

LES PRINCIPES ENVIRONNEMENTAUX

1000. Des deux principes fondateurs de *libre* et *égale* concurrence, comme de ceux de *transparence* et *d'efficience*, on peut aisément tirer une vision de la commande publique comme étant un droit d'encadrement contraignant, visant à la création d'un marché concurrentiel. Tous ces principes sont des principes libéraux que l'on rencontre dès lors que l'on est en présence d'un marché économique que l'on entend réguler. Tel n'est pas le cas des principes environnementaux. Les contraintes écologiques semblent même s'opposer aux contraintes économiques ; elles ne participent pas du marché libre, elles en sont un élément perturbateur. Pourtant, la contradiction est plus apparente qu'absolue. Les principes libéraux qui régulent le marché comme les principes environnementaux se concrétisent en effet par des contraintes sur le marché. La différence porte essentiellement sur le fait que les principes libéraux doivent être limités pour ne pas détruire le marché alors que les principes environnementaux doivent être conciliés avec les principes libéraux. Les premiers ont une contradiction interne, les seconds une opposition externe, mais tous deux se traduisent de façon comparable¹⁷⁰.

1001. Cette opposition des principes libéraux et environnementaux est la raison pour laquelle les premières directives communautaires sur les marchés publics n'ont pas intégré les considérations environnementales ; pas plus que ne le faisait à l'époque le Code des marchés publics français dont est tirée une partie importante des directives communautaires. C'est le développement récent du droit de l'environnement et la mise en place de ses principes (§ 1^{er}) qui est la raison de l'importance prise par les principes du droit de l'environnement comme élément constitutif de la commande publique (§ 2^e).

§ 1^{er} : Le développement des principes de protection de l'environnement

1002. Le droit de l'environnement a une nature particulière : il est un droit qui a une unité en lui-même et des principes qui le guide mais aussi une dimension transversale forte qui le conduit à s'incorporer, à s'adapter pour se fondre dans différentes autres branches du droit. Son développement propre s'est par conséquent retrouvé dans

¹⁷⁰ La Commission européenne écrit dans sa « *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* » du 28 novembre 2001, 2001/ C 333/07, COM(2001) 274 final que « *Il n'existe pas de contradiction fondamentale entre la croissance économique et le maintien d'un niveau de qualité environnementales acceptable* ». Les nuances de cette phrase nous montrent, *a contrario*, qu'il existe des contradiction entre l'environnement et la croissance économique ; d'autant que le niveau environnemental visé n'est même pas un optimum mais un niveau « acceptable ».

l'ensemble des droits qu'il irrigue et notamment dans le droit de la commande publique. Son influence en cette matière est double puisque ce sont les principes du droit de l'environnement qui se trouvent pris en compte, ce qui induit secondairement des modifications des procédures de passation. La difficulté en la matière est que le développement du droit de l'environnement s'est fait en parallèle en droit international, européen et interne (A), ce qui n'est pas sans poser le problème de la valeur de ces principes, même si dans l'ensemble ils ont au moins la même consistance pour ceux qui concernent le droit de la commande publique (B).

A) Les sources des principes du droit de l'environnement

1003. Le droit de l'environnement est soumis, en parallèle, à l'évolution de nombreuses sources qui avancent chacune un certain nombre de principes visant à donner un sens ou une assise juridique particulière aux règles précises qu'elles édictent. Il en est ainsi aussi bien du droit international (1) que du droit communautaire (2) ou bien entendu du droit français (3)

1) Les principes internationaux du droit de l'environnement

1004. Le droit international de l'environnement est une matière récente¹⁷¹ qui est en expansion constante depuis le début des années 1970¹⁷². Beaucoup des règles du droit international de l'environnement sont des mesures sectorielles de protection ; elles ont pour objectif de protéger les espaces maritimes¹⁷³, les eaux douces¹⁷⁴, la faune ou la

¹⁷¹ Cf. sur ce point L. LUCCHINI et D. GABRIEL, « Sources du droit international », fascicule 110 du Jurisclasseur Environnement (1993 & MAJ 2003). Si l'on peut noter de premières conventions à la fin du XIX^e siècle (notamment des Traités contre le phylloxera de Berne du 19 juillet 1878 ou du 3 novembre 1881 ; des Traités de Berne du 9 décembre 1868 et de Lucerne du 18 mai 1887 sur la pêche dans les affluents du Rhin ou un Traité du 5 novembre 1892 relatif à la pêche dans les eaux frontières), la multiplication des traités, mais aussi des jurisprudences, commence au début des années 1970 continue encore aujourd'hui.

¹⁷² La consultation de tables chronologiques de traités est particulièrement édifiante à cet égard. On trouvera de telles tables (chacune manifestement incomplètes puisque les trois nous apparaissent en grande partie comme complémentaires) in Ph. SANDS, *Principles of international environmental Law, vol. I, Frameworks, standards and implementation*, Manchester and New-York, Manchester University Press, 1994, 774 pp., spé. pp. xix à xl jusqu'en 1993 ; C. DOMMEN et Ph. CULLET, *Droit international de l'environnement. Textes de bases et références*, London-The Hague-Boston, Kluwer law International, 1998, 814 pp. spé. pp. 771-790 jusqu'en 1997 & P. W. BIRNIE et A. E. BOYLE, *International Law & The environment*, Oxford New-York, Oxford university Press, 2d ed. 2002, 798 pp, spé. pp. xxii à xxx jusqu'en 1998.

¹⁷³ La création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI) en 1940, devenu l'organisation maritime internationale (OMI) en 1982 a pour objectif le développement de normes internationales contre la pollution par les navires. La protection des espaces maritimes a ainsi porté sur la protection contre les marées noires (convention de Londres du 12 mai 1954 puis, après le Torrey Canyon en 1967) ou des conventions sur la pêche (Genève du 29 octobre 1958, ou accord des nations unies du 4 août 1995). Aujourd'hui, les conventions internationales en cette matière démontrent la volonté d'une approche globale de ce milieu comme tend à la prouver la

flore, notamment sous l'angle de la diversité biologique¹⁷⁵, l'atmosphère et l'espace¹⁷⁶. D'autres ont des assiettes géographiques comme la protection zones polaires ou d'autres régions du globe¹⁷⁷. Très peu parmi ces conventions font référence à des principes communs, mais un certain nombre d'autres conventions ont tenté de reconnaître en la matière des « principes » du droit international¹⁷⁸.

1005. Il en est notamment ainsi de deux Traités issus de conférence internationales relatives à la protection de l'environnement organisées par les Nations Unies¹⁷⁹ : la première est la Conférence de Stockholm qui a abouti à la *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement* du 16 juin 1972¹⁸⁰, la seconde est la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* du 14 juin 1992¹⁸¹. Toutes deux se présentent en respectivement 26 et 27 « principes » dans lesquels on retrouve pour l'essentiel ceux que l'on trouve aussi en droit interne ou communautaire. Le droit à un environnement de qualité y est même reconnu comme un droit de l'homme¹⁸². Leur nature de *droit mou* (ou

champ d'application de la convention sur le droit de la mer de Montego Bay du 10 décembre 1982 en vigueur depuis 1994.

¹⁷⁴ Il s'agit aussi bien de la protection des cours d'eau, des lacs que des eaux souterraines. On se référera par exemple à la *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontière et des lacs internationaux* de Helsinki adoptée le 17 mars 1992 (en vigueur le 6 octobre 1996) ou à la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* de New-York du 21 mai 1997 adopté par la Commission du droit international et incitant à des accord régionaux.

¹⁷⁵ Cette protection se réalise par des centaines de traités ponctuels visant à la protection de telle ou telle espèce dans telle ou telle zone géographique (Îles Galapagos, Serengeti) mais aussi grâce à quelques traités mondiaux comme la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* de 1972, la *Convention de Ramsar relatives aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitant des oiseaux d'eau* du 2 février 1971 ou la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* signée à Washington le 3 mars 1973.

¹⁷⁶ On pense notamment à la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone* du 22 mars 1985 et à la *Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontalière à longue distance* du 13 novembre 1979 et à ses nombreux Protocoles.

¹⁷⁷ Notamment le Traité de Washington du 1^{er} décembre 1959 sur l'Antarctique et son protocole de Madrid de 1991.

¹⁷⁸ Nous nous garderons de rentrer dans les controverses doctrinales à propos de l'existence ou de la nature des « principes généraux de droit » que l'on trouve à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, ou de celles des principes généraux du droit international ; les principes dont il est question ici n'ont pour champ d'application que celui déterminé par les conventions qui les reconnaît. On peut pourtant estimer que les principes environnementaux sont au moins en voie de devenir des principes « reconnus par les nations civilisées ». Sur cette notion, Cf. J. COMBACAU et S. SUR, *droit international public*, Paris, Montchrestien coll. Domat droit public, 5^e ed. 2001, 812 pp. spé. pp. 105-108 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz ed. 6^e ed. 2002, 788 pp. spé. n° 328-339.

¹⁷⁹ On notera parmi les sources du droit international de l'environnement la place des organisations internationales, et notamment de celles liée à l'ONU : UNESCO, PNUD, CNUCED, FAO, mais aussi l'OMS, AIEA. Cf. D. GABRIEL et L. LUCCHINI, « Organisations internationales », *Jurisclasseur environnement*, fasc. 111

¹⁸⁰ Aussi appelée Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972, ONU doc. A/CONF.48/Rev. 1, 1972 ; RGDIP, vol. 77, 1973 p. 350 ; *Rev. Marc. Commun et de l'Union Eur.* n° 365, 1993, p. 134 (extraits)

¹⁸¹ Déclaration de Rio du 14 juin 1992, ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, (vol. I), annexe 2 ; RGDIP, vol. 96, 1992, p. 975, *Rev. Marc. Commun et de l'Union Eur.* n° 365, 1993, p. 132 (extraits)

¹⁸² Le Principe 1 de la Déclaration de Stockholm précise en effet : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisante, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien être. [...] ».

Soft Law) lié à leur caractère non contraignant a depuis 1972 été fortement nuancé par la reconnaissance de certains de ces principes comme étant des *coutumes internationales*, ce qui en fait des normes internationalement sanctionnables¹⁸³.

1006. À ces sources écrites et ces principes, il faut aussi ajouter la jurisprudence internationale¹⁸⁴. L'un des premiers arrêts du droit international de l'environnement concerne un contentieux entre les États-Unis et le Royaume-Uni à propos dans l'affaire de la Fonderie de Trail. À partir de 1896 une fonderie au Canada a émis des substances sulfureuses jusqu'aux États-Unis, cet État a alors demandé réparation au Royaume-Uni puis au Canada. Dans la décision de l'*International Joint Commission* du 7 août 1928 comme dans la sentence arbitrale de 1941, le Canada est condamné à payer une indemnité sur le fondement d'une *due diligence* que l'on a du mal à ne pas comparer aujourd'hui à un principe du pollueur payeur.

Le droit international se développe donc nettement dans le sens d'une reconnaissance rapide non seulement d'un corpus de règles de droit de l'environnement de plus en plus nombreuses, mais en plus vers le développement de principes internationaux du droit de l'environnement. Sur point, on peut penser que le droit communautaire saura apporter sa propre expansion dans les traités à venir dans la mesure où ses instances participent de plus en plus aux traités internationaux sur l'environnement¹⁸⁵.

2) Les principes européens du droit de l'environnement

¹⁸³ Cf. C. DOMMEN et Ph. CULLET, *Droit international de l'environnement. Textes de bases et références*, London-The Hague-Boston, *Kluwer law International*, 1998, 814 pp. spé. p. 2. Ces auteurs montrent par ailleurs que certains de ces principes – qui nous intéressent moins directement – ont été confirmés par d'autres textes (principes 7 et 21). Pour le développement des sanctions cf. A. KISS *et alii*, Centre d'étude et de Recherches Internationales et communautaires – Université Aix-Marseille III, *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Paris, *Claude imperiali ed. & economica*, 1998, 291 pp. La conclusion de ces recherches est toutefois une faible effectivité du droit international de l'environnement et la nécessité de développer une effectivité par l'incitation et les aides techniques ou financières en plus, voire en lieu et place, des sanctions proprement dites. Preuve en est les constatations faites sur le retard pris dans les engagements du sommet de Rio à la conférence de Johannesburg sur le développement durable en 2002.

¹⁸⁴ Qualifié par le statut de la Cour internationale de justice de « *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* » (art. 38).

¹⁸⁵ M.-P. LANFRANCHI, « Les effets de l'adhésion de la Communauté européenne aux conventions internationales », in A. KISS *et alii*, Centre d'étude et de Recherches Internationales et communautaires – Université Aix-Marseille III, *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Paris, *Claude imperiali ed. & economica*, 1998, 291 pp., spé. pp. 255-269

1007. Le droit communautaire¹⁸⁶ a lui aussi connu une extension particulièrement forte de son droit de l'environnement¹⁸⁷. Les Traités originels ne contenaient pas de dispositions spécifiques au droit de l'environnement, ce dernier apparaissant comme inapproprié à l'objectif d'un marché commun essentiellement libéral. La véritable prise en compte de cette préoccupation date du Traité de Maastricht qui crée les articles 130 R à T constituant le Titre XVI du Traité CE intitulé « environnement ». Ces articles fixent les objectifs poursuivis par la Communauté dans la politique de l'environnement, les principes applicables et les procédures à suivre. Devenus les articles 174 à 176 du Traité CE après le Traité d'Amsterdam – et III-129 à III-131 du Traité de Constitution pour l'Europe –, ils sont intéressants à un double égard.

Le premier est la reconnaissance d'une série de principes qui guident la politique de l'environnement, désormais officiellement fondée sur « *les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur* ». ¹⁸⁸ On retrouve, comme en droit international et, on le verra, comme en droit interne, la volonté de principes fondateurs. Cette liste prend pourtant toute son importance par un deuxième aspect : la recherche d'effectivité du droit de l'environnement en droit communautaire.

1008. Cette recherche d'effectivité a été symboliquement marquée avec le Traité d'Amsterdam qui a déplacé d'un des paragraphes de l'article 130 R¹⁸⁹ pour le recodifier non pas à l'article 174 mais à l'article 6 du Traité CE¹⁹⁰ ; puis par le Traité de Nice, cet article ayant depuis été repris à l'article 37 – intitulé « protection de l'environnement » – de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union* dont on sait qu'elle constitue la deuxième partie du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*¹⁹¹. Ces articles

¹⁸⁶ Ce qui n'est pas le cas de la Convention européenne des droits de l'homme qui ne contient pas expressément de dispositions reconnaissant un droit de l'environnement. Son existence a pourtant été clairement reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme mais les fondements retenus ne semblent pas adaptés à tous les aspects que peuvent prendre les considérations environnementales dans le cadre de la commande publique : la Cour l'a en effet rattaché au « respect de son domicile ainsi que de sa vie privée et familiale » (CEDH 9 décembre 1994, *López-Ostra c/ Espagne*, n° 41/1993/436/515, spé. §§. 51 et 55 ; CEDH 19 février 1998, *Guerra et autres c/ Italie*, n° 116/1996/735/932, spé. §§. 53 et 60 ; et CEDH, 2 octobre 2001, *Case of Hatton and Others c/ The United Kingdom*, n° 36022/97, spé. §. 97) et au droit à la vie (CEDH 18 juin 2002, *Önerildiz c/ Turquie*, n° 48939/99, spé. §. 64) Cf. aussi M. DÉJEANT-PONS, « Le droit de l'homme à l'environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l'Europe et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RJE*, 1994, n° 4, p. 373

¹⁸⁷ Pour une approche globale sur ce sujet, jusqu'en 1997 au moins, cf. P. THIEFFRY, *Droit européen de l'environnement*, Paris, Dalloz ed. 1998, 275 pp. et, du même auteur, *Jurisclasseur environnement*, fasc. 120, 122 et 123.

¹⁸⁸ Art 130 R point 2 ; devenu 174 point 2 du Traité CE, à l'identique dans l'article III-129 point 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹⁸⁹ La fin du premier alinéa du 2. de l'article 130 R devenu 174.

¹⁹⁰ Cet article stipule : « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ». Notons que l'article 3 comporte un « *l) une politique dans le domaine de l'environnement* » qui montre la compétence de la Communauté en la matière

¹⁹¹ « Article II-37: Protection de l'environnement. Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable. » On notera les différences de rédactions, dues

constituent une officialisation de l'ensemble de l'esprit du droit de l'environnement tel que cela a été vu au début de ce paragraphe : il est à la fois une matière qui cherche une autonomie et une unité, notamment par la référence à des principes propres, mais aussi une matière qui n'a de sens que prise en compte dans l'ensemble des autres politiques. Cette approche permet de considérer que les principes « du droit de l'environnement » sont non seulement des principes généraux mais qu'en plus ils s'appliquent spécialement dans telle ou telle matière. Ils sont en quelque sorte « incorporés » dans ces matières comme des principes qui doivent y prendre une forme en tout état de cause particulière parce que résultant de conciliations avec les autres principes de la matière. C'est ainsi que l'on peut considérer que les principes du droit de l'environnement sont partiellement des principes de la commande publique en ce qu'ils y prennent une forme particulière, fonction des autres principes de la commande publique.

1009. La Commission a pris conscience de la nécessité d'incorporer dans les directives régissant le droit des marchés publics les considérations environnementales, mais elle a aussi rapidement pris en compte les difficultés que cela représentait du fait de la différence d'esprit qui existait entre les principes déjà reconnus et les préoccupations de préservation de la nature. 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* du 5 juillet 2001 montre bien le souci d'équilibre et d'appropriation des principes du droit de l'environnement par la commande publique¹⁹². Si elle pose les bases, on retrouve aujourd'hui dans les directives 2004/17 et 2004/18 non seulement l'esprit, mais également des dispositions qui vont encore plus loin¹⁹³.

À cette extension telle qu'on la remarque dans les textes s'est ajouté un renforcement de ces principes par la Cour de justice qui contrôle le respect de ces principes par les mesures adoptées au titre de la politique de l'environnement ; même si ce contrôle est limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, contrôle on ne peut plus logique au regard de la conciliation inhérente, comme on vient de le voir, à ces principes environnementaux¹⁹⁴.

La reconnaissance de principes du droit de l'environnement en droit communautaire ainsi que le développement d'une politique de l'environnement par des directives spécialisées dans d'autres domaines a bien entendu eu une influence sur le droit interne, d'autant que sa tendance va aussi dans le même sens.

à la nature des textes dont elles font partie. La recherche d'un « niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » est toujours l'un des objectifs de l'article 3 de la Constitution comme il l'était de l'article 3 du Traité CE.

¹⁹² *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 5 juillet 2001, COM (2001) 274 final, JOCE 28 novembre 2001, C 333, p. 12 et s. Cette communication a été précédée d'une autre du 11 mars 1998 COM (1998) 143 final *Les marchés dans l'Union européenne*.

¹⁹³ Cf. *supra* § 2.

¹⁹⁴ Voir notamment les arrêts CJCE du 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech Srl c/ S. & T. Srl*, aff. C 284/95, rec. p. I-4301 et, du même jour, *Gianni Bettati c/ Safety Hi-Tech Srl*, aff. C-341/95, rec. p. I-4355. « Cette interdiction [de gaz à effet de Serre] n'est pas invalide au regard de l'article 130 R du traité, dès lors que le législateur communautaire n'a commis aucune erreur d'appréciation manifeste quant aux conditions d'application de cette disposition ni méconnu le principe de proportionnalité » (point commun aux deux arrêts).

3) Les principes internes du droit de l'environnement

1010. La France sera passée en une dizaine d'années d'une absence de principes du droit de l'environnement dans son droit positif à une reconnaissance constitutionnelle et écrite de ceux-ci. La rapidité de cette évolution ne laisse pas d'étonner mais elle correspond, on le voit, à une tendance de toutes les sources du droit. Elle rejoint notamment sur ce point la cinquantaine de Constitutions dans le monde ayant cette référence, parmi lesquelles neuf des Constitutions européennes.

1011. Après une reconnaissance légale de l'environnement comme une « *finalité d'intérêt général* » en 1976¹⁹⁵, c'est la loi du 2 février 1995 qui pose pour le droit interne les premiers « principes du droit de l'environnement », principes issus pour l'essentiel de ceux reconnus internationalement, mais en les qualifiant encore « *d'intérêt général* »¹⁹⁶. On retrouve aujourd'hui ces dispositions codifiées à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, code à droit constant issu d'une ordonnance du 18 septembre 2000¹⁹⁷, dans lequel ils sont regroupés sous un Titre 1^{er} intitulé « *principes généraux* ». Ce sont ces principes que l'on veut aujourd'hui élever au rang constitutionnel par la création d'une *Charte de l'environnement* adossée¹⁹⁸ à la Constitution. L'ambition est par conséquent principalement de modifier la valeur juridique de ces principes et non de les refondre pour reconnaître, comme certains l'appellent de leurs vœux, un ensemble plus cohérent et complet¹⁹⁹. L'ambition est pourtant symboliquement et juridiquement importante, une

¹⁹⁵ Loi du 10 juillet 1976, *relative à la protection de la nature*, art 1^{er} : « *La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général* »

¹⁹⁶ Loi n° 95-101 du 2 février 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, dite « Loi Barnier ». Ces principes seront d'abord codifiés aux articles L. 200-1 et L. 200-2 du Code rural. Cf. J. MORAND-DEVILLER, *AJDA* 1995 p. 439 ; M.-C. REISSZADEH, *CJEG*, 1995 p. 179 ; R. HAUSTOU, *Etudes foncières*, n° 66, mai 1995 ; Y. JÉGOUZO, *RDI*, 1995 p. 201 ; R. ROMI, *Dr. Environnement*, mars 1995, n° 29 p. 1 pour les premières études générales

¹⁹⁷ Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, *J.O.* du 21 septembre 2000 ; ratifiée par la loi 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 31 (cette loi y insère des corrections et trois lois prises entre temps, ainsi que, dans son article 30 la validation d'une ordonnance 2001-321 du 11 avril 2001 relative aux transpositions des directives communautaires dans le domaine de l'environnement).

¹⁹⁸ Ce terme est employé au troisième paragraphe de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle. Nous rejoignons la position de R. ROMI (*Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, coll. *Domat droit public*, 5^e ed. 2004, 595 pp., spé. p. 60) sur l'incongruité de ce terme officiel qui, étymologiquement comme dans le sens reconnu par le dictionnaires actuels – Robert – et anciens – Littré notamment – veut dire « dos à dos », c'est-à-dire « opposé à ». On a noté les conciliations nécessaires entre certains principes libéraux (auxquels on peut ajouter la propriété) et le droit de l'environnement, mais il nous semble que ce terme est plus le fruit d'une maladresse qu'une réflexion à ce sujet. En outre, si l'on prend le second sens du terme « adossé » qui signifie « s'appuyer sur », cela voudrait dire que si la Constitution tombe, le Charte tombe aussi ; les droits « fondamentaux » qui ne durent que le temps d'une Constitution le sont ils vraiment ?

¹⁹⁹ M. PRIEUR, « L'environnement entre dans la Constitution », *Droit de l'environnement*, n° 106, mars 2003, p. 38 et s.

partie de la doctrine n'hésitant pas à qualifier les principes du droit de l'environnement de « troisième génération » de droits de l'homme²⁰⁰.

La question qui se pose alors est la nature des principes du droit de l'environnement dont on peut estimer qu'ils ont une influence sur le droit de la commande publique en s'y intégrant d'une manière particulière.

B) Les principes environnementaux applicables en droit de la commande publique

1012. La multiplicité des sources du droit de l'environnement n'a pas conduit à une dispersion des principes applicables, et l'on peut voir deux raisons à cela : d'une part ces différents principes ont été reconnus de manière plus ou moins concomitante par des autorités dont les liens sont institutionnels : la France est à la fois partie à l'Union européenne et aux différents traités internationaux, l'Union participant elle aussi aux négociations internationales. D'autre part, comme le dit le Traité de Stockholm de 1972, « la terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance » ; ce qui signifie effectivement que la défense de l'environnement nécessite un partenariat mondial sans lequel elle ne saurait être efficace.²⁰¹

Il semble que l'on puisse distinguer quatre grands principes qui fondent le droit de l'environnement et dont l'influence sur le droit de la commande publique puisse modifier les comportements et réglementations. Il s'agit du principe développement durable (1), du principe de la contribution à la réparation des dommages à l'environnement – appelé aussi principe du pollueur-payeur – (2), du droit à l'information et de participation (3), du principe de précaution (4).

1) Le principe de développement durable

1013. La doctrine ne semble pas en faire cas, mais ce principe de développement durable²⁰² a une position à part au sein des principes du droit de l'environnement. On peut en effet raisonnablement considérer qu'il constitue la ligne directrice de ceux-ci ; même si par ailleurs sa valeur juridique n'a jamais été considérée comme supérieure. Sa reconnaissance peut être tirée du Principe 1 – la place qu'il y occupe n'est pas anodine – de la Déclaration de Stockholm de 1972, bien qu'il ne soit pas alors

²⁰⁰ Cf. par exemple A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, PUF ed. coll. *Thémis droit public*, 1^{er} ed. 2002, 475 pp., spé. p. 24.

²⁰¹ Ce second argument est celui avancé par M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz ed. coll. *Précis*, 5^e ed. 2004, 1001 pp., spé. p. 50.

²⁰² On notera que R. ROMI, *Droit de l'environnement*, *Op. Cit.* fait référence au « développement soutenable » (pp. 12 et 423-425) en faisant une traduction politiquement engagée de l'expression anglaise « *sustainable development* ».

formulé de cette manière²⁰³. La Déclaration de Rio de 1992 utilise en revanche clairement ce terme ne laissant aucun doute sur sa place en droit international de l'environnement²⁰⁴.

1014. Les droits communautaire et interne lui accordent aussi une place particulière. Le premier le place en effet comme guide de toute son action en matière d'environnement, notamment pour la commande publique comme en témoigne 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*²⁰⁵. Le second a une position tout à fait comparable à l'article L.110-1, point II, du Code de l'environnement qui précise que toutes les actions préservant et mettant en valeur l'environnement « [...] concourent à l'objectif de développement durable » et les lois visant cet objectif « s'inspirent des principes suivants » à savoir les autres principes du droit de l'environnement. Bien que seulement présent à l'article 6 de la Charte de l'environnement, le développement durable montre dans ce texte aussi sa place essentielle de « condensé » des autres principes en insistant sur le fait que c'est lui que l'on recherche par la conciliation des autres principes et des principes économiques²⁰⁶. Ce texte implique donc que le principe de développement durable devient officiellement un principe de la commande publique, cette dernière devant être comprise dans les « politiques publiques » visées à l'article 6²⁰⁷. Pour montrer la place de ce principe, notons par ailleurs la modification apportée en 2002 au Ministère chargé de l'environnement dont le nom est devenu « ministère de l'écologie et du développement durable ».

1015. Le texte de la Charte ne donne pas de définition du développement durable, mais l'article L. 110-1 du Code de l'environnement y pourvoit : le développement durable « [...] vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans

²⁰³ Principe 1 : « l'homme a [...] le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ». On retrouve clairement l'influence du développement durable – que l'on appelait alors *écodéveloppement* selon le terme utilisé par ses premiers théoriciens M. STRONG et I. SACHS – dans les articles 5 et 6 de la même Convention.

²⁰⁴ Principe 1 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992 : « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont le droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ». Le terme est repris dans 8 des 27 articles de la déclaration.

²⁰⁵ Le développement durable est le premier des principes cités, la Commission le présentant même comme l'objectif des autres principes lorsqu'elle énonce : « le traité d'Amsterdam a renforcé le principe de l'intégration d'exigences environnementales dans d'autres politiques, reconnaissant ainsi son rôle clé dans le développement durable ». Il faut ajouter que les dispositions de cette Communication sont partiellement issues de réflexions conduites à la suite d'une communication de la Commission du 15 mai 2001 pour le sommet de Göteborg intitulée *Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable*. COM(2001) 264 final

²⁰⁶ Article 6 : « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles prennent en compte la protection et la mise en valeur de l'environnement et les concilient avec le développement économique et social ».

²⁰⁷ L'article de C. CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, n° 5, pp. 210-218 qui estime que le développement durable n'est pas un principe mais seulement un objectif se fonde sur le texte de la loi du 2 février 1995. La référence au développement durable dans la Charte modifie à notre sens la position sur ce point. La portée juridique et la teneur de ce principe ne nous semblent en effet pas bien plus complexe à déterminer que celle des autres principes (pensons aux principes de liberté et d'égalité qui sont bien plus larges encore et que la jurisprudence a lentement précisés). On peut penser que si ce principe n'a jamais été accepté comme moyen par le juge administratif pour fonder une de ses décisions, sa mutation en norme constitutionnelle aura pour effet de lui donner ce rôle.

compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». Cette définition est l'une des seules existant officiellement et certains en tirent argument contre le caractère strict et juridique de cette notion. À cela s'ajoute l'effet de mode qui entoure ce principe qui conduit à une forme de dilution de la notion, ce qui rend plus difficile encore la détermination d'un sens reconnu à ce terme²⁰⁸. La Charte aura pourtant assurément un effet favorable sur tous ces défauts. Loin de constitutionnaliser un principe flou et par conséquent inutile, on peut espérer que la prise de valeur s'accompagnera d'une prise de sens juridique, ne serait-ce que parce que l'invocation de ce principe par les requérants conduira nécessairement le juge à en préciser le sens et les limites afin de répondre aux parties. Au fond, nombre de principes de la Déclaration de 1789 auraient les mêmes problèmes de définition que ceux de la Charte sans le rôle créateur des juridictions administratives ou judiciaires ou du Conseil constitutionnel.

1016. Lorsque les implications du principe de développement durable seront précisées, on peut raisonnablement penser qu'il aura un rôle premier parmi les principes de la commande publique, notamment en modifiant l'appréciation de ce qu'est le « mieux disant ». La combinaison d'une recherche d'efficacité et du développement durable conduit en effet à envisager non seulement les délégations de service public ou autres contrats de longue durée, mais aussi les marchés publics dans une perspective à long terme. Les commandes publiques vont devoir en quelque sorte s'apprécier non seulement sur la durée du contrat mais aussi après ce contrat quand cela est possible. Ainsi, si le prix d'entretien d'un réseau d'adduction d'eau est nécessairement pris en compte par un concessionnaire parce qu'il fait partie de son montage financier, le principe de développement durable va conduire à sélectionner le concessionnaire aussi sur la pérennité de ce réseau après le premier contrat de concession. Plus encore, un marché de travaux publics qui entend prendre en compte le développement durable conduira les commanditaires à envisager l'entretien futur du bâtiment et ses coûts de fonctionnement. Le candidat à un tel marché ne pourra plus se contenter d'un ouvrage qui tienne le temps de sa garantie décennale, il emportera aussi la commande s'il donne des garanties sur la pérennité de l'ouvrage.

Le Code de l'environnement fait du développement durable un objectif que doivent atteindre les autres principes de l'environnement, parmi lesquels celui du pollueur payeur.

²⁰⁸ Cf. l'article de C. CANS, précité ; ainsi que M. PRIEUR, *droit de l'environnement*, *Op. Cit.* n° 76 à propos de la référence au développement durable dans certaines lois récentes. Peut-être faut-il voir dans les nombreuses références indues à ce principe une fonction incantatoire visant à essayer de lutter contre l'inflation législative et réglementaire actuelle en mettant en avant la vision dans la durée des auteurs des réglementations ou des lois.

2) Le principe de la contribution à la réparation des dommages à l'environnement ou du pollueur-payeur

1017. La référence au pollueur-payeur²⁰⁹ n'est pas directement inscrite dans la Charte de l'environnement, on lui a préféré le terme de « contribution à la réparation des dommages à l'environnement »²¹⁰. La justification à cette modification sémantique étant la volonté de ne pas laisser croire qu'il existe un droit à polluer à celui qui paye, vision dévoyée du principe mais qui n'est pas sans se rattacher à certaines réalités²¹¹.

Ce principe que l'on rencontre dans toutes les sources du droit de l'environnement ne trouve pas de traduction particulière en droit de la commande publique et l'on pourrait même douter de son utilité en la matière. Sa place grandissante pourrait conduire à trois évolutions.

1018. La première serait le renforcement des normes antipollution qui est le meilleur moyen de faire payer le futur pollueur en l'obligeant à faire *ab initio* des investissements afin de limiter les atteintes à l'environnement. Si ces normes s'attachent aussi à la prévention, elles sont indirectement le meilleur moyen de faire payer le pollueur pour lutter contre les atteintes à l'environnement, c'est en quelque sorte un mécanisme de réparation en amont. En aval de l'activité, les normes peuvent permettre aussi de fixer l'étendue des réparations que les opérateurs économiques doivent effectuer lorsqu'ils ont causé un dommage à l'environnement. Dans les deux cas, les contrats de la commande publique sont visés : en amont parce que les normes environnementales imposent des coûts dans la construction de certains bâtiments (on peut penser à une usine de retraitement des déchets) ; en aval parce que la fin d'un contrat ou son activité même peut engendrer des coûts répercutés sur le commanditaire ou les usagers afin de remettre en l'état en répondant à des normes écologiques. On peut penser, durant le contrat aux normes imposant une certaine qualité de l'eau pour les rejets dans la nature et, à la fin du contrat, aux normes de remise en l'état de sites après une activité polluante comme l'enfouissement de déchets.

1019. La deuxième est la modification de l'équilibre du contrat et des responsabilités qu'il engendre. On peut en effet y voir un des éléments du « risque » dans le contrat si la constitutionnalisation de ce principe conduit le juge à exiger, sur la demande de requérants intéressés, une réparation. Par exemple, les atteintes portées à la nappe phréatique par la construction d'une autoroute qui ne sont aujourd'hui pas nécessairement

²⁰⁹ L'influence internationale sur le nom de ce principe n'est pas non plus absente. Il s'intitule notamment en anglais « *The polluter pays principle* » mais il est effectivement relié à l'idée d'une responsabilité à ne pas causer de dommage à l'environnement. Cf. sur ce point Ph. SANDS, *Principles of international environmental Law, vol. I, Frameworks, standards and implementation*, Manchester and New-York, Manchester University Press, 1994, 774 pp., spé. pp. 190 et 213 et s.

²¹⁰ Le terme est issu de l'article 4 de la Charte. L'article 174-2) du Traité CE (ancien article 130 R) cite à la fois le « *principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement* » et « *le principe du pollueur-payeur* » semble-t-il en les séparant. La future Charte les regroupent si l'on s'en réfère au projet de loi constitutionnelle et les explications qu'il donne.

²¹¹ La « bourse » aux émissions polluante récemment mise en place par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre en est la meilleure preuve.

indemnisées pourraient l'être dans l'avenir en faisant courir des risques tels que l'équilibre du contrat en serait fondamentalement modifié. Ce risque qui appartenait auparavant au régime des contrats administratifs ou à celui des contrats de droit privé à l'occasion de contentieux de l'exécution doit aujourd'hui être pensé, en amont, par le droit de la commande publique.

1020. La troisième conséquence du principe du pollueur-payeur sur le droit de la commande publique est le renforcement de l'utilisation de critères visant à réduire les pollutions par les acheteurs publics par crainte de se voir contraint à une « contribution » à la réparation, soit par des dispositions légales postérieures, soit par le juge administratif selon l'interprétation qu'il fera de ce principe. On peut d'ailleurs penser qu'un autre principe du droit de l'environnement, le « *droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé* »²¹² aura les mêmes conséquences s'il acquiert un véritable contenu et une véritable valeur juridique²¹³.

Le principe de contribution à la réparation des dommages à l'environnement ou pollueur-payeur, a donc une influence relative sur le droit de la commande publique ; tel n'est pas le cas du principe de participation et du droit à l'information qui s'y intègrent particulièrement facilement.

3) Le principe de participation et le droit à l'information

1021. Le droit de l'environnement a développé un principe de participation et un droit à l'information que l'on retrouve eux aussi dans les sources internationales et communautaires. Le droit à l'information apparaît indirectement dès la Déclaration de Stockholm²¹⁴, l'article 10 de la Convention de Rio le consacre expressément. Le droit communautaire ne le cite pas à l'article 174 du Traité CE²¹⁵ mais l'a reconnu et en a fixé les modalités dans une directive du 7 juin 1990 *relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*²¹⁶. Le principe de participation a pour sa part été consacré un peu plus difficilement²¹⁷ du fait des obligations plus fortes qu'il semble impliquer (informer les citoyens remet moins de pratiques en cause que de les faire participer aux décisions). La

²¹² Ce principe que l'on retrouve dans tous les textes internationaux (Déclaration de Rio, principe 1) et nationaux (les termes « d'environnement équilibré et favorable à la santé » sont tirés de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement) fait figure de grande déclaration aux conséquences juridiques floues. Il est absent du Code de l'environnement et lie à la fois le principe de développement durable (maintien des équilibres et de la biodiversité) et celui de réparation du dommage (favorable à la santé).

²¹³ Il est difficile en effet de ne pas se rapprocher de la doctrine qui constate la vacuité des principes du droit de l'environnement à propos de celui-là.

²¹⁴ Principe 19 de la Déclaration de Stockholm de 1972 qui traite de la nécessité de « *dispenser un enseignement sur les questions d'environnement* » et de mettre des « *moyens d'information de masse* » et de « *diffuser des informations de caractère éducatif* ».

²¹⁵ Dans sa numérotation après le traité d'Amsterdam

²¹⁶ Directive 90/313/CEE du 7 juin 1990 *relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*, JOCE, n° L. 58, du 23 juin 1990, p. 56. Cf. F. JAMAY, « droit à l'information », *Juris-classeur environnement*, fascicule 130, spé. n° 112.

²¹⁷ Mais la rapidité du développement du droit de l'environnement donne au juriste le sentiment d'une consécration presque concomitante de ces deux principes par rapport à ce à quoi il est habitué.

Déclaration de Rio de 1992 est la première à le reconnaître dans son dixième principe, reconnaissance qui sera formalisée ensuite par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998²¹⁸. Ses traductions en droit communautaires seront plus ponctuelles, y compris à l'occasion des directives mettant en œuvre la Convention d'Aarhus²¹⁹.

1022. Le droit français ne distingue pas clairement les deux principes en considérant que le principe de participation requiert nécessairement de l'information, même si l'inverse n'est pas vrai. Il les reconnaît d'abord dans le Code de l'environnement au 4° de l'article 110-1, II, en définissant le « principe de participation » – qui comprend donc le droit à l'information – comme celui « *selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire.* » L'article 7 de la Charte ne reprend pas exactement cette position, il distingue plus nettement le principe de participation et le droit à l'information²²⁰.

1023. Le droit de la commande publique va devoir prendre en compte et faire siens ces principes du droit de l'environnement. Le droit à l'information d'abord doit s'analyser comme l'information *du public* plus que celle des personnes directement intéressées par la passation du contrat, c'est-à-dire les opérateurs économiques. En ce sens, on ne saurait assimiler les mesures de publicité propres à la commande publique – essence du régime de la commande publique – à ce droit à l'information : la publicité telle qu'elle existe a avant tout pour destinataires les potentiels requérants et leur mise en égale concurrence. Sauf dans quelques rares hypothèses, on ne peut pas dire qu'il a pour objectif l'information du public. L'application de ce « droit » à l'information peut donc conduire à développer fortement et pour d'autres destinataires les mesures de publicité, mesures qui dans ce cadre perdront leur caractère de « mise en concurrence » mais donneront une nouvelle dimension au principe de transparence. On peut en effet dire qu'en matière d'environnement, le principe de transparence trouve, dans le « *droit à l'information* », une nouvelle dynamique qui pourrait encore renforcer ou adapter les mesures de publicité, d'autant qu'elles répondent alors à une double nécessité constitutionnelle. Ainsi, non seulement on peut envisager une ouverture plus large des mesures de publicité des commandes au public, ne serait-ce que par le développement dans des journaux non-spécialisés ; mais on peut envisager d'autres mesures de transparence plus dirigées vers la défense de l'environnement, comme la transmission à une association de défense des projets touchant à l'environnement.

²¹⁸ Précitée. Son nom exact est *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*. Entrée en vigueur le 6 octobre 2002, approuvée par la loi 2002-285 du 28 février 2002 (J.O. 1^{er} mars 2002)

²¹⁹ Cf. F. JAMAY, « Principe de participation », *Juris-classeur environnement*, fasc. 135, spé. p. 28 et s.

²²⁰ Comme c'est le cas de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen sur le modèle formel de laquelle elle a été rédigée, la Charte ne reconnaît pas expressément les principes, sauf pour celui qu'elle appelle expressément le « principe de précaution » (cf. *infra*). Article 7 de la Charte de l'environnement : « *toute personne a le droit [...] d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

1024. Pour ce qui concerne le « principe de participation », il pourra avoir une influence à la fois *moins directe* mais aussi *plus importante* sur le droit de la commande publique. Moins directe parce qu'il ne suffit pas de renforcer des mesures qui existent déjà partiellement. Plus importante parce que les *modalités* de la participation aux commandes touchant à l'environnement restent partiellement à inventer. En effet, on ne peut que partiellement se satisfaire d'un développement des études d'impact ou des enquêtes publiques. La recherche de ces solutions pour le droit de la commande publique suivra vraisemblablement en la matière celle plus générale en droit administratif. Il est ainsi possible que le référendum communal, la charte de la concertation²²¹ ou la fameuse Commission nationale du débat public puissent voir leur rôle augmenter en matière de commande publique, notamment dans le cadre de travaux.

La vraie difficulté sera alors *l'équilibre* des procédures de passation. On voit les tentatives actuelles de simplification et les recherches d'efficacité des procédures. Elles vont jusqu'à développer les procédures négociées²²² là où l'on avait par trop renforcé ou créé des procédures contraignantes. La recherche d'une *participation* va à l'encontre de cette tendance d'assouplissement. Elle conduit en effet au développement des procédures pour organiser ce rôle du public, d'autant plus d'ailleurs qu'il s'agit de procédures de « démocratie directe », forcément plus lourdes, contraignantes et chères. À moins que, comme les théories constitutionnelles nous l'enseignent, on ne passe par une participation indirecte à travers des représentants ; mais c'est toujours une commission de plus. C'est à se demander si le principe de participation ne pose pas des problèmes trop insolubles et s'il ne se traduira pas simplement par une obligation ou une possibilité, pour les élus locaux – lors du vote autorisant une commande ou lors des commissions d'appel d'offres – d'analyser la situation au regard des contraintes environnementales. Cela restera de la « participation » par les représentants, même si elle est alors réduite au minimum.

Si le droit à l'information est facile à intégrer au droit de la commande publique, le principe de participation nécessitera plus de temps. Il reste que tous deux sont relativement faciles à appréhender, ce qui n'est pas le cas du principe de précaution qui pose encore de nombreuses questions.

4) Le principe de précaution

1025. Comme les autres principes, le principe de précaution trouve ses premières manifestations juridiques²²³ dans le droit international de l'environnement²²⁴,

²²¹ J.-C. HÉLIN, « Entre régulation sociale et régulation juridique : la « charte de la concertation », *Mélanges Dupuis*, 1997 p. 163

²²² On pense par exemple au *dialogue compétitif* mis en place dans les Code des marchés publics de 2004 ou à la procédure de passation des contrats de partenariat.

²²³ On lira avec intérêt l'article de G. DELANNOI, « Sagesse, prudence, précaution », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spécial p. 11, notamment à propos des rapports qui y sont faits entre le principe de précaution et la « prudence » (*phronésis*) aristotélicienne, point de jonction entre l'éthique et le politique.

très indirectement dans la Conférence de Stockholm et plus concrètement dans celle de Rio de juin 1992²²⁵. Il est depuis repris dans tous les traités à portée générale en cette matière²²⁶, mais il ne prend une valeur juridique contraignante – et sort de la *soft law* – que s'il est inscrit et précisé dans le dispositif des conventions en question²²⁷, son caractère de droit coutumier étant difficile à déterminer tant la consistance même de ce principe est incertaine²²⁸.

1026. En droit communautaire, il est expressément inscrit à l'article 174 2° (ex. 130 R 2°) du Traité CE. On peut aussi le rapprocher du 3° du même article qui impose pour l'élaboration de sa politique en matière d'environnement que la Communauté tienne compte des « *données scientifiques et techniques* » ; rapprochement d'autant plus nécessaire que le Traité ne définit pas le principe de précaution ce qui ne permet pas, sinon, d'en connaître les limites²²⁹. Le contenu actuel du principe de précaution a, de plus, été plusieurs fois précisé²³⁰, bien que certains auteurs trouvent qu'il pose encore des questions²³¹.

²²⁴ Cf. P. MARTIN-BIDOU, « Le principe de précaution en droit international de l'Environnement », *RGDIP*, 3/1999, pp. 631-666 qui fait un historique des sources de ce principe en droit international.

²²⁵ Principes 5 et 6 notamment.

²²⁶ A. KISS, « Trois années de droit international de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n° 2/1996 p. 83. On notera aussi le développement de ce principe dans le cadre de l'OMC cf. H. RUIZ-FABRI, « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spécial, p. 55. Ce principe n'est pas dans le texte du GATT de 1994 mais il a été invoqué devant l'organe de règlement des litiges à plusieurs reprises, notamment à l'occasion de l'affaire de la Viande aux hormones.

²²⁷ Cf. P. MARTIN-BIDOU, *Op. Cit.*

²²⁸ L. LUCCHINI, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », *AFDI*, 1999 p. 710

²²⁹ La thèse de A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution : essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris, L'Harmattan, coll. *Logique juridique*, 2002, 527 pp. sous la direction de J.-C. MASCIET (ou Thèse, Paris I, 2001) montre bien le lien entre la situation scientifique et le principe de précaution.

²³⁰ On ne peut pourtant pas dire qu'il est aujourd'hui d'une clarté incontestable. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les arrêts récents de la Cour de justice. Le point 56 de l'arrêt CJCE du 5 février 2004, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. C-24/00 est spécialement intéressant : « un État membre peut, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (référence à CJCE 5 mai 1998 *National's farmer's Union ea*, aff. C-157/96, rec. p. I-2211, point 63). Toutefois, l'évaluation du risque ne peut pas se fonder sur des considérations purement hypothétique (CJCE 9 septembre 2003, *Montesanto Agrocoltura Italia e.A.*, aff. C 236/01, point 106) [...] ». Par ailleurs la Cour de l'AELE a été tout aussi générale en estimant qu'il fallait une conciliation entre la libre circulation et le principe de précaution dans un arrêt du 4 avril 2001, *EFTA Surveillance Authority/Norway*, E-3/00, EFTA Court Report 2000-2001, p. 73 point 25. L'arrêt CJCE du 1^{er} avril 2004 *Bellio F.lli Srl c/ Prefettura di Treviso*, aff. C-286/02, point 58 prévoit aussi que la détermination du niveau de risque se fait sous le contrôle du juge, ce qui, on en conviendra, évite soigneusement une définition plus générale.

²³¹ A. ALEMANNI, « Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? », *Revue du droit de l'union européenne*, n° 4/2001, p. 917. L'auteur estime que ce principe est bénéfique entre les mains de l'ordre juridique communautaire mais que le fait de l'imposer aux États membres sera surtout l'occasion de justifier des mesures de protectionnisme.

1027. Le principe de précaution a été l'occasion, en France, de controverses doctrinales nombreuses²³² qui survivront vraisemblablement quelque temps à la Charte. Reconnu depuis 1995 dans la *loi Barnier* et aujourd'hui à l'article L. 110-1 II 1^o du Code de l'environnement²³³, il est défini comme le principe « *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ; ». La Charte reprend pour l'essentiel cette définition et reconnaît expressément le *principe* de précaution. Notons qu'elle n'emploie d'ailleurs le terme de « *principe* » que pour celui-là²³⁴.

Les risques qu'il y aurait à faire une interprétation trop large de ce principe sont nombreux, notamment parce qu'il pourrait être un frein à l'action et une cause de retard scientifique. C'est pour cette raison que le droit français met de nombreuses limites à son application : nécessité d'un dommage grave et irréversible attendu, les mesures provisoires et proportionnées, la procédure d'évaluation et, implicitement, la modification des mesures de « précaution » en cas d'avancée scientifique²³⁵. C'est pour cette dernière raison que l'on peut aussi voir dans l'article 9 de la Charte qui dispose « *La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement* » une limite au principe de précaution²³⁶.

²³² La Revue de Droit public (RDP) a même présenté un commentaire de ce principe sous la forme d'une controverse doctrinale fort intéressante entre M. GROS pour le réquisitoire et D. DEHARBE pour le plaider ; RDP 2002, n° 3 pp. 821-845. On ne saurait faire référence à l'ensemble des articles écrits ces dernières années sur ce sujet, de A. ROUYÈRE « L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État », RFD A, 2000, n° 2, pp. 266-287 et C. CANS, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », RFD A, 1999, n° 4, pp. 750-763 pour l'approche contentieuse de ce principe, à des considérations plus générales cf. J.-M. FAVRET, « Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel », Dalloz, 2001, n° 43 p. 43 et bien sur G. VINEY et KOURILSKY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, Paris, Odile Jacob ed. et *La Documentation Française*, 2000.

²³³ Ce n'est pas la seule fois que l'on peut rencontrer la précaution dans notre droit mais c'est l'article le plus clair quant à la qualification de principe et le plus général en matière d'environnement. Pour les autres textes, on peut penser à l'article L. 2212-2 du CGCT qui prévoit qu'au titre de ses pouvoirs de police, le maire prévient « par des précautions convenables » une série de risques, dont les « pollutions de toutes natures », les « maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties » et les risques naturels. Par ailleurs, on notera que S. RIALS fait de la « précaution utile » un des « standards » utilisés par le juge administratif dans le contrôle de l'utilité publique, cf. S. RIALS, *La juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ coll. bibliothèque de droit public, Tome 135, 1980, 564 pp. spé. p. 94.

²³⁴ Article 5 : « *Lorsque la réalisation du dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus.* »

²³⁵ Les différents éléments restrictifs de cette notion étaient déjà présents dans la *Déclaration des ministres des États membres de la Commission des Nations Unies pour l'Europe et de la Commission pour l'environnement de l'Union européenne*, de mai 1990, art 7, (1990) 20/3, *Environmental Policy and Law*, 100, reproduite en note 18 de l'article de P. MARTIN-BIDOU, « Le principe de précaution en droit international de l'Environnement » *Op. Cit.* note 224

²³⁶ C'est du moins ce à quoi nous invite le début de l'article 5 lorsqu'il précise « *en l'état des connaissances scientifiques* ».

1028. Le droit de la commande publique pourrait être influencé par ce principe qui deviendrait un « principe de l'achat précautionneux » en la matière. Les principales applications de ce principe concernent en effet les OGM, les risques de pollution ou les risques sanitaires. Or, une partie de ces activités passe par la passation de commandes publiques. Les marchés hospitaliers qui concernent l'entretien des mécanismes de chauffages ou d'eau chaude ne peuvent aujourd'hui pas être passés sans prendre en considération ce principe ; les risques de légionelloses faisant partie de ce risque de dommages irréversibles, la passation d'un marché doit prévoir les « mesures provisoires » de désinfection régulières. On remarquera que la référence au « *coût économiquement acceptable* » du Code de l'environnement n'est pas reprise dans la Charte. L'exemple en question montre une autre incertitude de la notion : les légionelloses constituent un risque récurrent et certains n'hésiteront pas à dire qu'il ne s'agit pas là de mesures de *précaution* mais de *prévention*, c'est-à-dire simplement de lutte contre un risque probable²³⁷. Le principe de précaution dépend donc doublement de la science : pour déterminer s'il s'agit de prévention ou de précaution et, en cas de précaution, pour déterminer quels types de mesures sont à prendre.

1029. Il est par conséquent bien légitime d'être plus réservé sur ce principe de précaution que sur les autres. La principale raison en est que le principe de précaution ne met pas en place une *dépendance à la science*, il met en place une *dépendance à l'incertitude* de la science. Une incertitude étant par définition imprécise, il semble difficile de fonder une décision administrative et son contrôle *a posteriori* sur un tel critère.

La constitutionnalisation de ce principe est par conséquent difficile à évaluer. Peut-être la précaution voudrait-elle qu'on ne le constitutionnalise pas ? Dans un sens, une reconnaissance pourrait conduire effectivement à des difficultés d'application nombreuses : on ne saurait pas si la prévention habituelle suffirait à respecter le principe ou s'il ne faudrait pas toujours prendre des mesures trop restrictives de « précaution ». Dans un autre sens, la constitutionnalisation conduira nécessairement, après une période d'incertitude juridique, à préciser la portée de ce principe et à en clarifier les conséquences. Le juge administratif²³⁸ tout autant que le Conseil constitutionnel auront en la matière un rôle important qui, il faut l'espérer, viendra rapidement.

²³⁷ La question du principe de précaution dans sa dimension d'encadrement des politiques publiques (cf. C. CANS, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *Op. Cit.* spé. p. 753) ne nous intéressera pas ici, seul le principe autonome dont on recherche une véritable portée juridique peut avoir un effet sur les procédures de passation de la commande publique. On verra que la précaution ou la prévention posent pour partie les mêmes problèmes au regard du droit de la commande publique.

²³⁸ Le juge administratif a déjà précisé partiellement ce principe en estimant par exemple que l'absence de preuve d'une absence de risque doit conduire à une application du principe de précaution. Il s'agit alors d'une interprétation très large du principe. Sur le plan contentieux, on notera que le Conseil d'État a eu recours à une longue analyse des avis des experts et qu'il exerce sur l'application du principe de précaution, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Cf. CE 24 février 1999, *Sté Pro-Nat*, req. 192465, non publiée au Lebon. A. ROUYÈRE *in* L'exigence de précaution saisie par le juge... », *RFDA*, 2000, *Op. Cit.* note 232, spé. p. 275 note pour sa part une « *sanction juridictionnelle tissée de paradoxes* », notamment du fait que cette norme est « *rétive au mécanisme de responsabilité.* »

Les principes de développement durable, de contribution à la réparation des dommages ou pollueur-payeur, de participation ou le droit à l'information ainsi que le principe de précaution lorsque ses tenants et aboutissants seront mieux connus semblent non seulement applicables au droit de la commande publique, mais en plus avec une forme d'intégration particulière qui donne à ces principes un rôle que l'on ne saurait désormais négliger. Il reste que l'intégration de ces principes dans les procédures n'est pas sans poser de nombreux problèmes que l'on doit évoquer.

§ 2^e : Les principes de protection de l'environnement et les procédures de la commande publique

1030. L'effectivité des principes issus du droit de l'environnement en droit de la commande publique dépend principalement de la manière dont ils seront – ou sont déjà – mis en œuvre dans ce droit. Le caractère récent des principes environnementaux et la rapidité avec laquelle ils se développent ont conduit le droit de la commande publique à des adaptations ; pour une fois heureusement aidé en cela par ses propres mutations. La prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics passe principalement par leur intégration comme critères de passation, mais ne se limite pas à cela (B). Si l'on prend aussi ces principes comme une obligation d'action de l'administration – quand bien même la responsabilité qu'elle encourt alors est difficile à déterminer – les marchés et autres contrats de la commande publique sont aussi un moyen de répondre aux exigences de ces principes (A).

A) La protection de l'environnement par les contrats de la commande publique

1031. Les principes issus du droit de l'environnement peuvent être considérés pour certains d'entre eux comme des principes d'action à destination de l'administration. Ces principes impliquent même dans de nombreuses hypothèses la passation de contrats de la commande publique afin d'être appliqués.

Le principe de précaution par exemple nécessite de connaître l'état de l'avancée scientifique sur un point avant, éventuellement, de prendre des mesures administratives. La collectivité publique voulant prendre une mesure dans ce sens ne pourrait par conséquent la motiver que si elle passe un marché de prestation intellectuelle lui permettant de connaître l'avis d'experts en la matière. Plus encore, on peut presque dire que la passation du marché dans ce cas est une quasi-condition de la légalité de l'acte – le plus souvent unilatéral, de police – de prévention. En effet, cette étude est la condition de la bonne motivation de l'acte unilatéral. Certes, le juge administratif a, en la matière, pleinement usé du caractère inquisitoire de la procédure et a recherché lui-même l'état des

connaissances scientifiques²³⁹. On pourrait cependant envisager qu'il oblige l'administrateur à un minimum d'études en renforçant son contrôle de la motivation de l'acte. Cette obligation est d'ailleurs le moyen retenu dans l'arrêt *EVN AG* de la Cour de Justice²⁴⁰ dans lequel les juges estiment qu'une méconnaissance technique des critères environnementaux utilisés comme critère de passation constitue une atteinte au principe d'égalité²⁴¹.

1032. Les marchés d'études peuvent dans le même sens être utilisés à l'occasion de l'estimation d'une atteinte à l'environnement pour estimer l'étendue et le prix des réparations à envisager. Reste, comme c'est le cas pour l'hypothèse envisagée précédemment, que les opérateurs capables d'études environnementales, de certifications diverses ou de contrôles d'une exécution conforme aux prescriptions environnementales ne sont pas nombreux aujourd'hui.

1033. Des marchés ou des concessions de travaux peuvent aussi être envisagés pour l'application du principe de « contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement », rien n'imposant que cette contribution se fasse en argent²⁴². Les hypothèses de concessions ne sont pas faciles à trouver, mais on peut envisager la réfection d'un site industriel et sa transformation en un centre d'attraction ou en musée dont on pourrait déléguer l'exploitation afin de permettre la rémunération du cocontractant en plus de subventions d'investissement²⁴³. La encore, un contrat de la commande publique serait la réponse à une obligation issue de principes environnementaux.

1034. Il serait possible d'envisager bien d'autres hypothèses dans lesquelles les principes du droit de l'environnement imposent la passation d'un contrat de la commande publique ; mais pour nombre d'entre eux, on peut se demander si la finalité recherchée pourrait être atteinte. En effet, l'objectif de protection de l'environnement, bien que central dans le choix de passer un contrat, n'a pendant longtemps pas pu être utilisé comme critère du choix du cocontractant et il ne le peut encore aujourd'hui que difficilement. C'est la question de la protection de l'environnement dans les contrats de la commande publique.

B) La protection de l'environnement dans les contrats de la commande publique

1035. La prise en compte des principes environnementaux dans les contrats de la commande publique a subi une extension récente, parallèle à la place qu'ont prise ces

²³⁹ Cf. par exemple CE 24 février 1999, *Sté Pro-Nat*, req. 192465, non publiée au Lebon, précité.

²⁴⁰ CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG*, Aff. C-448/01 ; *JCP A*, n° 11-12, 8-15 mars 2004, n° 1183, note. F. LINDITCH

²⁴¹ Le point 51 de l'arrêt est particulièrement clair à ce sujet.

²⁴² Pas plus que le principe du pollueur-payeur dont c'est l'autre nom n'impose que le payeur paye en argent.

²⁴³ Il faudrait bien entendu que cette ouverture au public ne fasse pas courir des risques aux usagers, faute de quoi la personne publique manquerait au principe de précaution.

principes dans le droit en général. Leur intégration dans les principes de la commande publique tient aux spécificités de la matière et aux formes particulières qu'ils prennent du fait d'une philosophie partiellement contraire aux autres principes – libéraux – qui prévalent par ailleurs dans cette matière. Bien qu'ayant eu des difficultés à être appréhendés par le droit de la commande publique²⁴⁴, ils le sont aujourd'hui presque à toutes les étapes de la vie de ces contrats : d'abord bien entendu lors de la passation où ils prennent des formes diverses (1), mais aussi de manière plus réduite dans la vie même des contrats (2).

1) Les effets des principes environnementaux dans la passation des contrats

1036. Les principes libéraux qui ont guidé la construction du droit de la commande publique²⁴⁵ ont fixé un certain nombre de critères auxquels les commanditaires doivent faire référence afin d'effectuer le choix de leur cocontractant. Après le seul prix sous l'empire de l'adjudication, ce sont les conditions du « meilleur choix » qui ont été fixées. Ce que l'on a appelé les « critères d'attribution » des marchés ne comprenaient pas alors les considérations environnementales. La philosophie différente des préoccupations de l'environnement par rapport aux principes libéraux a ensuite, en droit communautaire comme en droit interne, conduit à ne pas envisager une évolution de ces principes vers une prise en compte de l'environnement, de peur que la conciliation entre les deux ne mette trop à mal les principes libéraux²⁴⁶. Le développement des principes environnementaux que nous avons vu a pourtant contraint la Commission à envisager les différentes possibilités qui s'offraient à elle de permettre la référence environnementale dans le choix du cocontractant sans pour autant remettre en cause les critères d'attribution. C'est ce qu'elle a fait avec 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* du 5 juillet 2001²⁴⁷. C'est ainsi que l'on a cherché à renforcer ces considérations dans le choix de la procédure (a) et dans la sélection qualitative des candidats (b). Puis est venu – très récemment – le moment où l'importance des principes environnementaux a conduit à revenir même sur les critères d'attribution (c).

²⁴⁴ Cette difficulté d'appréhension était, pour une part, due à la tendance des personnes publiques et des personnalités politiques à leurs têtes, à vouloir utiliser l'argent dépensé dans le cadre des marchés publics comme un levier de politiques extérieures aux seules considérations de « bon achat ». C'est d'ailleurs ce qui a fait longtemps le régime des critères sociaux et des critères environnementaux.

²⁴⁵ On a vu que les principes libéraux (cf 2^e partie, Titre 2^e, chapitre 1^{er}) n'avaient pas été officiellement considérés comme les fondements officiels de marchés publics ou des concessions à leur création, mais que, rétrospectivement, on peut dire qu'ils guidaient déjà l'évolution du droit des marchés publics.

²⁴⁶ Cette position est aussi celle de F. LINDITCH dans son commentaire de l'arrêt CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG*, Aff. C-448/01 ; JCP A, n° 11-12, 8-15 mars 2004, n° 1183. L'auteur, sans utiliser directement de référence aux « principes » libéraux et environnementaux estime fort justement que : « les directives marchés autorisent le pouvoir adjudicateur à poursuivre un but d'intérêt général et qu'en cela elles rompent avec la tradition purement économique du droit français des marchés publics ».

²⁴⁷ *Communication interprétatives de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 5 juillet 2001, COM (2001) 274 final, JOCE 28 novembre 2001, C 333, p. 12 et s.

a) Dans le choix de la procédure

1037. La prise en compte des principes environnementaux peut se faire en premier lieu dans le choix de la procédure de passation choisie. La liberté des commanditaires se situe en la matière à deux niveaux : d'abord dans le choix entre un contrat de *marché* ou de *délégation* au sens large du terme. Ce choix-là ne dépend pas à proprement parler de considérations environnementales. Ensuite, le choix réside, pour ce qui concerne des marchés, dans les différentes procédures ouvertes ou restreintes et surtout négociées ou non.

C'est cette dernière hypothèse qui a donné lieu récemment à une évolution dans le sens de la prise en compte des considérations environnementales de la part de la Cour de Justice. Dans un arrêt *Commission c/République fédérale d'Allemagne* du 10 avril 2003²⁴⁸, la Cour a développé un raisonnement en deux temps qui permet de dire que les considérations environnementales peuvent, à elles seules, justifier le recours à une procédure de passation sans mise en concurrence²⁴⁹.

La commission voulait que la Cour constatât le manquement de deux communes allemandes aux procédures de passation issues de l'ancienne directive 92/50 « services », en ce qu'elles avaient passé un marché d'élimination des déchets avec une entreprise locale en ayant recours à une procédure négociée sans publication d'un avis préalable de marché, ni mise en concurrence. L'Allemagne se défendait en estimant qu'elle répondait ce faisant au « *principe de correction, par priorité à la source* » des atteintes à l'environnement²⁵⁰ ; et que le choix de cette procédure était justifié par l'article 11 § 3 de la directive qui la rendait possible notamment « *pour les services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité ne peut être confié qu'à un prestataire déterminé* »²⁵¹. La Cour avait donc, dans un premier temps, à répondre à la question de savoir si les considérations environnementales faisaient partie de ces « raisons techniques » qui ouvraient droit à la procédure choisie. Elle avait déjà répondu en d'autres occasions que les « raisons techniques » devaient s'interpréter strictement²⁵², mais elle a néanmoins estimé : « *il n'apparaît pas exclu qu'une raison technique tenant à la protection de*

²⁴⁸ CJCE 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. Jointes C-20/01 et C-28/01, W. ZIMMER, « L'incidence des considérations environnementales sur le droit des marchés publics. À propos de l'arrêt CJCE 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne* », *Contrats et marchés publics*, juillet 2003 p. 4 chr. n° 16

²⁴⁹ Bien entendu, cette jurisprudence ne vaut que pour les marchés publics au sens strict ou au sens communautaire, et surtout aux seuls marchés soumis normalement à une procédure d'appel d'offre sauf exceptions. Les contrats de la commande publique qui peuvent librement choisir la procédure à laquelle ils entendent se soumettre peuvent évidemment le faire sur le fondement de critères environnementaux, sauf à eux à ne pas respecter ce faisant les autres principes – libéraux – de la commande publique.

²⁵⁰ Cf. *supra* § 1^{er}, B) 2)

²⁵¹ Il s'agit du point 61 de l'arrêt.

²⁵² On ne citera pour mémoire au sein d'une jurisprudence abondante que l'arrêt CJCE 10 mars 1987 *Commission c/ Italie*, Aff. C-199/85, rec. p. I-1039, spé. point 14

l'environnement puisse être prise en considération pour apprécier si le marché en question ne peut être confié qu'à un prestataire déterminé ».

1038. Si au fond, le deuxième temps du raisonnement de la Cour n'a pas donné raison à l'Allemagne – parce que cette considération technique ne justifiait pas en l'espèce le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence²⁵³ –, il n'en reste pas moins que les considérations environnementales peuvent clairement être prises en compte pour avoir recours à une procédure négociée. Il est bien entendu que cette jurisprudence prise à l'occasion des anciennes directives s'applique parfaitement aux dispositions similaires que l'on peut aujourd'hui trouver notamment à l'article 31 1^o b) de la directive 2004/18. Cette jurisprudence intéresse aussi notre droit des marchés qui connaît une disposition similaire à l'article 35 II 4^o commun aux Codes de 2001 et de 2004²⁵⁴. Cet arrêt justifie par ailleurs aussi une disposition introduite dans le Code de 2004 à l'article 35 II 1^o *in fine* qui permet aussi des marchés négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence pour : « *les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle* », ce qui peut aussi correspondre à des considérations environnementales.

Le choix de la procédure n'est pas le seul cas dans lequel peuvent être prises en compte des considérations environnementales avant même les critères d'attribution, il est aussi possible de les évoquer lors de la sélection qualitative des candidats²⁵⁵.

b) Dans la sélection qualitative des candidats

1039. On regroupera sous cette qualification de « sélection qualitative » trois types de contraintes pesant sur les opérateurs et permettant aux commanditaires de les écarter de la procédure d'attribution du contrat : d'une part les motifs d'exclusion des candidats pour des raisons de moralité, d'autre part les cas d'exclusion pour non-respect des garanties économiques, financières ou techniques au bénéfice des commanditaires, et enfin l'utilisation de normes et autres spécifications techniques²⁵⁶.

Parmi les garanties de moralité que les commanditaires sont en droit de demander aux candidats ou soumissionnaires, il en est une qui exige que les futurs cocontractants de l'administration n'aient pas été condamnés pour « *un délit affectant sa moralité professionnelle* » précise l'article 45 2) c) de la directive 2004/18 « secteurs

²⁵³ En substance, la Cour a estimé que pour un contrat de trente ans comme celui qui avait été conclu, le pouvoir adjudicataire aurait pu trouver par un appel à concurrence d'autres opérateurs économiques prêts à intervenir à proximité des villes en question et, par conséquent, à respecter le « principe de correction, par priorité à la source » des atteintes à l'environnement.

²⁵⁴ Article 35 II « 4^o *Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.* »

²⁵⁵ C'est ainsi que les directives communautaires regroupent les contraintes pesant sur les opérateurs économiques que nous allons analyser. Le terme est repris par W. ZIMMER, *Op. Cit.*

²⁵⁶ Ces différents motifs d'exclusion étaient déjà présents dans la *Communication interprétative de la Commission* du 5 juillet 2001, précitée note 247

classiques »²⁵⁷. L'interprétation qu'en fait le 43^e considérant de la même directive²⁵⁸ ne fait pas de doute quant à la qualification de délit affectant la moralité professionnelle des condamnations pénales prévues pour les atteintes à l'environnement par le Code de l'environnement mais aussi – malheureusement – bien d'autres textes²⁵⁹.

Les nombreuses garanties économiques financières ou techniques permettent parfois, elles aussi, de refuser la participation à un marché public à une entreprise sur le fondement du respect de l'environnement. Il en est notamment ainsi pour ce qui est des garanties de capacité, le commanditaire est en droit de demander une expérience en matière de gestion de projets dans lesquels les soucis environnementaux étaient présents²⁶⁰ ou, comme le précise de façon nouvelle le Code des marchés publics de 2004 un « *savoir faire [...] en matière de protection de l'environnement* »²⁶¹.

1040. La normalisation est enfin une autre façon de prendre en compte l'environnement dans le choix du cocontractant autrement que par des critères de choix. Les premières normes environnementales²⁶² utilisables concernent les entreprises elles-mêmes : il s'agit des normes de « management environnemental » comme la norme ISO 14 001 ou les normes européennes EMAS²⁶³ qui justifie de la part des entreprises de modes de production respectueuses de l'environnement, notamment par un respect de toutes les réglementations applicables et la recherche de performances environnementales. L'importance de ces normes et leur facilité d'utilisation ont conduit le droit communautaire à inscrire expressément cette possibilité à l'article 50 de la directive 2004/18²⁶⁴. Les autres normes sont à destination de produits ou services fournis par les cocontractants. Elles permettent de refuser la participation au marché d'entreprises

²⁵⁷ Article 45 de la directive 2004/18 « 2. *Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique: [...] c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ;* »

²⁵⁸ Considérant 43 de la directive 2004/18 « *Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.* »

²⁵⁹ Sur ce point, la multiplicité des sources du droit pénal de l'environnement dans les Codes de l'environnement, de la Santé publique ou rural, ainsi que les incriminations et peines, cf. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, 2002, PUF coll. *Thémis*, 475 pp., spé p. 445 et s.

²⁶⁰ Cf. art. 48 de la directive 2004/18. On peut parfois lire à propos de ces marchés le nom de marchés « éco-responsables ».

²⁶¹ Le Code de 2004 précise à son article 45 1^o 1^{er} paragraphe *in fine* que « *Au titre de ces capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement.* » La combinaison de ce texte avec le paragraphe qui lui suit permet de dire que ces capacités environnementales peuvent être aussi requises de la part d'un ou plusieurs sous-traitants, mais l'art. 52 dernier alinéa du même Code oblige à regarder l'offre globalement et interdirait que la compétence environnementale soit exigée de tous les sous-traitants.

²⁶² Pour une étude sur l'ensemble de ces normes, cf. E. GUEGUEN, *Les normes et l'environnement*, Thèse dactylographiée, Nantes, 1995, citée par R. ROMI, *Op. Cit.* p. 446

²⁶³ EMAS, système communautaire de management environnemental et d'audit, issu du règlement CEE n° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993, remplacé par le règlement 761/2001 du Parlement et du Conseil.

²⁶⁴ L'article 50 est intitulé « normes de gestion environnementales », il oblige au respect des normes européennes ou aux normes nationales en accord avec les normes européennes.

n'utilisant pas des biens conformes à des normes ou labels environnementaux, ces critères étant inclus dans l'idée d'achat de qualité²⁶⁵. Le droit interne comme le droit communautaire insistent bien entendu sur le fait que l'utilisation de normes ne doit pas être un moyen de réduire indûment la concurrence²⁶⁶.

Ces possibilités de prendre en compte l'environnement dans le cadre des marchés publics et de faire valoir les principes du droit de l'environnement dans le cadre des procédures de passation ressemblent pourtant fortement à une série de palliatifs, même s'il ne faut pas en négliger la portée. La véritable conciliation entre les principes environnementaux et les autres principes de la commande publique se réalise depuis que les premiers peuvent être pris en compte dans les critères de sélection des offres.

c) Dans les critères de sélection des offres

1041. C'est sur cette question que la doctrine et le droit ont en quelques années fait le plus progresser la prise en compte des principes environnementaux dans le droit de la commande publique. Si la question n'a pas soulevé de difficultés contentieuses pour les contrats dans lesquels la mise en concurrence n'est pas formalisée, tel n'a pas été le cas pour les marchés publics au sens communautaire ou du Code français. On a en effet assisté à un « dialogue » entre les droits interne et communautaire qui a abouti, aujourd'hui, à reconnaître la possibilité de fonder le choix d'un cocontractant sur des critères partiellement environnementaux (α). Cette reconnaissance a toutefois un impact limité par les principes « libéraux » de la commande publique qu'il faut concilier avec les principes « environnementaux » pour connaître la place exacte que l'on peut donner aux critères fondés sur la protection de l'environnement (β).

a) La question de la prise en compte de critères environnementaux dans les marchés publics

1042. La question de la prise en compte de critères environnementaux dans les marchés publics dépend principalement de la notion de « l'offre économiquement la plus avantageuse »²⁶⁷. C'est en effet elle qui guide – notamment à l'article 53 du Code des

²⁶⁵ Art. 49 de la directive 2004/18. L'article 53 IV 1^o du Code des marchés publics de 2004 insiste sur l'interdiction de refuser un marché tant qu'il fait référence « *A des normes nationales en vigueur dans un autre État membre de l'Union européenne transposant les normes européennes ou à des labels écologiques nationaux ou internationaux ou leurs équivalents ;* »

²⁶⁶ Art. 6 du Code des marchés publics *in fine* (disposition commune aux Codes de 2001 et 2004.)

²⁶⁷ On retrouve cette expression à plusieurs reprises dans le Code des marchés publics. D'abord à l'article 1^{er} où elle est présentée comme une des méthodes du respect des principes (*cf.* sur ce point *infra* section 1^e § 2^e, 2). Ensuite à l'article 33 où elle est l'un des éléments de la définition de la procédure de l'appel d'offre : « *L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.* ». Enfin, dans la description de cette procédure d'appel d'offre on la retrouve à l'article 53 (qui en fixe

marchés publics – les différents critères pouvant être pris en compte par les adjudicataires pour effectuer leur choix d'un cocontractant. On le sait, afin de déterminer cette « offre économiquement la plus avantageuse », la personne publique peut fixer un certain nombre de critères : prix, coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution, qualités esthétiques et fonctionnelles, rentabilité, assistance technique ou délai de livraison. Cette liste était celle retenue dans les Codes de 1964 et 2001 et c'est la question de son exhaustivité qui est en question : on se demandait si des « critères additionnels » – notamment environnementaux – pouvaient être pris en compte.

1043. La première réponse des juges nationaux fut négative. À l'occasion de la contestation d'une circulaire ministérielle qui prévoyait expressément cette possibilité, le Conseil d'État²⁶⁸ estima que cette circulaire n'avait pas de caractère réglementaire et que les « critères additionnels » n'étaient que des « déclaration [s] d'intention » et qui ne pouvaient pas « constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires [...] ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires ». Le Conseil d'État fait alors une interprétation particulièrement restrictive des dispositions du Code des marchés publics de 1964²⁶⁹ qui permettaient ces « critères additionnels » sous la seule réserve que ceux-ci soient « justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » ; condition que le Conseil n'apprécie même pas en l'espèce²⁷⁰.

C'est pourtant sur ce point et sous l'impulsion du droit communautaire que se fit la première évolution²⁷¹. Les directives « marchés publics » de 1992 et 1993 tout d'abord précisent que les critères qu'elles donnent ne sont que des *exemples*²⁷², ce qui implique nécessairement que la liste qui suit n'est pas exhaustive et que les critères additionnels sont possibles. Ensuite, la Cour de justice a bien interprété dans ce sens les textes dans les arrêts

les éléments) et aux article 59 (ex 60 du code de 2001) et 64 (ex- 65 du code de 2001) pour rappeler que c'est sur ce fondement que les PRM ou les commissions d'appel d'offre doivent faire leurs choix.

²⁶⁸ CE 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics, Fédération nationale du bâtiment*, req. 159979, rec. p. 164 concernant la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993 relative à la prise en compte des critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics., *AJDA*, 1997, pp. 196-202, note S. MALJEAN-DUBOIS ; *RFDA*, 1997, n° 1 pp. 73-78, concl. S. FRATACCI, *CJEG* 1996 pp. 427-432 concl. S. FRATACCI.

²⁶⁹ Applicable en l'espèce

²⁷⁰ On retrouve notamment aux articles 95, 97 et 97 ter la même formule « La personne responsable du marché peut décider que d'autres critères entrent en ligne de compte ; dans ce cas, ils doivent avoir été spécifiés dans le règlement de la consultation. Sont toutefois prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. »

²⁷¹ On trouvera une analyse similaire sur cette seconde phase dans l'article de TH. GLOZZIO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offre », *AJDA*, 2002, n° 24, pp. 1471-1477, spé. p. 1474

²⁷² Et plus précisément les article 36 1° a) de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; article 26 1° b) de la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ; et article 30 1° b) de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux qui disposent tout trois en des termes identiques : « lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question : **par exemple**, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix ; »

Beentjes du 20 septembre 1988 et *SLAC Construction* du 18 octobre 2001²⁷³. Le point 19 de cet arrêt pose pourtant une limite importante : il estime que ces critères additionnels doivent être analysés comme répondant, en plus, à l'idée de l'offre économiquement la plus avantageuse²⁷⁴. Cela constitue bien une acceptation des critères environnementaux mais pas s'ils sont « seulement » environnementaux, il faut qu'ils soient aussi économiquement intéressants. Ainsi, le critère imposant, par exemple, la fourniture de papiers recyclés était autorisé puisqu'il poursuivait le double objectif d'être à la fois environnemental et économiquement intéressant. De la même manière, le recours à un critère imposant des pièces bien éclairées par la lumière du jour ou l'utilisation de lampe basse consommation était lui aussi autorisé puisqu'il permettait à la fois un respect de l'environnement et une économie d'électricité. Si le critère environnemental est alors un simple « complément » et doit avant tout être un critère économique, il peut permettre malgré tout d'être un élément officiel du choix du cocontractant, ce qui n'était pas le cas auparavant.

1044. L'évolution ne s'est pas arrêtée là. Une étape supplémentaire a en effet été franchie grâce à la Cour de justice et son arrêt *Concordia Bus Finland* du 17 septembre 2002²⁷⁵. La Cour y reconnaît pour la première fois la possibilité d'utiliser des critères environnementaux qui ne soient pas, en même temps, des critères économiques²⁷⁶. Ainsi, en l'espèce, le critère qui conduisait à vouloir des bus peu polluants a pu, à bon droit, permettre le choix d'un candidat plutôt qu'un autre, bien que cet autre fût le moins cher et que, par conséquent, son offre était « économiquement » la plus avantageuse. Il s'agit donc bien de la reconnaissance officielle que « l'offre économiquement la plus avantageuse » ne veut pas dire ce qu'elle semble dire : le critère économique n'est ni le seul à prendre en compte ni même le plus important – d'ailleurs, comme le note la Cour, le critère esthétique est depuis l'origine inclus dans ces critères économiques, ce qui était déjà une incongruité dans le cadre de l'interprétation précédente. À cet égard, on peut regretter que les textes postérieurs, les directives comme le Code de 2004, n'aient pas modifié l'expression de « l'offre économiquement la plus avantageuse » en « l'offre la plus avantageuse ». On peut

²⁷³ La directive visée dans l'arrêt CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, rec. p. 4635 est la directive « travaux » de 1971 dont la directive 93/37 n'est qu'une codification. Le fait que la liste des critères posés par la directive soit limitative peut être tiré du point 27 de façon implicite, l'arrêt CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction*, C-19/00, rec. p. I-7725, point 35 est parfaitement explicite sur ce point.

²⁷⁴ Point 19 : *si la deuxième alternative laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, ce n'est qu'à titre d'exception que le paragraphe 4 du même article admet que l'attribution puisse être fondée sur des critères d'une nature différente ».*

²⁷⁵ CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsinki Kaupunki et HKL-Bussiliikenne*, Aff. C-513/99 ; *JCP A*, 2002, n° 2, 1043, note B. GENESTE ; *Contrats et marchés publics*, nov. 2002, [comm. 255](#) note F. LLORENS ; *LPA*, 23 décembre 2002, p. 4 et s, note S. PIGNON.

²⁷⁶ Point 55 : « *ledit article 36, paragraphe 1, sous a), ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique. En effet, il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur. Cette constatation est également corroborée par le libellé même de cette disposition, qui fait expressément allusion au critère relatif au caractère esthétique d'une offre.* » Le juge se fonde par ailleurs sur l'article 6 du traité CE et son obligation d'intégrer dans les autres politiques les considérations environnementales.

trouver deux raisons à cela : la première est psychologique et permet d'insister, notamment auprès des acheteurs publics, sur le fait que c'est le critère économique qui doit continuer à être le plus utilisé. La seconde est plus politique et consiste à insister sur le fait que tous les critères alternatifs ne sont pas utilisables²⁷⁷. Les auteurs des textes donnent ainsi des moyens aux juridictions pour ne pas voir se multiplier les critères fondés sur des considérations – plus ou moins valables – autres qu'économiques, alors que l'objectif d'un achat moins cher doit rester central, même s'il n'est plus ni unique, ni obligatoirement premier.

1045. La situation des critères environnementaux a aujourd'hui été officialisée par les textes. Dans le Code des marchés publics, il a été ajouté à l'article 53 II 1^{er} alinéa la possibilité de prendre en compte comme critère les « *performances en matière de protection de l'environnement* ». Les directives communautaires de 2004 ne sont pas en reste puisque l'article 53 1 a) de la directive 2004/18 et 55 1 a) de la directive 2004/17 permettent de prendre en compte comme critère « *les caractéristiques environnementales* » d'un marché.

1046. Il nous semble voir dans cette évolution la meilleure trace de l'influence grandissante des principes de l'environnement et leur entrée officielle dans le droit des marchés publics. On peut notamment apporter dans ce sens un argument *a contrario* en insistant sur le fait que les critères sociaux²⁷⁸ qui avaient jusque-là suivi le régime des critères environnementaux n'ont pour leur part pas été introduits dans les textes internes et communautaires.

Aujourd'hui acquise, cette reconnaissance des critères environnementaux n'est pas sans poser des problèmes de conciliation avec les principes libéraux traditionnels.

β) Critères de sélection et conciliation des principes environnementaux et libéraux

1047. La reconnaissance des principes environnementaux comme des principes de la commande publique à part entière ne doit pas éclipser l'importance des autres – notamment des deux principes fondateurs²⁷⁹. Si jusque-là c'est le principe d'égalité d'accès qui était le plus souvent invoqué contre les « critères additionnels », c'est peut-être ceux de la liberté d'accès ou de la libre concurrence qui le seront dans l'avenir.

²⁷⁷ La Cour insiste d'ailleurs sur le fait que le critère environnemental doit être lié à l'objet du marché (Point 59 de l'arrêt). Cela ne signifie pas que l'objet du marché doit être la protection de l'environnement pour que les critères environnementaux puissent être pris en compte – faute de quoi les réflexions sur les critères additionnels seraient bien réduite – mais que les objectifs de protection de l'environnement correspondent à des atteintes à l'environnement qui pourraient être les conséquences du marché. Il en est ainsi, comme dans l'arrêt *Concordia Bus* (précité note 275) pour les émissions de gaz d'échappement d'un marché de transport urbain. Il en serait différemment de l'obligation de remettre en l'état le site d'une décharge à l'occasion de la construction d'un Lycée proche.

²⁷⁸ Cf. L. RICHER, « Critère additionnel social, critère de choix des offres ou condition d'exécution », *ACCP*, 2001, n° 5 p. 30 qui part de l'arrêt CE 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, req. n° 229666, rec. p. 391

²⁷⁹ Cf. *infra*, 1^{er} chapitre du 2^e titre de cette partie

1048. Le droit interne comme le droit communautaire ont le plus souvent invoqué le principe d'égalité contre les critères additionnels²⁸⁰. C'est notamment le cas du Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 décembre 2001 à propos de la loi MURCEF²⁸¹. Une disposition du texte voté par les deux assemblées prévoyait de réserver aux structures associatives ou coopératives un quart des lots des marchés par lots, si bien entendu les lots en question pouvaient être effectués par de tels opérateurs économiques²⁸². Le Conseil a sanctionné cet article 12 en considérant qu'il portait « *au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale* ». Sur le plan de la technique contentieuse, il fait donc bien une conciliation²⁸³ entre le principe constitutionnel d'égalité et un principe qu'il qualifie de « *d'objectif d'intérêt général* ».

Il s'agit là de la première raison qui conduit à penser que le principe ne va plus être le principal à s'opposer aux principes de l'environnement : la reconnaissance de ces derniers au niveau constitutionnel va en quelque sorte justifier la différence de situation dans laquelle vont être placés les opérateurs qui satisfont le mieux à la protection de l'environnement ; ce qui conduit à justifier l'atteinte à l'égalité puisqu'il n'y a plus à avoir d'égalité dans des situations différentes. La seconde raison au moindre recours au principe d'égalité est que la plupart des décisions qui l'invoquent sont en matière de critères additionnels « sociaux » et non « environnementaux »²⁸⁴, même s'il faut effectivement souligner que c'est bien de critères de protection de l'environnement dont il était question dans l'arrêt *Concordia Bus*²⁸⁵.

1049. Le principe de liberté d'accès paraît pourtant en la matière plus à même de contrecarrer les effets indésirables des principes environnementaux. Le recours aux critères environnementaux peut conduire – c'est la plus grande crainte à leurs sujets – à limiter le nombre d'acteurs économiques susceptibles de se porter candidats avec des chances de succès ; voire de choisir par ce biais un opérateur déterminé. La question est donc bien d'empêcher que ces critères limitent l'accès aux marchés et par conséquent leurs

²⁸⁰ La première partie de l'article de T. GLIOZZO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA*, 2002, n°24, pp. 1471-1477

²⁸¹ CC n° 2001-452 DC, du 6 décembre 2001, *loi portant mesures urgentes à caractère économique et financier*.

²⁸² Les associations ou entreprises coopératives ont souvent des activités peu qualifiées, il fallait envisager le cas dans lesquels des marchés par lots n'auraient pas pu trouver d'associations ou de coopératives pour effectuer des activités complexes.

²⁸³ Au 6^e considérant de cette décision, le Conseil dit expressément : « *Considérant que le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales* »

²⁸⁴ Il en est notamment ainsi dans les arrêts CE 13 mai 1987 *Société Wanner Isofi Isolation*, rec. p. 171 qui précise que « *quel que soit l'intérêt général qui s'y attache, la répartition équilibrée des amrchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du Code des marchés publics visent à atteindre* » ; CE 29 juillet 1994 *Commune de Ventenac-en-Minervois*, req. 131562, rec. T. p. 767 qui estime que la volonté de préserver l'emploi local est « *sans rapport avec la réglementation des marchés* » ; mais aussi pour le droit communautaire de l'arrêt CJCE 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes c/ Pays Bas*, aff. 31/87, précité notamment.

²⁸⁵ Précité note 275, Point 61 : « *Enfin, de tels critères doivent respecter 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 (voir, en ce sens, arrêts précités Beentjes, point 29, et Commission/France, point 50)* »

libertés. Bien entendu, cela ne retire pas au principe d'égalité sa place, et notamment les obligations qui en découlent quant à la nécessité de publier par avance les critères utilisés ou d'utiliser des critères suffisamment précis pour permettre la comparaison des offres²⁸⁶.

La conciliation avec le principe d'efficacité économique est en revanche inutile dans la mesure où la prise en compte de critères environnementaux va exactement dans le sens de cette efficacité : ils permettent un « meilleur choix possible » en fonction d'un maximum de critères, au-delà du simple mieux-disant qui reste une approche exclusivement économique du « mieux ».

La phase de passation des contrats de la commande publique n'est pas la seule durant laquelle il est possible de prendre en compte les principes issus du droit de l'environnement, c'est aussi le cas en aval dans le cadre de l'exécution de ces contrats. On peut pourtant être circonspect sur les conséquences de cette distinction.

2) Les effets des principes environnementaux dans l'exécution des contrats

1050. Il n'est pas difficile d'envisager des hypothèses dans lesquelles les principes environnementaux seraient susceptibles d'avoir des implications durant l'exécution d'un contrat de la commande publique. Le principe de précaution, par exemple, pourrait trouver à s'appliquer à l'occasion de la gestion d'un risque pour la sécurité des personnes, que cela soit dans l'exécution d'un marché public de travaux ou encore dans le cadre de la gestion d'un risque sanitaire par un délégataire gérant le service public de la distribution d'eau potable ou une cantine scolaire. Le droit à l'information pourrait tout autant s'appliquer à ce genre d'hypothèses. Le principe du pollueur payeur pourrait enfin être invoqué, non seulement dans le cadre d'une délégation de service public de gestion de déchets industriels mais aussi dans celui d'un marché de fourniture d'essence.

1051. Depuis 2001, l'article 14 du Code des marchés publics prévoit 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.* » Jusqu'à récemment, les conséquences de cette disposition apparaissaient comme bien difficiles à cerner : il n'était pas possible officiellement de prendre en compte des critères environnementaux durant la passation, mais l'exécution du contrat pouvait en contenir. Comme le souligne le professeur L. RICHER²⁸⁷, cela laisserait entendre que « *les candidats doivent accepter de prendre des engagements sur ce point mais que la qualité*

²⁸⁶ Ces deux points sont d'ailleurs mis en avant par le gouvernement du Royaume-Uni au point 51 et repris au point 62 de l'arrêt *Concordia Bus* précité.

²⁸⁷ Cf. L. RICHER, « Critère additionnel social, critère de choix des offres ou condition d'exécution », *ACCP*, 2001, n° 5 p. 30

et le sérieux de ceux-ci ne peuvent pas être pris en compte »²⁸⁸. La situation actuelle est plus cohérente puisque le choix qui s'effectue sur le fondement de critères environnementaux – que l'on ne peut plus appeler « additionnels »²⁸⁹ – peut se traduire par des obligations environnementales dans les clauses d'exécution du contrat.

1052. Mais la situation n'est pas pour autant parfaitement clarifiée, ne serait-ce que parce que les contrats qui ne sont pas passés en prenant en compte les critères environnementaux peuvent aussi contenir ce type de clauses. La difficulté est d'ailleurs plus générale si l'on considère les directives communautaires de 2004²⁹⁰.

L'interprétation à donner à cette disposition peut, à notre sens, être trouvée à la fois dans l'instruction d'application du Code de 2001 et dans la *Communication interprétative de la commission sur l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics*²⁹¹. Il en ressort que ces articles trouvent à s'appliquer non seulement bien évidemment dans l'exécution même du contrat mais aussi en amont, avant même l'utilisation ou non de critères environnementaux, lors de la recevabilité des offres. L'instruction d'application du Code de 2001 est très claire sur ce point²⁹², et c'est aussi ce qui ressort de la Communication de la Commission lorsqu'elle analyse toutes les possibilités de prendre en compte l'environnement autrement que par des critères de choix. Par ailleurs, cette interprétation justifie le deuxième alinéa de l'article 14 du Code des marchés publics qui impose l'absence de caractère discriminatoire : la discrimination ne peut en effet avoir lieu entre les candidats que dans la procédure de passation, et cet alinéa a pour vocation d'être un garde-fou contre les spécifications environnementales qui n'auraient pour objectif que de « pré-sélectionner » un certain nombre de candidats en restreignant par trop l'accès au marché.

1053. Ces dispositions apportent donc deux précisions : d'une part, elles renforcent encore en l'officialisant dans les directives et le Code la possibilité de prendre en compte, en amont de la sélection, l'utilisation de critères environnementaux. Ce faisant, elles montrent une nouvelle fois la place des principes issus du droit de l'environnement comme faisant à part entière partie des principes de la commande publique. D'autre part, même dans ce cadre, le deuxième alinéa de l'article 14 du Code des marchés publics et les dispositions similaires des directives montrent bien que les principes environnementaux doivent faire, constamment, l'objet d'une conciliation avec les autres principes, notamment libéraux, de la commande publique.

²⁸⁸ On retrouve des positions similaires dans les articles de TH. GLOZZIO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offre », *AJDA*, 2002, n° 24, pp. 1471-1477, spé. p. 1475 et N. SYMCHOVICZ in *Lamy droit public des affaires*, 2002, p. 1104

²⁸⁹ Ils ne sont plus additionnels puisqu'ils sont directement inscrits dans l'article 53 du Code.

²⁹⁰ Notamment les articles 23-3-b), 23-6 de la directive 2004/18 qui correspondent aux articles 34-3-b) et 34-6 de la directive 2004/17 à propos des spécifications techniques ; mais aussi les articles 26 de la directive 2004/18 et 38 de la directive 2004/17 qui correspondent en substance au texte de l'article 14 du Code des marchés publics.

²⁹¹ *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 28 novembre 2001, 2001/ C 333/07, COM(2001) 274

²⁹² Le commentaire de l'article 14 précise notamment que « Une offre qui ne satisferait pas une telle condition serait irrecevable pour non-conformité au cahier des charges ».

1054. *Conclusion du titre* : Les principes de la commande publique tels qu'ils ont été reconnus par le Conseil constitutionnel constituent les premiers jaloux du régime de la commande publique. Ils donnent à cette notion une assise et justifient son existence, au-delà même des intérêts théoriques et pratiques que l'on a vu par ailleurs. Les principes reconnus ne sont pourtant pas exempts de défauts.

1055. La première critique qu'il est possible d'émettre porte sur la non-concordance entre les principes internes et les principes communautaires. Si les deux sources du droit reconnaissent par exemple l'égalité de traitement, le droit interne l'entend comme l'égalité du traitement des candidats durant la procédure, le droit communautaire l'entendant pour sa part comme l'égalité d'accès à celle-ci. Cette situation est d'autant plus regrettable que l'égalité d'accès est par ailleurs aussi reconnue en droit français. Sur ce point, le Code français est en réalité contestable par sa façon de limiter l'application du principe de liberté à l'accès à la commande publique et l'égalité au traitement.

1056. La deuxième critique porte sur l'absence de rattachement des principes reconnus dans le Code des marchés publics et les décisions du Conseil constitutionnel aux principes constitutionnels « économiques ». Ils sont pourtant consubstantiels à l'idée de « marché » au sens économique du terme. Sur ce point, on a pu tenter de démontrer que la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie étaient, toutes deux, interprétées comme imposant une libre et égale concurrence. Il découle à notre sens de ce principe, ainsi que des principes d'égalité et ses corollaires, l'existence d'un « principe de mise en concurrence » propre à la commande publique. De ce principe, corollaire des autres, découle une obligation généralisée de mise en concurrence, essentiellement formalisée dans des procédures de publicité, applicable à l'ensemble de la commande publique.

1057. La troisième critique porte sur le principe de *transparence des procédures*. Ce principe est à la fois applicable aux seuls contrats de la commande publique, mais il est applicable à l'ensemble de ces contrats et non aux seuls marchés publics. La critique ne porte pas sur sa reconnaissance mais sur sa portée qui est plus limitée que ce que sa place dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics, ne le laisse penser. Il ne semble en effet pas que l'on puisse le considérer comme à égalité avec les autres. En effet, on doit distinguer entre les procédures qui, par elles-mêmes, conduisent à la transparence et les effets du principe de transparence. En ce sens, le principe de transparence « des procédures » ne peut avoir pour rôle que celui de renforcer la transparence qui découle logiquement des procédures qui préexistent à son application. Il n'est donc qu'un principe secondaire qui *renforce* les procédures mais ne les justifie pas.

1058. Enfin, quatrième critique, d'autres principes renforçant les procédures ne sont pas, en droit positif, considérés comme des principes de la commande publique. Il en est ainsi du principe d'efficacité des procédures, pourtant à la source des procédures d'adjudication et d'appel d'offres, ou des principes environnementaux qui prennent des

formes particulières à la commande publique en se greffant sur les procédures de passation. Tous sont des principes *renforçant* les procédures de passation.

1059. Si l'on devait proposer de refondre cette approche des principes de la commande publique, en créant, sur le modèle du CMP un article 1^{er} au Code de la commande publique, on pourrait écrire : *Quel que soit leur montant, les contrats de la commande publique respectent les principes de liberté et d'égalité d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de mise en concurrence. Les règles précisées par le présent Code permettent aussi que soient garantis le principe de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et les principes environnementaux.*