



Les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « Climat et résilience »)

La loi Climat et résilience a été publiée au Journal officiel de la République française le 24 août 2021¹. Elle inclut plusieurs mesures destinées à mieux prendre en compte le développement durable lors de la passation et l'exécution des contrats de la commande publique.

Compte tenu de leur spécificité, les marchés et les contrats de concession de défense ou de sécurité ne sont pas concernés par ces mesures.

1. Le renforcement des SPASER (art.35)

Les schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER), instaurés par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, constituent un des leviers permettant la prise en compte du développement durable par les acheteurs. L'article 35 de la loi Climat et résilience renforce leur contenu et améliore leur gouvernance afin de mieux accompagner les acheteurs dans la voie d'achats responsables.

Ainsi, l'article L. 2111-3 du code de la commande publique modifié renforce les obligations de publicité des SPASER en prévoyant que, désormais, ils doivent être rendus publics notamment via une mise en ligne sur le site internet (s'il existe) des acheteurs concernés. Le renforcement de la publicité des SPASER permettra de valoriser les acheteurs responsables et de diffuser les bonnes pratiques.

Par ailleurs, les SPASER doivent désormais comporter des indicateurs précis exprimés en nombre de contrats ou en valeur, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement ou écologiquement responsable parmi les marchés passés par l'acheteur concerné. Pour chacune de ces catégories, qui incluent notamment les achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale² ou des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables, l'acheteur doit préciser des objectifs cibles à atteindre. Cet enrichissement du contenu des SPASER permettra d'inciter les acheteurs à

¹ [Légifrance - Publications officielles - Journal officiel - JORF n° 0196 du 24/08/2021 \(legifrance.gouv.fr\)](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043411)

² Agréées au sens de l'article L. 3332-17-1 du code du travail.

promouvoir une stratégie efficace et progressive de développement de l'inclusion sociale, des filières de consommation locale et des circuits courts.

Ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

Enfin, d'ici le 22 août 2024, le Gouvernement devra remettre au Parlement un rapport permettant d'évaluer la prise en compte des considérations environnementales et sociales dans les marchés passés par les acheteurs soumis à l'obligation d'adopter un SPASER. Ce rapport devra proposer un modèle de rédaction du schéma.

2. la prise en compte des objectifs de développement durable dans les spécifications techniques (art. 35)

Le code de la commande publique prévoit l'obligation de prendre en compte les objectifs de développement durable au stade de la détermination de la nature et de l'étendue du besoin par l'acheteur ou l'autorité concédante. L'article 35 de la loi Climat et résilience complète cette obligation en l'étendant, pour les marchés publics et les contrats de concession, à la phase de formalisation du besoin par des spécifications techniques (articles L. 2111-2 et L. 3111-2 du code de la commande publique modifiés). Ainsi, en imposant l'obligation de prise en compte du développement durable dans les spécifications techniques, l'article 35 concrétise l'obligation d'introduire des considérations environnementales dès le stade de la définition du besoin.

3. La prise en compte des caractéristiques environnementales de l'offre dans les critères d'attribution (art. 35)

L'article 35 de la loi Climat et résilience introduit l'obligation pour les acheteurs et les autorités concédantes, de retenir au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre.

Cette mesure est une réponse directe à l'une des propositions formulées en matière de commande publique par la Convention citoyenne pour le climat. Cette dernière avait en effet appelé de ses vœux la valorisation de la dimension écologique des offres remises par les opérateurs économiques, en rendant obligatoire la mise en œuvre d'un critère environnemental. Si, jusque-là, les articles L. 2111-1 et L. 3111-1 du code de la commande publique fixaient bien un principe général en vertu duquel « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* », aucune disposition du code n'imposait que les préoccupations environnementales fassent l'objet d'un critère de sélection du titulaire du marché ou de la concession. C'est désormais chose faite, avec la modification des articles L. 2152-7 et L. 3124-5 du code de la commande publique.

Le législateur a fait le choix de ne pas énumérer les caractéristiques environnementales qui doivent être spécifiquement prises en compte en tant que

critère. En effet, la formulation retenue à l'article 35 de la loi demeure large afin de laisser une certaine souplesse aux acheteurs et aux autorités concédantes. Il leur revient ainsi de déterminer le critère qui leur paraît le plus approprié au regard des caractéristiques du contrat concerné.

En pratique, cette évolution interdit le recours au critère unique du prix. Ainsi, si l'acheteur fait le choix de ne retenir qu'un seul critère de sélection, seul le critère unique du coût global intégrant nécessairement des considérations environnementales pourra désormais être retenu.

4. La prise en compte obligatoire de l'environnement dans les conditions d'exécution (art. 35)

L'article 35 prévoit également que les acheteurs et les autorités concédantes doivent désormais fixer dans leurs contrats des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives à l'environnement. Auparavant, le code de la commande publique prévoyait que la prise en compte de ces considérations dans les conditions d'exécution restait à la discrétion de l'acheteur.

Là encore, cette évolution fait suite à une proposition de la Convention citoyenne pour le climat qui avait préconisé d'imposer aux acheteurs de prévoir dans leurs marchés des conditions d'exécution prenant en compte la « *performance environnementale* ».

Désormais, l'article L. 2112-2 du code de la commande publique modifié dispose que les acheteurs devront impérativement prévoir dans leurs marchés publics des conditions d'exécution prenant en compte l'environnement. De la même manière, l'article L. 3114-2 modifié, impose la prise en compte de considérations relatives à l'environnement dans les conditions d'exécution des contrats de concession.

5. La prise en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans les conditions d'exécution pour les marchés et concessions formalisés (art. 35)

Par ailleurs, l'article 35 prévoit que les marchés et les concessions dont le montant est supérieur aux seuils européens doivent en principe comprendre des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées.

S'agissant des marchés, cette obligation est prévue par le nouvel article L. 2112-2-1 du code de la commande publique. L'acheteur peut toutefois déroger à cette obligation dans quatre hypothèses : si le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible, si cette prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché, si cette prise en compte devait restreindre la concurrence ou rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation et, enfin, s'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois. L'acheteur doit, à cet égard, justifier le recours à l'une de ces dérogations dans le rapport de présentation s'il agit en tant que pouvoir adjudicateur,

ou par tout moyen approprié s'il s'agit comme entité adjudicatrice. Cet équilibre entre obligation de principe et dérogations permet de concilier le développement des clauses sociales dans les marchés avec les exigences de sécurité juridique et d'accès des entreprises à la commande publique. En effet, cette évolution cible les marchés pour lesquels l'obligation d'insérer des clauses sociales est la plus pertinente.

S'agissant des contrats de concession, le nouvel article L. 3114-2-1 du code de la commande publique prévoit une obligation similaire, à laquelle il n'est cette fois possible de déroger que dans deux hypothèses : en l'absence de lien possible entre des conditions d'exécution sociales et l'objet du contrat de concession, ou si de telles conditions d'exécution risquent de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du contrat plus difficile d'un point de vue technique ou économique. L'autorité concédante doit justifier d'un recours à l'une de ces dérogations par tout moyen approprié.

6. Autres mesures

Parmi les mesures « commande publique » de la loi Climat et résilience, figurent également :

- **l'inscription des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans un nouvel article L. 3-1 du titre préliminaire du code de la commande publique (art. 35).** La loi Climat et résilience valorise les objectifs de développement durable en les inscrivant aux côtés des principes fondamentaux de la commande publique et des éléments essentiels du régime juridique applicable aux contrats administratifs.
- **la possibilité pour un acheteur ou une autorité concédante d'exclure un soumissionnaire qui, soumis par le code de commerce³ à l'obligation d'établir un plan de vigilance, ne satisfait pas à cette obligation pour l'année qui précède celle de l'engagement de la consultation** (art. 35 modifiant les articles L. 2141-7-1 et L. 3123-7-1 du code de la commande publique). Cette nouvelle interdiction de soumissionner, à l'appréciation de l'acheteur, renforce la prise en compte du développement durable dans la commande publique en permettant à l'acheteur d'écarter la candidature d'une entreprise qui ne respecterait pas ses obligations de transparence sur les actions menées en termes de prévention des risques sociaux et environnement dans le cadre de son activité. Cette évolution se fait en parallèle de l'adoption, le 10 mars 2021, par le Parlement européen d'une résolution portant sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises⁴ ;
- **l'inclusion, dans le rapport devant être remis chaque année par le concessionnaire à l'autorité concédante, de la description des mesures mises en œuvre pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par**

³ Article L. 225-102-4 du code de commerce.

⁴ [Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et de responsabilité des entreprises \(2020/2019\(INL\)\).](#)

l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat (art. 35 modifiant l'article L. 3131-5 du code de la commande publique) ;

- **la mise à disposition des acheteurs par l'Etat d'outils opérationnels de définition et d'analyse du coût de cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achats (article 36).** L'objectif est ici d'accompagner les acheteurs dans la définition de leur politique d'achat et de les éclairer dans leur prise de décision lors de la passation de leurs marchés. Ces outils, qui ont vocation à intégrer le coût global lié à l'acquisition, l'utilisation, la maintenance, la fin de vie et les coûts externes (par exemple, la pollution atmosphérique, les émissions de gaz à effet de serre, la perte de la biodiversité ou la déforestation) devront être mis à disposition au plus tard le 1^{er} janvier 2025 ;
- **l'obligation d'utiliser des matériaux biosourcés ou bas-carbone dans au moins 25 % des rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique (article 39).** Cette obligation entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2030 et ses modalités d'application seront précisées par un décret en Conseil d'Etat.

7. Entrée en vigueur

A l'exception des mesures relatives aux SPASER qui entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2023 (cf. point 1.), les dispositions de l'article 35 de la loi Climat et résilience » entrent en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 22 août 2026.

Ce délai d'entrée en vigueur permettra aux acheteurs, aux autorités concédantes et aux entreprises de disposer du temps nécessaire pour s'adapter aux nouvelles exigences de prise en compte du développement durable dans le cadre de la commande publique. Ce délai sera également mis à profit par l'administration afin de proposer aux acteurs de l'achat public des outils et des méthodes opérationnels pour les accompagner dans la mise en œuvre de leurs nouvelles obligations.

Les dates d'entrée en vigueur des mesures figurant aux articles 36 et 39 sont précisées au point 6.