



la fédération
des entreprises
d'insertion

Efficacité économique,
finalité sociale



NOTE JURIDIQUE

Les apports de la Loi « Climat »
en matière de commande
publique

Août 2021

Soutenu par



Délégation générale
à l'emploi et à la
formation professionnelle



Ce projet est cofinancé
par le Fonds social
européen dans le cadre
du programme
opérationnel national
« Emploi et Inclusion »

Février 2021

Dépôt du projet de loi
au Parlement

20 juillet 2021

Adoption de la loi

13 août 2021

Décision du Conseil
constitutionnel

24 août 2021

Publication de la loi

Issue notamment des propositions de la Convention citoyenne pour le climat, la **Loi « Climat & résilience »** a été votée le 20 juillet 2021 et publiée le 24 août.



Retrouvez toutes les réponses à ces questions dans la présente note qui vise au décodage des principales dispositions qui intéresseront demain Ei, ETTi et EiTl.

Des efforts récompensés après des mois et des années de travail et d'échanges sur le sujet-clé de la commande publique inclusive

Le **projet de loi « Climat & résilience »**, qui avait pour ambition initiale d'accélérer la transition de l'économie vers une société plus verte, ciblait en particulier le rôle à jouer par les **acheteurs publics** afin d'opérer ce virage écologique.

Convaincue de longue date qu'une transition écologique réussie est également solidaire et sociale, la fédération a profité de la fenêtre ouverte pour verser ses propositions aux débats parlementaires. Avec succès puisqu'elle a obtenu que les discussions ne se focalisent pas seulement sur les considérations environnementales dans la commande publique, mais qu'elles s'ouvrent aussi aux **considérations sociales**.

C'est donc grâce à ce travail acharné auprès des **parlementaires, ministères, associations de collectivités, fédérations professionnelles** que la version définitive du texte voté et publié au *Journal officiel* le 24 août 2021 comporte de réelles avancées en matière d'emploi et d'achats inclusifs.

Soutenu par



Délégation générale
à l'emploi et à la
formation professionnelle



Ce projet est cofinancé
par le Fonds social
européen dans le cadre
du programme
opérationnel national
« Emploi et Inclusion »

EN BREF : Les différents points décryptés

- ✓ L'intégration des objectifs de développement durable dans le droit de la commande publique p. 5
- ✓ Les objectifs de développement durable dans la définition des besoins de l'acheteur (spécifications techniques) p. 6
- ✓ Évolution du Schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables p. 7
- ✓ La prise en compte des considérations **SOCIALES** dans les conditions d'exécution de certains marchés p. 8
- ✓ La prise en compte des considérations **ENVIRONNEMENTALES** dans les conditions d'exécution des marchés p. 9
- ✓ La prise en compte des considérations **ENVIRONNEMENTALES** dans les critères d'attribution des marchés p. 10

Soutenu par

Le Code avant la Loi Climat	Ce que dit l'article 35 de la Loi Climat	Ce que ça signifie concrètement	Analyse et commentaires juridiques
-	<p>CRÉATION Art. L. 3-1 : « <i>La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code.</i> »</p>	<p>Le droit de la commande publique obéit à des principes généraux (égalité de traitement, libre accès aux marchés, transparence des procédures) assurant la neutralité des règles et des achats et ne permettant donc pas de réaliser les objectifs de politique publique que l'État pourrait décider de se donner.</p> <p>L'intégration des objectifs de développement durable, portée par la fédération, opère un rééquilibrage : la recherche du meilleur rapport qualité-prix, qui guidait jusqu'ici le choix des acheteurs, devra à l'avenir être conciliée avec l'atteinte des objectifs de développement durable compris dans ses trois volets – économique, social, environnemental.</p>	<p>* Des « principes généraux » ? Les principes généraux du droit de la commande publique s'appliquent à tous marchés (marchés réservés compris) et concessions. Ils impliquent par exemple l'absence de favoritisme et de discrimination et imposent la mise en concurrence et la publicité (hors marchés de gré à gré) → aucune disposition légale ou réglementaire ni aucune clause de marché ne peut y contrevenir.</p> <p>* Quelle hiérarchie entre principes ? Il existe une hiérarchie entre les principes du droit de la commande publique (égalité de traitement > transparence & libre accès). Les juges devront préciser où se situe le nouveau principe au sein de cette hiérarchie.</p> <p>* Quelle portée ? Le principe s'impose a priori aux acheteurs, qui seront donc tenus de rechercher à atteindre des objectifs de développement durable dans leurs achats. Sa portée reste néanmoins à préciser. La fédération avait défendu l'obligation, pour l'acheteur, de justifier de la prise en compte de ces objectifs, mais l'amendement, d'abord retenu, n'a pas été repris dans le texte définitif de la Loi.</p>

Les objectifs de développement durable dans le droit de la commande publique

En vigueur

Soutenu par



Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle



Ce projet est cofinancé par le Fonds social européen dans le cadre du programme opérationnel national « Emploi et Inclusion »

Le Code avant la Loi Climat	Ce que dit l'article 35 de la Loi Climat	Ce que ça signifie concrètement	Analyse et commentaires juridiques
<p>Art. L. 2111-2 : « Les travaux, fournitures ou services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence à des spécifications techniques. »</p>	<p>AJOUT « Ces spécifications techniques prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. »</p>	<p>En tant que principe général devant guider les acheteurs dans leurs achats, la prise en compte des objectifs de DD doit intervenir à tous les stades de la procédure, notamment au moment de la définition des besoins de l'acheteur.</p> <p>Ces besoins s'expriment par référence à des spécifications techniques (normes techniques ou exigences fonctionnelles ou de performance dans les processus ou méthodes de production ou dans la qualité des travaux à réaliser ou des prestations sollicitées, par exemple). Ces spécifications ne seront donc plus seulement strictement techniques : elles devront également comporter une dimension économique, sociale et environnementale.</p>	<p>* Obligation ou simple possibilité ? Il s'agit bien d'une obligation : l'acheteur est tenu de prendre en compte des objectifs de DD lorsqu'il définit ses besoins, tant dans leur nature que dans leur étendue.</p> <p>* Quelle portée ? Les spécifications techniques ne sont pas librement déterminées puisque l'acheteur doit retenir des spécifications justifiées par l'objet du marché. Or, il pourra s'avérer plus difficile d'établir ce lien avec des spécifications techniques d'ordre social qu'avec des spécifications techniques d'ordre environnemental (cette condition de lien avec l'objet du marché est source d'insécurité juridique et explique souvent les réticences des acheteurs à introduire des clauses sociales dans les marchés). La jurisprudence sera à suivre de près.</p> <p>* Et quant aux contrats de concession ? La Loi précise que la mesure applicable aux marchés publics s'étend aux contrats de concession (hors contrats de concession de défense ou de sécurité).</p>

Besoins de l'acheteur, spécifications techniques et objectifs de développement durable

Entrée en vigueur suspendue à décret (sous 5 ans)

Soutenu par



Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle



Ce projet est cofinancé par le Fonds social européen dans le cadre du programme opérationnel national « Emploi et Inclusion »

Le Code avant la Loi Climat	Ce que dit l'article 35 de la Loi Climat	Ce que ça signifie concrètement	Analyse et commentaires juridiques
<p>Art. L. 2111-3 : « Les collectivités territoriales et les acheteurs (...) adoptent un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables lorsque le montant total annuel de leurs achats est supérieur à [100 millions d'euros]. »</p>	<p>AJOUT <i>« Ce schéma comporte des indicateurs précis, exprimés en nombre de contrats ou en valeur et publiés tous les deux ans, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement et écologiquement responsable parmi les achats publics réalisés par la collectivité ou l'acheteur concerné. Il précise les objectifs cibles à atteindre pour chacune de ces catégories, notamment ceux relatifs aux achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale agréées au sens de l'article L. 3332-17-1 du code du travail, d'une part, ou auprès des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables, d'autre part. »</i></p>	<p>Issu de la Loi ESS de 2014, le SPASER est un outil qui favorise notamment l'accès à la commande publique des structures de l'ESS ainsi qu'un moyen de développer le nombre de clauses sociales et d'heures d'insertion dans les marchés publics.</p> <p>La Loi Climat en améliore la transparence et les moyens d'évaluation : le Schéma devra à l'avenir comporter des indicateurs précis sur le taux réel d'achats responsables et fixer de façon détaillée les objectifs à atteindre.</p> <p>Cette mesure poussée par la fédération vise à inciter les acheteurs à donner un élan supplémentaire à la promotion et au développement, outre des circuits courts également au cœur des SPASER, de l'inclusion sociale et devrait donc bénéficier en premier lieu aux entreprises ESUS et, plus largement, aux structures de l'IAE et du handicap.</p>	<p>-</p>

Schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables

En vigueur au 1^{er} janvier 2023

Soutenu par



Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle



Ce projet est cofinancé par le Fonds social européen dans le cadre du programme opérationnel national « Emploi et Inclusion »

Le Code avant la Loi Climat	Ce que dit l'article 35 de la Loi Climat	Ce que ça signifie concrètement	Analyse et commentaires juridiques
-	<p>CRÉATION Art. L. 2112-2-1 : « <i>L'acheteur prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens (...).</i> »</p>	<p>Pour les marchés formalisés (dont la valeur dépasse les seuils européens et qui sont soumis à une procédure formalisée), les acheteurs intégreront, dans les conditions d'exécution des marchés, des considérations sociales ou relatives à l'emploi.</p> <p>Un pas important a été franchi : non seulement les personnes défavorisées seront enfin prises en compte dans une grande partie des achats, mais toute absence de considération sociale devra être justifiée.</p>	<p>* Obligation de prise en compte ? Oui, mais l'acheteur peut en être exonéré dans certains cas à condition de justifier alors par écrit son choix de ne pas les prendre en compte.</p> <p>* Quelles exceptions ? L'acheteur peut échapper à son obligation lorsque : le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible ; l'aspect social n'a pas de lien ou n'a qu'un lien insuffisant avec l'objet du marché ; la prise en compte des considérations sociales porte atteinte à la concurrence ou entrave l'exécution du marché ; le marché est d'une durée < à 6 mois.</p>
-	<p>CRÉATION Art. L. 3114-2-1 : « <i>L'autorité concédante prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses contrats de concession dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen (...).</i> »</p>	<p>La mesure introduite et présentée ci-dessus a été étendue aux concessions.</p>	<p>L'autorité concédante a également l'obligation de prendre en compte les considérations sociales et doit, lorsqu'il s'y abstenait, se justifier par écrit en établissant soit qu'une telle prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du contrat de concession, soit qu'elle serait de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution du contrat de concession (2 exceptions donc, au lieu de 4 retenues pour les marchés).</p>

Entrée en vigueur suspendue à décret (sous 5 ans)

Prise en compte des considérations sociales dans les conditions d'exécution de certains marchés



Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle



Ce projet est cofinancé par le Fonds social européen dans le cadre du programme opérationnel national « Emploi et Inclusion »

Le Code avant la Loi Climat	Ce que dit l'article 35 de la Loi Climat	Ce que ça signifie concrètement	Analyse et commentaires juridiques
<p>Art. L. 2112-2, al. 2 : « Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations. »</p>	<p>MODIFICATION « Les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement. Elles peuvent également prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations. »</p>	<p>Pour l'exécution du marché, l'acheteur peut habituellement définir, sans y être contraint, certaines exigences à caractère environnemental ou social.</p> <p>La Loi change la donne puisqu'elle imposera de prendre en compte des considérations environnementales. Les considérations sociales ou relatives à l'emploi quant à elles demeurent possibles, ni plus ni moins qu'auparavant.</p> <p>Cette solution s'explique par l'ambition initiale du projet de loi et le fait que la Convention citoyenne pour le climat qui en est à l'origine et qui avait proposé de soumettre les achats publics à une condition de performance environnementale générale.</p>	<p>* Obligation de prise en compte ? Oui : les conditions « prennent en compte » et non pas seulement « peuvent prendre en compte » les considérations environnementales ; l'acheteur y est donc tenu.</p> <p>* Quelle portée ? L'obligation de prise en compte des considérations environnementales se heurte à celle en vertu de laquelle les conditions d'exécution du marché doivent dans tous les cas être liées à l'objet du marché, ce qui sera parfois de nature à en limiter la portée.</p> <p>* Et les considérations sociales ? Elles demeurent en principe facultatives, la Loi dessinant une hiérarchie a priori entre les considérations environnementales et les autres (ce qui pose question au regard du principe introduit à l'article L. 3-1). Mais la prise en compte des considérations sociales n'est pas en reste puisqu'elle devient la règle pour certains marchés (v. page précédente).</p> <p>* Champ d'application ? La mesure s'applique à tout marché public (y compris de défense et de sécurité) et aux contrats de concession.</p>

Prise en compte des considérations environnementales dans les conditions d'exécution des marchés

Entrée en vigueur suspendue à décret (sous 5 ans)

Soutenu par



Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle



Ce projet est cofinancé par le Fonds social européen dans le cadre du programme opérationnel national « Emploi et Inclusion »

Le Code avant la Loi Climat	Ce que dit l'article 35 de la Loi Climat	Ce que ça signifie concrètement	Analyse et commentaires juridiques
<p>Art. L. 2152-7 : « <i>Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.</i> »</p>	<p>AJOUT « <i>Au moins un de ces critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre.</i> »</p>	<p>Au moment où il examine les offres des candidats, l'acheteur attribue le marché celle qui est économiquement la plus avantageuse. Cette appréciation est faite en principe à partir d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.</p> <p>La Loi impose que l'appréciation du caractère économiquement avantageux soit au moins en partie effectuée en prendre en compte le volet environnemental de l'offre. D'autres critères (notamment d'ordre social) pourront toujours intervenir, mais au choix de l'acheteur.</p>	<p>* Obligation de prise en compte ? Oui. Le choix d'un acheteur de ne pas tenir compte, à côté de son prix, de la « qualité verte » de l'offre de travaux ou de prestations offerts sera de nature à être contesté.</p> <p>* À quelles conditions ? Cette prise en compte n'est pas tout à fait libre : il faut encore que le critère environnemental soit précis, objectif et lié à l'objet du marché.</p> <p>* Et les considérations sociales ? La Loi n'en parle pas. La prise en compte des aspects relatifs à l'emploi dans la décision d'attribution du marché reste donc une simple possibilité.</p> <p>* Champ d'application ? La mesure est applicable aux marchés publics et contrats de concession (hors concession de sécurité ou de défense).</p>

Prise en compte des
considérations
environnementales
dans les critères
d'attribution
des marchés

Entrée en vigueur
suspendue à décret
(sous 5 ans)

Soutenu par



Délégation générale
à l'emploi et à la
formation professionnelle



Ce projet est cofinancé
par le Fonds social
européen dans le cadre
du programme
opérationnel national
« Emploi et Inclusion »

RAPPEL

Ce support constitue une présentation synthétique des différentes modifications intervenues à la suite de la publication de la Loi « Climat » le 24 août 2021 et issues de son article 35.

Son contenu est simplifié et nécessairement incomplet. Il ne dispense en aucun cas de consulter le Pôle juridique de la fédération ou un professionnel du droit afin d'obtenir davantage d'éléments d'explication.

Son contenu n'engage que la fédération.

Pôle juridique de la fédération
des entreprises d'insertion

juridique@lesentreprisesdinsertion.org
jp.bugnicourt@lesentreprisesdinsertion.org



Soutenu par



Délégation générale
à l'emploi et à la
formation professionnelle



Ce projet est cofinancé
par le Fonds social
européen dans le cadre
du programme
opérationnel national
« Emploi et Inclusion »