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE) ainsi que des relations denses avec certains pays comme la France, l'éclairage par une analyse des tendances du droit international, du droit de l'OMC, du droit communautaire ainsi que par le droit français apparaît comme particulièrement enrichissant. L'examen du droit suisse, pays pilote en matière d'achat public durable, serait également d'une grande utilité. Un balayage de ces différents dispositifs juridiques s'avère ainsi très instructif et source de réflexion et d'inspiration fort stimulante (*Deuxième partie*).

Ce diagnostic et cette analyse comparée permettront alors d'esquisser les éléments d'une démarche et d'avancer un certain nombre de propositions appliquées à certaines catégories de marchés illustrées par des cas pratiques (*Troisième partie*).

PREMIÈRE PARTIE : L'ACHAT PUBLIC DURABLE EN DROIT TUNISIEN, UNE CONSÉCRATION PEU SIGNIFICATIVE

L'analyse de l'état des lieux du droit tunisien de l'achat public sous l'angle de l'intégration des éléments de durabilité en vue d'en dégager les potentialités et les faiblesses constitue une étape préalable indispensable à toute velléité de réforme et de modernisation. En Tunisie, le développement durable souffre de l'absence d'un cadre juridique clair, cohérent et unifié. Il se caractérise par l'éparpillement et le caractère fragmentaire des textes. Ces traits sont encore plus marqués lorsqu'on cherche à diagnostiquer le croisement entre développement durable et achats publics, et de voir comment ils se conjuguent pour aboutir à l'émergence d'achats publics durables. Le dispositif juridique relatif à ces achats est, en effet, embryonnaire, fragmenté et très insuffisant même si des éléments dispersés entre une multitude de textes existent et certains progrès sont esquissés.

Le cadre juridique actuel de l'achat public en Tunisie est constitué principalement par le décret n° 2002-3158 du 17 décembre 2002 régissant les marchés publics. A ce texte principal, il faut ajouter un certain nombre d'autres textes particuliers qui portent sur des aspects applicables aux achats publics.

Logiquement l'éparpillement et la timidité des exigences de durabilité dans ce dispositif engendrent une prise en compte peu consistante, voire marginale, de cet aspect pourtant fondamental dans tout achat public aussi bien dans le code des marchés publics (Chapitre premier) qu'à travers les autres textes à effet indirect sur la durabilité de l'achat public (Chapitre deuxième).

CHAPITRE PREMIER : L'ACHAT PUBLIC DURABLE DANS LE DÉCRET PORTANT RÉGLEMENTATION LES MARCHÉS PUBLICS, UNE PRÉSENCE PEU SUBSTANTIELLE

Conscient des multiples enjeux des marchés publics, les pouvoirs publics tunisiens, depuis très longtemps, ont décidé de les encadrer juridiquement. Ainsi, bien avant l'indépendance, divers textes ont été pris se rapportant aux marchés publics dont notamment le décret du 25 juillet 1888 et celui du 18 octobre 1945 sur les conditions de passation des marchés de l'Etat.

Après l'indépendance, de nombreux textes ont été pris : décrets du 1^{er} avril 1965, du 27 juillet 1974, du 1^{er} septembre 1985 et du 22 avril 1989 abrogé et remplacé par le décret du 17 décembre 2002 qui régit actuellement les marchés publics. Mais il convient également de signaler certains autres textes qui traitent, tel ou tel aspect des marchés publics.

Ces différents textes ont tenté de cerner la notion de marché public et d'en fixer le régime de formation et d'exécution.

Section 1 – Définition et régime de passation des marchés publics

Si la définition des marchés publics ignore la question de la durabilité (§1), les modes de passations révèlent, quant à eux, une certaine tonalité sociale (§2).

§ 1 – Notion et catégories des marchés publics

Aujourd'hui, l'article premier § 1er du décret n° 2002-3158 du 17 décembre 2002 définit les marchés publics comme étant « *des contrats écrits, passés par l'acheteur public, en vue de la réalisation des commandes publiques.* ». L'article 3 ajoute un complément indispensable en précisant les seuils à partir desquels les achats publics prennent le caractère de marché public.

Ainsi, en droit tunisien, le marché public se définit par quatre éléments : un élément formel, un élément organique, un élément matériel et des seuils.

D'abord, quant à la forme, le texte tunisien exige l'écrit, ce qui donne au formalisme un poids particulier dans les marchés publics. Le tribunal administratif

tunisien l'a clairement consacré dès les premières années de son activité estimant qu'à défaut d'écrit, le lien contractuel ne saurait exister.³

Ensuite, quant à l'élément matériel, il concerne l'objet du marché : le marché public correspond à une commande publique portant sur des prestations diverses que le § 4 de l'article 1^{er} du décret regroupe en trois catégories : les travaux, les fournitures de biens ou de services et les études.

Le marché public se définit également par un aspect organique. Il est en effet conclu par un acheteur public. Le § 3 de l'article premier du décret du 17 décembre 2002 précise qu'« *Est considéré acheteur public au sens du présent décret, l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les établissements publics à caractère non administratif et les entreprises publiques* ». L'acheteur public peut donc être aussi bien une personne publique (*l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les établissements publics à caractère non administratif*) qu'une personne morale de droit privé (*sociétés publiques*) puisque, en droit tunisien, aux termes de l'article 8 nouveau de loi n° 89-9 du 1^{er} février 1989 modifiée, relative aux participations, entreprises et établissements publics, l'entreprise publique peut revêtir soit la forme d'un établissement public non administratif soit une société anonyme.

Mais ces éléments sont insuffisants pour qualifier un achat public de marché public. Ils doivent être complétés par le critère des seuils financiers. A cet égard, l'article 3 du décret dispose que les marchés publics sont les « commandes dont le montant, toutes taxes comprises est supérieur à :

- *Cinquante mille (50.000) dinars pour les travaux.*
- *Quarante mille (40.000) dinars pour les études et la fourniture de biens ou de services dans le secteur de l'informatique et des technologies de la communication.*
- *Trente mille (30.000) dinars pour la fourniture de biens ou de services dans les autres secteurs.*
- *Quinze mille (15.000) dinars pour les études dans les autres secteurs ».*

³ TA, 6 juin 1977 (affaire n° 33), *Le chef du contentieux de l'Etat pour le compte du ministère de l'éducation nationale C/ Hédi Ghriss*, Rec. 1975-1977 pp. 157-160.

Le dernier § de cet article 3 ajoute toutefois, pour les marchés des entreprises publiques, leurs conseils d'administration ou leurs conseils de surveillance « *peuvent décider de relever le montant à partir duquel les commandes doivent faire l'objet de marchés écrits dans une limite ne pouvant dépasser cent mille (100.000) dinars toutes taxes comprises, et ce pour les travaux, la fourniture de biens et de services dont la liste détaillée est soumise à l'avis préalable de la commission des marchés de l'entreprise.* »

Quant à leur typologie, le droit tunisien distingue trois catégories selon l'objet (Etudes, fournitures et travaux art. 1er), trois catégories selon les modalités (marchés simples, marchés cadres et marché généraux art. 28 et 29) et enfin deux catégories selon le degré de complexité (**commandes complexes et commandes courantes** art. 72 et 75)

§ 2 – Les modes de passation, une certaine tonalité sociale

Le décret de 2002 le cadre juridique régissant les différentes étapes du processus des marchés publics. Il encadre ainsi la phase de détermination des besoins puis l'élaboration des cahiers des charges (titre III), l'appel à la concurrence et les modes de passation (Titre II et IV), la réception, l'ouverture et le dépouillement des offres, le contrôle et le suivi (titre V et VIII), l'exécution (titre VI) et enfin le règlement du marché (titres VI et VII).

Trois maîtres mots semblent gouverner les conditions et les procédures applicables à la conclusion des marchés publics : concurrence, égalité et transparence (article 7). Tout en affirmant la mise en concurrence comme principe directeur (art.7), le décret tunisien prévoit dans son titre II (art. 27 à 40) des modes de passation diversifiés avec une concurrence à la consistance inégale notamment pour des considérations sociales.

L'article 30 du décret dispose que « *les marchés sont passés, après mise en concurrence, par voie d'appel d'offres* ». L'article 31 du décret précise que cet appel d'offres « *peut être soit ouvert soit précédé d'une présélection.* » Le chapitre III du

Titre 2 (articles 32 et suivants) et le chapitre 6 (art. 40 bis et suivants)⁴ ajoutent deux autres variantes d'appels d'offres. Il s'agit respectivement de l'appel d'offres avec concours et de l'appel d'offres en deux étapes.

En outre, le décret prévoit deux modes dérogatoires qui consistent respectivement en la consultation élargie et les marchés négociés.

La consultation élargie est un mode de passation mis en œuvre dans des cas limitativement énumérés par l'article 39 nouveau du décret du 17 décembre 2002 tel que modifié en 2004⁵. Il s'agit des commandes se rattachant notamment à la sécurité publique, la défense ou lancées « *en cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles* », des commandes ayant fait l'objet d'un appel d'offres qui s'est avéré infructueux, des marchés de travaux et de fourniture de biens ou de services **passés avec les micro-entreprises dans le cadre de programmes nationaux à caractère social** dont le montant ne **dépasse** pas certains **plafonds**⁶ et enfin, « *les travaux forestiers et les travaux de conservation des eaux et du sol nécessitant des moyens d'encadrement limités et un matériel simple et qui sont confiés à des micro-entreprises ou à des groupements de développement dans le domaine de l'agriculture et de la pêche ne dépassant pas également un certain seuil.*⁷

Les marchés négociés sont les marchés conclus sans application entière des procédures concurrentielles que ce soit de l'appel d'offres ou de la consultation élargie. Il s'agit d'un mode exceptionnel dont l'article 40 du décret ouvre la possibilité pour « les marchés de travaux, de fournitures de biens ou services et de recherche dont l'exécution ne peut être confiée qu'à un fournisseur ou prestataire de service déterminé ».

Le décret n° 2009-3018 du 19 octobre 2009 a ajouté un troisième paragraphe nouveau à l'article 40. Ce nouveau paragraphe prévoit un cas supplémentaire de marchés négociés. Il permet aux établissements et entreprises publics de « *conclure des marchés négociés pour l'approvisionnement en produits ou services*

⁴ Ajouté par le décret n°2167 du 10 Août 2006.

⁵ Décret n°1638 du 4 Août 2003 - Décret n° 2551 du 2 Novembre 2004.

⁶ 70.000 dinars TTC

⁷ Actuellement cent mille dinars (100.000 dinars) toutes taxes comprises

avec les entreprises qu'ils ont essayées, et ce, pour une période de quatre années à partir de la date de leur création et dans la limite du montant maximum prévu par la réglementation en vigueur dans ce domaine ».

Par ailleurs, la mise en concurrence se trouve affaiblie par le souci de promouvoir et de protéger les produits tunisiens et les petites et moyennes entreprises, les artisans et autres entreprises issues de l'essaimage (Titre premier, chapitre 3ème du décret). Cette fonction instrumentale assurée par la commande publique à travers notamment le principe de l'allotissement obligatoire (Art. 19 et 27) et le renforcement de l'obligation de la sous-traitance nationale (Art. 20), recèle incontestablement, outre la dimension économique, *un aspect social*.

Cette relativisation de la portée du jeu concurrentiel dans le cadre des marchés publics est renforcée par l'article 21 qui dispose que *« Les produits d'origine tunisienne sont, à qualité égale, préférés dans tous les marchés de fournitures aux produits de toute autre origine, dans la mesure où les prix des produits tunisiens ne dépassent pas de plus de 10% les prix des produits étrangers ».*

S'inscrivant toujours dans cette logique, l'article 23 permet aux entreprises tunisiennes, par dérogation aux dispositions de l'article 22, de *« présenter, exceptionnellement, des offres variantes sans être tenues de présenter une solution de base lorsqu'il s'avère que les conditions et les spécifications de la solution de base ne permettent à aucune de ces entreprises de participer à l'appel d'offres ».*

Mais, ce sont surtout les secteurs émergents de l'économie tunisienne, souvent qualifiée elle-même d'émergente d'ailleurs, qui semblent justifier les nuances et les limites apportées à la liberté du jeu concurrentiel. Le texte privilégie notamment le secteur et les entreprises tunisiens des technologies de l'information et de la communication (TIC). Ainsi, l'article 25 dispose que *« lorsqu'il est fait appel à des entreprises étrangères spécialisées dans le secteur de l'informatique et des technologies de la communication, les cahiers des charges doivent comporter, sauf impossibilité dûment justifiée, l'obligation d'associer des entreprises tunisiennes spécialisées sélectionnées selon des critères annoncés dans lesdits cahiers des charges. »*

Dans la même optique, l'article 26⁸ interdit toutes dispositions éliminatoires de la participation des entreprises tunisiennes dans les cahiers des clauses particulières et considère comme dispositions à caractère éliminatoire, « *l'exigence des soumissionnaires d'avoir des références se rapportant à l'exécution de projets similaires dans des domaines où les entreprises nationales n'ont pas auparavant opéré* ». Dans ce cas, dispose le même article, « *l'acheteur public doit, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, remplacer la condition des références similaires par des projets ayant le même degré de complexité dans le domaine objet du marché sans pour autant être similaires* » .

Par ailleurs, l'article premier du décret n° 2009-2861 du 5 octobre 2009,⁹ pour les marchés des entreprises publiques, dispose que « *l'entreprise publique ayant fait recours à l'opération d'essai peut conclure des marchés négociés de fourniture de biens et services avec les entreprises qu'elle a essayées et ce pour une durée de quatre années à partir de la date de la création de ces entreprises, dans la limite des montants maximums et taux dégressifs* » selon un tableau fixé par le même décret.

Malgré ces dispositions à tonalité sociale, la préoccupation de durabilité n'est nullement expressément évoquée dans le décret portant réglementation des marchés publics. Néanmoins, on peut y détecter un certain nombre de dispositions qui sont de nature à permettre une prise en compte de certains aspects de la durabilité même si ces éléments apparaissent encore insuffisants.

Section 2 – Des éléments de durabilité insuffisants

Le décret n°2002-3158 du 17 décembre 2002 portant réglementation des marchés publics¹⁰ n'annonce pas le développement durable comme objectif claire

⁸ Cet article a été supprimé et remplacé par un nouvel article par le décret n°2003-1638 du 4 août 2003. L'essentiel de ses dispositions protectrices n'a pas été modifié.

⁹ Portant fixation des modalités et conditions de passation des marchés négociés de fournitures de biens et services avec les entreprises essayées et pris en application de la loi n° 2005-60 du 18 juillet 2005, relative à l'essai des entreprises économiques, et la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique.

¹⁰ Modifié et complété successivement par le décret n°2003-1638 du 4 août 2003, le décret n°2004-2551 du 2 novembre 2004, le décret n°2006-2167 du 10 août 2006, décret n°2007-1329 du 4 juin 2007, le décret n°2008-561 du 4 mars 2008, le décret n°2008-2471 du 5 juillet 2008, le décret n°2008-3505 du 21

dans la gestion de la commande publique. Néanmoins, l'examen de ce décret laisse apparaître un certain intérêt implicite à cet aspect en particulier ses deux composantes, économique et sociale. La dimension écologique apparaît quant à elle beaucoup moins évidente. Ainsi, outre l'aspect économique traditionnel en matière d'achat public, on peut relever surtout des mesures se rattachant à la dimension sociale.

Parmi les principales mesures portant sur les aspects sociaux des achats publics, on peut citer la réservation d'une partie de la valeur des marchés à des **soumissionnaires** bien déterminés, la préférence nationale, l'allotissement des marchés publics, la sous-traitance et les offres variantes.

§1- Les marchés réservés et l'allotissement

Il s'agit de ce qu'on pourrait appeler marchés réservés à certaines catégories d'opérateurs notamment les micro-entreprises et les petites et moyennes entreprises, mais également les artisans et autres petits opérateurs.

A- Les marchés réservés aux petites entreprises

L'article 19 bis du décret dispose que chaque acheteur public doit réserver annuellement aux petites entreprises un pourcentage dans la limite de 20% de la valeur prévisionnelle des marchés de travaux, de fourniture de biens et de services, et d'études.

Cette mesure bien qu'elle contribue au développement social, reste limitée aux petites entreprises et ne s'applique pas aux moyennes entreprises. Le volet socio-économique du développement durable repose sur l'encouragement des petites et moyennes entreprises, mais le décret n°2008-561 du 4 mars 2008 modifiant le décret des marchés publics a bien spécifié que cette mesure ne cible que les petites entreprises.

L'article 19 bis du décret portant réglementation des marchés publics définit les petites entreprises comme étant l'entreprise en activité et l'entreprise récemment

novembre 2008 et le décret 2009-3018 du 19 oct.2009 et, tout récemment, décret n° 2011-623 du 23 mai 2011 portant dispositions spécifiques à l'organisation des marchés publics.

constituée. L'entreprise en activité est déterminée en fonction de son chiffre d'affaires et l'entreprise récemment constituée est déterminée en fonction du volume d'investissement. Cette définition basée sur des éléments économiques fait prévaloir la composante économique par rapport à la composante sociale. A titre de comparaison, en droit français, la petite entreprise est définie non seulement à travers l'élément économique mais également à travers l'élément social, à savoir le nombre d'employés travaillant dans l'entreprise.

B- Les marchés réservés aux artisans

L'article 19 ter du décret n°2002-3158 du 17 décembre 2002 tel que modifié par le décret n° 2008-561 du 4 mars 2008 impose aux acheteurs publics de réserver aux artisans la participation aux travaux liés aux activités artisanales dans les projets publics, sauf cas d'impossibilité. Le même article prévoit que dans ce cas, l'acheteur public doit préciser, dans un rapport spécial, les justifications de cette impossibilité. La commission des marchés compétente émet obligatoirement son avis au sujet de ces justifications.

L'activité artisanale en Tunisie contribue à l'effort de création d'emplois puisqu'elle génère quelque 350 mille postes d'emploi (5000 emploi/an) et représente, à ce jour, 4.6% du PIB¹¹. Dès lors, il apparaît légitime de réserver un certain pourcentage des marchés publics à cette activité. Une telle mesure peut aider à maintenir les postes d'emploi existants et à contribuer à embaucher une partie des demandeurs d'emplois.

Toutefois, il semble que l'application de cette mesure visant à encourager les petites entreprises et les artisans n'est pas appliquée par tous les acheteurs publics tunisiens. Ce constat est souligné par le premier ministre dans sa circulaire n°11 du 2 avril 2010 qui rappelle aux acheteurs publics l'impératif de réserver aux petites entreprises une partie de leurs commandes.

C -Les avances consentis aux petites et moyennes entreprises et aux artisans

¹¹ Office National de l'Artisanat 2011

Le décret du 17 décembre 2002 modifié, portant réglementation des marchés publics prévoit des avances spécifiques aux petites et moyennes entreprises et aux artisans. Ainsi, l'article 117– troisièmement (ajouté par le décret n° 2008-3505 du 21 novembre 2008) dispose qu'il « *est obligatoirement consentie une avance de 20% du montant du marché payable en dinars aux petites et moyennes entreprises et aux artisans. Ces avances obligatoires ne peuvent être cumulées* ».

Il précise ce qu'on entend par petite et moyenne entreprise en précisant qu'il s'agit de « *l'entreprise en activité et l'entreprise récemment constituée dans les conditions suivantes* :

- *pour les marchés de bâtiment et de travaux publics: l'entreprise ayant l'agrément dans les catégories 1 à 4 conformément à la réglementation en vigueur.*

- *pour les marchés de fourniture de biens et de services : l'entreprise en activité dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 1 million de dinars et l'entreprise récemment constituée dont le coût d'investissement ne dépasse pas 500 mille dinars.*

- *pour les marchés d'études : l'entreprise en activité dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 300 mille dinars et l'entreprise récemment constituée dont le coût d'investissement ne dépasse pas 150 mille dinars* ».

Comme relevé plus haut, cette définition prend comme critères de qualification des petites entreprises leurs âges, leurs agréments ou leurs chiffres d'affaires.

Cette définition a été complétée par la circulaire du premier ministre n°15 du 11 avril 2008. Elle ne prend pas en considération l'élément social puisqu'elle ne retient pas le nombre d'employés au sein de l'entreprise.¹²

L'avance obligatoire, prévue par le décret relatif aux marchés publics et fournie en cour d'exécution du marché, peut apporter une aide précieuse au PME et aux artisans dans la mesure où elle allège les charges financières de ces derniers. En

¹² En droit français, la définition de la petite et la moyenne entreprise se fait sur la base du nombre d'employés.

fait, l'assise financière des PME et des artisans est généralement faible. Parfois, même les charges financières qui découlent de la constitution des cautions provisoires ou définitives, de la mobilisation des ressources matérielles et humaines à l'occasion d'une participation à un marché public et la longueur des délais de traitement des dossiers des marchés publics alourdissent la charge des petites et moyennes entreprises et mènent, ou bien à leur élimination avant toute appel à la concurrence, ou à des difficultés dans l'exécution de la commande publique et, par conséquent, à des conflits avec l'acheteur public.

D- Les marchés attribués aux micro-entreprises par voie de consultation élargie

La composante durabilité se manifeste également dans l'article 39 du décret régissant les marchés publics. En effet, cet article prévoit une exception au principe de mise en concurrence par le fait de permettre à l'acheteur public de passer des marchés par voie de consultation élargie. Il énumère quatre cas de recours à la consultation élargie dont les deux derniers s'inscrivent dans une logique d'insertion et de promotion sociale.

Il dispose qu'"Il peut être passé des marchés après mise en concurrence par voie de consultation élargie dans les cas suivants : (...)

3- les marchés de travaux et de fourniture de biens ou de services passés avec les micro-entreprises dans le cadre de programmes nationaux à caractère social à condition que le montant de ces marchés, toutes taxes comprises, n'excède pas soixante-dix mille dinars (70.000 dinars) ; pour les marchés-cadre, dont la durée d'exécution excède un an, le montant à prendre en considération est de soixante-dix mille dinars (70.000 dinars) toutes taxes comprises pour chaque année.

4-les travaux forestiers et les travaux de conservation des eaux et du sol nécessitant des moyens d'encadrement limités et un matériel simple et qui sont confiés à des micro-entreprises ou à des groupements de développement dans le domaine de l'agriculture et de la pêche à condition que la valeur annuelle du marché ne dépasse pas cent mille dinars (100.000 dinars) toutes taxes comprises.

Ces deux cas sont de nature à permettre l'intégration des éléments sociaux du développement durable.

Ainsi, le troisième cas prend en considération la taille des entreprises, privilégiant les micro-entreprises et inscrivant expressément la procédure de la consultation « *dans le cadre de programmes nationaux à caractère social* ».

Quant au quatrième cas, il semble prendre en compte le développement durable dans ces trois composantes puisqu'il concerne les micro-entreprises ou les groupements de développement travaillant dans le domaine forestier.

E - L'allotissement de la commande

L'allotissement de la commande publique est l'instrument le plus adéquat pour les acheteurs publics pour promouvoir la participation des entreprises tunisiennes dans les appels d'offres et les **consultations élargies**. Cet outil doit être utilisé dans tous les types de commandes. En fait, l'article 19 du décret régissant les marchés publics affirme que l'acheteur public doit, lors de l'élaboration des cahiers des charges relatifs au marché, prendre en considération la capacité des entrepreneurs, des producteurs, des prestataires de services et des bureaux d'études. En outre, le deuxième alinéa de cet article fait de l'allotissement une obligation à la charge de l'acheteur s'il s'avère que cet allotissement est de nature à favoriser la participation des entreprises nationales ou lorsqu'il est susceptible de présenter des avantages d'ordre technique, financier ou social.

L'allotissement peut mener à faire participer les moyennes et petites entreprises locales sans pour autant fractionner la commande publique.¹³ Toutefois, il peut engendrer des difficultés dans la gestion de la commande pour l'acheteur public puisque ce dernier doit traiter avec une multitude de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

A côté de l'allotissement, l'article 19 du décret de 2002 oblige l'acheteur public à indiquer le nombre maximum de lots pouvant être attribués à un même

¹³ L'article 8 du décret de 2002 interdit le fractionnement en ces termes « *Il est formellement interdit de fractionner les commandes de façon à les soustraire à la passation de marchés écrits ou à leur examen par la commission des marchés compétente* ».

soumissionnaire. En fixant les conditions d'attribution des lots, l'acheteur public peut être amené à limiter le nombre de lots pouvant être attribué à un seul titulaire de marché. Certes, cette méthode peut avoir des impacts sur les dépenses publiques puisque le fait de fixer le nombre maximum de lots à attribuer à un seul titulaire de marché oblige à passer parfois aux autres candidats dans le classement financier, mais cette méthode a le mérite d'allouer la commande à plusieurs candidats et d'éviter une domination des grandes entreprises sur le marché.

§2- Les mesures d'encouragement aux entreprises et aux produits nationaux

L'encouragement des entreprises locales dans le cadre du droit des marchés publics s'insère dans un effort d'instauration d'un développement socio-économique durable. Ces mesures d'encouragement sont observées, d'une part, dans l'obligation d'associer les bureaux des études tunisiens aux entreprises étrangères lorsqu'il s'agit d'une mise en concurrence internationale, et d'autre part par la sous-traitance obligatoire aux entreprises tunisiennes.

A - Association avec les bureaux des études tunisiens

L'article 24 du décret régissant les marchés publics dispose que "*Quand il est fait appel à un bureau d'études étranger, les cahiers des charges doivent prévoir, sauf impossibilité dûment justifiée, l'obligation d'associer un bureau d'études tunisien choisi, le cas échéant, sur une liste de bureaux présélectionnés arrêtée par l'acheteur public en fonction de la nature et de l'objet de l'étude. Cette liste sera insérée dans les cahiers des charges.*

Le contrat à conclure avec le bureau d'études étranger doit faire apparaître clairement les prestations confiées au bureau tunisien associé et les montants y afférents".

Cette obligation peut être considérée comme un élément s'intégrant dans la dimension sociale dans les achats publics constituant une esquisse de prise en compte du développement durable.

B - La sous-traitance nationale

Il s'agit d'une obligation imposée pour les différentes catégories de marchés publics.

1- Les marchés dans le secteur de l'informatique et des technologies de la communication

Le décret régissant les marchés publics précise dans son article 25¹⁴ que « *lorsque l'acheteur public fait appel à des entreprises étrangères spécialisées dans le secteur de l'informatique et des technologies de la communication, les cahiers des charges doivent comporter, sauf impossibilité dûment justifiée, l'obligation d'associer des entreprises tunisiennes spécialisées sélectionnées selon des critères annoncés dans lesdits cahiers des charges.* »

2- Les marchés de travaux, de fourniture et prestation de service

Pour les marchés de travaux, de fourniture et prestation de service, l'article 20 du décret de 17 décembre 2002 prévoit que « *dans le cas où il est fait recours à des appels internationaux à la concurrence, les cahiers des charges y afférents doivent comporter, sauf impossibilité dûment justifiée, une clause dite de sous-traitance nationale en vertu de laquelle les soumissionnaires étrangers doivent confier à des prestataires locaux l'exécution du maximum de lots de la commande, de produits, d'équipements ou de services dans tous les cas où l'industrie et les entreprises locales sont susceptibles de répondre à une partie de l'objet de la commande.* »

Cette obligation de sous-traitance aux entreprises tunisiennes de parties de la commande publique, lorsque l'acheteur public fait recours à des appels internationaux à la concurrence, est une mesure qui peut s'insérer dans le cadre du développement économique et social durable. En effet, cette mesure permet de

¹⁴ Tel que modifié par le décret n° 2551 du 2 novembre 2004

préservent les entreprises tunisiennes face aux grandes entreprises internationales. La participation de ces entreprises tunisiennes peut les aider à profiter de l'expertise étrangère, des nouvelles méthodes et même de l'évolution technologique que peuvent apporter ces entreprises étrangères tout en leur permettant d'avoir une part du marché tunisien. Ceci les aiderait à maintenir, voire à créer des emplois d'une part, et à prospérer dans l'avenir d'autre part.

C- La préférence nationale

Il s'agit d'une préférence prévue par l'article 21 du décret de 2002 qui dispose que « *les produits d'origine tunisienne sont, à qualité égale, préférés dans tous les marchés de fournitures aux produits de toute autre origine, dans la mesure où les prix des produits tunisiens ne dépassent pas de plus de 10% les prix des produits étrangers* ».

Ce texte ajoute que « *le soumissionnaire est tenu de présenter le certificat d'origine tunisienne délivré par les services concernés. Pour l'application de la marge de préférence des produits d'origine tunisienne,* » et précise que « *la comparaison des offres est établie compte tenu des droits de douane et sur la base des prix de vente tous droits et taxes compris* ».

D- Les offres variantes

L'article 22 du décret réglementant les marchés publics prévoit que : "*Sauf dispositions contraires des cahiers des charges, et pour les commandes techniquement complexes au sens de l'article 72 du présent décret, les soumissionnaires peuvent présenter une ou plusieurs offres variantes comportant des spécifications techniques autres que celles prévues par la solution de base à condition de présenter une offre se rapportant à l'objet du marché tel que prévu par les cahiers des charges et que l'offre variante n'entraîne pas de modification substantielle des besoins de l'acheteur public.*

L'offre relative à la solution variante doit comporter toutes les indications et précisions relatives à cette variante et doit être appuyée de tous documents utiles

permettant d'évaluer cette solution sur la base de la même méthodologie annoncée dans les cahiers des charges".

Ainsi, en vertu de cet article, et sauf disposition expresse contraire dans les cahiers des charges, les candidats peuvent librement présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges, dès lors que celles-ci n'étaient pas désignées comme des exigences minimales à respecter du fait que ces offres variantes ne sont acceptées que pour les commandes dites techniquement complexes au sens de l'article 72 du décret de 2002.

Cette technique **de présentation** des offres variantes permet de bénéficier de propositions réalistes et innovantes auxquelles l'acheteur public n'a pas pensé mais permet également de prendre en compte des considérations sociales. A cet égard, l'article 23 permet de laisser aux entreprises tunisiennes l'initiative et le choix des modalités selon lesquelles elles satisfont à des obligations en matière d'insertion. En effet, l'article 23 du décret affirme que : "*Nonobstant les dispositions de l'article 22 du présent décret, les entreprises tunisiennes peuvent présenter, exceptionnellement, des offres variantes sans être tenues de présenter une solution de base lorsqu'il s'avère que les conditions et les spécifications de la solution de base ne permettent à aucune de ces entreprises de participer à l'appel d'offres.*

L'offre variante proposée doit répondre aux besoins et objectifs recherchés du point de vue de la qualité technique, du coût, de la procédure et des délais d'exécution".

Toutefois, l'autorisation des variantes par l'acheteur public est une source de complexité de l'analyse des offres sur la base des critères annoncés. Il convient, donc, de mettre en place une méthodologie d'analyse claire et transparente.

Faut-il encore signaler que l'acceptation des offres variantes est doublement conditionnée : d'abord, l'acheteur public doit permettre aux entreprises de présenter des offres variantes et ne pas les exclure dans les cahiers des charges. Puis, cette possibilité de présenter des offres variantes est limitée aux commandes dites techniquement complexes. Ces restrictions peuvent limiter la mise en œuvre d'un tel procédé et vider la mesure sociale de toute efficacité surtout si l'on sait que la

majorité des commandes publiques sont passées sous forme de commandes courantes et non pas complexes.

De même, le dépouillement des offres variantes s'effectue en dehors des critères préétablis par l'acheteur public ce qui implique que l'acheteur doit opérer une appréciation qualitative, voire quelque peu subjective des variantes.

§3- L'apport potentiel des normes et spécifications techniques

L'une des manières les plus adéquates d'insertion d'éléments ayant trait au développement durable est de déterminer les critères d'attribution du marché en se référant à des spécifications techniques impliquant des exigences de durabilité et qui pourraient constituer des critères de sélection et d'attribution du marché. A cet égard, le décret de 2002 relatif aux marchés publics invite l'acheteur public à se référer aux normes en phase d'identification des besoins et de préparation des cahiers des charges. De son côté, l'article 9 du décret n°2002-3158 du 17 décembre 2002 ¹⁵ précise que "*Les prestations qui font l'objet de marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. Leurs spécifications techniques doivent être déterminées avant tout appel à la concurrence ou toute négociation.*"

Cette obligation doit être rapprochée aux dispositions de l'article 18 du décret qui imposent à l'acheteur public de se référer à des normes tunisiennes lors de l'élaboration des cahiers des charges, et plus précisément, lors de la définition des spécifications techniques de la commande en question. Le même article ouvre la possibilité de se référer à des normes internationales en cas d'inexistence des normes tunisiennes appropriées et de ne pas faire de discrimination entre les normes étrangères similaires. Bien entendu, ces normes peuvent être des normes de durabilité soit à vocation écologique soit à vocation mixte économique, écologique et sociale. Il en est ainsi des normes service telle que la norme ISO 9001 version 2000 généralement utilisée par les acheteurs dans l'acquisition des équipements informatiques et électriques comme les ordinateurs, les serveurs, les onduleurs, les imprimantes ou les climatiseurs.

¹⁵ Tel que modifié par le décret n° 2006-2167 du 10 Août 2006

Cette obligation mise à la charge de l'acheteur public se heurte à un certain nombre de difficultés d'ordre juridique et pratique.

Tout d'abord, les acheteurs publics rencontrent des difficultés à trouver des normes tunisiennes applicables dans tous les domaines tels que les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures et de services et les marchés d'études.

Certes, le décret n° 2007-1355 du 4 juin 2007, portant création et fixant les conditions et modalités d'attribution de « l'écolabel tunisien » a mis en place une démarche d'éco-labellisation facultative pour les produits « qui justifient des plus hauts niveaux de qualification du point de vue de la protection de l'environnement, et font preuve d'efforts remarquables dans l'utilisation des technologies propres et qui présentent, le cas échéant, les plus larges opportunités de durée dans leur cycle de vie »(art 1er). Au sein de l'INNORPI, il y a un travail effectué par la commission technique 106 chargée de la normalisation en matière de protection de l'environnement. Cependant, jusqu'à maintenant, à notre connaissance, peu de produits concernant les achats publics les plus importants a fait l'objet de labellisation. Les quelques produits ayant obtenu le label tunisien sont destinés principalement à l'exportation comme le textile, l'huile d'olive et les dattes conditionnées, les conserves de légumes et de fruits, les légumes et fruits frais conditionnés et les services d'hébergement touristique.

Mieux encore, lorsqu'elles existent, les normes tunisiennes sont méconnues par les acheteurs publics et sont limitées à quelques domaines comme les normes NT utilisées par la société tunisienne de l'électricité et du gaz dans l'achat des câbles. D'autre part, les normes internationales, bien que certaines d'entre elles s'intéressent à la composante environnementale comme les normes européennes, peuvent constituer un obstacle devant la participation des entreprises tunisiennes et, de ce fait, le souci environnemental peut, paradoxalement, nuire à l'impératif de durabilité socio-économique.

D'autre part, sur le plan juridique la loi n° 2009-38 du 30 juin 2009, relative au système national de normalisation, précise que le contenu des appels d'offres objet des marchés publics doit être établi conformément à des spécifications techniques basées sur des normes nationales sauf dans le cas où il n'y a pas de

normes ou si la nature des services ne le permet pas. Dans ce cas, l'acheteur public doit le signaler explicitement lors de la soumission des cahiers des charges pour avis préalable à la commission des marchés compétente. Cette obligation s'impose aux acheteurs publics nonobstant les dispositions de l'article 7 qui affirme le caractère non obligatoire de l'application des normes tunisiennes.

Les possibilités d'insérer des clauses de durabilité dans les cahiers des charges diffèrent en fonction de la nature plus ou moins complexe de l'achat.

A cet égard, l'article 72 du décret du 17 décembre 2002 prévoit que:

« Les commandes objet de marchés, sont classées comme suit:

- Les commandes courantes qui n'exigent que la conformité de l'offre aux cahiers des charges. Ceux-ci peuvent comporter, outre les conditions de participation relatives aux garanties indiquées au présent décret auxquelles les soumissionnaires sont appelés à se conformer, des spécifications, des normes et des conditions techniques à définir d'une manière précise.

- Les commandes complexes portant sur la fourniture d'équipements importants et techniquement complexes ou d'une technologie qui évolue rapidement ou portant sur la réalisation de travaux ou des études spécifiques.

Dans ce cas, les cahiers des charges doivent indiquer avec précision outre, les conditions de participation, les spécifications et les normes signalées au premier paragraphe du présent article, la méthodologie qui détermine les plus values techniques supplémentaires pouvant être pris en considération. »

Sur le plan technique, l'insertion de critères relatifs au développement durable serait plus aisée dans les commandes ayant une méthodologie complexe que dans une commande à méthodologie courante. Ceci s'explique par le fait que l'insertion des critères de durabilité comme des critères de sélection dans une méthodologie courante pourrait restreindre la concurrence en éliminant des offres qui ne sont pas conformes aux exigences environnementales ou sociales. Par contre, l'insertion des critères relatifs à la durabilité dans les commandes complexes comme des critères qui peuvent attribuer des plus-values techniques à l'offre et permettre, par conséquent, une certaine bonification sans pour autant restreindre la concurrence. Ceci rejoint la circulaire du premier ministre n°28 du 20 juin 2007 qui

cite comme exemples des plus-values techniques l'économie d'énergie et la protection de l'environnement.

A ces dispositions diverses mais timides du décret du 17 décembre 2002 portant règlementation des marchés publics, il faut associer d'autres textes portant sur des questions diverses mais ayant un certain impact sur la durabilité de l'achat public.

CHAPITRE 2 - LES TEXTES PARTICULIERS SE RAPPORTANT LA DURABILITE, UN IMPACT MARGINAL

En droit tunisien, il existe un certain nombre de textes de natures et de valeurs différenciées qui ne portent pas spécifiquement sur les achats publics mais qui peuvent avoir un impact sur l'insertion du développement durable dans ces achats.

Certains résultent des engagements internationaux du pays. Il s'agit notamment des textes suivants :

- La loi n° 93-46 du 3 mai 1993, portant ratification de la convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques,
- La loi n°2002-55 du 19 juin 2002 portant approbation de l'adhésion de la République tunisienne au protocole de Kyoto, annexé à la convention des Nations Unies sur les changements climatiques
- Le décret n° 2008-4114 du 30 décembre 2008, fixant les conditions et procédures de vente des réductions d'émissions certifiées de gaz à effet de serre générées par les projets de mécanisme de développement propre instauré par le protocole de Kyoto annexé à la convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

D'autres, à caractère législatifs et réglementaires, portent sur des acteurs et des secteurs aux implications potentielles sur l'achat public. Certains intéressent le volet écologique (Section 1) et d'autres portent davantage sur l'aspect social (Section 2).

Section 1 – Les textes ayant des implications sur la dimension environnementale des achats publics durables

Parmi les textes le plus significatifs, on peut évoquer notamment des textes qui mettent en place des structures et d'autres portent davantage sur des aspects techniques comme la normalisation.

§ 1 – Les textes portant création d'institutions publiques

Il s'agit notamment des textes portant création respectivement de l'Agence Nationale de Protection de l'Environnement et de l'Agence Nationale de Gestion des Déchets.

A - Loi n° 88-91 du 2 août 1988, portant création de l'Agence Nationale de Protection de l'Environnement¹⁶

Cette loi est l'un des textes qui ont un effet direct sur les marchés publics et qui ont aidé à l'insertion du "développement durable", et plus précisément la protection de l'environnement.

L'article 5 (nouveau) de cette loi dispose que la réalisation des unités industrielles, agricoles et commerciales est soumise, soit à l'approbation préalable par l'agence nationale de la protection de l'environnement de l'étude d'impact négatif éventuel sur l'environnement, soit à l'engagement du promoteur de l'unité d'appliquer les prescriptions d'un cahier des charges qui sera approuvé par arrêté du ministre chargé de l'environnement, selon le type de l'unité, la nature de son activité et des risques qu'elle présente pour l'environnement.

Cette loi a été complétée par le décret n°2005-1991 du 11 juillet 2005 relatif à l'étude d'impact sur l'environnement et fixant les catégories d'unités soumises à l'étude d'impact sur l'environnement et les catégories d'unités soumises à des cahiers de charges.

¹⁶ Modifiée par la loi n° 92-115 du 30 novembre 1992

Dans son article premier, ce décret oblige l'administration à effectuer une étude de l'impact du projet en question sur l'environnement.

Ces dispositions relatives à l'étude d'impact sont naturellement applicables aux achats publics notamment aux marchés de travaux importants susceptibles d'avoir un impact sur l'environnement.

B – Le décret n°2005-2317 du 22 août 2005 relatif à la création de l'ANGED

Cet établissement public est chargé, selon l'article 4 de ce décret, de la préparation des cahiers des charges organisant les conditions et modes de fonctionnement de l'activité de collecte des déchets, leur transport, leur stockage, leur traitement et leur recyclage. Ces cahiers des charges ont fait l'objet d'un arrêté d'approbation du ministre de l'environnement et de l'aménagement du territoire du 28 février 2001.

L'article 4 de ces cahiers des charges souligne que l'activité de collecte et de transport des déchets ne doit pas causer des dangers pour la santé des personnes, ne doit pas polluer l'environnement et surtout l'eau, l'air, la terre et la biodiversité.

Ces dispositions sont applicables aux marchés de fourniture de services de collectes des déchets mais également aux marchés de travaux (voir *infra*).

§ 2 - Les textes à caractère technique

Il s'agit de textes portant sur divers aspects notamment la normalisation et la maîtrise de l'énergie.

A - Loi n°2004-72 du 2 août 2004 modifiée par la loi n°7 du 9 février 2009 relative à la maîtrise de l'énergie et ses textes d'application

C'est l'un des rares textes qui souligne expressément le développement durable comme une priorité nationale dans son article premier. Par ailleurs, l'article 5 de cette loi soumet les projets publics consommateurs d'énergie à une autorisation préalable délivrée par le ministre chargé de l'énergie après une consultation préalable de l'Agence Nationale de la Protection de l'Energie.

L'article 10 nouveau de cette loi impose la conformité des nouveaux bâtiments à des spécifications techniques relatives à l'économie d'énergie. Pour mieux appliquer les dispositions de l'article 10 nouveau de ladite loi, un arrêté conjoint du ministre de l'équipement, de l'habitat et de l'aménagement du territoire et du ministre de l'industrie, de l'énergie et des petites et moyennes entreprises du 23 juillet 2008, est venu fixer les spécifications techniques minimales visant l'économie dans la consommation d'énergie des projets de construction et d'extension des bâtiments à usage de bureaux ou assimilés. Cet arrêté définit les bâtiments publics ou privés soumis à la loi de 2004. En outre, il souligne le caractère obligatoire de la référence aux spécifications techniques qu'il a prévu et la mention explicite de leur application obligatoire dans les cahiers des charges techniques relatifs à la construction des bâtiments à usage de bureaux ou assimilés. Ce texte n'est pas spécifique aux achats publics mais il leur est évidemment applicable, notamment lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux portant sur des bâtiments ou autres équipements publics énergivores comme on le verra plus loin.

Dans le prolongement de cette loi, est intervenu d'abord le décret n°2004-2144 du 2 septembre 2004, modifié¹⁷. Ce décret fixe les conditions d'assujettissement des établissements consommateurs d'énergie à l'audit énergétique obligatoire et périodique, le contenu et la périodicité de l'audit et les catégories de projets consommateurs d'énergie assujettis à la consultation obligatoire préalable, les modalités de sa réalisation ainsi que les conditions d'exercice de l'activité des experts-auditeurs.

L'article 13 (nouveau) de ce décret dispose que « *Les nouveaux projets consommateurs d'énergie et les projets d'extension des établissements consommateurs d'énergie dans les secteurs de l'industrie, du transport, du tertiaire et du résidentiel (...) sont assujettis à l'obligation de la consultation préalable de l'agence nationale pour la maîtrise de l'énergie avant le début de leur réalisation, et ce, en vue de s'assurer de leur efficacité énergétique* ». Ainsi, ce texte soumet les projets d'établissements consommateurs d'énergie à l'audit énergétique préalable obligatoire. En outre, ce type de projet doit faire l'objet d'une consultation préalable

¹⁷ Par le décret 2009-2269 du 31 juillet 2009.

de l'Agence Nationale de Protection de l'Environnement. Aux termes de son article 14, « *La consultation obligatoire préalable consiste en la réalisation par l'établissement concerné d'un audit énergétique avant l'exécution des projets consommateurs d'énergie (...) et la soumission de ses résultats à l'agence nationale pour la maîtrise de l'énergie qui donnera son avis à son sujet* ».

Ces dispositions s'appliquent naturellement aux projets des acheteurs publics objets de marchés publics notamment de travaux.

On peut également inscrire dans ce cadre, le décret n°2005-2234 du 22 août 2005 modifié.¹⁸ Ce décret fixe les taux et les montants des primes relatives aux actions concernées par le régime pour la maîtrise de l'énergie ainsi que les conditions et les modalités de leur octroi. L'article premier nouveau de ce texte prévoit une prime pour les investissements dans le domaine de la maîtrise d'énergie.

Enfin, on peut ajouter le décret n° 2009-2617 du 14 septembre 2009, portant réglementation de la construction des bâtiments civils.

L'article 11 de ce texte annonce une prise en considération de l'économie d'énergie et de la protection de l'environnement. De même, l'article 13 prévoit qu'aucune étude ne peut être commandée par le maître d'ouvrage ou engagée par le maître d'ouvrage délégué que sur la base d'un dossier qui doit comporter :

- Le règlement d'urbanisme de la zone d'implantation du projet
- L'étude d'impact du projet sur l'environnement
- L'étude hydraulique du terrain si nécessaire.

Par ailleurs, un certain nombre de circulaires contribue, de manière indirecte, à l'intégration de certains aspects de l'achat durable. Ainsi, en est-il de la circulaire du premier ministre n° 7 du 21 février 2008 relative au suivi de l'utilisation des lampes économiques dans les bâtiments publics et la circulaire du premier ministre n° 13 du 25 avril 2009 relative au suivi du programme national de l'optimisation de la consommation d'énergie notamment en matière d'utilisation des climatiseurs individuels, contribue au développement de l'aspect environnemental.

¹⁸ Par le décret n°2009-362 du 9 février 2009

B - La loi n°2009-38 du 30 juin 2009 relative au système national de normalisation

Cette loi affirme clairement le lien étroit entre développement durable et normalisation et souligne que la normalisation contribue à la consolidation du développement durable.

Ainsi, l'article 2 de cette loi affirme que *"la normalisation contribue à la consolidation de l'économie nationale, à la facilitation des échanges commerciaux, à l'amélioration de la qualité des produits et services et de leur compétitivité ainsi qu'à la protection de la santé et la sécurité du consommateur, à la protection de l'environnement et d'une manière générale au développement durable »*.

En matière d'achats publics plus spécialement, l'article 10 de cette même loi oblige les acheteurs publics à établir les appels d'offres conformément à des spécifications techniques basées sur des normes nationales sauf dans le cas où il n'y a pas de normes ou si la nature des services ne le permet pas. Dans ce cas, l'acheteur public doit le signaler explicitement lors de la soumission des cahiers des charges pour avis préalable à la commission des marchés compétente. En l'absence de normes nationales, il est possible de recourir à des normes internationales par insertion de leurs références dans les cahiers des charges.

Ces dispositions relatives aux normes ne sont pas spécifiques au développement durable et encore moins aux achats publics durables. Elles peuvent cependant constituer un fondement juridique à l'insertion de normes de durabilité dans les cahiers de charges des marchés publics.

C - Décret n° 2007-1355 du 4 juin 2007, portant création et fixant les conditions et modalités d'attribution de « l'écolabel tunisien »

Ce décret met en place une démarche d'éco-labellisation facultative pour les produits « qui justifient des plus hauts niveaux de qualification du point de vue de la protection de l'environnement, et font preuve d'efforts remarquables dans l'utilisation des technologies propres et qui présentent, le cas échéant, les plus larges opportunités de durée dans leur cycle de vie » (art 1er). En adoptant l'approche produit avec la recherche d'objectifs quantitatifs et qualitatifs relatifs aux performances écologiques durant tout le cycle de vie du produit, le système

tunisien de labellisation se distingue du système de certification international selon la norme ISO 14001. Ce dernier privilégie une approche processus centrée sur le management environnemental et reposant sur le principe d'amélioration continue de la performance environnementale par la maîtrise des impacts liés à l'activité de l'entreprise.

L'objectif de la réglementation tunisienne est de promouvoir les produits ayant un impact négatif moindre sur l'environnement en comparaison avec les autres produits de la même catégorie (Art.2).

Sur le plan procédural, l'article 10 du décret confie à l'institut national de normalisation et de la propriété industrielle (INNORPI) la gestion et l'octroi de l'écolabel tunisien, et le soin de prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet.

L'article 6 du décret prévoit la création auprès du ministère chargé de l'environnement, d'un comité consultatif de l'écolabel tunisien chargé de :

- examiner et approuver la stratégie générale de l'INNORPI en matière de gestion et d'octroi de l'écolabel tunisien et les orientations dans le domaine du développement et la promotion de l'écolabel tunisien.

- examiner et approuver les projets d'intégration de nouvelles catégories de produits et les critères qui s'y rapportent.

- approuver les projets d'accords avec les organismes homologues à l'échelle internationale.

- présenter des propositions pour la réorientation et l'ajustement du fonctionnement de la structure de gestion et de l'octroi de l'écolabel tunisien.

- adopter les critères techniques et écologiques fixés et proposés par le comité consultatif de l'écolabel tunisien créé par l'article 8 du même décret.

Par ailleurs, l'article 8 prévoit la création d'un comité technique permanent présidé par le directeur général du centre international des technologies de l'environnement de Tunis chargé de :

- l'identification et la proposition de catégories de produits à l'écolabellisation,

- l'étude des opportunités et examen de la faisabilité de l'introduction de nouvelles catégories de produits,
- la soumission des propositions d'introduction de nouvelles catégories de produits au comité consultatif de l'écolabel tunisien pour approbation,
- le développement et la proposition de critères techniques d'attribution de l'écolabel tunisien, de critères écologiques et de performance auxquels devrait répondre le produit ainsi que des tests et analyses à réaliser, des éventuels audits à mener sur les sites de production et des références normatives à respecter,
- la proposition au comité consultatif de l'écolabel tunisien de tout réajustement réglementaire ou technique permettant de mener à bien le programme d'écolabellisation.

L'article 11 du décret précise de son côté, que « dans le cadre de sa mission de gestion et d'octroi de l'écolabel tunisien, l'institut national de normalisation et de la propriété industrielle est chargé de :

- préparer et publier les règlements définissant les catégories de produits et fixant les critères spécifiques d'attribution de l'écolabel Tunisien à chacune de ces catégories,
- administrer et évaluer les demandes d'apposition de l'écolabel tunisien,
- attribuer l'écolabel tunisien et assurer le suivi des produits écolabellisés,
- conclure et exécuter les accords de reconnaissance et de partenariat avec les organismes internationaux homologues,
- proposer tout réajustement réglementaire permettant de mener à bien le programme d'écolabellisation,
- concevoir et conduire toute action visant la promotion et le marketing de l'écolabel tunisien,
- centraliser et coordonner tous les travaux, études et enquêtes concernant l'écolabel tunisien,
- représenter la République Tunisienne auprès des instances internationales, régionales et auprès des organismes homologues étrangers avec lesquels il est habilité à coopérer dans le domaine de l'écolabellisation

- promouvoir toutes actions de formation et de perfectionnement en matière d'écolabellisation,

- établir un système de veille sur tout ce qui est système de marquage écologique et diffuser les informations recueillies auprès des structures concernées ».

Pour le moment, peu de produits concernant les achats publics les plus importants ont fait l'objet de labellisation. Les quelques produits ayant obtenu le label tunisien sont destinés principalement à l'exportation comme le textile, l'huile d'olive et les dattes conditionnées, les conserves de légumes et de fruits, les légumes et fruits frais conditionnés et les services d'hébergement touristiques.

Section 2 - Les textes ayant des implications sur la dimension sociale des achats publics durables

On peut relever certains textes législatifs et certaines circulaires

§ 1 - La loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique

Cette loi dispose dans son article 25 qu'« un pourcentage des marchés publics est réservé aux petites entreprises en respectant le principe de concurrence et l'égalité des chances conformément à la législation en vigueur ».

Les dispositions de cette loi intéressent notamment la dimension sociale des achats publics durables. Elles ont été mises en œuvre dans le domaine des marchés publics par l'instauration des marchés réservés.

§ 2 – Les circulaires

On peut signaler notamment, la circulaire du premier ministre n°4 du 20 janvier 2010 portant sur la priorité des produits de l'artisanat et la circulaire n°11 du 2 avril 2010 rappelant les mesures spécifiques au profit des petites entreprises dans le domaine des marchés publics engendrant nécessairement un renforcement de la dimension sociale de la durabilité dans les achats publics.

*

* *

Le droit tunisien des achats publics ne consacre pas explicitement l'idée de durabilité, témoignant ainsi d'une insuffisante prise de conscience de l'importance et des enjeux de l'achat public du point de vue du développement durable. On y trouve néanmoins des éléments de développement durable qui se sont d'abord manifestés sur le plan social puis ont touché, de manière très indirecte il est vrai, certains aspects environnementaux. Ces jalons et ces prémisses peuvent constituer une base préliminaire à partir de laquelle, on peut envisager la mise en place progressive d'une véritable stratégie constitutive d'une politique publique d'achats publics durables. A cet égard, l'examen du droit comparé, du droit international, comme des droits de certains groupements régionaux et des droits internes de certains pays avancés en la matière révèle une évolution sensible, et parfois rapide, en partant d'un état comparable à celui du droit tunisien actuel.

DEUXIÈME PARTIE – L’ACHAT PUBLIC EN DROIT COMPARÉ : UNE CONSOLIDATION CROISSANTE

Le contexte économique et politique mondial a été depuis deux décennies marqué par l'émergence du concept de développement durable, «*un développement répondant aux besoins actuels sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs*» et la nécessité d'intégrer des considérations environnementales dans toutes les autres politiques (parallèlement aux aspects économiques et sociaux). Cette préoccupation désormais universelle du développement durable a pénétré progressivement les achats publics tant au plan du droit international universel que régional, et tend à se diffuser dans les droits internes de nombreux pays. Il convient donc d'examiner cette insertion du développement durable en matière d'achats publics, d'abord, en droit international et en droit communautaire (**Chapitre premier**), puis dans les droits internes de quelques pays assez avancés en la matière (**Chapitre II**).

CHAPITRE PREMIER - L'ACHAT PUBLIC DURABLE EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT EUROPEEN : DES PROGRÈS SENSIBLES

D'une idée séduisante, d'une mode sans grande portée juridique, le développement durable est passé en peu de temps en principe majeur du droit international se déployant de manière de plus en plus agressive à la conquête de nombreux domaines. La commande publique n'y a pas échappé et l'achat public durable a connu et connaît des progrès significatifs tant en droit international (Section 1) qu'en droit communautaire (Section 2).

Section 1 – L'achat public durable en droit international : des approches différenciées

Au niveau mondial, il est fait spécifiquement mention des marchés publics durables dans le «plan de mise en œuvre» du **sommet mondial pour le développement durable** qui s'est tenu à Johannesburg du 26 août au 4 septembre 2002. Ce plan préconise d'*«encourager les autorités compétentes à tous les niveaux à prendre le développement durable en considération dans leur processus de décision [et de] promouvoir des politiques de passation des marchés publics qui encouragent le développement et la diffusion de biens et de services respectueux de l'environnement»*.

Les recommandations, les déclarations et le plan d'action du **sommet mondial pour le développement durable** de Johannesburg (2002) ont été à l'origine de l'émergence d'une stratégie et d'un droit international de l'achat durable développé dans le cadre d'un processus dit processus de Marrakech impliquant fortement l'Organisation Mondiale du Commerce (§1).

De son côté, l'Organisation de Coopération et du Développement Economiques (OCDE), a adopté une recommandation du Conseil visant à *«améliorer les performances environnementales des marchés publics»* (§2).

A cela, on peut ajouter certaines déclarations internationales sans valeurs juridiques contraignantes mais non dépourvues d'intérêt notamment dans le contexte tunisien (§3).

§ 1 – Le droit de l'OMC et l'achat public durable : une intégration à la marge

L'Organisation mondiale du commerce (OMC,) est une organisation internationale qui s'occupe des règles régissant le commerce international. Sa création remonte à l'Acte final de l'accord de Marrakech reprenant les résultats des négociations commerciales du Cycle d'Uruguay, qui a été signé à Marrakech le 15 avril 1994 par les membres de l'Ex GATT.

L'accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce précise dans son préambule que *"Les Parties au présent accord, reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique, ... »*

Dans l'accord sur les marchés publics, l'objectif d'insérer les éléments de la durabilité ne sont pas très clairs. En effet, le préambule de ces accords se limite à indiquer que *« Les Parties au présent accord, reconnaissant qu'un cadre multilatéral efficace de droits et d'obligations concernant les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics est nécessaire en vue de réaliser l'expansion et une libération plus large du commerce mondial et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial,*

Reconnaissant que les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics ne devraient pas être élaborés, adoptés, ou appliqués aux

produits et aux services étrangers ou nationaux ni aux fournisseurs étrangers ou nationaux de façon à accorder une protection aux produits ou aux services nationaux ou aux fournisseurs nationaux, et qu'ils ne devraient pas établir de discrimination entre des produits ou des services étrangers ou entre des fournisseurs étrangers...".

Mais faut-il signaler que l'organisation mondiale s'intéresse tout de même à un certain nombre de sujets dits " *les nouveaux sujets*". Parmi ces « nouveaux sujets », on relève la préoccupation d'une meilleure garantie pour que les effets bénéfiques du commerce international ne se réalisent pas au détriment des autres domaines du développement économique durable, notamment le développement social et environnemental.

Or, malgré leur intérêt évident pour la prospérité de l'économie mondiale, ces « nouveaux sujets », justement parce qu'ils sont nouveaux, suscitent de nombreuses craintes dans plusieurs pays. C'est notamment le cas dans les pays en développement (PED). Ceux-ci redoutent d'une part que l'ouverture d'un programme de travail sur les normes sociales ou sur l'environnement ne masque en réalité une tentative d'invention d'un « nouveau protectionnisme » dans les pays développés.

C'est également le cas dans certains pays développés. Premier investisseur international, les Etats-Unis sont paradoxalement réservés quant à l'idée de renforcer les règles de l'OMC dans ce domaine.

Il n'existe pas aujourd'hui de règles soumises à la compétence de l'OMC pour régir les possibles conflits entre les objectifs de développement du commerce international et de protection de l'environnement. Pour remédier à cette insuffisance, la Conférence de Marrakech a institué un groupe de travail de l'OMC ayant pour mission de clarifier l'articulation entre les deux sources de règles.

Cela implique notamment de rechercher des solutions à diverses difficultés dont notamment la cohérence entre les règles de l'OMC et les accords multilatéraux sur l'environnement (AME); la réglementation des démarches « d'éco-étiquetage » des produits; la clarification des relations entre l'OMC et les principes environnementaux fondamentaux, en particulier le principe de précaution ; la

coopération entre l'OMC et les institutions internationales qui traitent de l'environnement, notamment le PNUE, la Banque mondiale et la CNUCED.

L'Accord sur les Marchés Publics (AMP) a été signé à Marrakech le 15 avril 1994, en même temps que l'Accord instituant l'OMC, et est entré en vigueur le 1er janvier 1996. Il s'agit d'un des accords plurilatéraux qui ne lie pas l'ensemble des membres de l'OMC. L'Accord sur les marchés publics (AMP) est à ce jour le seul accord juridiquement contraignant à l'OMC qui porte spécifiquement sur les marchés publics.

L'AMP établit le principe de la non-discrimination entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs établis hors du territoire national. Par ailleurs, l'accord souligne l'importance des procédures destinées à assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques de passation des marchés publics.

Néanmoins, les Accords sur les Marchés Publics ne mentionnent pas le développement durable. Ainsi, la protection de l'environnement n'est pas évidente dans l'Accord sur les marchés publics. En effet, ce n'est qu'à l'art. XXIII, qu'il est mentionné que *"sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures : nécessaires (...) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux"*. Le préambule de ces Accords sur les Marchés Publics fait cependant référence au sixième considérant du préambule des Accords de l'OMC, qui reconnaît la nécessité d'agir conformément aux principes de développement durable et de protéger et préserver l'environnement. Le développement durable n'apparaît donc qu'indirectement dans les accords internationaux relatifs à la commande publique.

§ 2 – L’OCDE et les marchés publics durables, une prise en compte croissante

L’OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements de plusieurs dizaines de pays œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux.

L’Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d’identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

En vertu de l’article 1^{er} de la convention de Paris signé le 14 décembre 1961, l’Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) a pour objectifs de promouvoir des politiques visant :

- A réaliser la forte expansion de l’économie et de l’emploi et une progression de niveau de vie dans les pays membres tout en maintenant la stabilité financière et à contribuer, ainsi, au développement de l’économie mondiale,
- A contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que dans les pays non membres, en voie de développement économique,
- A contribuer à l’expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire.

Les objectifs de l’OCDE tournent autour du développement économique. Le développement durable ne s’est pas affiché parmi les premiers objectifs du travail de l’organisation mais plusieurs actions ont montré l’intérêt que réserve cette organisation au développement durable et notamment aux achats durables.

C'est ; par exemple ; dans le cadre de sa stratégie environnementale pour le 21ème siècle que le Conseil de l’OCDE recommande de mettre en œuvre une politique publique d’achats écologiques. Les gouvernements des pays membres de l’OCDE ont l’obligation de s’assurer que leur politique d’achats écologique soit en accord avec leur politique de la concurrence, leur législation sur les marchés publics

et leurs engagements découlant d'accords commerciaux et environnementaux internationaux¹⁹.

Les travaux de l'OCDE sur l'environnement fournissent aux gouvernements le support analytique nécessaire à l'élaboration de politiques.

Les activités de l'OCDE pour la promotion de l'achat durable ont débuté en février 1996 lorsque le conseil de l'OCDE a adopté une recommandation sur l'amélioration des performances environnementales des pouvoirs publics qui couvrait la gestion des achats publics. En février 1997 le groupe de travail de l'OCDE sur la prévention et le contrôle de la pollution a organisé la conférence internationale Produit vert IV sur les achats publics écologiques à Bienne en Suisse. D'autres travaux ont été élaborés par l'organisation et qui ont porté sur l'achat durable (atelier 1998, travaux d'experts...). Les conclusions de ces travaux ont insisté sur la contribution des marchés publics à la réalisation d'objectifs environnementaux. Mais ces travaux ont souligné la difficulté d'intégration des acquisitions écologiques de manière appropriée.

Pour parvenir à instaurer un système d'achat durable, l'OCDE a proposé des approches plus écologiques qui consistent à inviter les pays membres à acheter selon les critères environnementaux et les labels écologiques, à insérer le critère de cycle de vie (pour vérifier l'incidence du produit sur l'environnement) et à établir des guides d'achat écologique.

En outre, lors du symposium de l'OCDE Forum mondial sur l'intégrité dans les marchés publics en novembre 2006, un intérêt particulier fut porté au développement d'outils pratiques juridiques et administratifs pour réformer les systèmes de passation des marchés publics et renforcer l'intégrité et la confiance du public dans la façon dont les fonds publics sont gérés. Dans cette optique, l'OCDE a élaboré une liste de vérification pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics. Cette liste de vérification est conçue pour guider les responsables de l'élaboration des politiques au niveau du gouvernement central à répandre une culture d'intégrité

¹⁹ "Ce qu'il faut savoir, Marchés publics & Développement durable", Communauté d'intérêt écologie et marché (CIEM), Suisse 2002

dans toutes les étapes de la passation des marchés publics, depuis la définition des besoins jusqu'à l'attribution du marché et le règlement définitif.

Le 8 avril 2010, le Conseil de l'OCDE a formulé des recommandations sur les technologies de l'information et de la communication et l'environnement qui ont porté sur l'amélioration des marchés publics. En effet, le conseil a recommandé aux membres de prendre davantage en compte les critères environnementaux dans les marchés publics de biens et services des technologies de l'information et de la communication et de développer l'innovation environnementale parmi les fournisseurs. Il s'agit notamment de proposer un cadre politique approprié qui intègre des critères de prix et de performances en matière environnementale dans les marchés publics, dans les cas où cela se justifie économiquement, notamment les coûts sur l'intégralité du cycle de vie des produits et services des TIC, et de fournir des informations, des formations et une assistance technique aux responsables intervenants dans les marchés publics et la chaîne d'utilisation des TIC.

§ 3 - Les déclarations de Tunis et de Paris

Il ne s'agit pas de textes juridiquement contraignants mais qui ne sont pas dépourvus de portée politique et morale.

A – La déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement 2 mars 2005

Les ministres de pays développés et de pays en développement chargés de la promotion du développement, et responsables d'organismes bilatéraux et multilatéraux d'aide au développement, réunis à Paris le 2 mars 2005, se sont mis d'accord sur des actions ambitieuses, se prêtant à un suivi, afin de réformer les modalités d'acheminement et de gestion de l'aide. Le bilan des cinq années suivant cette déclaration devrait être effectué dans le cadre des Nations Unies, de la mise en œuvre de la Déclaration du millénaire et des Objectifs du millénaire pour le développement (OMD).

La déclaration de Paris a annoncé des mesures à prendre par les pays participants. Parmi ces mesures apparaît le soutien des donateurs aux stratégies

nationales de développement, et notamment le renforcement des systèmes nationaux de passation des marchés.

Les pays partenaires et les donateurs se sont engagés conjointement à :

- Utiliser les normes et procédures convenues d'un commun accord pour établir des diagnostics, mettre au point des réformes viables et suivre leur mise en œuvre.
- Engager des ressources suffisantes à l'appui du renforcement des capacités et des réformes de la passation de marchés s'inscrivant dans un horizon de moyen à long terme.
- Partager les enseignements tirés de l'expérience accumulée sur les approches recommandées de façon à pouvoir y apporter progressivement des améliorations.

Les pays partenaires se sont engagés à prendre en main le processus de réforme de la passation des marchés.

Les donateurs se sont engagé à :

- Recourir de plus en plus aux systèmes des pays partenaires pour la passation des marchés lorsque des normes et procédures convenues d'un commun accord sont appliquées
- Adopter des approches harmonisées lorsque les systèmes nationaux ne répondent pas aux normes de performance convenues d'un commun accord ou lorsque les donateurs ne les utilisent pas.

D'un autre côté, le souci environnemental était présent dans cette déclaration. En effet, la déclaration de Paris a signalé le fait qu'il y aient d'immenses progrès, chez les donateurs, en matière d'harmonisation autour des études d'impact sur l'environnement (EIE), par exemple en ce qui concerne les questions de santé et les questions sociales que peuvent soulever les projets. Mais, les participants ont voulu dépasser ces progrès et s'intéresser aux conséquences possibles de problèmes environnementaux de dimension planétaire comme le changement climatique, la désertification et l'appauvrissement de la biodiversité.

Les engagements des pays donateurs et des pays partenaires ont porté sur le renforcement de l'application des études d'impact sur l'environnement, l'utilisation

plus systématiquement des procédures communes dans le cadre des projets, notamment par le biais de consultations avec les parties prenantes et l'élaboration et l'application des approches communes de « l'évaluation environnementale stratégique » aux niveaux sectoriel et national. Dans le même cadre, les pays se sont engagés à continuer de développer les capacités techniques et stratégiques spécialisées nécessaires pour effectuer des analyses environnementales et assurer le respect de la législation. Ces différents engagements couvrent nécessairement les achats publics.

***B –La déclaration de Tunis sur les réformes des marchés publics en Afrique
« soutien au développement économique et à la réduction de la pauvreté du 17
novembre 2009 »***

La Déclaration de Tunis sur "*les réformes des marchés publics en Afrique: soutien au développement économique et à la réduction de la pauvreté*" adoptée le 17 novembre 2009 a tracé un certain nombre d'objectifs ayant un rapport direct avec l'instauration d'un système de marchés publics durables. Parmi ces objectifs, on peut citer notamment :

- La poursuite de l'amélioration de l'environnement des affaires, afin de faciliter l'accès du secteur privé, en particulier des petites et moyennes entreprises locales, à la commande publique,
- La mobilisation des entreprises locales, les aider à renforcer leurs capacités, afin d'être plus compétitives et de participer plus efficacement aux commandes publiques aux niveaux national, régional et international, et favoriser la création d'emplois,
- La contribution à une meilleure harmonisation des normes et des procédures des marchés publics, pour favoriser l'intégration et le développement des marchés communs régionaux.

Toutefois, l'accent était mis sur la composante socio-économique du développement durable. Un intérêt particulier était porté à la consolidation des petites et moyennes entreprises locales pour leur faciliter l'accès à la commande publique. Encore, le renforcement de la compétitivité des entreprises et l'efficacité

de la participation des entreprises locales dans les commandes publiques est liée à la création d'emplois. Par ailleurs, cette déclaration cible une harmonisation des normes et des procédures des marchés publics, ce qui offre un outil d'insertion des normes écologiques et sociales dans les marchés publics.

Cette déclaration s'intéresse clairement à la composante socio-économique du développement durable et ignore presque totalement la composante écologique. Ces choix s'expliquent par la prévalence du développement économique et social par rapport au souci de protection de l'environnement des États africains.

Section 2 – L'achat public durable en droit européen : des avancées remarquables

Les dépenses relatives aux marchés publics représentent environ 17 % du PIB européen (à peu près 2 000 milliards d'euros).²⁰ Les règles en matière d'achats publics durables au niveau européen sont considérées comme un moyen pour réduire significativement les modes de production et de consommation non durables et pourraient faciliter la commercialisation de nouvelles technologies environnementales. Le droit communautaire a, ainsi connu une consolidation progressive de l'achat durable tant dans les textes (§1) que dans la jurisprudence (§2).

§1 – Les textes

En droit communautaire, le développement durable fut consacré par le Traité en 1997. En vertu de l'article 6 du Traité, 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. De son côté, 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*

²⁰ Source, site web de la commission européenne *green public procurement* ; http://ec.europa.eu/environment/gpp/links_en.htm, consulté le 05/08/2011.

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. »*

Par la suite, à Lisbonne en 2000, les dirigeants de l'UE s'étaient fixés comme objectif de « *devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale* ». Un troisième pilier, à savoir l'environnement, est venu compléter la stratégie de Lisbonne après l'adoption en 2001 par le Conseil européen de Göteborg de la stratégie de développement durable de l'UE. Cette stratégie a marqué un tournant décisif. L'objectif était de promouvoir la croissance économique et la cohésion sociale tout en préservant l'environnement. Ainsi, les autorités communautaires ont décidé de tirer parti de la réglementation des marchés publics pour promouvoir une politique environnementale. Dans sa communication interprétative du 4 juillet 2001²¹, la Commission européenne a présenté les possibilités qu'offre la législation communautaire d'intégrer des considérations environnementales dans les procédures de passation des marchés publics.

Les directives 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.²², adoptées le 31 mars

²¹ Communication interprétative de la Commission du 4 juillet 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM (2002) 274 final.

²² Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après dénommée la « directive 2004/18/CE ») et directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004

2004, renforcent et complètent le cadre juridique existant. Ces directives ont été élaborées selon la procédure de codécision, en association avec le Parlement européen, qui a fortement appuyé l'intégration des critères environnementaux dans les marchés publics. En effet, la directive 2004/18 dispose dans son préambule que « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix* »²³.

Dans les considérants et les dispositions des deux directives, il est spécifiquement fait référence aux possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les critères de sélection et d'attribution liés aux spécifications techniques, ainsi que dans les conditions d'exécution du marché public.

Ainsi, en matière des spécifications techniques, la seule référence à des normes n'est plus la seule règle puisque l'acheteur peut également exprimer les caractéristiques de son marché en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Il s'agit, dans ce cas, d'exprimer un résultat à atteindre sans pour autant préciser le moyen technique à utiliser pour y arriver. Cette modification offre aux acheteurs une plus grande liberté pour définir leurs besoins tout en conservant un degré de précision indispensable. Parmi les spécifications techniques, et afin de promouvoir le développement durable, les caractéristiques environnementales avec l'introduction notamment de la prise en compte des écolabels peuvent désormais être prises en compte.

A ces deux principaux textes, il convient d'ajouter d'autres textes relatifs aux critères applicables en matière de label écologique dont notamment :

- Le Règlement (CE) no 1980/2000 du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2000 établissant un système communautaire révisé d'attribution du label écologique,
- le règlement *Energy Star* (Règlement (CE) n° 106/2008 du 15 janvier 2008 du Parlement européen et du Conseil concernant un programme

portant coordination des procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après dénommée la « directive 2004/17/CE »).

²³Considérant 5 directive 2004/18/CE

communautaire d'étiquetage relatif à l'efficacité énergétique des équipements de bureau

- La directive sur l'écoconception des produits consommateurs d'énergie (Directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie).

Pour faciliter l'application de ces textes, la Commission Européenne a publié en 2005 un manuel qui explique, de manière non technique, comment introduire des considérations environnementales aux différentes étapes des procédures de marchés publics.

En parallèle, une campagne dite "Procura +" était soutenue par l'Union européenne pour encourager l'achat public éthique et responsable de la part des collectivités territoriales et des établissements publics afin qu'elles deviennent vitrines et modèles en la matière, en développant des solutions efficaces pour minimiser de l'amont à l'aval, les impacts environnementaux des achats publics et accroître les bénéfices sociaux qu'ils peuvent permettre.

En 2008, la Commission européenne a diffusé la communication relative aux marchés publics écologiques (communication COM(2008) 400/2 de la CE) dont l'objectif est de déterminer des critères environnementaux applicables aux produits et aux services. Ces critères communs utilisés par les États membres de l'UE devraient notamment être compatibles et uniformes afin d'avoir une concurrence effective.

Cette communication s'inscrit dans le cadre du plan d'action sur la consommation et la production durables et la politique industrielle durable (PCD/PID). Ce plan d'action établit un cadre pour la mise en œuvre d'instruments visant à améliorer les performances énergétiques et environnementales des produits.

- La communication de la Commission européenne en date du 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. Elles recommandent l'usage des écolabels, les références et normes de

gestion environnementales pour l'évaluation des candidatures ainsi que l'usage de clauses de performance, insistant également sur le rapprochement nécessaire entre secteurs public et privé en matière d'achat écologique.

§ 2 - La jurisprudence

L'introduction des considérations de durabilité fut d'abord une œuvre jurisprudentielle en droit communautaire.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), aujourd'hui cour de justice de l'Union Européenne, a d'abord introduit les considérations sociales (A) puis les considérations écologiques (B), comme critères d'attribution ou conditions d'exécution, dans le droit des marchés publics.

A – L'intégration de critères sociaux

La Cour de Justice des Communautés Européennes a d'abord consacré le critère social dans sa décision du 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes c/ Etat des Pays-Bas* (aff. C-31/87). Dans cette affaire, la cour a accueilli favorablement une clause d'insertion à l'emploi dans les marchés publics. Il s'agissait en l'espèce d'un cahier des charges comportant des clauses prévoyant une préférence aux soumissionnaires qui présenteraient les meilleures propositions en matière d'embauche des chômeurs. L'offre la moins chère avait été alors écartée au motif qu'elle ne répondait pas à ces exigences. L'entreprise écartée a contesté la validité de cette clause sociale. La Cour de justice a alors adopté la position suivante « *la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres de la communauté* ».

La cour aura l'occasion, par la suite, de renforcer cette composante sociale dans d'autres affaires.

Parmi les décisions marquantes à cet égard, on peut citer sa décision du 26 septembre 2000 *Commission c/ République française*, affaire C-225/98. Dans cette affaire, la Cour souligne que s'il y a lieu de rappeler que « *les critères sur lesquels*

les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder pour attribuer les marchés soit uniquement le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question, comme le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique (...), cette disposition n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services »

La cour précise en outre, qu'un critère d'attribution à caractère social « *doit être expressément mentionné dans l'avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition* ».

La Cour de justice des Communautés Européenne (CJCE) a, par la suite, introduit les considérations écologiques.

B – La consécration des critères environnementaux

La jurisprudence communautaire a par la suite élargie sa prise en considération de la durabilité dans les achats publics pour admettre la prise en compte des considérations environnementales comme critères. Elle a fait, d'abord, dans deux arrêts fondamentaux : l'arrêt *Concordia* et l'arrêt *Wienstrom* qui représentent les premières avancées marquantes en la matière.

1- L'arrêt Concordia, CJCE 17 septembre 2002 Concordia –bus Finland, aff. C-513/99

Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le pouvoir adjudicateur pouvait prendre en considération des critères liés à la protection de l'environnement pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sous réserve qu'ils respectent quatre conditions cumulatives, (1°) qu'ils soient liés à l'objet du marché, (2°) qu'ils ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, (3°) qu'ils soient expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de

marché, (4°) qu'ils respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non discrimination.

La cour a précisé que le choix des critères d'attribution doit conduire à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. *"Il s'ensuit que les critères d'attribution pouvant être retenus ...doivent, eux aussi, être liés à l'objet du marché ».*

Plus d'un an après la publication de la communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés (com (2001) 274 final), cet arrêt de la CJCE consacre donc la prise en compte du critère écologique pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cet arrêt indique, sans ambiguïté, qu'un critère d'attribution à caractère environnemental peut être introduit pour le jugement des offres.

2- L'arrêt EVN AG Weinstrom GMBH, République d'Autriche, CJCE 4 décembre 2003, aff. C- 448/01

Dans le cadre d'un appel d'offres pour la fourniture d'électricité, l'acheteur public mentionnait sous la rubrique des critères d'attribution : *«Offre économiquement la plus avantageuse selon les critères suivants: incidence des prestations sur l'environnement selon le cahier des charges».* Les critères d'attribution étaient le prix net par kWh (55%), et le critère *«énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables»* (45%).

Les soumissionnaires devaient faire la preuve qu'ils pouvaient fournir au moins 22.5 GWh (estimation de la consommation annuelle de l'acheteur public) d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables. Mais ils seraient jugés sur la quantité annuelle qu'ils seraient en mesure de fournir au-delà de cette quantité.

Dans cet arrêt, la question qui se posait à la cour de justice était de savoir si l'utilisation comme critère d'attribution de la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable, est autorisée pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

A cet égard, la CJCE rappelle que *"lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques, pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination."* En l'occurrence, la CJCE établit que le critère retenu n'est pas incompatible avec le droit communautaire des marchés publics.

La cour souligne que le critère d'attribution à caractère environnemental doit être objectivement appréciable, dans le sens où il doit être suffisamment précis pour encadrer le travail de choix de l'acheteur public. Ce critère doit être lié à l'objet du marché et doit respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non discrimination.

Par la suite, la jurisprudence communautaire comme les textes se sont enrichis, diversifiés et affinés consolidant clairement la démarche achats publics durables.

La considération environnementale est désormais solidement assise dans le droit communautaire des marchés publics faisant ainsi de l'environnement un aspect à part entière dans le processus de la commande publique.

CHAPITRE II – LES ACHATS PUBLICS DURABLES DANS LES DROITS INTERNES

De nombreux pays ont introduit le développement durable dans leurs dispositifs juridiques relatifs aux achats publics. Nous présenterons ici **trois cas qui nous paraissent parmi les plus pertinents pour la Tunisie : la France, la Suisse et le Chili.**

En effet, la France est traditionnellement une source d'inspiration du droit public tunisien dont en particulier le droit des achats publics.

Quant à la Suisse, l'intérêt de son expérience réside en particulier dans le fait qu'il s'agit du pays qui dirige le Groupe de Travail de Marrakech sur les achats publics durables lancé en 2005 dans le cadre du Processus de Marrakech sur la Consommation et la Production Durables (CPD) et qui vise à aider les pays et les organisations à acquérir une compréhension commune de ces achats.

Le Chili est un pays en voie de développement et, à ce titre, présente des caractéristiques proches de la Tunisie. Dès lors, son expérience peut être fort instructive pour la Tunisie.

Section 1 - Le développement durable en droit français des marchés publics: une consécration vigoureuse

Dès 1992, dans le sillage du sommet de Rio sur l'environnement et le développement durable et le programme « action 21 » adopté par les Nations Unies à cette occasion, la France a pris des engagements internationaux en matière de développement durable, et singulièrement en ce qui concerne les politiques d'achats publics ; ces engagements ont été relayés par le droit interne notamment par la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

Par la suite, la Charte de l'environnement qui fut intégrée au bloc constitutionnel le 1er mars 2005²⁴, instaure un devoir, pour les politiques publiques,

²⁴ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF du 2 mars 2005).

de promouvoir le développement durable. Son article 6 affirme que « *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* ». Le Conseil constitutionnel accordera très vite à ce « *principe de conciliation* » qu'est le développement durable une valeur constitutionnelle,²⁵ 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* »²⁶

A cela, plus spécifiquement aux achats publics, il faut bien sûr ajouter les évolutions du code des marchés publics, en particulier entre 2001 et 2006.

Comment alors le développement durable devenu principe juridique de valeur constitutionnelle a-t-il trouvé sa traduction dans le droit français de l'achat public ?

A cet égard, il convient de souligner que régime juridique de la commande publique en France, a longtemps été réfractaire à la prise en considération de données étrangères à l'égalité de concurrence. La jurisprudence considérait, en effet, que ce qui caractérise l'objet des réglementations diverses relatives à la commande publique, c'est leur « *neutralité* », 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 la sélection du cocontractant en fonction de considérations étrangères à l'objet même du marché, à commencer par les considérations environnementales et sociales.

Et 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

²⁵ Cons. const. 28 avril 2005, n° 2005-514 DC

²⁶ 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.

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 2002,²⁷ comme nous l'avons vu *supra*, successivement à propos du critère social puis du critère environnemental, que l'on pouvait légalement y recourir pourvu qu'il ne soit pas porté atteinte aux autres principes fondamentaux du droit communautaire et que la transparence des procédures soit respectée.

Dès lors, le droit français va évoluer pour s'aligner progressivement sur le droit européen.

Ainsi, dès le code des marchés publics de 2001, la neutralité de la commande publique sera affaiblie. 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, 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. En effet, l'article 53 du code des marchés publics de 2001 n'évoquait nullement les considérations sociales ou environnementales comme des critères de choix.

Avec le nouveau code de 2004, cet article 53 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. Quant au critère social, il ne sera consacré

²⁷ CJCE 26 septembre 2000, *Commission c/France*, aff. C-225/98, CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99

qu'avec la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, érigeant en critères les «performances» de l'offre « en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ».

A cela s'ajoute que, dans le même temps, les directives Marchés 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. Il en a résulté une accélération de l'évolution du droit français de l'achat public notamment avec l'adoption d'un nouveau code des marchés publics par le décret 2006-975 du 1er août 2006. Cette accélération s'est déployée sur deux volets de durabilité.

§ 1 - La consécration de l'achat public éco-responsable

Le premier et, sans doute, le plus net, consiste en la mise en place d'une politique nouvelle de l'achat public baptisée « *commande publique éco-responsable* ». En effet, de nombreux textes, sous forme de lois, de règlements et de circulaires, sont venus instaurer et illustrer ce tournant en matière d'achat public lié à la prise en considération systématique et généralisée du développement durable dans l'achat public. Parmi les plus significatifs, on peut signaler :

A- Le code des marchés publics de 2006

Ce nouveau code introduit de nombreuses dispositions consacrant la prise en compte du développement durable. On relève ainsi les éléments suivants :

- 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* ». Les articles 45 et 6 du code permettent aussi aux acheteurs publics de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale ou sociale qu'ils souhaitent voir réaliser grâce à leurs marchés. L'article 45 permet 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 en se référant aux écolabels. Il prévoit, par ailleurs, 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 éco labellisés et au recours à des prestations socio responsables, à s'interroger sur les offres « qui ne respecteraient pas une éthique globale ».

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 en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.»

B -Le plan national pour les achats publics durables (PNAAPD),

Ce plan fut adopté par le gouvernement en 2007 pour faire de la France, dès 2009, l'un des pays de l'Union européenne le plus engagé dans la mise en œuvre du développement durable au sein de l'achat public. Ce plan 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 acheteurs publics lors de la passation de leurs commandes mettant en place une « Stratégie nationale de développement durable actualisée ».

C- La communication du ministre de l'écologie du 4 février 2008

Cette communication demande 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, et souhaite que « le levier de la commande

publique soit systématiquement utilisé pour favoriser le développement, par les opérateurs économiques, de modes de production plus durables».

D- L'annonce du 9 avril 2008 du Haut-commissaire aux solidarités actives²⁸

Il s'agit de l'annonce d'un prochain recours systématique aux clauses sociales pour que, d'ici 2012, « 10 % des achats courants de l'État et de ses établissements publics, dans les secteurs comportant au moins 50 % de main-d'œuvre, soient des achats " socialement responsables" ».

E - La circulaire du 3 décembre 2008

Ce texte s'inscrit dans la lignée du PNAAPD de 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 invite notamment aux « *mesures d'écoresponsabilité [...] indépendamment ou en accompagnement des commandes publiques, notamment pour en diminuer le volume ou en améliorer la qualité* »

F - Le décret n° 2009-5496 du 17 mars 2009 instituant le Service des achats de l'État

Ce décret contient de nombreuses dispositions intéressant le développement durable. Sa mission consiste à 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* ».

²⁸ <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/conseil-des-ministres-du-9-avril-2008>, voir également *Entreprise et développement durable*, JCP E, août 2008, chron. n° 3.

G – La loi du 3 août 2009

Dans le cadre de sa politique de réduction 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.

H- La loi portant "engagement national pour l'environnement dite Grenelle 2

Promulguée le 12 juillet 2010, cette loi correspond à la mise en application d'une partie des engagements du Grenelle de l'environnement. Cette loi comporte un certain nombre de mesures ayant une relation directe avec l'achat public durable. Les dispositions de la loi Grenelle 2 obligent les administrations françaises à œuvrer conformément aux objectifs suivants :

- Amélioration de la consommation énergétique des bâtiments et harmonisation des outils de planification en matière d'urbanisme
- Organisation de transports plus respectueux de l'environnement tout en assurant les besoins en mobilité
- Réduction des consommations d'énergie et de leur contenu en carbone
- Préservation de la biodiversité
- Mise en œuvre d'une nouvelle gouvernance écologique
- Maîtrise des risques, traitement des déchets, et préservation de la santé.

I - Le développement du recours aux écolabels

Le plan national d'action pour des achats publics durables incite les acheteurs publics français à se référer aux écolabels dans leurs marchés :

- En matière de produits et de services,
- En matière de produits et de matériaux non éco labellisés : les autorités adjudicatrices françaises se fixent pour objectif d'intégrer à leurs cahiers des charges des exigences portant sur le caractère renouvelable des produits et des matériaux chaque fois que de tels produits existent, qu'ils présentent des caractéristiques techniques équivalentes aux produits et matériaux non renouvelables et qu'ils présentent un bénéfice environnemental prouvé.

- En matière de produits non consommables : les autorités adjudicatrices françaises se fixent pour objectif d'intégrer à tous leurs cahiers des charges une clause demandant aux opérateurs économiques d'indiquer la durée de vie moyenne des catégories de produits fournis et, lorsque la reprise des produits en fin de vie est de la responsabilité des producteurs, les moyens prévus pour assurer cette reprise ainsi que toute information utile à sa mise en œuvre opérationnelle et économique.

- En matière d'appareils électriques et électroniques de bureau (ordinateurs personnels, moniteurs, ordinateurs portables, imprimantes, scanners, photocopieuses, télécopieurs, équipements multifonctions, machines à affranchir) : les autorités adjudicatrices françaises se fixent pour objectif d'intégrer, dans tous leurs cahiers des charges, des exigences relatives au taux de recyclabilité, à l'absence de métaux lourds ainsi qu'à l'efficacité énergétique avec, pour cette dernière, des exigences au moins équivalentes à celles du référentiel « Energy Star ».

- En matière de papier graphique et de papier à copier, les autorités adjudicatrices françaises se fixent pour objectif d'intégrer, dans tous leurs cahiers des charges, des exigences qui, soit répondent à des exigences au moins équivalentes à celles du label écologique communautaire pour le papier à copier et le papier graphique, soit répondent à des exigences au moins équivalentes à celles des systèmes internationaux de certification de la gestion durable des forêts, soit portent sur le contenu en fibres recyclées du papier.

- En matière de denrées alimentaires et de services de restauration collective publique, y compris pour le besoin des réceptions, les autorités adjudicatrices françaises se fixent pour objectif d'introduire 20 % de denrées issues de l'agriculture biologique dans les menus et les prestations de restauration et à l'horizon 2010.

J - L'élaboration de guides de l'achat public éco-responsable

Il existe aujourd'hui une multitude de guides d'achat public éco-responsable dont on peut citer les quatre principaux, répartis par secteurs d'activités :

- Guide de l'achat public éco-responsable - Le bois, matériau de construction.
- Guide de l'achat public éco-responsable - Achat de produits.
- Guide de l'achat public éco-responsable - L'efficacité énergétique dans les marchés d'exploitation de chauffage et de climatisation pour le parc immobilier existant.
- Guide de l'achat public éco-responsable - Achat de papier à copier et de papier graphique.

K – La démarche de l'Etat exemplaire

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». ²⁹

§ 2 – La consécration des achats socio-responsables

Il s'agit de l'inclusion des aspects sociaux concerne notamment le respect de critères éthiques, le respect de clauses sociales et l'introduction d'une discrimination positive en faveur d'entreprises dont la mission est essentiellement sociale (par exemple, embauche de personnes handicapées).

Le droit français des marchés publics contient, de façon régulière depuis 2001, des dispositions permettant de lutter contre les exclusions sociales via l'achat public. En effet, les acheteurs publics sont en mesure d'introduire dans leurs marchés des clauses favorisant l'emploi des personnes en difficultés.

A- L'insertion des personnes éloignées de l'emploi

Après la promulgation de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'Environnement qui dispose dans son article 6 que les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable et qu'elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement

²⁹ Grenelle de l'environnement : art. 48 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009, D. adm. n° 8, août 2009.

économique et le progrès social, les autorités françaises ont modifié le code des marchés publics en 2006. Cette modification a donné naissance à une obligation nouvelle à la charge de l'acheteur public prévue dans l'article 5. Cet article dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable* ».

En réalité, le code des marchés publics oblige l'acheteur public à s'interroger sur la définition de ses besoins eu égard à des objectifs de développement durable. Dans l'énoncé de cet article 5, le terme "développement durable" est utilisé au sens large et il doit comprendre les trois piliers qu'il convient si possible de concilier : efficacité économique, équité sociale et développement écologiquement soutenable.

En conséquence, lors de la définition des besoins, l'acheteur public a désormais l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans les cahiers des charges des exigences en termes de développement durable, liées à un ou plusieurs de ces piliers.

B - Les moyens juridiques présents dans le code des marchés publics de 2006 permettant de prendre en compte les considérations sociales

Les modalités d'insertion des considérations sociales dans le droit des marchés publics français sont nombreuses. Parmi les plus importantes, on peut citer:

1- L'allotissement

Il est prévu par l'article 10 du code des marchés publics. Généralement, perçu comme facteur de lourdeur des procédures, l'allotissement peut avoir des avantages économiques et surtout sociaux. Tout d'abord, il permet de moduler la consistance des lots selon le niveau de technicité et de définir les lots les plus adaptés pour introduire une clause d'insertion ou pour un marché réservé. Ensuite, l'allotissement facilite, grâce à un volume adapté des lots, l'accès aux marchés des différentes catégories de structures d'insertion.

2- Les marchés réservés

L'article 15 permet de réserver des marchés ou des lots à :

- des entreprises adaptées : c'est-à-dire des entreprises employant au moins 80 % de travailleurs handicapés, lesquels peuvent ainsi exercer une activité professionnelle dans des conditions adaptées à leurs possibilités.
- des établissements, services d'aide par le travail et structures équivalentes : Ce sont des établissements médico-sociaux qui permettent aux personnes handicapées d'exercer une activité à caractère professionnel dans un milieu de travail protégé.

3- Les variantes

Par cet instrument, consacré par l'article 50 du CMP, les entreprises peuvent présenter des propositions réalistes et innovantes auxquelles l'acheteur public n'a pas pensé. Concernant les considérations sociales, l'article 50 permet de laisser aux entreprises l'initiative et le choix des modalités selon lesquelles elles satisferont à des obligations en matière d'insertion.

4- Droit de préférence

L'alinéa IV de l'article 53 dispose que : *« Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées. Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées ».*

* * *

Lancé dans un mouvement profond d'intégration du développement durable, le droit français des achats publics semble avoir clairement intériorisé la logique de la durabilité. Certes, la prise en compte du développement durable n'a pas encore reçu une pleine traduction dans le droit de l'achat public. Mais il est désormais clairement 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 l'achat public.

La Suisse semble connaître un processus similaire.

Section 2 - L'achat public durable en droit suisse : un dispositif en progrès

Le droit suisse des marchés publics offre une grande marge de manœuvre pour intégrer la durabilité notamment les aspects sociaux et écologiques.

Au niveau fédéral, il est constitué par trois textes principaux :

- La loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics
- L'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics
- La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur

Le respect des critères du développement durable a été défini à partir de 2002 par le Conseil fédéral dans la *Stratégie pour le développement durable et la politique intégrée des produits (PIP)*. Les critères sociaux et écologiques ne doivent toutefois pas être utilisés dans un but protectionniste, sans quoi la Suisse violerait les conventions internationales.

La loi fédérale sur les marchés publics de 1994 définit comme principes de base la transparence, la concurrence, l'utilisation économique des fonds publics et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 1 LMP).

En règle générale, on distingue quatre procédures de passation :

- La procédure de gré à gré
- La procédure (short list) invitant à soumissionner: au moins trois soumissionnaires sont invités à présenter une offre

- La procédure de l'appel d'offres avec présélection des soumissionnaires remplissant les critères de qualification

- La procédure de l'appel d'offres ouvert

L'ordonnance sur les marchés publics de 1995 a été, de son côté, modifiée le 18 novembre 2009, pour consolider la place du développement durable notamment dans son art. 27, al. 2 faisant ce dernier un nouveau critère d'adjudication englobant des aspects qui permettent à l'adjudicateur de réaliser des acquisitions répondant à des exigences économiques, sociales et écologiques élevées. Ce critère d'adjudication doit présenter un lien matériel avec l'objet du marché, être défini de manière suffisamment claire et ne pas être discriminatoire.

De son côté, l'article 27, al. 3 renforce la dimension sociale relative à la formation.

Il en résulte que si deux soumissionnaires suisses présentent des offres équivalentes (même nombre de points), le marché doit être attribué à celui des deux qui offre le plus de places de formation (rapport entre le nombre de places de formation et l'effectif total).

En outre, les acheteurs publics peuvent intégrer des critères sociaux tels que le respect des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs dans l'une des phases suivantes de la procédure d'adjudication :

- Lors de l'admission à la procédure de passation, l'acheteur définit des critères de qualification qui doivent uniquement se rapporter aux soumissionnaires, tels que les capacités, la fiabilité et la compétence technique (possession de certaines qualifications sur les plans technique, financier et professionnel). Les cantons et les communes peuvent exclure les soumissionnaires qui, par exemple, ne respectent pas les conventions collectives, ne paient pas les cotisations sociales ou enfreignent les conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail.

Les critères de sélection doivent uniquement se rapporter au produit ou au service et figurer dès le début dans l'appel d'offres en étant affectés d'un coefficient de pondération. Des critères du développement durable peuvent ainsi être utilisés, que ce soit sous forme

- de spécifications techniques,
 - de critère d'adjudication affecté d'une pondération particulière,
 - ou de contribution à la réalisation d'objectifs généraux.
- Lors de la signature du contrat et dans les conditions d'exécution du marché, les communes et les cantons peuvent exiger des entreprises soumissionnaires des preuves attestant qu'elles remplissent leurs obligations sociales. Cela peut se faire via une certification indépendante ou un label de qualité ou, à défaut, via une déclaration spontanée du soumissionnaire. De nombreux cantons et villes suisses exigent, lors de la conclusion du contrat, que les soumissionnaires signent une déclaration spontanée dans laquelle ils s'engagent à observer les conditions de travail légales et les dispositions légales relatives à la protection des travailleurs, ainsi que l'égalité salariale entre hommes et femmes.

En général, le marché est attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement, les offres étant évaluées en fonction de nombreux critères.

La liberté d'intégration de critères économiques, sociaux et écologiques dans la passation de marchés publics, s'arrête là où les normes sociales et environnementales portent atteinte à la libre concurrence et sont contraires aux obligations de la Suisse envers l'OMC.

L'art. 8 de la LMP est particulièrement important pour intégrer dans les procédures d'adjudication les dimensions sociales du développement durable. Il dispose que « *Pour les prestations fournies en Suisse, l'adjudicateur n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire observant les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. Les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes.*

Il n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire garantissant à ses salariés l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse. (...)

L'adjudicateur est en droit de contrôler ou de faire contrôler l'observation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail

et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Sur demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il les a respectées »

En outre, l'art. 11 de ladite loi dispose que l'acheteur peut révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure lorsqu'ils ne satisfont pas aux obligations fixées à l'art. 8, qu'ils n'ont pas payé les impôts ou les cotisations sociales ou qu'ils ont transmis de faux renseignements.

Section 3 - L'expérience Chilienne

Au Chili, les achats publics représentent 3,5% du PIB. De part leur poids, ils peuvent être décisifs pour l'intégration de la logique de la durabilité dans l'économie chilienne.

ChileCompra est l'organisme public chargé d'administrer le système des marchés publics du gouvernement chilien. Il a réussi à impulser et à mettre en synergie les efforts pour intégrer des achats publics plus durables.

La mise en œuvre des APD a commencé avec une vision limitée, axée uniquement sur les questions environnementales. Cependant, au fil du temps, des progrès significatifs ont été réalisés intégrant les autres piliers du développement durable notamment l'aspect social ce qui a permis à ChileCompra de fixer de nouveaux objectifs en matière d'APD, d'intensifier le niveau de discussions et d'impliquer d'autres partenaires stratégiques autour du projet.

A la fin de l'année 2010, 5,2% des achats publics effectués au Chili intègrent des critères de durabilité. Le pourcentage est encore plus élevé pour le portail en ligne *ChileCompra Express*, où 12,5% des achats ont intégré des critères de durabilité.

Le Chili vise à atteindre 15% d'achats publics durables d'ici à 2012.

En élaborant sa politique d'APD, ChileCompra tente de répondre à deux défis principaux : le premier est lié à la nécessité de modifier et d'adapter la législation pour légitimer les achats publics durables et le second se rapporte à la nécessité de

fournir les outils nécessaires pour les acheteurs publics pour mettre pleinement en œuvre les APD.

Dans cette optique et en vue de relever ce double défi diverses actions ont été mises en œuvre :

- En Octobre 2009, une révision de la législation relative aux marchés publics a été adoptée, permettant aux acheteurs publics d'appliquer des critères de durabilité dans l'évaluation des offres.

- En 2010, ChileCompra a lancé un programme d'éco-étiquetage pour un certain nombre de ses produits dans *ChileCompra Express*, représentant un total de 20% de la valeur d'achat de ce e-catalogue. Ce programme permettra aux acheteurs d'être informés directement des caractéristiques de durabilité des produits demandés et à les prendre en compte dans leur processus d'approvisionnement.

- Des tests d'accréditation ont été effectués par plus de 9000 acheteurs publics chiliens incluant des éléments des APD.

Cet organisme a adopté une approche planifiée et coordonnée pour la mise en œuvre des APD, qui prend en compte divers aspects et questions connexes. Ainsi, en 2008, il a publié une directive sur l'efficacité énergétique qui aide les organisations publiques à incorporer des critères d'efficacité énergétique dans leurs offres. En outre, en collaboration avec le Programme national d'efficacité énergétique, un manuel et un guide pratique ont été élaborés et publiés. Par ailleurs, depuis 2008, ChileCompra a mis en place une démarche consistant à récompenser les entreprises engagées dans des accords-cadres qui intègrent les aspects de durabilité dans leurs processus et leurs produits.

En 2009, un comité comprenant des organismes publics, des représentants du secteur privé et des organisations du monde de la recherche et des études, a été chargé de préparer une proposition de politique d'achat publics durables, qui devrait fonder le travail qui devrait mené au Chili.

A l'heure actuelle, on s'attelle à adapter les normes et les procédures en cherchant à associer toutes les parties prenantes. Ce travail de modernisation est accompagné et complété par un programme de formation des acheteurs publics.

En 2011, une analyse de préparation du marché aidera à estimer le rythme de la mise en œuvre des APD, qui dépendent du niveau de préparation des fournisseurs. La démarche chilienne d'incorporation des concepts de durabilité dans les achats publics se veut progressive et adaptée au niveau de la préparation du marché. Les résultats de cette analyse seront traduits sur le site en ligne par le biais de nouvelles étiquettes sur les produits, l'insertion de critères d'évaluation et des clauses spécifiques dans les formulaires de soumission.

* * *

D'une idée, d'un idéal recherchant une conciliation magique entre la protection et la mise en valeur de l'environnement et le développement économique et social, le développement durable est passé en moins de deux décennies en un référentiel juridique aux déploiements de plus en plus diversifiés, aux champs de plus en plus étendus, aux implications de plus en plus profondes et aux techniques de plus en plus affinées. L'un des terrains privilégiés de déploiement de ce nouveau référentiel semble être, depuis une décennie, l'achat public où le développement durable s'invite, se développe et se consolide sans cesse. C'est ce que montre l'analyse tant du droit international que du droit européen ou encore les droits français, suisse et, plus récemment, chilien. Dans ces divers dispositifs, certes de manière inégale et différenciée, le développement durable pénètre le droit de l'achat public, s'infiltré dans ses coins les plus techniques et les plus complexes, ses différentes étapes et ses différentes procédures comme la détermination des besoins, l'élaboration des cahiers des charges et les critères tant de sélection et d'attribution que d'exécution.

Dans ce contexte le droit tunisien, apprécié à l'aune de ces métamorphoses du droit de l'achat public aux divers plans, international, européen, français et suisse, apparaît encore sensiblement en retrait, en retard significatif quant à

l'intégration des différents piliers du développement durable, en particulier le pilier environnemental. De manière générale, le droit tunisien apparaît encore peu sensible à cet aspect écologique. Il est encore timide quant au pilier social notamment sous l'angle de l'insertion à l'emploi. Mais le diagnostic de notre droit révèle également, au-delà de ces lacunes, ces limites et de manière générale, son incontestable timidité, des potentialités non négligeables d'accueil du développement durable. Les enseignements tirés des expériences internationale, européenne, française et suisse sont de nature à susciter des pistes de réflexion, à inspirer des réformes innovatrices mais adaptées au contexte propre de la Tunisie.

Il convient alors d'adopter une démarche prudente et progressive de réformes et de modernisation du droit et les conjuguer avec une expérimentation sélective et bien réfléchi sur des achats des produits et des services qui seraient les plus appropriés à une intégration réussie de la durabilité.

TROISIÈME PARTIE

PROPOSITIONS POUR UN DROIT AU SERVICE DE L'ACHAT DURABLE

Face aux lacunes du droit et de la pratique de l'achat public durable en Tunisie, et en attendant la mise en place d'une véritable stratégie nationale d'achat public durable, il apparaît nécessaire d'avancer un certain nombre de propositions de réformes et de techniques susceptibles de faire émerger une démarche d'insertion du développement durable dans le dispositif et dans la pratique des achats publics. Nous nous proposons dans cette partie d'avancer un certain nombre de propositions pratiques appliquées à des achats publics de certains produits et services qu'on peut considérer comme prioritaires parce que réunissant les conditions d'une expérimentation réaliste, instructive et par la suite généralisable.

A cet égard, il convient de souligner que le choix des **secteurs prioritaires** pour les achats publics durables obéit à diverses considérations dont les plus importants sont :

- les possibilités d'amélioration environnementale et de contribution à l'insertion sociale ;
- les économies en termes de coûts;
- l'incidence potentielle sur l'offre;
- la valeur d'exemple;
- le caractère politiquement sensible;
- l'existence de critères appropriés et faciles à mettre en œuvre;
- la disponibilité sur le marché et de l'efficacité économique.

Plusieurs secteurs prioritaires ont été identifiés par l'étude économique réalisée en parallèle à ce travail.

Nous allons, ici, tenter d'illustrer l'analyse générale développée dans le chapitre précédent par des cas pratiques choisis parmi les produits et secteurs identifiés par l'étude économique en avançant des propositions concrètes relatives à

des achats faisant partie des deux principales catégories de marchés publics en Tunisie : les marchés de travaux (chapitre premier) et les marchés de fourniture de biens et de services (Chapitre deuxième).

CHAPITRE PREMIER – PROPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHÉS DURABLES DE TRAVAUX, L'EXEMPLE DES MARCHÉS DE BÂTIMENT

Les marchés de travaux sont parmi les catégories d'achats publics les plus importantes, tant sur les plans économique et financier que sur les plans social et environnemental. Ils représentent un potentiel énorme en termes de réduction des impacts environnementaux. L'intégration d'exigences environnementales et sociales dans les achats publics peut jouer un rôle significatif dans l'évolution des pratiques du secteur de la construction. En effet, en intégrant des critères environnementaux et sociaux dans les marchés publics de travaux, les acheteurs publics peuvent réduire considérablement l'impact de leurs activités sur l'environnement. En agissant de la sorte, ils constituent un véritable levier pour orienter le marché vers de nouveaux produits et de nouvelles pratiques induisant une adaptation de l'offre des fournisseurs.

Section première - Les aspects environnementaux des marchés publics dans le secteur du bâtiment

En matière de marchés de travaux dans le secteur du bâtiment, l'apport de la durabilité est triple.

- Sur le plan *Environnemental*, l'achat durable engendre une réduction de l'impact des constructions ou rénovations de bâtiments sur l'environnement au moment des travaux et après les travaux lors de l'utilisation des bâtiments
- Du point de vue de *la gouvernance*, l'achat responsable implique l'utilisation responsable des deniers publics et la réduction de la consommation d'énergie des bâtiments garantissant un retour sur investissement
- *Sur le plan social*, l'impact positif des clauses sociales est évident puisqu'il permet la mise au travail de personnes généralement peu qualifiées et par conséquent rencontrant des difficultés très importantes d'insertion.

Dès lors, comment et sous quelle forme exprimer concrètement des exigences de développement durable dans les pièces du marché tout en veillant à

favoriser la proposition d'innovations techniques, à maintenir l'égalité d'accès aux appels d'offres, la transparence de la procédure de dévolution des marchés et l'égalité de traitement des candidatures ?

A cet égard, il convient d'observer d'abord que les marchés de bâtiment se distinguent par la complexité des procédures et la multiplicité des appels d'offres qu'ils comportent (conception architecturale et maîtrise d'œuvre, lots des marchés d'exécution: chauffage, structure, ventilation, peinture, etc.). Une construction performante sur le plan environnemental ne peut se passer d'une vigilance continue pour assurer l'intégration du développement durable tout au long du processus de formation et de réalisation du projet.

§1 – Marché d'architecture

La mise en concurrence des architectes constitue une étape clé. Elle permet de déterminer les caractéristiques du bâti et sa performance environnementale. Il est alors possible de mentionner dans le cahier des clauses techniques particulières que le bâtiment devra être conçu en vue d'obtenir une certification environnementale reposant sur la démarche haute qualité environnementale. Afin de garantir des performances précises en termes de consommation énergétique, il est nécessaire d'indiquer explicitement le niveau de performance attendu. Ceci est d'autant plus nécessaire que la construction durable en bâtiment engendre généralement des surcoûts à court terme.

En effet, les coûts de construction de bâtiments de haute qualité environnementale peuvent se révéler de 5 à 20 % plus élevés que pour un bâtiment similaire standard. Ce pourcentage varie, et dépend notamment du degré d'exigence environnementale auquel répond le bâtiment. Toutefois, ces coûts supplémentaires constituent en réalité des « surinvestissements », dans la mesure où la performance énergétique et la durée de vie des matériaux compensent ces dépenses. Le retour sur investissement est effectué en 10 à 20 ans.

A titre indicatif, l'acheteur public peut intégrer les éléments suivants dans son cahier des charges techniques particulières (CCTP) :

- « *Le candidat devra concevoir le bâtiment de manière à vérifier les exigences de performance énergétique* »

- « *Le candidat devra concevoir et mettre en place des indicateurs et des outils fiables, permettant de mesurer le respect des objectifs définis en termes de performances environnementales tout au long du projet (en phase de conception, de réalisation, mais aussi en phase d'utilisation par un suivi des performances du bâtiment)* » ;

- « *Le candidat analysera tant que faire se peut le Cycle de Vie (ACV) lors de la réalisation des travaux de conception, en vue notamment de quantifier et de réduire l'énergie grise du bâtiment.* »

- « *Le candidat établira la liste des documents que devront fournir les divers intervenants et soumissionnaires permettant de juger du respect de ces objectifs* ».

§ 2 - Marchés d'exécution

La rédaction du cahier des charges est une phase charnière où les exigences environnementales et sociales doivent être rigoureusement et explicitement transcrites. Il convient d'exiger des produits labellisés le cas échéant, mais les labels étant encore peu nombreux en Tunisie, il faudra toujours ajouter la mention « *ou équivalent* ». Dans le cas où il n'existe pas de produits éco labellisés sur le marché, certains aspects comme la durée de vie des produits peuvent être mis en avant :

« *La durabilité des produits devra être précisée dans les offres par leur durée de vie. Seront alors préférés les matériaux à plus longue durée de vie* ».

Pour tout marché d'exécution, la réduction des impacts environnementaux peut passer par la rédaction d'une sorte de « *Charte de chantier vert* ». Ce document, partie intégrante du cahier des clauses techniques particulières, sera de nature à engager toutes les entreprises participant au chantier à respecter des mesures destinées à réaliser des économies d'énergie et à limiter les nuisances environnementales liées au déroulement du chantier.

A - L'économie d'énergie

La performance énergétique est une problématique essentielle de la construction durable.

Au plan international comme interne, si les différents labels ou normes de performance énergétique prennent en compte l'énergie liée à l'utilisation du bâtiment (chauffage, climatisation, eau chaude...), ils excluent l'énergie grise du bâtiment. L'énergie grise d'un bâtiment correspond à l'ensemble de l'énergie nécessaire à sa construction : fabrication, transport, mise en œuvre et élimination en fin de vie des matériaux de construction. Ainsi, certains isolants permettent des économies d'énergie substantielles lors de la phase d'utilisation du bâtiment, mais requièrent énormément d'énergie pour leur fabrication.

En outre, cet enjeu de maîtrise énergétique ne doit pas dissimuler les défis du secteur des bâtiments et des travaux publics liés à la préservation de la ressource en eau, à la toxicité des matériaux utilisés, au prélèvement de ressources non renouvelables, etc.

Ainsi, il est essentiel d'évaluer les impacts environnementaux des projets de construction avec une approche *d'Analyse de cycle de vie (ACV)* afin de prendre en compte au maximum l'intégralité des éléments qui impactent l'empreinte écologique des réalisations.

B – La gestion des déchets

Les marchés publics de travaux soulèvent d'importantes préoccupations de gestion des déchets afin de promouvoir des chantiers verts.

A cet égard, il convient de rappeler que peut être considéré comme déchet tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou, plus généralement, tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon.

La directive 2008/98/CE entrée en vigueur le 12 décembre 2010 définit les déchets, comme « *toute substance ou tout objet dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire* »

En matière de marchés de travaux, sont particulièrement concernés les déchets générés par les chantiers de bâtiment et les chantiers d'aménagement.

En général, les déchets produits par l'activité des entreprises de travaux sont notamment des :

- 1 Déchets de production,
- 2 Déchets résultant de la casse liée au stockage et à la manutention
- 3 Déchets résultant de l'usage des matériels ou des matériaux ;
- 4 Déchets d'emballage

Une meilleure gestion des déchets dans un chantier est un facteur essentiel de la diminution de son impact environnemental.

1 - Les enjeux

Les enjeux de durabilité peuvent être les suivants

a) *diminuer les dommages écologiques résultant de la consommation de ressources naturelles* par :

- La limitation du volume des déchets produits par le chantier
- Le tri sélectif des déchets et le stockage approprié
- La valorisation des déchets en les réemployant, en les recyclant ou en les régénérant

b) *Réduire les impacts des déchets sur l'environnement et la santé en diminuant les différentes sortes de pollution visuelle, atmosphérique, du sol et de l'eau liée aux déchets*

2 - Clauses recommandées

En ce qui concerne la gestion des déchets, et en partant d'un degré d'exigence minimum compte tenu de la nouveauté de la préoccupation environnementale dans le droit comme dans la pratique tunisiens des achats publics, le cahier des clauses techniques particulières peut indiquer que :

- « *Les candidats s'engagent à réduire les nuisances par les déchets* » ;

- *Chaque soumissionnaire devra réaliser une estimation quantitative et qualitative des déchets qui seront engendrés sur le chantier par son activité en vue de réduire la production de déchet » ;*
- *« Le candidat devra détailler le mode opératoire envisagé pour la gestion et l'élimination de ses déchets de chantier, ainsi que le coût correspondant.»*
- *« Les déchets inertes, déchets industriels banals, emballages et déchets spéciaux devront être triés séparément. Aucune entreprise ou artisan ne devra laisser des déchets spéciaux sur le chantier.*
- *« Aucun déchet ne devra être brûlé sur le chantier ni abandonné ou enfoui sur le chantier ».*

Dans les expériences étrangères, comme en France, ces exigences peuvent engendrer un léger surcoût.

Section 2 - Les aspects sociaux dans les marchés de travaux

Les marchés de travaux sont propices à l'utilisation de clauses sociales notamment celles relatives à l'insertion professionnelle. Ces dernières prennent généralement soit la forme de critères d'attribution (§1), soit la forme de conditions d'exécution (§2).

§ 1- Les clauses sociales, critère d'attribution

On peut favoriser l'emploi et l'insertion dans les marchés publics d'abord au niveau du contenu des candidatures, en vérifiant que les candidats respectent l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, des jeunes diplômés etc.

Une entreprise se portant candidate pour ce type de marché doit garantir qu'elle embauchera des personnes en difficulté pour accomplir une part des tâches inhérentes à la réalisation du contrat (un pourcentage d'heures de travail ou de coût de main-d'œuvre), même si elle n'a aucune préoccupation de ce type dans ses

activités courantes. Une offre qui satisferait à une telle condition serait privilégiée ou bonifiée.

Ensuite, au niveau des critères d'attribution proprement dits, en utilisant le critère de la performance en matière d'insertion professionnelle des personnes en difficulté. Un tel critère peut être utilisé parmi les critères de classement et de sélection des offres sans nécessaire justification par rapport à l'objet même du marché. Il est conseillé aux acheteurs publics de demander aux candidats une note technique sur ce sujet pour pouvoir apprécier le degré de performance de l'offre proposée.

Les critères sociaux peuvent également jouer un rôle important au niveau du mode de dévolution. Ainsi, en procédant à un allotissement, l'acheteur public peut prévoir un ou plusieurs lots à vocation sociale

Ils peuvent également influencer le choix du type de cocontractant :

- soit en mettent en place un système de préférence impliquant l'attribution d'un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par un groupement de producteurs, par un artisan,

- soit en prévoyant des marchés réservés à des micro entreprises, à de petites entreprises issues d'un essaimage, des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

§ 2 – Les clauses sociales, conditions d'exécution

En insérant dans le cahier des charges des clauses de performances sociales, celles-ci vont conditionner l'exécution du marché.

En effet, les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte des objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement, et progrès social. Cependant, ces conditions ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

En conclusion sur cet aspect, et compte tenu du contexte tunisien dans lequel les préoccupations de durabilité sont encore embryonnaires, nous proposons un

niveau minimal d'intégration d'une clause d'insertion sociale dans les marchés de travaux qui s'y prêtent et ce en prévoyant les exigences suivantes :

- fixer le nombre d'heures minimum à réserver pour des personnes en difficulté d'insertion particulière (soit un minimum de 5%)
- spécifier les lots concernés, le nombre d'heures par lot et la répartition au sein des lots
- définir les publics en insertion concernés
- définir les modalités de suivi et d'accompagnement des entreprises
- prévoir des pénalités en cas de non respect de la clause
- Production d'une note par les entreprises soumissionnaires : précisions attendues sur les modalités de mise en œuvre de la clause (sous-traitance, embauche directe), les besoins en main d'œuvre...

§ 3 - Bonnes pratiques

On peut suggérer un certain nombre de bonnes pratiques de nature à consolider une démarche d'achat public socialement responsable. Parmi ces pratiques, on peut souligner notamment les mesures suivantes :

- *Intégrer l'aspect social, les exigences de performance énergétique et la gestion des déchets dans l'enveloppe prévisionnelle* : Il est nécessaire que le maître d'ouvrage prenne en compte dans l'enveloppe prévisionnelle de l'opération d'achat, aussi précisément que possible, les coûts estimatifs résultant de ces différentes exigences de durabilité
- *Anticiper la production des déchets* : La maîtrise de la production des déchets est de nature à réduire les coûts de leur gestion. Aussi, pour qu'elle soit efficace, il faudrait l'envisager dès la phase étude puis lors de la conception et devrait se poursuivre pendant l'exécution.
- *Eviter de créer des lots spécifiques « énergie » ou « déchets »* : Les exigences de performance énergétique ou de gestion efficace des déchets étant destinées à s'appliquer à l'ensemble des intervenants sur le chantier, créer des lots spécifiques *énergie* ou *déchets* risque de déresponsabiliser les entreprises et d'affaiblir sérieusement l'efficacité de ces exigences.

CHAPITRE DEUXIÈME - PROPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHÉS DE FOURNITURES DE BIENS ET DE SERVICES

S'agissant des marchés de fournitures, l'achat durable repose sur des principes généraux, comme la prise en compte du *cycle de vie des produits* (pour identifier les enjeux environnementaux, économiques et sociaux pertinents, qui se trouvent parfois très en amont ou en aval de l'utilisateur/acheteur) ou le *raisonnement en coût global* (prise en compte des consommations associées au produit, de son entretien, de sa fin de vie...). Il subsiste néanmoins de nombreuses subtilités.

Ainsi, à titre d'illustration, les fournitures des produits d'entretien et celles des copieurs se distinguent par de nombreux éléments quant à leurs impacts sociaux et environnementaux potentiels (recyclage, consommation électrique, pollution de l'eau...). Une autre différence déterminante réside dans leur taux de renouvellement : les produits d'entretien sont renouvelés environ chaque semaine ou mois, contre plusieurs années pour les copieurs.

Cette différence est essentielle « stratégiquement » puisque la qualité environnementale et sociale des produits d'entretien pourra être améliorée en cours d'exécution du marché, tandis qu'un copieur est acheté pour longtemps.

Dans ce chapitre, nous allons avancer des propositions relatives aux achats publics de meubles (Section première), de matériel informatique (Section 2), et enfin de produits de nettoyage (Section 3).

Section Première - Propositions relatives aux achats de mobilier de bureau

Le mobilier de bureau est un ensemble de meubles installés dans un espace de travail et présentant les fonctionnalités nécessaires à la réalisation des tâches administratives courantes. Il s'agit par exemple de tables, d'armoires, de vitrines d'exposition, de bibliothèques ou de chaises. Mais il s'agit également de tous les meubles, au sens large, achetés ou fabriqués en série pour de nombreux usages (salles de conférences, milieu hospitalier, établissements scolaires, guichets d'accueil, réceptions, etc.).

§ 1 - Les enjeux

Les enjeux de l'achat durable de meubles portent sur l'ensemble du cycle de vie du produit, et particulièrement sur la fabrication et le recyclage des produits.

A - Afin de limiter la dégradation de l'environnement due aux matériaux employés et à la fabrication des produits, il convient de préparer les cahiers des charges relatifs à ce type d'achats tout :

- En limitant la consommation de ressources non renouvelables
- En limitant ou en interdisant l'utilisation de certains produits dangereux pour l'environnement comme les composés organiques volatiles et les métaux lourds
- En limitant la consommation d'énergie lors de la production

B - Il est, également, nécessaire d'assurer la sécurité de l'utilisateur en limitant certaines substances dangereuses comme les solvants organiques contenus dans les colles et peintures.

C - Il serait, en outre, indispensable de réduire la production des déchets en fin de vie du produit :

- En proposant des emballages réduits et facilement recyclables ou compostables
- En proposant des produits à longue durée de vie, facilement démontables, réparables et recyclables.

§ 2 - Clauses recommandées

Pour atteindre l'objectif de durabilité dans les achats de meuble pour l'administration, l'acheteur public peut recourir à la notation dans le cadre d'une commande sur la base des critères environnementaux suivants:

Certaines pièces de mobilier peuvent présenter une durée de vie importante. Il est donc recommandé de les choisir avec la plus grande attention, en prenant notamment en compte les critères suivants:

- Solidité générale
- Caractère indémodable (couleurs et design sobres)

- possibilités de réparation, d'adaptation et d'extension
- simplicité de construction limitant le nombre de pièces et matériaux différents
- facilité d'entretien (surfaces faciles à nettoyer, peu de produits nécessaires, etc.).
- Proportion, dans la mesure du possible, de matériaux recyclés ou renouvelables entrant dans la composition des meubles proposés,
- Proportion de bois, si possible, éco certifiés dans la composition des meubles proposés,
- Garanties apportées pour la santé et la sécurité des utilisateurs,
- Caractère facilement démontable et réparable des produits proposés (exemple, disponibilité des pièces de rechange)

Afin de réduire les impacts négatifs sur l'environnement dus aux meubles achetés, il convient de privilégier des meubles dont la durée de vie est la plus longue. En effet, un produit utilisé pendant une longue durée mobilise moins de matières premières, diminue les impacts de la fabrication, du transport et réduit autant la production des déchets.

La qualité et la solidité du meuble constituent logiquement un élément clé qui pourra être évalué au travers de la valeur technique lors de l'analyse des offres. La diversité des matériaux composant les pièces de mobilier entraîne des impacts environnementaux très variables. Un bureau peut être fait de bois massif, d'aluminium ou d'acier, de plastique dur, de verre, de panneaux de particules protégés par divers revêtements, etc.

Certains revêtements (vernis, laques, mais aussi textiles ou cuirs) et éléments de rembourrage (sièges et dossiers de chaises) peuvent porter préjudice à la santé et à l'environnement. Des substances toxiques contenues dans ces revêtements et éléments de bourrage peuvent en effet se disperser pendant plusieurs années dans l'air ambiant. C'est notamment le cas du formaldéhyde, qu'on retrouve fréquemment dans les bois agglomérés ou les rembourrages, ou de certaines colles ayant servi à l'assemblage des éléments. La comparaison globale entre les différents

matériaux devrait inciter à préférer le bois massif au métal et au plastique, afin de réduire l’empreinte écologique du mobilier

Un élément tout aussi important est la possibilité de remplacer les pièces abimées. A cet effet, le meuble doit être démontable et remplaçable. Cette démontabilité permet également la recyclabilité du produit en fin de vie.

Par ailleurs, les exigences ici proposées sont minimales et peu onéreuses. Les exigences relatives à la réparabilité des produits sont de nature à permettre d’importantes économies à l’usage sur la totalité du parc mobilier de l’acheteur public.

§ 3 - Bonnes pratiques

Dans ce cadre, on peut suggérer les bonnes pratiques suivantes :

- Choix des matériaux : préférer dans l’ordre suivant, et sous réserve de certains usages particuliers: le bois massif, les bois transformés à faible teneur en formaldéhyde, le métal, les matières synthétiques, le verre. Pour les revêtements, le cuir entraîne dans la majeure partie des cas un impact environnemental très important.

D’une manière générale, préférer autant que possible les matériaux recyclables pouvant entrer dans une filière de revalorisation

- L’achat de meubles doit être effectué en fonction de l’espace de travail (bureaux, bibliothèque...) pour lequel il est destiné. Il doit répondre aux attentes des futurs utilisateurs.

- L’achat de meubles devrait être bien étudié afin d’acheter la quantité optimale (nombre d’unité, tailles..), au bon moment et au bon prix.

- L’esthétique peut être un critère pris en considération dans le choix des produits. Le marché du mobilier de bureau est passé de pièces massives, peu modulables et composées d’un voire deux matériaux (principalement du bois et du métal), à des articles moins volumineux, privilégiant l’ergonomie et l’adaptabilité, et souvent composés de multiples matériaux. Il convient toutefois de privilégier la sobriété des formes et des couleurs, et d’éviter les effets de mode par essence

volatils, qui risquent de se démoder rapidement et de déplaire aux futurs utilisateurs.

- Préférer les meubles accompagnés d'une clause garantissant que le fournisseur disposera de pièces de rechange pendant la période la plus longue possible (au moins 10 ou 15 ans). Les pièces doivent être disponibles rapidement.

Section 2 - Propositions relatives aux achats durables d'équipement informatique

Les équipements informatiques couverts ici incluent plusieurs produits différents tels que : les ordinateurs fixes et les portables, les écrans, les imprimantes, les photocopieuses, les appareils multifonctions, les scanners et les fax.

§ 1 - Enjeux

Il s'agit d'enjeux se rattachant aux impacts de ces matériels comme les effets néfastes pour la santé et l'environnement causés par certaines substances dangereuses contenues dans les équipements, la production importante de déchets, les émissions d'ondes électromagnétiques et le bruit.

Les objectifs des achats durables dans ce domaine consistent à réduire ces impacts et impliquent la limitation de la consommation d'électricité et les émissions de CO₂ associées en fixant des seuils limitatifs pour les émissions et la teneur en substances chimiques, d'encourager une durée de vie toujours plus longue des équipements, de garantir la reprise et le recyclage des équipements en fin de vie, de limiter les emballages et de former efficacement les utilisateurs.

§ 2 - Critères de sélection

La performance énergétique : exigences d'efficacité énergétique en faisant recours à des normes telles celles du label Energy Star pour les ordinateurs et équipements d'impression et d'acquisition d'images (comprenant les imprimantes, les photocopieurs, les appareils multifonctions, les scanners),

Objet du marché : Achat d'ordinateurs respectueux de l'environnement (ou d'imprimantes, d'appareils multifonctions etc. selon le cas). Nous nous limiterons ici à deux produits : les ordinateurs (A) et les copieurs (B).

A – L'achat durable d'ordinateurs

L'achat d'ordinateurs pour l'administration est considéré parmi les types d'achats ayant un impact sur le développement durable. Pour atteindre l'objectif d'achat durable d'ordinateurs, on peut avancer certaines recommandations. En fait, l'acheteur public doit veiller à :

1. Limiter la consommation de ressources lors de la fabrication du produit en recourant à des normes de type écologique
2. Réduire la consommation énergétique en limitant la consommation d'énergie pendant l'utilisation et en mode veille.
3. Protéger la santé de l'utilisateur en choisissant de:
 - Diminuer les nuisances dues au bruit et aux rayonnements électromagnétiques,
 - Préserver l'utilisateur de certaines substances nocives
4. Réduire le volume de déchets en fin de vie du produit et ce :
 - En accroissant la durabilité du produit par une possibilité d'extension des fonctions
 - En réduisant la production de déchets solides par une politique de reprise
5. Promouvoir les droits fondamentaux des travailleurs en utilisant un appareil fabriqué dans des conditions respectant la dignité humaine. Cela peut se faire en insérant des normes service dans les cahiers des charges.
6. Inviter les acheteurs à opter pour l'achat d'ordinateurs avec écrans plats à cristaux liquides (LCD) qui consomment 50% d'énergie en moins, en fonctionnement, que les écrans à tube cathodique. Encore il est conseillé de s'orienter vers des dalles LCD de 17 ou 19 pouces maximum pour optimiser la dépense d'énergie.

7. Encourager l'achat d'ordinateurs portables au lieu d'ordinateurs fixes. Les ordinateurs portables consomment quant à eux 50 à 80% d'énergie en moins. Ce matériel moins énergivore est malgré tout plus cher à l'achat.

Il s'agit donc pour l'acheteur de choisir entre coût d'investissement et coût de fonctionnement. Il faut donc bien étudier les besoins au niveau des cahiers des charges pour faire une affectation optimale de la commande et répartir les ordinateurs fixes ou portables selon les besoins des utilisateurs.

B- L'achat durable de photocopieurs

Pour ce produit, il existe également quelques labels auxquels il peut être fait référence :

- « Energy Star », qui certifie les performances énergétiques de plus de 350 modèles en Europe ;
- l'écolabel officiel allemand « Ange bleu » (Blauer Engel) et le «Cygne» scandinave (Nordic Swan), qui proposent des cahiers des charges plus complets et couvrent une cinquantaine d'appareils.

Ces deux derniers labels, sont encore assez peu diffusés et peu connus en Tunisie, ce qui restreint sérieusement la mise en concurrence des fournisseurs. Certains modèles non éco labellisés se distinguent en outre par de très bonnes performances environnementales.

Ces deux raisons font qu'il est parfois nécessaire d'aller plus loin que la simple référence aux écolabels.

A titre indicatif, on pourrait envisager d'insérer les clauses suivantes dans le Cahier des Clauses Techniques Particulières (CCTP) :

- Les appareils doivent répondre aux exigences du label Energy Star ou équivalent
- Les appareils proposés permettront l'utilisation de consommables remanufacturés et de papier recyclé

- Le candidat indiquera comment il assure la récupération et le retraitement des appareils en fin de vie.
- Intégrer un critère environnemental dans l'évaluation des offres, par exemple « valeur environnementale = 20% »
- Liste de sous-critères environnementaux permettant l'analyse des offres (en s'appuyant sur les cahiers des charges des écolabels officiels mentionnés plus haut):
 - Puissance électrique maximale en mode copie et veille (W)
 - Emissions de benzène, styrène, composés organiques volatils (mg/h)
 - Emissions sonores en mode copie (dB)
 - Taux de recyclabilité des appareils (%)
 - Contenu en matériau recyclé (%)

§ 3 - Bonnes pratiques

On peut s'inspirer des exigences communes européennes établies par procura et visant à :

- Limiter la teneur en mercure présent dans les écrans d'ordinateurs
- Assurer une durée de vie étendue aux équipements en exigeant des garanties sur plusieurs années, la disponibilité de pièces de rechange, et la possible actualisation des systèmes et logiciels
- S'assurer que le produit est facile à désassembler et à recycler en fin de vie
- Fixer des limites pour les émissions électromagnétiques
- Limiter les émissions sonores
- Réduire la quantité de papier et d'encre utilisée. Exiger que les appareils soient compatibles avec du papier recyclé et dotés de la fonction recto-verso. Limiter la teneur en substances comme le cadmium, le plomb, le chrome ou le mercure dans les encres. Les cartouches devraient aussi être rechargeables.
- Former les utilisateurs à l'utilisation économe en énergie de leurs équipements
- Considérer l'option de basculer vers un service « client System Lean », où le traitement des données et les programmes sont concentrés dans un seul serveur central.

- Penser à acheter un appareil multifonctions qui combine plusieurs fonctions (imprimante, photocopie, fax, scanner) de manière plus efficace.

Section 3 - Propositions relatives aux achats durables de produits de nettoyage et d'entretien

Il s'agit des produits de nettoyage utilisés pour l'entretien des surfaces, des sanitaires et de la vaisselle. On peut y ranger toutes les préparations employées pour le nettoyage qui sont évacuées avec les eaux usées, comme les produits pour lave-vaisselle, les détergents universels, les poudres à récurer, les détergents pour toilettes, produits désinfectants, etc.

Le marché des produits de nettoyage se caractérise par les traits suivants :

- performances des produits
- facilité d'usage
- utilisation fréquente de parfums et mélanges de senteurs.

Dans les pays industrialisés comme en Allemagne, en Suisse ou en France, la demande en produits de nettoyage écologiques est croissante sous l'influence d'une législation environnementale relative aux produits chimiques, de plus en plus contraignante. Les marchés européens offrent aujourd'hui toute une gamme de produits labellisés répondant à des critères concernant la protection de l'environnement et la santé de l'utilisateur. Les exigences des labels portent principalement sur le taux de biodégradabilité du produit et sur la composition des adjuvants (exemple: réduction voire exclusion des parfums). Il faut souligner dans ce cadre que les parfums n'augmentent pas l'efficacité du produit de nettoyage et qu'ils peuvent même être problématiques.

Les produits d'entretien écologiques peuvent parfois être plus chers à l'achat. Toutefois, le prix d'achat du produit ne représente que 5 à 10% des frais d'entretien, la majeure partie des coûts étant liée aux charges salariales.

§ 1 – Enjeux

Dans ce type de marchés publics l'enjeu de la durabilité porte sur l'ensemble des piliers du développement durable. Le premier est de réaliser un achat efficace aux meilleures conditions d'économie et d'efficience, le deuxième est de promouvoir les droits des travailleurs et le troisième consiste en la limitation de la pollution

En effet, les produits d'entretien contiennent presque toujours des agents de surface (tensioactifs) qui «absorbent» ou solubilisent les salissures, auxquels sont associés différents agents chimiques selon la fonction du produit:

- des acides, utilisés essentiellement comme détartrants et antirouilles
- des bases permettant d'augmenter l'activité des savons et de certains détergents afin de dissoudre les graisses et éliminer les cires (on parle de produits alcalins)
- des agents complexant utilisés pour leur action anticalcaire
- des adjuvants divers du type enzymes, agents de blanchiment, azurants optiques, désinfectants et antiseptiques, conservateurs, parfums, etc.

Quant aux produits désinfectants, ils ont pour vocation de détruire une flore microbienne (bactéries, virus, etc.) dans un large champ d'applications. Ils ont pour but d'assurer des conditions sanitaires et d'hygiène. Les biocides sont donc par définition des produits actifs susceptibles d'avoir des effets nuisibles sur la santé ou sur l'environnement.

L'enjeu écologique, particulièrement autour du désinfectant, est d'en limiter l'utilisation au juste nécessaire et consiste aussi à bien définir sa méthodologie d'utilisation.

Pour ces produits désinfectants, la réduction des substances dangereuses est indispensable, notamment lors de leur utilisation, car ces substances peuvent avoir un impact sur la santé des utilisateurs et usagers des bâtiments.

L'objectif est donc l'achat de produits désinfectants concentrés, présentant un contenu limité en substances dangereuses lors de l'utilisation.

Les impacts environnementaux des produits de nettoyage liés à la production se situent notamment au stade de la transformation des matières premières (émissions polluantes et consommation énergétique). Ils sont plus ou moins importants selon la nature des ingrédients (ressource renouvelable ou non), la quantité et la qualité des déchets d'emballages, etc. Il est particulièrement important de tenir compte d'éventuels impacts sur la santé ou l'environnement provoqués par une substance entrant dans la composition d'un produit.

En outre, la manipulation des produits de nettoyage peut entraîner certaines nuisances pour la santé de l'utilisateur. Une exposition chronique peut induire à long terme des sensibilisations, tandis qu'à court terme, certaines personnes développent des pathologies passagères: irritations cutanées, oculaires ou des voies respiratoires, brûlures ou allergies. On relèvera à ce sujet qu'un produit d'entretien à faible impact environnemental n'est pas toujours sans danger pour l'utilisateur. Exemple: la farine de bois, qui peut remplacer certains abrasifs synthétiques dans la composition de détergents destinés à enlever des salissures tenaces, est connue pour son effet irritant.

Il convient donc de revoir les méthodes d'entretien, les fréquences de nettoyage et du dosage des nettoyeurs. Un réexamen des méthodes de nettoyage ainsi que la réflexion sur l'utilité du service peuvent conduire à une réduction significative, non seulement dans les quantités de nettoyeurs à acheter, mais aussi dans la consommation d'eau et les coûts financiers engendrés.

§ 2 – Clauses

Au niveau de la rédaction des cahiers des charges, étant donné que les contrats pour l'achat de produits d'entretien et de nettoyage couvrent généralement une large gamme de types de produits, diverses dispositions doivent être insérées :

- Dans le but de protéger la santé et les droits des travailleurs, il serait fort utile de prévoir l'utilisation des nettoyeurs fabriqués dans des conditions respectant la dignité humaine.

Il faut également protéger la santé des employés

- En limitant certains composants de nettoyants dangereux pour la santé
- En accompagnant les utilisateurs vers une utilisation sécurisée des nettoyants. En fait, il peut y avoir des impacts sociaux dus à l'utilisation de nettoyants qui se traduisent par des effets sur la santé des employés. Il s'agit du personnel en contact direct avec les substances et du personnel travaillant dans les locaux traités.
- Les dangers potentiels pour l'utilisateur doivent obligatoirement être mentionnés sur l'étiquette du produit, sous la forme de pictogrammes et de phrases de risques et de sécurité. Lorsqu'un produit présente des pictogrammes de dangers, le fournisseur a l'obligation de remettre la fiche de données de sécurité (FDS) à ses clients, dans le cas d'un usage professionnel. Cette fiche indique la composition détaillée du produit ainsi que ses dangers et présente les précautions d'utilisation et les premiers secours à apporter en cas d'accidents. Elle peut donc être réclamée par l'acheteur pour connaître les dangers que présente le produit.
- Il convient, dans un même temps, de limiter la pollution en veillant à limiter l'utilisation de certains produits chimiques éventuellement contenus dans les nettoyants, affectant l'environnement et qui ne sont pas ou que peu biodégradables.
- Réduire la pollution et les nuisances liées à la production/gestion des déchets en utilisant des nettoyants minimisant la quantité d'emballage, notamment ceux dont l'emballage est recyclé ou facilement recyclable.
- Pour les produits désinfectants, les spécifications techniques pourraient être formulées de la manière suivante :
 - o Les produits devront présenter un minimum de concentration (% de dilution <1%). De plus, le prestataire précisera ce pourcentage de dilution
 - o Des dispositifs de dosage seront mis en oeuvre afin de limiter les risques pour le personnel.

- Des formations concernant ces outils, et la sécurité et la prévention des risques seront régulièrement dispensées au personnel
- Le soumissionnaire indiquera si les produits concentrés commercialisés portent une étiquette de danger ; le produit prêt à l'emploi ne devra pas porter d'étiquetage de danger (toxique, nocif, dangereux pour l'environnement, corrosif, inflammable).
- Mode de preuve à apporter : pour chaque produit des échantillons seront fournis.
- Le pourcentage volumique de dilution sera mentionné : pourcentage de dilution pour l'usage (rapport entre le volume de produit «pur » et le volume de solution souhaité). Plus ce pourcentage est faible, meilleure sera la note.

§3- Bonnes pratiques

Afin d'assurer des conditions de sécurité pour l'utilisateur et l'environnement, il faudra privilégier

- des produits possédant, si possible, un label reconnu
- répondant aux normes de sécurité pour l'utilisateur et limitant les impacts sur l'environnement
- les produits accompagnés d'un mode d'emploi clair pour l'utilisateur (dosage, élimination, etc.)
- Des emballages des produits répondant à des critères écologiques
- L'équipement individuel de protection est mis à disposition de l'utilisateur (gants, lunettes de protection, masques...)

Des produits répondant à tous ces critères engendrent moins d'impacts sur l'environnement et la santé de l'utilisateur.

Il est également possible de réduire les impacts sur l'environnement et la santé en utilisant les produits de manière adéquate. On retiendra à ce sujet les recommandations suivantes, directement liées à l'achat:

- Les produits doivent être correctement dosés. On prévoira à cet effet l'achat de doseurs.

- Le choix des produits doit répondre à un besoin ciblé, tout en réduisant les impacts sur l'environnement et la santé de l'utilisateur. Il est donc fortement recommandé de remplacer un produit problématique par un autre si ce dernier répond aux mêmes exigences d'hygiène.

C'est au stade de l'élimination que les impacts environnementaux des produits d'entretien sont les plus importants. Il faut distinguer à ce propos l'élimination des eaux usées contenant les produits dilués après utilisation et l'élimination des restes de produits (fonds de bidons). Il faudra se reporter aux directives du fabricant en ce domaine.

Les produits de nettoyage et désinfectants ont des impacts directs sur les écosystèmes et indirects sur la santé humaine. Ces effets sont plus ou moins marqués selon le taux de biodégradabilité, la persistance ainsi que l'écotoxicité des substances chimiques contenues dans les produits.

On veillera donc à choisir des produits particulièrement biodégradables.

Pour des fournitures courantes comme les produits d'entretien et les produits désinfectants, l'élaboration du cahier des charges pourra s'appuyer sur des écolabels officiels tunisiens s'ils existent ou étrangers (Ecolabel Européen ou norme française NF Environnement par exemple).

Ces derniers prennent en compte l'ensemble des étapes du cycle de vie et des impacts environnementaux. Ils intègrent également la qualité d'usage du produit et évitent ainsi d'avoir à passer chaque produit à la loupe pour savoir quelles clauses exiger.

Dans les critères de choix des offres concernant les produits désinfectants

- Plus le pourcentage de dilution sera faible, meilleure sera la note
- Les produits commerciaux devront contenir le moins de substances nocives et dangereuses possible

L'allotissement pourra être utilisé pour distinguer les produits couverts par des labels (lave-vitres, nettoyant multi-surfaces, nettoyant WC, produit vaisselle, lessive, assouplissant, papier absorbant, sacs poubelle...) et favoriser ainsi l'accès à

la commande publique des petits fournisseurs afin de les encourager à fabriquer des produits écologiques.

Il est également possible de ne pas se référer à un écolabel, afin de privilégier un travail **à long terme** en concertation avec le titulaire du marché pour permettre une démarche d'amélioration assurée. Il est en effet possible, de demander aux fournisseurs de prendre un engagement de progrès.

Un autre axe de progrès environnemental, indépendant de la qualité écologique des produits, réside dans la diminution du nombre de références et l'optimisation des livraisons (réduction du nombre de sites, de la fréquence de livraison...) qui réduiront les impacts du transport.

*

*

*

Eléments de conclusion

Propositions transversales relatives à l'intégration des considérations de développement durable dans le processus de l'achat public

L'analyse de type benchmarking du droit tunisien de l'achat public comparé au droit international, au droit européen ou encore les droits français, suisse et **chilien**, révèle qu'alors que le développement durable pénètre l'achat public dans ces différents dispositifs et se déploie dans leurs aspects les plus techniques, leurs différentes étapes et leurs différentes procédures de la détermination des besoins jusqu'à l'exécution en passant par les critères de sélection, le droit tunisien reste largement en retrait .

De manière générale, le droit tunisien apparaît encore peu sensible notamment à l'aspect écologique. Il demeure encore timide quant au pilier social notamment sous l'angle de l'insertion à l'emploi. Mais le diagnostic de notre droit révèle également, au-delà de ces lacunes, et de son incontestable retard, des potentialités non négligeables d'intégration du développement durable. Les enseignements tirés des expériences internationale, européenne, française et suisse sont de nature à susciter des pistes de réflexion, à inspirer des réformes innovatrices mais adaptées au contexte propre de la Tunisie.

Il convient alors d'adopter une démarche prudente et progressive de réformes et de modernisation du droit et les conjuguer avec une expérimentation sélective et bien réfléchi sur des achats des produits et des services qui seraient les plus appropriés à une insertion prometteuse de la durabilité.

Ainsi, en attendant des réformes plus globales et plus en profondeur du régime de l'achat public dans le sens de son arrimage au développement durable, il paraît nécessaire d'avancer un certain nombre de propositions relatives en particulier aux deux composantes écologique et **sociale** de l'achat public durable et les différentes étapes du processus de l'achat public **tout en veillant à une**

conjugaison nécessaire entre durabilité de l'achat et viabilité des entreprises tunisiennes.

A cet égard, de manière générale, l'intégration des considérations de durabilité dans les achats publics peut se faire à trois niveaux clés :

- au moment de la définition des besoins
- au niveau des critères de sélection et de classement des offres
- au niveau des conditions de l'exécution du marché

La définition des besoins : L'acheteur public doit, avant de procéder à un achat public, définir avec exactitude ses besoins. A ce moment, peuvent être intégrées des clauses environnementales ou sociales. En effet, au moment de la définition de l'objet du marché et de la définition de ses besoins, l'acheteur pourra prendre la décision de préserver l'environnement et d'encourager l'insertion professionnelle et l'équité sociale.

La rédaction des cahiers des charges en vue d'obtenir une offre qui prend en considération les aspects environnemental et social du développement durable peut être appréhendée de différentes manières. Il convient d'abord de distinguer trois types d'exigences :

Les spécifications techniques qui décrivent les caractéristiques techniques, fonctionnelles et structurelles de l'objet du marché. Ce sont des exigences auxquelles le candidat doit se soumettre faute de quoi il sera exclu.

Les critères de sélection qui présentent les éléments sur lesquels l'acheteur public évaluera les performances des candidats soumissionnaires afin de désigner le titulaire du marché

Les conditions d'exécution qui portent sur le déroulement de marché. Ces conditions peuvent également avoir un impact important sur la performance sociale et environnementale du marché.

I- Spécifications techniques

Etant inscrites dans le cahier des charges en tant que spécifications techniques et en tant que conditions d'exécution, les exigences de développement

durable prennent le caractère d'obligations pour les fournisseurs, entreprises de travaux ou prestataires de services qui se trouvent obligés de respecter strictement les attentes de l'acheteur public faute de quoi leurs offres seront écartées.

Néanmoins, cette démarche doit être suivie avec prudence. Elle suppose en effet un nombre suffisant de soumissionnaires capables de réunir les conditions de durabilité nécessaires. L'acheteur doit, dès lors, veiller à ce que les exigences envisagées soient formulées de manière à ne pas entraîner des surcoûts significatifs ou prévoir un budget suffisant pour pouvoir supporter une possible augmentation des coûts.

L'avantage de cette démarche pour l'acheteur public consiste en la certitude d'obtenir un produit, une prestation ou un ouvrage qui répond à ses attentes tout en étant soucieux de la durabilité des entreprises soumissionnaires. En outre, elle a le mérite de simplifier sensiblement le travail d'analyse des offres et de sélection de l'attributaire du marché.

Mais cette démarche n'est pas dépourvue de tout risque pour l'acheteur non plus. Ainsi, imposer de spécifications techniques trop rigoureuses peut décourager beaucoup de soumissionnaires potentiels et risque d'engendrer une concurrence insuffisante voire l'absence totale d'offres engendrant des marchés infructueux. A l'opposé, si les exigences sont assez faibles ou souples, l'ambition de mettre en place un marché durable se trouve limitée voire contrariée.

Dès lors, on pourrait également adopter deuxième démarche plus souple consistant en la formulation des attentes environnementales et sociales sous la forme de critères de choix pour la sélection du futur titulaire du marché. Ces critères de durabilité de l'achat, tels que la protection de l'environnement, l'économie d'énergie, l'insertion professionnelle ou le coût global, sont intégrés au même titre que le prix ou la valeur technique. Cette démarche paraît particulièrement adaptée au contexte tunisien dans la mesure où l'acheteur public ne connaît pas encore suffisamment les offres possibles et lorsqu'on cherche à éviter les surcoûts. En même temps, elle laisse davantage de liberté aux candidats pour valoriser leurs efforts en termes de développement durable. Elle les incite à donner le meilleur d'eux-mêmes en matière de durabilité puisqu'elle les met en

concurrence dans cette optique de développement durable. En outre, cette démarche présente l'intérêt de n'engendrer le rejet d'aucune offre minimisant ainsi le risque du marché infructueux. Elle suppose donc la pondération des critères pour l'évaluation des offres.

Ces deux démarches ne sont cependant pas antinomiques. Elles peuvent être combinées afin de tirer profit des avantages de chacune d'elles. Ainsi, certains aspects environnementaux et sociaux de l'achat prendront la forme de critères de sélection alors que d'autres se présenteront comme des conditions obligatoires à travers les spécifications techniques ou les conditions d'exécution. A cet égard, l'allotissement, l'autorisation d'offres variantes peuvent faciliter cette combinaison. Il s'agit, dans une première étape, non pas d'adopter une méthode systématique et universelle mais de susciter l'interrogation et l'intérêt par l'achat durable. Ainsi, à titre d'exemple, en matière de marché de fourniture de bureaux comme les imprimantes, de télécopieurs et de photocopieurs, le besoin peut consister à permettre aux agents d'imprimer ou de photocopier ponctuellement des documents. Le moyen le plus confortable pour l'utilisateur est de disposer d'une imprimante, d'un télécopieur et d'un photocopieur personnels. En revanche le moyen le plus efficace sur le plan environnemental et le plus efficient sur le plan économique serait d'équiper l'ensemble du service d'un appareil multifonction capable à la fois d'imprimer, de copier recto verso, de numériser et de télécopier. Les avantages sont multiples du point de vue de la durabilité. Un seul appareil remplace trois ou quatre et ne sert pas un seul utilisateur mais plusieurs. En outre, la distance à parcourir pour aller chercher ses documents incite les utilisateurs à n'imprimer ou ne photocopier que les documents essentiels ce qui engendre une forte réduction des impressions et du photo copiage. Les consommations d'énergie et consommables sont fortement diminuées et des économies substantielles sont ainsi réalisées.

Par ailleurs, lors de la détermination des critères de durabilité pour la création des spécifications, il peut être utile de définir des normes minimales. Ces normes sont généralement influencées à la fois par les disponibilités du marché et par le niveau de durabilité en dessous duquel vous n'achèterez pas le bien (produit) ou le

service. Grâce à cette approche, un nombre plus important de fournisseurs pourront soumettre leur offre, sachant que les critères seront plus précis.

II- Critères de classement et de sélection des offres

En ce qui concerne les critères de choix des offres, l'acheteur public peut se fonder :

Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, 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, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution.

Comme l'affirme le manuel méthodologique du Programme des Nations Unies pour l'Environnement, « *la détermination des critères d'évaluation des offres (critères d'attribution) doit être fondée sur le processus d'évaluation des risques et doit se refléter dans les spécifications. Les acheteurs doivent prendre en compte le profil des risques du contrat, et appliquer les critères sur la durabilité de manière appropriée. La position en ce qui concerne l'acceptabilité d'un coût supplémentaire pour réduire les impacts sur la durabilité doit également être définie* ».

III- Conditions d'exécution

Les conditions d'exécution constituent l'ensemble des conditions posées par l'acheteur public que l'offre doit remplir pour être conformes à l'objet du marché. Elles sont transcrites dans le cahier des charges en particulier dans le cahier des clauses techniques particulières élaborées par les acheteurs.

En effet, les conditions d'exécution font traditionnellement référence à des spécifications techniques. Ces dernières sont l'ensemble des prescriptions contenues dans les cahiers des charges et définissant les caractéristiques requises d'un matériel, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ainsi,

peuvent être inclus des considérations environnementales dans les spécifications techniques.

L'acheteur peut faire appel à un écolabel pour établir des spécifications techniques.

S'il existe un écolabel officiel pour la catégorie de produits recherchée et si l'offre de produits éco labellisés, ou présentant des caractéristiques équivalentes, est suffisante pour permettre une mise en concurrence, alors l'acheteur peut exiger des produits répondant aux exigences d'un écolabel environnement national ou, en cas d'absence, international. Ainsi, il est possible d'intégrer des considérations environnementales et sociales dans les conditions d'exécution du marché.

De manière générale, l'achat responsable implique de s'assurer que les produits et services acquis par un acteur public soient aussi « durables » que possible – avec un moindre impact environnemental et de meilleures répercussions sociales.

L'analyse diagnostic du droit tunisien de l'achat public a révélé que beaucoup reste à faire en vue d'intégrer le développement durable dans le dispositif juridique du pays tant dans les textes que dans la pratique. Ce droit s'avère encore fragmentaire, éparpillé et sans ligne directrice susceptible de lui conférer cohérence et effectivité. Comparée aux droits tant international que régional et aux droits internes de certains pays, le droit tunisien apparaît très en retrait et la culture de la durabilité encore faible chez les acheteurs publics. Ceci est d'autant plus problématique que tout changement suscite réticence, crainte et difficultés pratiques.

En général, on peut souligner quatre freins aux achats publics durables :

La peur d'une insuffisante maîtrise : en effet les acheteurs publics ont une réelle appréhension à initier des démarches d'achats innovantes.

Le droit de la concurrence : A partir d'un certain niveau, les critères sociaux et environnementaux peuvent revêtir un caractère anticoncurrentiel exposant les acheteurs à des risques et des contentieux.

L'obstacle des outils de contrôle : A la réception des travaux ou des produits, il est toujours difficile de vérifier que le résultat attendu a bien été atteint.

La crainte des surcoûts : Les acheteurs publics établissent souvent une liaison quasi –automatique entre achats durables et coûts supplémentaires. Or ces derniers sont difficilement envisageables dans un contexte marqué par une culture de management public qui insiste sur l'économie des moyens surtout dans un contexte de pression sur les finances publiques et de compression budgétaire.

Ces craintes et ces croyances sont fausses et doivent être combattues. En effet, les achats durables signifient des achats de qualité qui tiennent compte des coûts prévisibles à court, moyen et long termes et reposent sur une démarche globale de cycle de vie des produits.

Par ces caractéristiques, les achats durables tranchent avec les achats réalisés dans le seul souci de la dépense immédiate et qui s'avèrent, à terme, générateurs de surcoûts : mauvaise qualité des prestations, coût des avenants, dépenses de fonctionnement non maîtrisées (eau, énergie, entretien/maintenance, réparations, gestion des déchets), coût des dommages et des pollutions, faible fiabilité des entreprises rendant le service après-vente médiocre, infractions au droit du travail, risques sociaux susceptibles d'entraver la bonne exécution des contrats, effets d'image déplorables liés à des achats contraires à l'éthique (surexploitation des ressources naturelles, produits fabriqués au moyen du recours au travail forcé), etc.

Pour vaincre les craintes et les résistances et permettre une insertion significative du développement durable en matière d'achat public, les pouvoirs publics doivent se doter d'une politique volontariste notamment de *verdissement de l'Administration*. Une telle politique facilitera la mise en place des moyens et des outils permettant une mise en œuvre efficace et donnant un signal fort tant aux acheteurs publics qu'aux fournisseurs privés.

Pour ce faire, il devient nécessaire, voire urgent, de réviser les textes régissant les marchés publics afin d'y introduire l'impératif de durabilité, plus spécifiquement le décret n° 2002-3158, en y insérant des dispositions permettant la prise en compte du développement durable et l'insertion de ses exigences dans les cahiers des charges à la fois en tant qu'exigences techniques et en tant que conditions d'exécution. En outre, la révision en cours des cahiers des clauses

administratives générales (CCAG) constitue également une occasion propice pour inscrire ces exigences dans ces documents types.

Il convient en outre d'œuvrer à l'harmonisation du cadre juridique régissant les marchés publics durables pour qu'il intègre les règles de l'achat public durable de façon cohérente. Le futur code de l'environnement peut également y contribuer de manière décisive.

Cette œuvre d'unification et d'harmonisation pourrait être complétée et la pratique de l'achat public durable facilitée, par l'élaboration d'un guide des achats publics durables comportant un certain nombre de mesures à prendre en considération dans toutes les étapes du processus d'achat public. **Il nécessite également des plans et des programmes de sensibilisation et de formation afin de vaincre les craintes, les peurs et les réticences.** Mais, ceci implique d'abord, et de manière urgente, la mise en place d'une véritable politique nationale assise sur une stratégie cohérente d'achat public durable élaborée d'une manière concertée notamment avec les entreprises soumissionnaires et partenaires à travers notamment leurs organismes représentatifs comme leurs chambres professionnelles.

Table des matières

INTRODUCTION GÉNÉRALE	2
PREMIÈRE PARTIE : L'ACHAT PUBLIC DURABLE EN DROIT TUNISIEN, UNE CONSÉCRATION PEU SIGNIFICATIVE	8
CHAPITRE PREMIER : L'ACHAT PUBLIC DURABLE DANS LE DÉCRET PORTANT RÉGLEMENTATION LES MARCHÉS PUBLICS, UNE PRÉSENCE PEU SUBSTANTIELLE.....	9
Section 1 – Définition et régime de passation des marchés publics	9
§ 1 – Notion et catégories des marchés publics	9
§ 2 – Les modes de passation, une certaine tonalité sociale	11
Section 2 – Des éléments de durabilité insuffisants	14
§1- Les marchés réservés et l'allotissement	15
A- Les marchés réservés aux petites entreprises	15
B- Les marchés réservés aux artisans	16
C -Les avances consentis aux petites et moyennes entreprises et aux artisans....	16
D- Les marchés attribués aux micro-entreprises par voie de consultation élargie	18
E - L'allotissement de la commande	19
§2- Les mesures d'encouragement aux entreprises et aux produits nationaux	20
A - Association avec les bureaux des études tunisiens	20
B - La sous-traitance nationale	21
1- <i>Les marchés dans le secteur de l'informatique et des technologies de la communication</i>	21
2- <i>Les marchés de travaux, de fourniture et prestation de service</i>	21
C- La préférence nationale.....	22
D- Les offres variantes.....	22
§3- L'apport potentiel des normes et spécifications techniques	24
CHAPITRE 2 - LES TEXTES PARTICULIERS SE RAPPORTANT LA DURABILITE, UN IMPACT MARGINAL	28
Section 1 – Les textes ayant des implications sur la dimension environnementale des achats publics durables	29
§ 1 – Les textes portant création d'institutions publiques	29
A - <i>Loi n° 88-91 du 2 août 1988, portant création de l'Agence Nationale de Protection de l'Environnement</i>	29
B – <i>Le décret n°2005-2317 du 22 août 2005 relatif à la création de l'ANGED</i>	30
§ 2 - Les textes à caractère technique	30
A - <i>Loi n°2004-72 du 2 août 2004 modifiée par la loi n°7 du 9 février 2009 relative à la maîtrise de l'énergie et ses textes d'application</i>	30
Enfin, on peut ajouter le décret n° 2009-2617 du 14 septembre 2009, portant réglementation de la construction des bâtiments civils.	32
B - <i>La loi n°2009-38 du 30 juin 2009 relative au système national de normalisation </i>	33
C - <i>Décret n° 2007-1355 du 4 juin 2007, portant création et fixant les conditions et modalités d'attribution de « l'écolabel tunisien»</i>	33
Section 2 - Les textes ayant des implications sur la dimension sociale des achats publics durables	36
§ 1 - La loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique .	36
§ 2 – Les circulaires	36

DEUXIÈME PARTIE – L’ACHAT PUBLIC EN DROIT COMPARÉ : UNE CONSOLIDATION CROISSANTE	38
CHAPITRE PREMIER - L’ACHAT PUBLIC DURABLE EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT EUROPEEN : DES PROGRÈS SENSIBLES	39
Section 1 – L’achat public durable en droit international : des approches différenciées	39
§ 1 – Le droit de l’OMC et l’achat public durable : une intégration à la marge	40
§ 2 – L’OCDE et les marchés publics durables, une prise en compte croissante	43
§ 3 - Les déclarations de Tunis et de Paris	45
A – La déclaration de Paris sur l’efficacité de l’aide au développement 2 mars 2005	45
B –La déclaration de Tunis sur les réformes des marchés publics en Afrique « soutien au développement économique et à la réduction de la pauvreté du 17 novembre 2009 »	47
Section 2 – L’achat public durable en droit européen : des avancées remarquables...	48
§1 – Les textes	48
§ 2 - La jurisprudence	52
A – L’intégration de critères sociaux.....	52
B – La consécration des critères environnementaux	53
1- <i>L’arrêt Concordia, CJCE 17 septembre 2002 Concordia –bus Finland, aff. C- 513/99</i>	53
2- <i>L’arrêt EVN AG Weinstrom GMBH, République d’Autriche, CJCE 4 décembre 2003, aff. C- 448/01</i>	54
CHAPITRE II – LES ACHATS PUBLICS DURABLES DANS LES DROITS INTERNES	56
Section 1 - Le développement durable en droit français des marchés publics: une consécration vigoureuse.....	56
§ 1 - La consécration de l’achat public éco-responsable	59
A- Le code des marchés publics de 2006	59
B -Le plan national pour les achats publics durables (PNAAPD),.....	60
C- La communication du ministre de l’écologie du 4 février 2008.....	60
E - La circulaire du 3 décembre 2008.....	61
F - Le décret n° 2009-5496 du 17 mars 2009 instituant le Service des achats de l’État.....	61
G – La loi du 3 août 2009	62
H- La loi portant "engagement national pour l’environnement dite Grenelle 2 ..	62
I - Le développement du recours aux écolabels.....	62
J - L’élaboration de guides de l’achat public éco-responsable	63
K – La démarche de l’Etat exemplaire	64
§ 2 – La consécration des achats socio-responsables	64
A- L’insertion des personnes éloignées de l’emploi.....	64
B - Les moyens juridiques présents dans le code des marchés publics de 2006 permettant de prendre en compte les considérations sociales.....	65
1- <i>L’allotissement</i>	65
2- <i>Les marchés réservés</i>	65
3- Les variantes	66
4- Droit de préférence	66
Section 2 - L’achat public durable en droit suisse : un dispositif en progrès	67
Section 3 - L’expérience Chilienne	70
TROISIÈME PARTIE	74

PROPOSITIONS POUR UN DROIT AU SERVICE DE L'ACHAT DURABLE	74
CHAPITRE PREMIER – PROPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHÉS DURABLES DE TRAVAUX, L'EXEMPLE DES MARCHÉS DE BÂTIMENT	76
Section première - Les aspects environnementaux des marchés publics dans le secteur du bâtiment	76
§ 1 – Marché d'architecture	77
§ 2 - Marchés d'exécution	78
A - L'économie d'énergie.....	79
B – La gestion des déchets.....	79
1 - <i>Les enjeux</i>	80
2 - <i>Clauses recommandées</i>	80
Section 2 - Les aspects sociaux dans les marchés de travaux.....	81
§ 1- Les clauses sociales, critère d'attribution.....	81
§ 2 – Les clauses sociales, conditions d'exécution.....	82
§ 3 - Bonnes pratiques	83
CHAPITRE DEUXIÈME - PROPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHÉS DE FOURNITURES DE BIENS ET DE SERVICES	84
Section Première - Propositions relatives aux achats de mobilier de bureau	84
§ 1 - Les enjeux.....	85
§ 2 - Clauses recommandées.....	85
§ 3 - Bonnes pratiques	87
Section 2 - Propositions relatives aux achats durables d'équipement informatique....	88
§ 1 - Enjeux.....	88
§ 2 - Critères de sélection	88
A – L'achat durable d'ordinateurs.....	89
B- L'achat durable de photocopieurs.....	90
§ 3 - Bonnes pratiques	91
Section 3 - Propositions relatives aux achats durables de produits de nettoyage et d'entretien	92
§ 1 – Enjeux	93
§ 2 – Clauses	94
§3- Bonnes pratiques	96
Eléments de conclusion	99