

**LES PRINCIPES DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE APPLIQUÉS
AUX CONTRATS PUBLICS**

Lydia LEBON¹

INDEX

1. INTRODUCTION

**2. L'HETEROGENEITE DE LA NORMATIVITE ET DU STADE
D'INTERVENTION DES CRITERES DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE**

2.1. L'hétérogénéité de la normativité des composantes de l'économie circulaire

2.2. L'intervention des principes de l'économie circulaire à différents stades de la commande publique

2.2.1. L'économie circulaire dans la détermination des besoins de l'autorité publique

2.2.2 L'économie circulaire dans l'attribution et l'exécution du marché

**3. LES LIMITES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES CRITERES DE
L'ECONOMIE CIRCULAIRE**

3.1. La traduction concrète de l'économie circulaire dans la commande publique

3.2. La nécessité de développement d'outils à la mise en œuvre de ces critères

4. CONCLUSION

¹ Senior Lecturer, CRDEI, Université Bordeaux Montaigne, lydia.lebon@u-bordeaux-montaigne.fr

1. INTRODUCTION

Les préoccupations écologiques ont progressé de manière globale au sein de l'Union européenne, faisant écho à une prise de conscience ascendante mondiale². Pourtant, on entend parler de la nécessité d'un « écologisme raisonné », rappelant ainsi que l'écologie doit être conciliée avec d'autres préoccupations, notamment, dans le cadre de l'Union européenne, des préoccupations économiques. C'est peut-être déjà cette approche que l'on observe dans le domaine des contrats publics, c'est-à-dire les contrats pour lesquels une personne publique est, directement ou indirectement, présente au contrat, à travers l'application des principes dits de « l'économie circulaire », notamment dans le domaine de la commande publique. La notion d'économie circulaire³ désigne une économie « dans laquelle la valeur des produits, des matières et des ressources est maintenue dans l'économie aussi longtemps que possible et la production de déchets est réduite au minimum »⁴.

Au niveau de l'Union européenne, c'est d'abord dans la jurisprudence de la Cour de justice que l'on trouve des mentions de ces externalités économiques, qu'elles soient

² En 2019, les écologistes ont en effet acquis une vingtaine de sièges supplémentaires aux élections du Parlement européen. Par ailleurs, la nouvelle présidente de la Commission européenne, Ursula Von der Leyen, a évoqué la réalisation d'un « green deal européen » dès les 100 premiers jours de son mandat. Elle a confirmé son soutien à la neutralité carbone en 2050 qui, dit-elle, sera inscrite dans la « première loi européenne sur le climat », et soutenu un objectif plus ambitieux de réduction des émissions de CO₂, de 50 % en 2030, « voire de 55 % » Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, *Le pacte vert pour l'Europe*, 11.12.2019 COM(2019) 640 final. Pour la mise en œuvre du Green Deal, voir, plus récemment: Commission européenne, *Le pacte vert pour l'Europe. la décennie décisive*, 14 juillet 2021.

³ Apparue avec les travaux de Michael BRAUNGART et William McDONOUGH, dans leur ouvrage *Cradle to Cradle: Remaking the Way We Make Things*, Perfection Learning Corporation, 2002.

⁴ En France, l'art. L. 110-1-1 du code de l'environnement fait notamment référence à l'utilisation sobre et responsable des ressources, à l'allongement de la durée de cycle de vie des produits, à la commande publique durable, etc.

d'ailleurs environnementales ou sociales. Les premiers arrêts en ce sens datent en effet du début des années 2000, à travers la jurisprudence *Concordia Bus Finland* de la Cour de justice, arrêt dans lequel la Cour a reconnu la possibilité d'intégrer des critères environnementaux lors de la passation d'un marché public⁵. Dans cette affaire, la ville d'Helsinki avait lancé un appel d'offre concernant ses services d'autobus en spécifiant qu'un des critères d'attribution du marché prévoyait l'octroi de points supplémentaires aux sociétés soumissionnaires satisfaisant à certains niveaux d'émission d'oxyde d'azote et de bruit. Saisie par une entreprise concurrente de celle ayant remporté l'appel d'offre, la CJCE a considéré que le critère d'attribution portant sur le niveau de pollution et de bruit des autobus nécessaires au fonctionnement du service était lié à l'objet du contrat et, ce faisant, rendait l'appel d'offre valable. Cette position, déjà implicite dans l'affaire *Aher Waggon* du 14 juillet 1998⁶, a été précisée dans l'affaire *Wienstrom* du 4 décembre 2003, concernant un appel d'offre en matière de fourniture d'électricité posant comme critère d'adjudication le recours à des sources d'énergies renouvelables⁷. Ce faisant, la Cour accueillait déjà positivement l'insertion de critères environnementaux d'attribution, à condition qu'ils restent liés à l'objet du marché, qu'ils soient publiés, qu'ils respectent les règles pertinentes du droit européen (transparence, égalité et libre concurrence), qu'ils restent spécifiques au marché concerné et qu'ils puissent être objectivement quantifiables.

Les principes de la commande publique ont ainsi pu être interprétés dans le sens d'une conciliation des exigences relatives à la concurrence et à l'environnement. On a pu observer, d'abord, dans le discours des institutions nationales et européennes, puis, dans les textes, l'émergence d'un principe global d'efficacité environnementale, mais aussi sociale, des contrats publics, de nature à justifier l'élargissement du recours aux clauses sociales et environnementales. En effet, la qualification figure désormais dans différents textes, même si ces textes disposent d'une valeur normative différenciée. La réglementation européenne en

⁵ CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, Rec. p. I-7213.

⁶ CJCE, 14 juillet 1998, *Aher Waggon GmbH*, aff. C-389/96, Rec. p. I-4473.

⁷ CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom GmbH*, aff. C-448/01, Rec. p. I-14527.

matière de contrat public a pris en considération ce changement de perspective et les directives secteurs et unifiée du 31 mars 2004 ont cristallisé « la jurisprudence relative aux critères d’attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique »⁸. Depuis lors, l’actuelle directive sur la passation des marchés publics⁹ (article 18§2) et celle relative aux secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux¹⁰ (article 36§2) prévoient que « les États membres *prennent les mesures appropriées* pour veiller à ce que, dans l’exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l’Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail »¹¹. Cependant, les directives prévoyaient une marge de manœuvre importante pour les États, une marge de manœuvre exploitée certes différemment, mais globalement largement, par les autorités nationales¹².

Pour les États membres de l’Union européenne, l’intégration des considérations sociales et environnementales constitue donc une préoccupation plutôt récente¹³. Les contrats publics sont ainsi de plus en plus utilisés comme des instruments pour assurer la mise en

⁸ Cf., sur ce point, Patrick THIEFFRY, *Droit de l’environnement de l’Union européenne. Éléments de droit comparé américain, chinois et indien*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 689 et ss.

⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, JOUE, 28 mars 2014.

¹⁰ Directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux, JOUE, 28 mars 2014.

¹¹ Nous soulignons. Les directives prévoient, par ailleurs, des mécanismes comme la labellisation environnementale (article 43 de la directive 2014/24/UE et article 61 de la directive 2014/25/UE).

¹² Voir infra II.

¹³ Voir, par exemple, le rapport de Adela HAVLOVÁ, Martin RÁŽ, Jana PETROVÁ, Barbara FIKAROVÁ : « Initiatives have only fairly recently emerged seeking to cause public procurement procedures to place stronger emphasis on social responsibility, social aspects, environmental protection, and the like ». Nous soulignons. Voir, en France, l’arrêt du Conseil d’État du 23 novembre 2011 CE, 23 novembre 2011, 351570, Communauté urbaine de Nice Côte d’Azur, Lebon, 2011, GADE, n° 13-14 qui témoigne de cette prise en compte nouvelle.

œuvre de politiques publiques dont le contenu est périphérique à l'objet principal du contrat¹⁴. Ces principes viennent désormais irriguer les contrats publics, notamment, la commande publique qui est considérée comme un véritable levier « décisif » et qui doit « tirer les innovations en faveur de l'économie circulaire »¹⁵.

Les exigences environnementales s'inscrivent dans un modèle plus global et doivent ainsi être nécessairement conciliées avec l'économie : c'est d'ailleurs ce qui explique l'émergence de la notion d' « économie circulaire » : dans ce schéma global, il ne s'agit plus d'« extraire, fabriquer, consommer et jeter ». L'économie circulaire permet de « changer de paradigme par rapport à l'économie dite linéaire, en limitant le gaspillage des ressources et l'impact environnemental, et en augmentant l'efficacité à tous les stades de l'économie des produits »¹⁶. L'économie circulaire constitue un sujet indubitablement mobilisateur et on pourrait dire qu'il s'agit d'un thème qui a les faveurs des gouvernants et des acteurs de la commande publique depuis quelques années, mais il s'agit également, et notamment en Europe, d'un sujet d'actualité.

Si la Commission européenne avait évoqué l'économie circulaire dans le cadre de son programme « zéro déchet pour l'Europe »¹⁷, c'est surtout sa communication de 2015, « Boucler la boucle - Un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie

¹⁴ On peut évoquer la poursuite d' « objectifs collatéraux » plus larges, selon les termes utilisés par Schoni et Yukins, « much as Americans mistrust government officials to achieve best value in a narrowly economic sense, so too do Americans (and their representatives in Congress) doubt that purchasing officials will adequately account for broader social and economic goals (what Europeans might call « sustainability goals ») when making purchases.» V. Daniel I. GORDON and Gabriella M. RACCA, « Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement Systems », in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts* (Gabriella M. RACCA and Christopher R. YUKINS eds.), Brussels, Bruylant, 2014.

¹⁵ Feuille de route de l'économie circulaire, publiée par le gouvernement français en 2018, sp. p. 36.

¹⁶ ADEME. Économie circulaire. Page internet : <http://www.ademe.fr/expertises/economie-circulaire>

¹⁷ Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions vers une économie circulaire : programme zéro déchet pour l'Europe, 2014/0398 final.

circulaire »¹⁸ qui met l'accent sur les marchés publics. Ce premier « paquet » sur l'économie circulaire rappelle que cette dernière est fondée sur des mesures étroitement liées aux « priorités essentielles de l'Union, notamment l'emploi et la croissance, le programme en faveur de l'investissement, le climat et l'énergie, l'agenda social et l'innovation industrielle, et aux efforts mondiaux portant sur le développement durable »¹⁹. La Commission européenne insiste, dans cette communication, sur le rôle-clé des marchés publics écologiques qui représentaient presque 20% du PIB de l'Union européenne²⁰ - aujourd'hui plutôt 14%²¹- et les mesures à mettre en place à partir de 2016 : parmi ces mesures, sont évoquées une meilleure intégration des exigences de l'économie circulaire, un soutien à un recours plus important à ces marchés publics notamment par le biais de programmes de formation, une utilisation accrue de ces marchés dans les procédures de passation de la Commission et dans les fonds de l'Union européenne. La Commission avait publié en ce sens, dès 2005, un guide de l'achat vert afin de préciser ces éléments²². Elle précise que les marchés peuvent « jouer un rôle clé dans l'économie circulaire et (elle) encouragera ce rôle dans le cadre de ses mesures concernant les marchés publics écologiques (MPE), où des critères sont élaborés au niveau de l'UE et utilisés ensuite par les pouvoirs publics sur une base volontaire »²³. En 2018, ce premier ensemble de mesures a été complété par un deuxième train de mesures sur l'économie circulaire, comprenant la stratégie de l'Union sur les matières plastiques dans une économie circulaire, le cadre de suivi des indicateurs pour l'économie circulaire ainsi qu'une communication sur l'interface entre les textes législatifs relatifs aux substances chimiques,

¹⁸ Bruxelles, le 2 décembre 2015 COM(2015) 614 final, Boucler la boucle - Un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie circulaire, dès la p. 3, la mention des « marchés publics ».

¹⁹ Boucler la boucle - Un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie circulaire, p. 2.

²⁰ Ces marchés concernent par exemple l'achat d'ordinateurs éco-énergétiques, de mobiliers en matériau durable, de véhicules électriques etc.

²¹ 14% dans le plan publié en mars 2020. « Public authorities' purchasing power represents 14% of EU GDP and can serve as a powerful driver of the demand for sustainable products».

²² Voir le guide Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques, Guide de la Commission européenne pour l'achat vert, en 2005 :

https://environnement.brussels/sites/default/files/user_files/gid_achetervert_commissioneuropéenne_fr.pdf

La troisième édition date de 2016, voir https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_fr.pdf

²³ COM(2015) 614 final, préc.

aux produits et aux déchets²⁴. En mars 2020, la « nouvelle » Commission européenne, composée après les élections européennes²⁵ a réaffirmé son intérêt pour ces éléments et a adopté un nouveau plan d'action pour l'économie circulaire²⁶, qui constitue l'un des principaux éléments du Pacte vert pour l'Europe, le nouveau programme de croissance durable de l'Europe²⁷. Ce nouveau plan d'action, qui prévoit des mesures à mettre en œuvre tout au long du cycle de vie des produits, vise à rendre l'économie européenne plus adaptée à un avenir vert, à renforcer la compétitivité tout en protégeant l'environnement et à donner de nouveaux droits aux consommateurs. S'appuyant sur le travail réalisé depuis 2015, le nouveau plan met l'accent sur la conception et la production dans la perspective de l'économie circulaire, dans le but de garantir que les ressources utilisées restent dans l'économie de l'Union européenne aussi longtemps que possible. Le plan d'action évoque d'ailleurs les marchés publics à plusieurs reprises²⁸.

On le voit, les éléments relatifs à l'économie circulaire sont des préoccupations nationale, européenne, mais aussi internationale²⁹, même si cette analyse va se concentrer sur les deux premiers niveaux³⁰.

²⁴ Il faut y ajouter la directive concernant les plastiques à usage unique et les engins de pêche – les deux principales sources de déchets plastiques marins en Europe, Directive (UE) 2019/904 du Parlement européen et du conseil, du 5 juin 2019 relative à la réduction de l'incidence de certains produits en plastique sur l'environnement.

²⁵ Il s'agit de la Commission VON DER LEYEN qui a pris ses fonctions le 1^{er} décembre 2019.

²⁶ Voir le plan, <https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/>. La Commission européenne et le comité économique et social européen ont également mis en place une plateforme d'échange et d'interaction pour les parties intéressées : <https://circulareconomy.europa.eu/platform/en>. COM(2020) 98 final.

²⁷ COM(2019) 640 final.

²⁸ Voir § 2. Un cadre d'action pour des produits durables, COM(2020) 98 final.

²⁹ L'agenda 2030 qui a été adopté par l'ONU en septembre 2015 définit un langage commun du développement durable pour les Nations Unies. Il regroupe 17 ODD, qui répondent aux objectifs généraux suivants : éradiquer la pauvreté, protéger la planète et garantir la prospérité pour tous. Parmi les 17 ODD, l'ODD 12 est consacré à l'établissement des modes de consommation et de production durables.

³⁰ La crise sanitaire provoquée par la pandémie de covid19 n'a pas remis en cause l'importance accordée à ces préoccupations, à tout le moins, au niveau des engagements. Voir infra, nos propos conclusifs.

Afin de se représenter l'importance de ces éléments dans les contrats publics, il faut probablement identifier en premier lieu quelle est véritablement la place de l'économie circulaire dans les contrats publics, c'est-à-dire identifier la normativité de ces éléments ainsi que le stade d'intervention des critères issus de l'économie circulaire au sein des systèmes juridiques de l'Union européenne et de ses États membres : on constatera qu'il existe une véritable hétérogénéité de la normativité et du stade d'intervention de ces critères, avant de mettre au jour les limites rencontrées dans la mise en œuvre, en pratique, des éléments de l'économie circulaire.

2. L'HETEROGENEITE DE LA NORMATIVITE ET DU STADE D'INTERVENTION DES CRITERES DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE

La place des éléments de l'économie circulaire est étroitement liée à la valeur normative qui est reconnue à ses prescriptions au sein des ordres juridiques : or, on s'apercevra à cet égard, que l'on peut disqualifier l'unité « d'un principe » d'économie circulaire et plutôt constater une hétérogénéité de valeur normative relative à ces exigences³¹ (2.1). Cette hétérogénéité est également éprouvée au stade d'intervention des composantes de l'économie circulaire, notamment dans les contrats de la commande publique : tantôt omniprésentes, tantôt cantonnées à des phases du marché en fonction des États considérés (2.2)

2.1. L'hétérogénéité de la normativité des composantes de l'économie circulaire

La place des éléments de l'économie circulaire est étroitement liée à la valeur normative qui est reconnue à ses prescriptions au sein des ordres juridiques : or, on s'apercevra à cet égard, que l'on peut disqualifier l'unité « d'un principe » d'économie

³¹ C'est d'ailleurs ce qui justifie l'analyse de ces éléments au sein de la troisième partie de cet ouvrage.

circulaire et plutôt constater une hétérogénéité de valeur normative relative à ces exigences³². Cette hétérogénéité est également éprouvée au stade d'intervention des composantes de l'économie circulaire, notamment dans les contrats de la commande publique : tantôt omniprésentes, tantôt cantonnées à des phases du marché en fonction des États considérés.

On retrouve surtout ces principes dans les textes des directives relatives à la commande publique : ainsi, la directive 2014/24/UE et la directive 2014/25/UE mentionnent à plusieurs reprises la nécessité de prendre en compte les critères environnementaux, même si la formulation est une formulation permissive³³. La jurisprudence de la Cour de justice a également permis de clarifier les conditions de mise en œuvre de ces critères : la prise en compte de la durabilité de l'achat et de la responsabilité sociale de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public doit par exemple respecter les dispositions de la directive 2004/18 ainsi que le principe de transparence³⁴. Dans l'affaire dite du *label Max Havelaar et Eko*, la Cour a précisé les conditions dans lesquelles le recours à des critères de durabilité par renvoi à des labels est possible : en tout état de cause, cela doit faire l'objet de précisions de la part du pouvoir adjudicateur, afin de ne pas limiter l'accès au marché de certains opérateurs³⁵. En la matière, il faut préciser que certaines initiatives et textes

³² C'est d'ailleurs ce qui justifie l'analyse de ces éléments au sein de la troisième partie de cet ouvrage.

³³ Voir la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65–242 : voir l'article 18 § 2 déjà cité et voir l'article 57 § 4 a) et voir la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 243–374.

³⁴ CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Comm. CE c/ Pays-Bas, « Durabilité de l'achat et responsabilité sociale des entreprises et droit des marchés publics », Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2012, comm. 209. Sophie ROBIN-OLIVIER, « Verdissement des marchés publics : des exigences environnementales, mais pas un écolabel particulier », Revue trimestrielle de droit européen, 2013 p. 410.

³⁵ CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, préc. La Cour a estimé qu'en définissant les produits qu'il entend acheter par référence aux deux labels visés dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur a établi une spécification technique incompatible avec l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18 en exigeant que certains produits à fournir soient munis d'un éco-label déterminé, plutôt que d'utiliser des spécifications détaillées et a établi des critères d'attribution incompatibles avec l'article 53, paragraphe 1, sous a), de cette directive en prévoyant que

européens ont porté sur la question de la durabilité : mais souvent, ces instruments sont cantonnés à une approche non obligatoire et volontaire³⁶.

le fait que certains produits à fournir soient munis de labels déterminés donnerait lieu à l'octroi d'un certain nombre de points dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, sans avoir énuméré les critères sous-jacents à ces labels ni autorisé que la preuve qu'un produit satisfaisait à ces critères sous-jacents soit apportée par tout moyen approprié. Il est donc possible de recourir à la durabilité de l'achat et à la RSE comme critères d'attribution concernant des caractéristiques environnementales et sociales mais ce ne peut être qu'à la condition que leur utilisation ne confère pas au pouvoir adjudicateur une liberté de choix inconditionnée. Les critères doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en connaître la portée exacte et de les interpréter de la même manière, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, selon la Cour.

³⁶De l'aveu même de la Commission « Les initiatives et la législation de l'UE couvrent déjà, dans une certaine mesure, les aspects des produits liés à la durabilité, que ce soit sur une base obligatoire ou volontaire. En particulier, la directive sur l'écoconception (Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, JO L 285 du 31 octobre 2009, p. 10) régit avec succès l'efficacité énergétique et certaines caractéristiques des produits liés à l'énergie concernant la circularité. Dans le même temps, des instruments tels que le label écologique de l'UE (Règlement (CE) n° 66/2010 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 établissant le label écologique de l'UE, JO L 27 du 30 janvier 2010, p. 1) ou les critères des marchés publics verts de l'UE (https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm) ont une portée plus large, mais une incidence réduite en raison des limites que présentent les approches volontaires. En fait, il n'existe aucun ensemble complet d'exigences visant à garantir que tous les produits mis sur le marché de l'UE deviennent de plus en plus durables et remplissent les critères de l'économie circulaire ». COM(2020) 98 final, 11 mars 2020, Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire, Pour une Europe plus propre et plus compétitive, Nous soulignons. Voir par exemple, la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, sp. considérant 19 « en ce qui concerne l'acquisition de certains produits et services ainsi que l'achat et la location de bâtiments, les gouvernements centraux qui passent des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services devraient donner l'exemple et prendre des décisions d'achat efficaces d'un point de vue énergétique (...). En ce qui concerne les produits autres que ceux faisant l'objet d'exigences en matière d'efficacité énergétique à l'achat en vertu de la présente directive, les États membres devraient encourager les organismes publics à tenir compte de l'efficacité énergétique des produits à l'achat ».

De tels principes sont ainsi consacrés par le droit dérivé et la jurisprudence au niveau européen mais aussi, et le plus souvent, dans des documents dits de *soft law*.

Au niveau européen, on a mentionné le paquet économie circulaire de la Commission européenne³⁷. Toutefois, dans le nouveau plan de l'Union européenne sur l'économie circulaire, la Commission indique qu'elle proposera d'inclure des critères et des objectifs minimaux obligatoires relatifs aux marchés publics écologiques dans la législation sectorielle³⁸. On constate donc un renforcement de la normativité des critères au niveau européen, prévue pour 2021.

Au niveau national, si certains États ont pleinement intégré ces notions dans leur législation, les autorités nationales renvoient le plus souvent à des incitations facultatives en la matière profitant parfois de l'absence de caractère impératif des dispositions relatives à l'économie circulaire dans le droit de l'Union européenne³⁹. En France, la loi a intégré les notions qui ont trait à l'économie circulaire : ainsi, le code de l'environnement, art. L. 110-1-1⁴⁰ modifié par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance

³⁷ Voir les références citées supra.

³⁸ « La Commission proposera d'inclure des critères et des objectifs minimaux obligatoires relatifs aux marchés publics écologiques dans la législation sectorielle et rendra progressivement obligatoire l'établissement de rapports pour contrôler le recours aux marchés publics écologiques sans imposer une charge administrative injustifiée aux acheteurs publics. En outre, la Commission continuera de soutenir le renforcement des capacités au moyen d'orientations et de formations et par la diffusion des bonnes pratiques, ainsi qu'en encourageant les acheteurs publics à participer à l'initiative «Public Buyers for Climate and Environment» (acheteurs publics pour le climat et l'environnement), qui favorisera les échanges entre acheteurs engagés dans la mise en œuvre des marchés publics écologiques ». COM(2020) 98 final, 11 mars 2020, préc. 2.2. Pour les critères établis en la matière, voir : https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm. Voir 2.3 pour la circularité dans les processus de production.

³⁹ Voir le rapport de Pedro CERQUEIRA GOMES sur le Portugal.

⁴⁰ Selon l'article L. 110-1-1 du Code de l'environnement, Art. L. 110-1-1 – « La transition vers une économie circulaire vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits,

verte, fait désormais référence à l'utilisation des ressources, à la consommation responsable, à la notion de cycle de vie. Si les principes « classiques » applicables en matière de contrats publics s'opposent aux atteintes à la concurrence et, partant, à la mise en place d'une forme de favoritisme dans un objectif de politique économique, les évolutions récentes ont conduit à assouplir l'interprétation qui était faite de ces principes dans certaines hypothèses. Les enjeux de développement durable et les principes qui guident l'économie circulaire ont permis que les principes de la commande publique soient interprétés dans le sens d'une conciliation de la concurrence et de l'environnement. Comme le précisent les auteurs du focus de l'Institut national de l'économie circulaire⁴¹ « les enjeux d'innovation et de performance sociale et environnementale sont donc hissés au cœur de cette « nouvelle » commande publique, au niveau des grands principes que sont la transparence, l'équité et la libre-concurrence »⁴². Ils sont toutefois conçus comme des orientations fonctionnelles qui sont attendues ou associées aux contrats. Pour contribuer à la transition vers une économie circulaire, la loi de 2015 mobilise divers outils, dont « la commande publique durable »⁴³, qui est ainsi perçue comme un instrument de la prospérité de l'économie circulaire. En réalité, l'achat public devient de plus en plus un instrument de politique publique, permettant de

et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, une réutilisation, un recyclage ou, à défaut, une valorisation des déchets. La promotion de l'écologie industrielle et territoriale et de la conception écologique des produits, l'utilisation de matériaux issus de ressources naturelles renouvelables gérées durablement et issus du recyclage, la commande publique durable, l'allongement de la durée du cycle de vie des produits, la prévention des déchets, la prévention, la réduction ou le contrôle du rejet, du dégagement, de l'écoulement ou de l'émission des polluants et des substances toxiques, le traitement des déchets en respectant la hiérarchie des modes de traitement, la coopération entre acteurs économiques à l'échelle territoriale pertinente dans le respect du principe de proximité et le développement des valeurs d'usage et de partage et de l'information sur leurs coûts écologique, économique et social contribuent à cette nouvelle prospérité. »

⁴¹ Composé d'acteurs publics et privés, cet institut a pour objectif de promouvoir l'économie circulaire. Voir <https://institut-economie-circulaire.fr>. Focus, Vers une commande publique circulaire, 2017-07-28.

⁴² Focus, préc. p. 5.

⁴³ Le nouveau « code de la commande publique » est entré en vigueur le 1er avril 2019.

satisfaire plusieurs objectifs⁴⁴. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application ont pu prévoir la possibilité d'intégrer les objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale⁴⁵. En outre, il s'agira de consommer sobre et responsable, de prévenir la production de déchets à travers le réemploi, la réutilisation et le recyclage, la valorisation. La loi 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire⁴⁶ prévoit par ailleurs que les collectivités doivent permettre « par contrat ou par convention, aux personnes morales relevant de l'économie sociale, solidaire et circulaire qui en font la demande d'utiliser les déchetteries communales comme lieux de récupération ponctuelle et de retraitement d'objets en bon état ou réparables »⁴⁷. En outre, en matière de commande publique, les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, lors de leurs achats publics et « dès que cela est possible », doivent, à compter du 1^{er} janvier 2021, réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et à privilégier les biens issus de réemploi ou de matières recyclées en rédigeant des clauses utiles en ce sens dans leurs cahiers des charges⁴⁸. On perçoit ici que ces éléments sont

⁴⁴ Ainsi, l'achat public permet de « courir plusieurs lièvres à la fois ». N. BOULOUIS, *Revue française de droit administratif*, 2014 p.617, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives ». Voir par exemple, les clauses « Molière » qui imposent l'usage de la langue française sur les chantiers. Voir TA Lyon 13 décembre 2017, Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes, req. n° 1704697 ; CE 4 décembre 2017, Région Pays de la Loire, req. n° 413366. Si ces clauses n'ont pas été considérées comme valides, en revanche, les clauses d'interprétariat ont pu être validées par le Conseil d'État français, 4 décembre 2017.

⁴⁵ Elle « vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits, et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets » Voir l'article L. 110-1 du code de l'environnement, modifié par la loi du 17 août 2015.

⁴⁶ Florian LINDITCH et Philippe BILLET, « La commande publique après la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 12, 23 Mars 2020, 2075.

⁴⁷ Article L. 2224-13 du CGCT alinéa 4.

⁴⁸ Loi n° 2020-105, art. 55

érigés en réflexe pour l'État et les collectivités territoriales, mais la valeur normative de ces dispositions oscille entre dispositif obligatoire et permissif : ainsi, on pourrait penser qu'il s'agit davantage d'incitations que d'obligations, comme l'expression « dès que cela est possible » semble l'indiquer. Toutefois, il existe des vraies obligations « d'acquérir des biens « issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit » (art. 58-I) ; – l'incitation à réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et privilégient les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges (art. 55) ; – la création d'un diagnostic obligatoire « relatif à la gestion des produits, matériaux et déchets issus de ces travaux » (art. 51)⁴⁹.

Mais la France n'est pas le seul État à avoir intégré ses éléments à sa commande publique. En Italie, les prévisions à cet égard intègrent et dépassent largement le droit européen sur ces éléments⁵⁰. En Croatie, un plan national d'action pour une commande

⁴⁹ Pour Florian LINDITCH et Philippe BILLET, s'il s'agit d'un dispositif « permissif », il n'en reste pas moins que « Contrairement aux apparences, bien que formulée sur le mode incitatif, la disposition n'en instaure pas moins une véritable obligation de « réduire » « la consommation de plastiques à usage unique » et « la production de déchets », à laquelle s'ajoute celle de « privilégier les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées ». Les deux auteurs admettent cependant que « pour le reste, la disposition se veut particulièrement souple : le « dès que... possible » permet d'ouvrir la faculté de ne pas respecter le texte en apportant la démonstration, voire la preuve, d'une impossibilité que l'on peut d'ores et déjà envisager : absence de fournisseurs utilisant les matériaux considérés, absence de matériaux de remplacement, ou même tout simplement performances insuffisantes des matériaux de substitution. Le dispositif reste donc assez permissif, fondé sur une disponibilité relative dans le temps. Il sera en tout cas difficile de sanctionner une procédure qui intégrait bien ces données mais pour laquelle aucun fournisseur idoine n'a soumissionné ». Voir l'article préc.

⁵⁰ Voir le rapport de Matteo PIGNATTI, "The Italian legal framework provided by 2015, the mandatory aims for the public administrations to contribute to eco-innovation and drive the best value for money with green public procurement, a forecast that broadly incorporates and exceeds EU policies, reducing the environmental impacts of public administrations associated with the life cycle of goods and services, as well as of the works.

publique verte⁵¹ a été adopté en 2015⁵². En République tchèque, on retrouve ces éléments dans les “public policy requirements”⁵³ : il s’agit donc ici d’instruments de « soft law », à travers le concept de la commande publique « responsable »⁵⁴, qui n’est pas définie dans la loi sur les marchés publics, mais dans la méthodologie édictée par le gouvernement qui en donne d’ailleurs une définition⁵⁵. Au Portugal, il ne s’agit pas d’une contrainte qui consacre des principes strictement juridiques, mais d’une obligation globale de s’assurer que les opérateurs économiques respectent les normes dans ces domaines⁵⁶.

En outre, on retrouve souvent des guides nationaux qui viennent compléter les éléments fixés dans la législation nationale, soit par des acteurs publics, soit par des acteurs privés. En France, on relève ainsi les orientations stratégiques pour des marchés publics verts, introduites par la loi du 17 août 2015 ainsi que les achats publics durables⁵⁷. En Slovénie, la commande publique verte est promue notamment par la Chambre de commerce

⁵¹ http://mzoip.hr/doc/nacionalni_akcijski_plan_za_zelenu_javnu_nabavu.pdf, June 4, 2019.

⁵² Nacionalni akcijski plan za zelenu javnu nabavu ou NAPZJN. V. le rapport de Marko TURUDIĆ : “The purpose of NAPZJN is the encouragement of conclusion of procurement contracts for products and services with a lower environmental impact. The NAPZJN is intended to help achieve 50% public procurement procedures in Croatia with the use of green selection criteria by 2020”.

⁵³ Voir le rapport de Adéla HAVLOVÁ, Martin RÁŽ, Jana PETROVÁ, Barbara FIKAROVÁ: “Countless public policy requirements, stemming from various laws, regulations, decisions of the government or local administrations and other public policy sources, of which we will concentrate on good governance, social responsibility and environmental procurement principles”.

⁵⁴ In the area of “soft law”, environmental and social procurement, one issue we wish to highlight is the concept of “Responsible Public Procurement” promoted by the Czech Ministry of Labour and Social Affairs since 2014, rapport préc.

⁵⁵ Elle correspond à un “process whereby organisations meet their needs for goods, service, works and utilities in a way that achieves value for money on a whole life basis in terms of generating benefits to society and the economy, whilst minimising damage to the environment”. Pour les auteurs du rapport, il s’agit d’une « source tertiaire » de principes, d’ailleurs en lien étroit avec les fonds structurels européens où la “soft law” est souvent incluse dans les obligations juridiques du bénéficiaire de la subvention (c'est-à-dire d'un pouvoir adjudicateur).

⁵⁶ Voir l’article 1.º-A n.º 2 of PPPC, qui, selon Pedro CERQUEIRA GOMES, “is not rule that includes pure legal principles, but merely obligates contracting authorities to ensure that economic operators comply with other legal norms in those fields, during the award and execution phase”.

⁵⁷ Des guides d'achats durables par types de produits sont également disponibles parmi les guides et recommandations des groupes d'étude des marchés (GEM) de la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances. On peut aussi évoquer la participation de l'Institut de l'économie circulaire en France.

et d'industrie qui évoque les critères environnementaux, qui vont d'ailleurs au-delà des obligations de la législation nationale, contenues dans un Décret gouvernemental⁵⁸. En revanche, au Portugal, il n'existe pas de guides nationaux ou de codes de conduite ce qui explique peut-être l'utilisation assez rare de ces possibilités⁵⁹.

Enfin, on relève la constitution de réseaux européens et nationaux d'échanges de bonnes pratiques axés sur les marchés publics écologiques et durables : le programme européen Horizon 2020 finance ainsi le réseau « Procura + » qui vise à mettre en relations les acteurs de la commande publique durable. Le guide de la Commission européenne évoque plusieurs réseaux situés dans les États membres : ainsi, on mentionnera le partenariat pour les marchés publics écologiques au Danemark, qui permet aux acheteurs d'échanger leur expertise⁶⁰ ; en France, le « Reseco » a été créé depuis 2006⁶¹.

S'il n'existe pas de principe unitaire de l'économie circulaire, mais des éléments disséminés au niveau normatif, il faut constater également que les éléments de l'économie circulaire interviennent à différents stades de la commande publique.

⁵⁸ "Common Principles of Public Contracts in Europe: Background and Milestones", Principles of Public Contracts in Slovenia, Boštjan FERK, Petra FERK, Katja HODOŠČEK.

⁵⁹ Voir le rapport de Pedro CERQUEIRA GOMES: "The absence of national guidelines, codes of conduct at national or local level and the complexity and legal uncertainty surrounding the legal rules at EU and national level on this matter may justified the rare use of these possibilities".

⁶⁰ (www.groenneindkoeb.dk) Le partenariat est constitué d'une coalition d'organes gouvernementaux : chaque membre présente un rapport annuel sur le niveau de réalisation des objectifs. Il s'agit donc de convaincre de en démontrant l'efficacité des MPE, p. 21 du guide de la Commission.

⁶¹ Voir <https://reseco.fr/reseco/>.

2.2. L'intervention des principes de l'économie circulaire à différents stades de la commande publique

Si au Royaume-Uni on constate le cantonnement de ces principes au stade « *pre-procurement* »⁶², dans d'autres États⁶³, mais aussi en droit de l'Union européenne, on constatera plutôt une présence étendue des principes de l'économie circulaire, dès lors que ces principes interviennent à tous les stades de la commande publique. On évoquera l'intervention du paradigme de l'économie circulaire au stade de la détermination des besoins de l'autorité publique (2.2.1), mais également au moment de l'attribution et de l'exécution du marché (2.2.2).

2.2.1. L'économie circulaire dans la détermination des besoins de l'autorité publique

La Commission européenne évoque les critères élaborés au niveau de l'Union européenne et utilisés par les pouvoirs publics. On retrouve ces principes exprimés à travers la notion de durabilité ou de réparabilité lors de l'établissement ou de la révision des critères.

⁶² Voir le rapport de Yseult MARIQUE, "The duty is limited to the pre-procurement stage : Public Service (Social Value) Act 2012 (shortened here in PS(SV) Act 2012) creates a duty for public authorities to consider economic, social and environmental well-being in the pre-procurement stage of services contracts. It establishes a procedural connection between procurement and the purposes for which public authorities exercise their discretion. This duty results from long hesitations about the articulations between collective interests and market logic. It embeds collective interests in contracting".

⁶³ Aux Pays-Bas, l'article 1.4 (2) prévoit que les autorités contractantes doivent avoir pour objectif de respecter les exigences relatives au développement durable à tous les stades de la procédure. Voir le rapport de Sarah SCHOENMAEKERS, "On the basis of Article 1.4(2) contracting authorities should aim to secure as much societal value as possible and the Procurement Act allows for sustainability requirements to be taken into account in all phase of the procedure".

Par exemple, en effectuant un « sourçage », les acheteurs peuvent établir des échanges avec les acteurs économiques pour mieux définir les besoins, afin de rationaliser l'achat. Il s'agit d'un instrument qui permet de recenser des produits durables. Les acheteurs peuvent aussi mutualiser les achats afin de réaliser des économies d'échelle⁶⁴.

Les objectifs de l'économie circulaire peuvent également être traduits dans l'objet du marché par différents instruments : ainsi, il est possible de traduire ces objectifs par le recours à des spécifications techniques décrivant ainsi « les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public »⁶⁵. En France, parmi ces spécifications techniques⁶⁶, figurent « les niveaux de performance environnementale et climatique »⁶⁷. Selon le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les spécifications techniques peuvent être exprimées par référence à des normes ou documents équivalents accessibles aux candidats, ou en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, soit en combinant les deux méthodes. Il peut s'agir de labels environnementaux ou sociaux pour la réalisation d'une prestation⁶⁸. En Italie, on relève l'utilisation obligatoire dans les documents de passation des marchés, en tant que spécification technique, de critères environnementaux spécifiques liés à un certain nombre de biens, services et travaux, tels que définis par le ministère de l'Environnement par le biais

⁶⁴ En France, comme avec la Ville de Paris, qui, en 2010, a mis en place un groupement de commande pour fournir les repas à une dizaine de restaurants collectifs, ce qui lui a permis de choisir plus de 20 % de produits issus de l'agriculture biologique et en circuit court, sans augmentation significative des coûts. Dans le reste de l'Union européenne, au Danemark, un groupement de commande incluant plus de soixante villes a procédé à l'achat de meubles comprenant 70 % de bois recyclé ou certifié durable avec un coût inférieur de 26 % au prix du marché.

⁶⁵ Article 42 de la directive 2014/24/Union européenne.

⁶⁶ Selon l'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques, qui remplace à compter du 1er avril 2019 l'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics - NOR: EINM1608199V (JORF n°0074 du 27 mars 2016)] https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=EAB2B8D1FEBB719CB49357B5990B1BBC.tplgfr38s_3?cidTexte=JORFTEXT000038319259&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000038318056, JORF n°0077 du 31 mars 2019 - texte n° 84.

⁶⁷ Le décret relatif aux concessions n'a pas repris les conditions relatives aux clauses sociales et environnementales dans les spécifications techniques.

⁶⁸ L'acheteur est également invité à définir les caractéristiques attendues en se référant « au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés » ou « à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs ». Voir l'article 10 du décret de 2016.

d'actes spécifiques⁶⁹. Il est également possible pour les pouvoirs adjudicateurs de demander des informations sur les mesures de gestion de la chaîne d'approvisionnement⁷⁰.

Les principes de l'économie circulaire s'expriment également lors de l'attribution et l'exécution du marché.

2.2.2 L'économie circulaire dans l'attribution et l'exécution du marché

Les considérations environnementales peuvent faire partie des critères d'attribution⁷¹, mais elles doivent être en rapport avec l'objet du marché ou du contrat de concession. Ainsi, en Espagne, dans une affaire relative au marché de traitement des déchets du service andalous de santé, le choix s'était porté sur une usine de traitement des déchets dans la Communauté autonome d'Andalousie, notamment en se fondant sur l'argument de la minimisation du risque environnemental et pour la santé. Mais le tribunal administratif d'Andalousie a censuré ce choix, estimant que la distance entre les services et l'usine est accidentelle, et que ce critère n'était donc pas lié à l'objet du contrat⁷². En droit français, dès 2004, le code des marchés publics a autorisé les considérations environnementales comme critères d'attribution, à condition qu'elles soient en rapport avec l'objet du marché⁷³. Cette

⁶⁹ Voir le rapport de Matteo PIGNATTI: « Italian rules provide for the mandatory use in procurement documents (as technical specification) of specific environmental criteria related to a number of goods, services and works, as defined by the Ministry of the Environment through specific acts ». Law 28 December 2015 no. 221. Voir la note de bas de page 57.

⁷⁰ Ainsi, en 2013, la ville de Turin, dans le cadre de ses marchés de services de restauration scolaires des mesures et des critères visant à réduire l'empreinte carbone associée à ces services, a demandé aux fournisseurs de produire des données permettant de déterminer les parties de la chaîne d'approvisionnement qui présentaient le plus grand potentiel d'économie de CO2.

⁷¹ Voir le rapport sur l'Allemagne, « GWB, Section 97 paragraph 3, the German legislator closed the political and legal debates on social and environmental aspects' role in the award procedure ».

⁷² Voir le rapport sur l'Espagne, de Patricia VALCÁRCEL Fernández qui cite la Décision 410/2015 of the TACPJA.

⁷³ Les critères d'attribution directement liés aux performances environnementales, à la biodiversité, au développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture et même au bien-être animal sont

exigence figure désormais aux articles L 2112-2 pour les marchés et L 3111-1 du code de la commande publique pour les concessions, depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique en avril 2019. Les réformes successives de la commande publique ont eu pour conséquence que le critère d'attribution du marché n'est plus uniquement le coût, mais le coût déterminé selon une approche globale : ce coût peut être « le coût du cycle de vie »⁷⁴ calculé selon une méthode parfois harmonisée⁷⁵. La globalité intervient également dans la détermination de ce qu'est une « offre économiquement la plus avantageuse »⁷⁶. L'article 62 du décret 2016-360 énumère un ensemble de « critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux » qui peuvent être considérés parallèlement au prix

envisageables dès lors qu'ils présentent un lien avec l'objet du marché. Cette démarche a été étendue dans la version 2006 du code des marchés publics (abrogé au 1er avril 2016). Issue des travaux du groupe « achats publics durables » du Grenelle de l'environnement de 2007, la circulaire du premier ministre du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable définit les objectifs en matière d'achats courants et de responsabilité sociale, à l'aide d'une série de fiches techniques par type d'achats. Par ailleurs, le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 introduit la possibilité de conclure des contrats globaux de performance, dans lesquels le titulaire s'engage notamment en matière d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

⁷⁴ Le coût de cycle de vie, critère d'attribution des marchés défini par l'article 63 du décret 2015-360, vise à intégrer l'ensemble des coûts directs et des externalités monétisables liés au cycle de vie du produit, service ou ouvrage fourni.

⁷⁵ Ainsi, l'Institut de l'économie circulaire mentionnait la directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie comme méthode harmonisée de calcul des coûts du cycle de vie d'un produit : en effet, à l'article 6 de la directive, figure la méthodologie de calcul de ce coût. Directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie, JO L 120, 15.5.2009, p. 5-12.

⁷⁶ La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

ou au coût des différentes propositions pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse⁷⁷.

L'article 38, I de la directive permet également de faire des objectifs sociaux et environnementaux une condition d'exécution du marché. Dès lors, les contraintes découlant de l'économie circulaire peuvent également s'exprimer dans les conditions d'exécution du marché : ces conditions peuvent prendre en compte « des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public »⁷⁸. Il s'agit notamment de l'utilisation des modes de transport qui respectent l'environnement ou encore le fait de préciser le mode de fourniture des biens : ainsi, il peut s'agir d'une spécification dans le mode de livraison des biens⁷⁹.

Toutefois, ces critères ne doivent pas aller à l'encontre du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination. Le lien avec l'objet du marché requis agit donc parfois comme un carcan dans la mise en œuvre des principes de l'économie circulaire⁸⁰. Précisément, après avoir constaté l'hétérogénéité de la normativité des principes de l'économie circulaire, il faut envisager les limites à la mise en œuvre des critères de l'économie circulaire, car l'enjeu véritable est de transformer ces objectifs affichés en dispositions effectives et concrètes.

3. LES LIMITES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES CRITERES DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE

⁷⁷ Le décret 2016-360 a été abrogé par le Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018. Aujourd'hui ces dispositions figurent à l'article R2352-5 du Code de la commande publique.

⁷⁸ Article L. 2112-2 du Code de la commande publique.

⁷⁹ Cela peut aller de la précision quant à la quantité livrée (en une seule fois), cela peut être la livraison en dehors des heures de pointe ou encore l'obligation de réduire et/ou recycler les emballages.

⁸⁰ Voir infra II. B., les garde-fous dans la mise en œuvre des principes de l'économie circulaire : le lien avec l'objet du marché, mais aussi le principe de proportionnalité.

Il s'agit ici de déterminer comment ces initiatives se traduisent au-delà des simples prescriptions normatives (3.1). Il faut évidemment s'interroger sur les obstacles posés par cette mise en œuvre et sur les limites rencontrées, afin de déterminer si ces limites vont jusqu'à vider ces principes de leur substance (3.2).

3.1. La traduction concrète de l'économie circulaire dans la commande publique

Tant le droit européen que le droit national promeuvent une utilisation aussi large que possible des éléments de l'économie circulaire dans les procédures de passation de marchés. Cela prend différentes formes.

Au niveau européen, la Commission s'engage à encourager les pouvoirs publics à avoir davantage recours à ces critères et à réfléchir à la façon dont les marchés publics écologiques pourraient être utilisés plus largement au sein de l'UE, en particulier pour les produits ou les marchés qui revêtent une importance capitale pour l'économie circulaire. Elle a d'ailleurs mis en place un service d'assistance afin de diffuser des informations concernant les marchés publics écologiques et de répondre aux demandes d'information des acteurs concernés⁸¹. Elle rappelle surtout la nécessité d'exemplarité de l'Union européenne à cet égard, à travers la traduction de l'économie circulaire dans les marchés publics de l'Union européenne⁸². « Premièrement, la Commission veillera à ce qu'à l'avenir un accent particulier soit mis sur les aspects pertinents pour l'économie circulaire, tels que la durabilité et la réparabilité, lors de l'établissement ou de la révision des critères »⁸³. Ainsi, la Commission européenne encourage les pouvoirs publics à avoir recours à ces critères, notamment « dans le cadre de programmes de formation ciblés ». Elle semble chiffrer le recours aux marchés publics

⁸¹ <http://ec.europa.eu/environment/gpp/helpdesk.htm>. Voir également le site web des MPE. <http://ec.europa.eu/environment/gpp/helpdesk.htm>

⁸² Enfin, la Commission « montrera l'exemple en veillant à ce que les marchés publics écologiques soient utilisés aussi largement que possible dans ses propres procédures de passation de marchés, et en renforçant l'utilisation de ces marchés dans le financement de l'Union européenne » Note 22 de la Communication de la Commission, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, 3 octobre 2017 COM(2017) 572 final.

⁸³ P. 9 de la Communication de 2015, préc.

écologiques à 93% de l'ensemble des contrats de ses services d'une valeur supérieure à 60 000 euros⁸⁴.

Au niveau national, il existe des plans nationaux d'action⁸⁵ pour les achats durables : en France, le plan a été mis en place en 2015, pour une période allant jusqu'à 2020⁸⁶. La loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique et pour la croissance verte avait enrichi la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire qui avait institué les « schémas de promotion des achats publics socialement responsables »⁸⁷. Ces schémas doivent promouvoir les achats responsables et contribuent à la promotion d'une économie circulaire. La loi du 17 août 2015 constitue d'ailleurs un texte « matriciel »⁸⁸ de la commande publique durable. Elle va plus loin que la loi de 2014 puisqu'elle soumet la commande publique à une logique de performance environnementale. La loi a autorisé les communes et leurs groupements à participer au capital d'une société anonyme ou société par actions simplifiée dont l'objet social est « la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire »⁸⁹. En France, la loi de 2015 fonde d'autres dispositifs : en matière de transports, après avoir exposé d'une manière générale que « le développement et le déploiement des transports en commun à faibles émissions de gaz à effet de serre et de polluants atmosphériques constituent une priorité tant au regard des exigences de la transition énergétique que de la nécessité d'améliorer le maillage et l'accessibilité des territoires », le législateur prévoit pour ce qui concerne la commande publique, et quel que soit son objet,

⁸⁴ Voir le rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relatif à la mise en œuvre du plan d'action en faveur d'une économie circulaire COM(2019) 190 final, 4 mars 2019 : « Les services de la Commission à Bruxelles ont utilisé les critères applicables aux marchés publics écologiques dans 93 % de l'ensemble de leurs contrats d'une valeur supérieure à 60 000 EUR ». sp. p. 4.

⁸⁵ Les plans d'action nationaux (PAN) en faveur des MPE ou des MPD décrivent toute une série d'actions et de mesures d'aide en faveur des marchés publics écologiques ou durables.

⁸⁶ Le plan est disponible à l'adresse suivante : https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Plan_national_d_action_pour_les_achats_publics_durables_2015-2020.pdf.

⁸⁷ Grégory KALFLÈCHE, « Contractualisation et interventionnisme économique », RFDA, 2018 p. 214.

⁸⁸ Voir Guylain CLAMOUR, Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2015, comm. 226.

⁸⁹ Voir l'article L. 2253-1 CGCT, modifié par la loi de 2015, préc.

que « lorsque les marchés publics impliquent pour leur réalisation que des opérations de transport de marchandises soient exécutées, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, peut se faire au profit des offres qui favorisent l'utilisation du transport ferroviaire, du transport fluvial ou de tout mode de transport non polluant »⁹⁰. Pour l'État et les collectivités, c'est encore la diminution de 30 % de la consommation de papier bureautique et la mise en place d'un plan de prévention en ce sens : ainsi, cela se traduit pour les pouvoirs publics par l'achat de produits moins nocifs, comme les produits de nettoyage, ou encore les produits avec emballages réutilisables. Il faut également évoquer l'approvisionnement en nourriture « bio » pour les écoles et la lutte contre le gaspillage alimentaire⁹¹ : on relève de nouvelles obligations pour la restauration collective, en termes de cycle de vie des produits ou denrées alimentaires⁹² concernant les collectivités territoriales⁹³. Les collectivités territoriales devront donc veiller à prendre en compte ces nouvelles dispositions dans le cadre de la commande publique. De manière spécifique, nombre de dispositions consacrées par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, concourent à de réelles marges de manœuvre tant juridiques qu'économiques pour promouvoir un approvisionnement local.

Par ailleurs, il s'agit ici de dépasser les seules prescriptions normatives et de déterminer en pratique, quel taux de contrats publics est réellement soumis aux principes de l'économie circulaire. A cet égard, on s'aperçoit qu'en France, le Conseil économique social et environnemental, s'est plaint que les critères sociaux et environnementaux d'attribution des marchés publics soient en réalité peu utilisés : ainsi, seuls 12,2 % des marchés de l'État contenaient en 2016 une clause environnementale et seulement 4,4 % une clause sociale - et

⁹⁰ Article 36 de la loi de 2015.

⁹¹ Voir l'article L. 541-15-3 du Code de l'environnement, créée par l'article 102 de la loi n° 2015-992, 17 août 2015.

⁹² Ce sont les dispositions découlant de la loi « EGALIM ». La loi sur les états généraux de l'alimentation a été promulguée le 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable.

⁹³ Les collectivités territoriales devront donc veiller à prendre en compte ces nouvelles dispositions dans le cadre de la commande publique.

n'aient pas l'effet de levier escompté, en particulier sur les entreprises de l'économie sociale et solidaires (ESS)⁹⁴. L'imposition d'objectifs chiffrés dans la loi « économie circulaire » de 2020 cherche à remédier à ces lacunes en pratique⁹⁵.

Dans le reste de l'Europe, plusieurs exemples concrets d'achats « verts » sont présentés dans le guide de la Commission européenne⁹⁶ : à la fin de l'année 2011, l'Irlande a adopté son plan d'action en faveur des MPE, intitulé *Green tenders*⁹⁷. Celui-ci a pour objectif d'atteindre 50 % de marchés publics écologiques dans huit groupes de produits et services⁹⁸. En Italie, il existe des critères environnementaux définis pour la restauration collective et les achats de fourniture⁹⁹. En République tchèque, environ 20 millions d'euros sont dépensés chaque année par les ministères en achats écolabelisés : les chaudières, l'équipement informatique et les articles de papeterie représentant la plus grande part des achats écolabelisés¹⁰⁰.

2.2. La nécessité de développement d'outils à la mise en œuvre de ces critères

⁹⁴ Pour un constat similaire en Croatie, sur les différences entre les ambitions affichées et la pratique : en effet, on a pu constater que depuis 2015, sur un total de 25000 procédures d'achat public, seules 1000 contenaient des critères de sélection environnementaux. Rapport de M. TURUDIĆ, préc. ; Voir également le constat opéré pour le Portugal, dans le rapport de Pedro CERQUEIRA GOMES, préc.

⁹⁵ Voir l'article 58 de la loi préc.

⁹⁶ Une centaine d'exemples a été recensée : le guide de la Commission renvoie à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/environment/gpp/case_en.html.

⁹⁷ <https://www.dccae.gov.ie/en-ie/environment/publications/Documents/47/Green%20Tenders%20-%20Action%20Plan%20on%20Green%20Public%20Procurement.pdf>

⁹⁸ Dans la dernière édition du guide, il est précisé qu'« En 2014, l'Agence pour la protection de l'environnement a publié un ensemble complet de critères et d'orientations afin d'aider les autorités à atteindre cet objectif. Les critères reposent sur ceux établis au niveau de l'Union européenne mais prennent en considération les habitudes d'achat et la structure de marché de l'Irlande ».

⁹⁹ Voir le rapport de Matteo PIGNATTI, qui fait référence à la loi italienne du 28 décembre 2015, no. 221. See also Environmental Ministry, Action plan for environmental sustainability of consumption in the public administration sector

https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/GPP/all.to_19_PAN_GPP_definitivo_21_12_2007.pdf.

¹⁰⁰ Voir le manuel sur les MPE, Acheter vert !, préc.

Les autorités nationales disposent de marges de manœuvre importantes : aucune sanction n'est prévue, laissant les acheteurs libres de les intégrer ou non dans leurs marchés¹⁰¹. La liberté est ainsi perçue au Danemark¹⁰² ou encore en Slovénie, où il semble que la pratique des autorités contractantes incorpore des critères environnementaux, mais seulement dans la mesure strictement nécessaire à leur conformité avec le droit¹⁰³. Au Royaume-Uni¹⁰⁴, le *Public Service (Social Value) Act 2012*, laisse une marge de manœuvre dans l'application de ces éléments. En effet, *The PS(SV) Act 2012* exige des autorités publiques qu'elles prennent en compte « comment ce qui est proposé pourrait améliorer le bien-être économique, social et environnemental » de leurs régions et « comment, dans la conduite du processus de passation des marchés, cela pourrait agir en vue d'assurer cette amélioration »¹⁰⁵. Mais cette obligation est ainsi doublement limitée dans sa portée et sa force exécutoire¹⁰⁶.

La mise en œuvre de ces critères dépend surtout d'éléments qui jouent le rôle de garde-fou, permettant la distinction entre des contrats publics qui iraient à l'encontre des principes fondamentaux de la concurrence et ceux qui prendraient en compte les principes de l'économie circulaire, mais dans le respect de ces principes : on l'a dit¹⁰⁷, il s'agit de veiller

¹⁰¹ Voir le rapport d'Yseut MARIQUE : « The outcome of these considerations and the integration of circular economy components in the contractual design, terms or performance is often left uncharted in the legislation ».

¹⁰² Voir le rapport de Carina RISVIG HAMER, « Thus, the choice of taking into account such elements is left for the contracting authorities' discretion ».

¹⁰³ Voir le rapport de Boštjan FERK, Petra FERK, Katja HODOŠČEK, « It is evident from the practice of contracting authorities that most of them incorporate environmental criteria only to the extent strictly necessary for compliance with the rules of the regulation, and to this end (often inappropriate in the light of the subject of the contract) use examples of environmental requirements and criteria prepared by DJN ».

¹⁰⁴ Voir le rapport d'Yseut MARIQUE, préc.

¹⁰⁵ La question de l'impact du Brexit sur ces éléments peut toutefois être soulevée : « Assessing the impact of Brexit on sustainability, Environmental policies the UK adopted as part of the EU are at risk of being compromised, and many environmentalists have voiced concerns over the negative outcome Brexit will have on the progress of sustainability in the supply chain ». Voir https://www.procurementleaders.com/brexit/brexit-resources/assessing-the-impact-of-brexit-on-csr-sustainability#.Xr6mSC_pOnc

¹⁰⁶ V. le rapport d'Yseut MARIQUE, et le PS(SV) Act 2012 section 1(3)(a) and (b).

¹⁰⁷ Voir supra I. B.

à ce que tout ce qui est exigé des soumissionnaires potentiels et de leurs offres soit d'abord bien lié à l'objet du marché, ce qui peut parfois constituer un obstacle pour les autorités publiques, soucieuses d'éviter des recours potentiels. En outre, les principes de l'économie circulaire rencontrent la limite relative à la proportionnalité. Les autorités doivent ainsi prendre en compte ce qui est nécessaire pour la commande publique, mais cela ne doit pas s'étendre au-delà¹⁰⁸. En effet, l'existence de ces critères, notamment les critères environnementaux, ne doit pas se substituer à l'obligation de création d'une véritable politique environnementale de l'entreprise¹⁰⁹.

Une autre limite que l'on rencontre dans plusieurs ordres juridiques des États membres est une limite très pragmatique : il s'agit de la formation des autorités publiques. Ainsi, comme on a pu le souligner¹¹⁰, dans certains États, la préoccupation environnementale et sociale sont des tendances plutôt récentes : par conséquent, les autorités publiques ne sont pas formées à ces politiques et leur acceptation se fait de manière graduelle. En République tchèque, par exemple, la prise en considération a émergé de manière récente, même si, pour les spécialistes, il est raisonnable de penser que ces préoccupations vont progressivement prendre davantage d'importance¹¹¹. En France, les pouvoirs adjudicateurs, notamment les

¹⁰⁸ V. le rapport d'Yseult MARIQUE, préc. Indeed, the authority only needs to take into account what is relevant to the procurement, and not overall economic, social or environmental well-being, voir le PS(SV) Act 2012 section 1(6). Aux Pays-Bas, c'est d'ailleurs dans le « Proportionality guide » que l'on retrouve les règles relatives aux conditions sociales et de durabilité. V. le rapport de S. SCHOENMAEKERS.

¹⁰⁹ On retrouve d'ailleurs la même logique pour les critères sociaux. Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 25 mai 2018, 417580, à propos d'un critère ayant pour objet de noter la « performance en matière de responsabilité sociale » des soumissionnaires. Le Conseil d'État estime que « ces critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché ; ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ».

¹¹⁰ Voir supra, nos propos introductifs.

¹¹¹ V. les observations des auteurs du rapport, Adéla HAVLOVÁ, Martin RÁŽ, Jana PETROVÁ, Barbara FIKAROVÁ.

collectivités territoriales, ne sont pas complètement familiarisées avec cette nouvelle politique, en outre, les règles en matière de contrat public ont connu tellement de mutations ces dernières années qu'elles nécessitent une adaptation de la part des personnels travaillant au sein de ces collectivités. Certains auteurs évoquent de plus la nécessité pour les acheteurs publics d'acquérir une « culture de rationalisation économique préalable à l'achat »¹¹². Au Danemark, même si les variations sont importantes d'une autorité à une autre, les tendances convergent vers une prise en compte accrue de ces critères¹¹³.

Plus encore, certains critères sont assez difficiles à appréhender comme le coût du cycle de vie. Il n'existe pas toujours de méthode harmonisée de calcul. Le guide de l'achat vert préconisait alors de se concentrer sur des éléments « faciles à calculer » et dotés d'un « caractère économique évident »¹¹⁴ : les économies en matière d'eau et d'énergie peuvent « facilement servir de critères d'attribution dans les procédures de marchés publics »¹¹⁵. Le

¹¹² Voir les remarques de Guillaume GAUCH et Samuel COUVREUR, <https://www.seban-associés.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/08/La-commande-publique-circulaire-Contrats-Publics-juillet-août-2018-SCC-GG.pdf>

¹¹³ Voir le rapport de Carina RISVIG HAMER, qui renvoie aux lignes directrices de l'autorité danoise de la concurrence et de la consommation. Guidelines from the Danish Competition and Consumer Authority can be found at: <https://www.kfst.dk/udbud/vejledninger-og-analyser/>.

¹¹⁴ Guide « Acheter vert », 2005, p. 37.

¹¹⁵ Ibid. Dans la dernière édition, les critères sont plus précis : il faut tenir compte de tous les coûts qui seront encourus pendant la durée de vie du produit, des travaux ou du service: - le prix d'achat et tous les frais connexes (livraison, installation, assurance, etc.); -les frais d'exploitation, dont la consommation d'énergie, de carburant et d'eau, et l'entretien; - les frais de fin de vie, tels que le déclassement ou l'élimination. Le guide de l'achat vert renvoie à une liste non exhaustive des outils disponibles pour calculer les coûts de cycle de vie : Calculateur de CCV de la Commission européenne pour les marchés publics de véhicules <http://ec.europa.eu/transport/themes/urban/vehicles/directive/> ; Méthode commune de calcul des CCV de la Commission européenne pour le bâtiment: http://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/support-tools-studies/index_en.htm ; Outil d'évaluation des CCV et des émissions de CO2 dans les marchés publics, mis au point dans le cadre du projet SMART-SPP: <http://www.smart-spp.eu> ; Outil de calcul des CCV produit par le Conseil de gestion environnementale suédois (SEMCo): [http://www.upphandlingsmyndig.heten.se/omraden/lcc/lcc-kalkyler/Outil de calcul des CCV](http://www.upphandlingsmyndig.heten.se/omraden/lcc/lcc-kalkyler/Outil%20de%20calcul%20des%20CCV) mis au point dans le cadre du projet BUY SMART: <http://www.buy-smart.info>. On trouve quelques outils de calcul spécifiques à certains secteurs sur le site <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>.

coût du cycle de vie peut également inclure le « coût des externalités », c'est-à-dire des coûts pour la société de certaines incidences environnementales, tels que ceux liés au changement climatique ou à l'acidification du sol ou de l'eau ou encore à l'émission de gaz à effet de serre. Le droit européen impose alors que la méthode de calcul et les données demandées aux soumissionnaires soient indiquées dans le dossier d'appel d'offres¹¹⁶. Le critère, souvent négligé, du coût de l'élimination des déchets peut également facilement être pris en compte. Si certains États ont pu proposer des indicateurs objectifs de cette notion subjective¹¹⁷, la notion de bien-être ou « *well being* » n'est pas facile à quantifier et il semble difficile de reprocher aux acteurs de la commande publique le fait d'avoir tendance à se réfugier sur des critères plus objectifs¹¹⁸.

Le droit de l'Union européenne pourrait ici faciliter le travail des pouvoirs adjudicateurs en intégrant pleinement les labels écologiques qui intégreraient le coût du cycle de vie, car les conditions dans lesquelles le recours à ces labels est aujourd'hui admis apparaissent restrictives¹¹⁹. Certains estiment même qu'un tel encadrement permettrait d'objectiver ce critère permettant le dépassement du lien avec l'objet du marché¹²⁰. De manière générale, le droit de l'Union pourrait être beaucoup plus incisif dans la formulation de ce qui est attendu de la part des États membres¹²¹.

¹¹⁶ Plus précisément, les directives de 2014 prévoient que, la méthode de calcul, se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires; soit accessible à toutes les parties intéressées ; et que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligent.

¹¹⁷ Voir Yseut MARIQUE, Well-being is a notion which may be difficult to quantify, although indicators are being developed by the Office for National Statistics (ONS) and Defra. EAC, Measuring Well-being and sustainable development: Sustainable development indicators: Government response to the committee's fifth report of session 2012–13 (139 HC 2013–14); ONS, Measuring national well-being: Life in the UK, 2012.

¹¹⁸ Cette tendance est observée dans plusieurs États membres.

¹¹⁹ Voir supra, l'affaire Max Havelaar, préc.

¹²⁰ SMART Project Report, Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals, sp. p. 38.

¹²¹ Voir le SMART Project Report, préc., sp. p. 41-49.

4. CONCLUSION

Si l'on a pu disqualifier l'unité d'un « principe d'économie circulaire » et plutôt constater une hétérogénéité de valeur normative relative à ces exigences, en considérant la mise en œuvre du principe, il faut admettre qu'il est encore en construction. Ces éléments sont toutefois incontestablement en phase de consolidation tant au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne que dans celui des États membres. La pandémie mondiale causée par le covid19 a-t-elle mis à bas cette construction ? La Commission européenne a adopté une communication sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19¹²² : cette communication n'évoque pas l'économie circulaire, *per se*, mais elle rappelle la nécessité d'intégrer des exigences environnementales ou sociales. Ainsi, « l'interaction avec le marché pourrait constituer une excellente occasion de tenir compte également d'aspects stratégiques concernant les marchés publics, à savoir l'intégration, dans le processus de passation de marchés, d'exigences environnementales ou sociales ou en matière d'innovation »¹²³. Le plan de relance français présenté en septembre 2020 consacre 30 milliards d'euros (représentant 30% du montant total) au « verdissement de l'économie » sur la période 2020-2022¹²⁴. On ne peut toutefois s'empêcher de remarquer qu'en pratique, dans le cadre de la gestion urgente de la crise sanitaire, le réflexe n'a pas été d'insérer des dispositions accordant une priorité à ces considérations¹²⁵, ni dans les instruments juridiques

¹²² Voir la communication, Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19, JOUE du 1^{er} avril 2020).

¹²³ Voir la communication, préc. p. 2.

¹²⁴ Voir le rapport de l'Institut de l'économie circulaire, disponible en ligne : https://institut-economie-circulaire.fr/wp-content/uploads/2020/09/economie-circulaire-et-plan-de-relance_inec.pdf

¹²⁵ Voir par exemple, l'ordonnance n° 2020-319 du 15 mars 2020, en France, portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas, qui ne mentionne pas de dispositions relatives aux exigences environnementales ou sociales. La loi portant diverses dispositions urgentes pour faire face aux conséquences de l'épidémie de covid19 a autorisé le report de nombreuses mesures législatives qui devaient entrer en vigueur, parmi

nationaux, ni même dans les marchés passés par les institutions européennes¹²⁶, confirmant encore une fois l'écart persistant parfois entre affirmation des principes et mise en œuvre en pratique de ces éléments.

***Abstract.** In recent years, at national, European and international level, public contracts have been regarded as instruments to ensure the protection of social and environmental interests through the application of circular economy principles. In this article the principles of circular economy in regulating public contracts are identified since they are given different interpretations depending on their role within the legal systems of European directives and policies by each Member States. The article finally focuses on the consequences of the practical application of these principles, which are often only mentioned in legislation but still lack specific implementation tools at local level.*

lesquelles la loi sur l'économie circulaire. V. toutefois, le scepticisme et l'incertitude de certains acteurs : « la crise sanitaire du COVID-19 et ses conséquences économiques vont peut-être remettre en cause les ambitions du projet, les entreprises vont peut-être demander de relâcher la pression quand les collectivités au contraire vont souhaiter une stratégie plus affirmée sur la résilience par une relocalisation de l'économie et des modèles de développement moins soumis aux aléas, mieux maîtrisés par les élus locaux ». <https://www.equilibredesenergies.org/21-04-2020-leconomie-circulaire-sera-au-centre-de-la-renaissance-apres-la-crise-du-covid-19/>

¹²⁶ A titre d'illustration, une recherche rapide sur TED concernant un échantillon de cinquante avis de marché publiés par la Commission européenne elle-même entre mars 2020 et septembre 2020, relatifs à la fourniture de masques, de gants ou de gel hydro-alcoolique, moins de dix mentionnaient parmi les critères requis des exigences environnementales (critère de la réutilisation possible des fournitures), sur une trentaine d'avis de marchés consultés.