

*Avertissement* : cet article est paru dans sa version originale en anglais sur le site de l'International Centre for Trade and Sustainable Development. On peut le trouver sous cette forme à l'adresse suivante : <http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/the-wto-government-procurement-agreement-assessing-the-scope-for-green>

## **Accord de l'OMC sur les marchés publics : évaluer la marge de manœuvre pour les achats publics écologiques**

1<sup>er</sup> décembre 2015

Marchés publics – Biores – Volume 9 – n°10

Marc Steiner

*Que peut-on dire, dans une perspective européenne, de l'Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics et du programme de travail qui en découle en ce qui concerne les achats publics écologiques ?*

L'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) révisé couvre les achats de biens, de services et d'ouvrages opérés par les gouvernements pour un volume annuel estimé à 1,7 billions de dollars américains. La menace la plus sérieuse pesant sur les objectifs de l'AMP provient des politiques incitant à acheter national car elles constituent un obstacle au commerce et limitent potentiellement les droits des fournisseurs étrangers à répondre aux appels d'offres qui les intéressent. Pour des raisons évidentes, ces préoccupations ont été exprimées en particulier dans le sillage de la crise économique mondiale de 2007-2008, notamment par Pascal Lamy, alors directeur général de l'OMC, dans son rapport annuel de 2009 (WT/TPR/OV/12). Du point de vue de l'OMC, l'importance croissante des dépenses publiques, notamment pour les économies émergentes, exige un approfondissement et un élargissement des règles du commerce international pour s'assurer que les investissements publics dans les infrastructures et les autres volets des dépenses gouvernementales sont effectués de manière transparente et non discriminatoire, favorisant ainsi une utilisation optimale des deniers publics (best value for money), ceci tant dans l'intérêt des gouvernements que des contribuables.

### **Importance de l'AMP**

Bien que l'AMP 1994 ait tout d'abord partiellement été considéré comme un traité plurilatéral un peu obscur, son élargissement aux pays émergents – la Chine s'étant portée candidate à l'adhésion – est perçu aujourd'hui plus que jamais comme un objectif stratégique dans le contexte des relations commerciales multilatérales. La participation à l'AMP s'est déjà renforcée ces vingt dernières années et le traité compte aujourd'hui 45 membres de l'OMC. De l'avis de Nicholas Niggli, un ancien président du Comité de l'OMC sur les marchés publics, l'AMP 2012 pourrait devenir « un pilier central du système commercial multilatéral », du fait de son attrait potentiel pour les pays n'appartenant pas au club traditionnel des pays développés, mais également en raison de son champ d'application élargi, tel qu'il en a été convenu dans le cadre du processus de révision [réf. 1]. Cette extension correspond à un volume annuel estimé entre 80 et 100 millions de dollars. Il est aussi intéressant de relever que l'AMP a gagné en influence au fil du temps dès lors qu'il a servi de modèle pour les dispositions relatives aux marchés publics d'un nombre considérable d'accords commerciaux bilatéraux ou régionaux.

## **Fonctionnement des marchés publics**

Les réglementations en matière de marchés publics veillent à garantir que les collectivités publiques décrivent avec transparence les produits, les services ou les ouvrages de construction qu'elles ont l'intention d'acquérir. Une utilisation optimale des fonds publics (best value for money), une véritable situation de concurrence et un traitement équitable de tous les soumissionnaires constituent des principes fondamentaux dans ce contexte. Beaucoup d'économistes et de juristes partent du principe que la « main invisible du marché » suffit à assurer une conduite rationnelle des entreprises privées en matière de gestion de leur chaîne d'approvisionnement et d'achats, alors que seules les réglementations sont à même de garantir un comportement économique raisonnable de la part des entités publiques. Deux notions sont capitales lors de la description d'un produit. Les spécifications techniques définissent ses caractéristiques minimales. Une offre n'est pas examinée si elle ne satisfait pas aux spécifications techniques. Si elle les respecte, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base de critères d'attribution (critères d'évaluation spécifiques), qui sont formulés de manière à distinguer l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix. Cela signifie qu'un produit de meilleure qualité – ou dont le coût total de possession (total cost of ownership) est plus intéressant – pourra être choisi, même si son prix d'achat est plus élevé.

## **Objectifs horizontaux et version initiale de l'AMP (1994)**

Ce n'est pas une nouveauté que les gouvernements utilisent les marchés publics pour promouvoir divers objectifs politiques au niveau social ou environnemental. L'on sait aussi que, dans les années 1990, l'AMP était vu comme un moyen de défense face à de tels objectifs politiques secondaires ou horizontaux, ceux-ci, utilisés de manière abusive, pouvant servir à masquer des pratiques protectionnistes. De ce point de vue, les marchés publics seraient – pour simplifier – uniquement une affaire d'argent et d'accès aux marchés. [Réf. 2] Selon Susan Arrowsmith et Christopher McCrudden, appliquer un « principe de pureté » aux objectifs de l'AMP établirait un système réduisant autant que possible l'intégration de critères non économiques dans les processus d'achat. Les objectifs secondaires ou horizontaux étaient considérés comme relevant d'une volonté de « gouverner par le biais des marchés publics » (government by procurement). A ce titre, il fallait les éviter. [Réf. 3]

Vu sous cet angle, les achats publics écologiques ont été considérés avec un certain degré de suspicion. En même temps, certains acteurs ont cependant fait valoir que le lien avec l'objet du contrat peut être plus facilement établi en considérant les caractéristiques environnementales comme étant un aspect de la qualité du produit. Dans ce contexte, une distinction a été opérée entre, d'une part, les achats publics écologiques et, d'autre part, l'intégration des aspects sociaux, considérée comme moins évidente. Selon cette approche, les spécifications techniques – telles que décrites à l'art. VI de l'AMP 1994 – incluent les processus et méthodes de production (process and production methods; PPMs) du produit acquis. Il est donc permis d'en tenir compte tant qu'ils ne créent pas d'obstacles au commerce injustifiés. Du point de vue de l'AMP, les spécifications techniques étaient donc perçues comme le moyen le plus simple d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics.

Il est important de comprendre qu'il existe une différence significative entre réglementation économique classique et marchés publics. L'intervention réglementaire des pouvoirs publics, lorsqu'elle interdit par exemple certaines importations, définit un cadre à l'intérieur duquel les consommateurs opèrent leur choix

(consumer choice), alors que dans le cas des achats publics, les autorités choisissent et se comportent elles-mêmes en consommatrices. Par conséquent, les gouvernements doivent pouvoir jouir d'une plus grande marge de manœuvre lorsqu'ils effectuent des choix en tant que consommateurs que lorsqu'ils régulent le commerce mondial. La logique usuelle régissant le débat sur les processus et méthodes de production (PPMs), à laquelle sont habitués les juristes spécialistes de l'OMC, ne s'applique donc pas ici. Dans ce contexte, il convient dès lors de considérer l'AMP comme une *lex specialis*. Il est largement admis qu'un organisme public peut exiger un approvisionnement en énergie provenant de sources renouvelables, même si la méthode de production constitue la caractéristique décisive du produit et qu'il n'est en soi pas possible de distinguer cette énergie de celle provenant d'autres sources.

Cela se vérifie également pour les critères d'attribution, comme l'a [constaté](#) la Cour de justice de l'Union européenne en 2003 dans l'affaire *EVN AG et Wienstrom GmbH contre République d'Autriche* (C-448/01). Deuxième point intéressant dans cette décision préjudicielle : les éventuels aspects environnementaux ne se limitent pas aux effets non économiques jouant en faveur de l'entité adjudicatrice comme les niveaux de bruit ou les émissions d'oxyde d'azote des bus. Peuvent tout aussi bien entrer en ligne d'autres aspects globalement positifs (notamment pour le climat). En 2002, dans la cause *Concordia Bus Finland* (C-513/99), la CJUE avait [estimé](#) que les critères d'attribution ne devaient pas nécessairement se limiter aux avantages « de nature purement économique » pour l'autorité contractante (paragraphe 55). Ce principe de jurisprudence avait été inscrit à l'art. 53 de la directive européenne [2004/18/CE](#) relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. [Réf 4] Deux réactions sont possibles face à cette évolution : la première consiste à déclarer que l'art. 53 de la directive 2004/18/CE est incompatible avec l'AMP 1994, tandis que la seconde revient à reconnaître que les mentalités ont évolué, non seulement au sein de l'UE mais également au sein de la communauté scientifique, concernant la manière d'interpréter l'AMP.

### **Interpréter les règles de passation des marchés publics**

L'AMP 1994 est flexible quant à la manière d'adjuger le marché : à l'offre la plus basse ou à l'offre « la plus avantageuse » selon des critères d'évaluation spécifiques (article XIII:4(b) AMP). L'AMP 1994 ne donne pas d'exemples de critères d'adjudication adéquats et ne fournit pas non plus de précisions sur la pondération de ces critères [réf 5]. La nouvelle approche européenne telle que définie à l'art. 67 de la directive [2014/24/UE](#) – laquelle a remplacé la directive 2004/18/CE et est sur le point d'être intégrée dans la législation des pays membres de l'UE – innove quelque peu en introduisant l'idée que le coût n'est pas seulement ce que l'on paie en achetant quelque chose. En d'autres termes, on donne davantage de poids au coût total de possession. Par ailleurs, plus un projet est complexe, plus il est important de s'écarter de l'approche du « prix le plus bas » en faveur du rapport qualité-prix pour définir l'offre économiquement la plus avantageuse. Les directives de l'UE présentent ainsi une plus forte « densité normative » que l'AMP, lequel est plus souple.

L'approche de l'AMP fait toutefois la preuve de l'absence d'un « principe de pureté » tel que décrit plus haut. L'AMP doit être compatible avec différentes visions en matière de politiques économiques ; un « principe de pureté » serait plutôt l'une des caractéristiques possibles d'une réglementation nationale détaillée. Il ne faudrait pas interpréter l'art. XIII(4)(b) de l'AMP 1994, relatif à l'adjudication des marchés, comme étant opposé aux marchés publics écologiques, mais comme donnant un cadre à une pesée des intérêts équilibrée entre les objectifs principaux des marchés publics et

l'intérêt des parties à mener des politiques nationales ou internationales dans des domaines tels que la réduction des émissions de carbone.

### **L'Accord révisé de l'OMC et l'environnement**

L'art. X(6) de l'AMP révisé, consacré aux spécifications techniques, est formulé comme suit : « Il est entendu qu'une Partie, y compris ses entités contractantes, pourra, en conformité avec le présent article, établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement ». D'un point de vue strictement légal s'agissant de la réglementation sur les spécifications techniques – et si l'on considère l'interprétation présentée ci-dessus de l'art. VI de l'AMP 1994 inspirée de Peter Kunzlik – [Réf. 6], cette précision n'apporte pas grand-chose de nouveau, comme l'ont relevé certains experts, puisque le constat selon lequel les caractéristiques des biens incluent les procédés et les méthodes utilisés pour leur production, comme le prévoit l'art. I(u) de l'AMP révisé, procède de la même approche que l'art. VI de l'AMP 1994.

Les articles I(u) et X(6) de l'AMP révisé sont néanmoins remarquables en raison du message politique qu'ils véhiculent. Le fait de reconnaître expressément que la prise en compte de l'impact environnemental lors de la conception des spécifications techniques est compatible avec l'AMP va bien au-delà, pour reprendre les propos tenus dans un autre contexte par Arie Reich, des « raisonnements usuels en matière de commerce international (standard international-trade rationale)» [Réf. 7]. Si l'on admet cela, la référence explicite à l'environnement est probablement également pertinente lors de l'interprétation d'autres dispositions de l'AMP révisé, notamment en ce qui concerne les règles formulées en matière de critères d'adjudication. L'AMP révisé offre la même souplesse que l'AMP 1994 pour évaluer s'il convient d'adjuger le marché à l'offre la plus basse ou à « la soumission la plus avantageuse », comme le prévoit l'article XV(5), dédié au traitement des soumissions et à l'adjudication des marchés. À la différence de la nouvelle directive européenne 2014/24/UE, l'AMP révisé n'exprime donc pas de préférence pour le meilleur rapport qualité-prix ; en revanche, en tant que standard minimal, il n'interdit pas à ses signataires de le faire.

De plus, si l'art. XV(5) de l'AMP révisé est pertinent pour évaluer dans quelle mesure les préoccupations environnementales peuvent entrer dans la définition des critères d'adjudication, l'art. X(9), relatif à la documentation de l'appel d'offres, est lui aussi déterminant dans ce contexte. Selon cette disposition, « les critères d'évaluation énoncés dans l'avis de marché envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres pourront inclure, entre autres choses, le prix et d'autres facteurs de coût, la qualité, la valeur technique, les caractéristiques environnementales et les modalités de livraison ». Les caractéristiques environnementales n'étant pas mentionnées à l'art. XIII(4)(b) de l'AMP 1994, et compte tenu du nouveau texte sur les spécifications techniques, il n'est plus possible de prétendre que les émissions de CO<sub>2</sub> générées par la production ou la consommation d'un produit ne peuvent pas être prises en considération durant la phase d'adjudication, sous prétexte qu'elles ne donnent pas d'avantage direct à l'entité adjudicatrice mais seulement un avantage « externe » à la société dans son ensemble. Dès lors que les spécifications techniques exigeantes exercent davantage d'effet sur la concurrence entre soumissionnaires que des critères d'adjudication ayant trait à la qualité d'un produit, lesquels peuvent être contrebalancés par un prix plus bas, l'AMP – qui est relativement flexible en ce qui concerne les spécifications techniques – ne devrait pas être interprétée de façon trop restrictive lorsque l'on discute les critères d'adjudication. Les caractéristiques environnementales sont aujourd'hui explicitement reconnues.

## **Programme de travail de l'AMP et réglementation de l'UE relative aux marchés publics**

Dans son art. XXII(8), relatif aux dispositions finales, l'AMP révisé de 2012 prévoit l'adoption de programmes de travail destinés à faciliter sa mise en œuvre et d'éventuelles nouvelles négociations. Sans surprise, « le traitement des marchés durables » figure parmi les points à aborder dans le cadre de ces programmes. Le Comité des marchés publics a entre autres décidé dans ce contexte d'élaborer un rapport détaillant les meilleures pratiques (best practices) en matière de marchés publics durables, compatibles avec le principe d'une utilisation optimale des deniers publics et avec les obligations des parties en matière de commerce international. [Réf. 8] L'Union européenne a pour sa part renommé les objectifs horizontaux et parle désormais d'« utilisation stratégique des marchés publics (strategic use of public procurement)», formulation nettement plus positive que les « objectifs secondaires » proposés il y a quinze ans [Réf. 9]. En mai 2013, un haut fonctionnaire de la Commission européenne déclarait que contrairement au contexte dans lequel les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE avaient été élaborées, les marchés publics écologiques n'étaient plus un problème majeur au moment de rédiger la directive révisée 2014/24/EU [Réf. 10], tandis que la prise en considération des aspects sociaux s'était avérée être un thème brûlant. Les marchés publics jouent un rôle clé dans la stratégie de croissance [Europe 2020](#). Ils figurent parmi les instruments de marché destinés à assurer une croissance intelligente, durable et inclusive, ainsi qu'à garantir une utilisation optimale des fonds publics. Vu sous cet angle, les marchés publics ont le potentiel de stimuler la compétitivité de l'industrie européenne – en tant que fournisseurs – en l'encourageant à innover dans le secteur des technologies vertes, tout en influençant favorablement la demande par le biais du comportement exemplaire des entités publiques.

La cohérence du cadre légal, des politiques menées au niveau de l'UE et de ses États membres, ainsi qu'une prise de conscience de la part des autorités publiques sont indispensables si l'on veut influencer la gestion de la chaîne d'approvisionnement des entreprises – en termes de responsabilité sociale des entreprises et de surveillance des risques de réputation notamment –, ainsi que les comportements en matière de consommation en général. La protection de l'environnement faisant partie intégrante du droit primaire européen, l'utilisation stratégique des marchés publics au niveau du droit secondaire ne devrait surprendre personne. La question des coûts environnementaux externes a ainsi été réglée au moment de la révision de la directive sur les marchés publics. L'art. 68(1)(b) de la directive 2014/24/UE, relatif à l'évaluation du coût du cycle de vie, introduit une nouvelle dimension à cet égard : il y est indiqué que parmi les coûts pertinents peuvent également figurer « des coûts imputés aux externalités environnementales », liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée.

L'expérience montre que l'élaboration et la mise en œuvre des directives de l'UE sur les marchés publics peuvent avoir un impact considérable sur l'interprétation de l'AMP. C'est donc en se basant sur une hypothèse bien fondée qu'on peut estimer que la marge de manœuvre politique pour promouvoir des achats plus écologiques s'accroîtra, ceci grâce à une compréhension nouvelle de l'AMP et des marchés publics en général. La tâche essentielle consiste maintenant à trouver un équilibre entre les principes fondamentaux régissant les réglementations de l'OMC et de l'UE en matière de marchés publics et leur « utilisation stratégique ». La réglementation des marchés

publics est en passe d'être réinventée, alors que la logique régissant le commerce s'ouvre dans une certaine mesure à un ordre juridique plus cohérent qui tient compte d'objectifs horizontaux tels que l'environnement. C'est ce que l'on a pu observer également lorsque des questions de gouvernance telles que la lutte contre la corruption et la prévention des conflits d'intérêts ont été intégrées dans le concept de réglementation au moment de la renégociation de l'AMP.

[Réf. 1] Concernant la révision de l'AMP, cf. Arrowsmith, Sue, and Robert D. Anderson, eds. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge University Press, 2011

[Réf. 2] Priess Hans Joachim and Christian Pitschas, «Secondary Policy Criteria and Their Compatibility with EC and WTO Procurement Law – The Case of the German Scientology Declaration», *Public Procurement Law Review* 2000, 171

[Réf. 3] À noter : ni Arrowsmith ni McCrudden ne soutiennent cette approche. Cf. Arrowsmith, Sue. *Government Procurement in the WTO*. Vol. 16. Kluwer Law International, 2003, 331 s.

[Réf. 4] Concernant les objectifs horizontaux de l'Union européenne en général, cf. Arrowsmith, Sue, and Peter Kunzlik. *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*. Cambridge University Press, 2009.

[Réf. 5] Trepte, Peter, « The Agreement on Government Procurement », Macrory/Appleton/Plummer, eds. *The World Trade organization: Legal, Economic and Political Analysis, Volume I*, Springer 2005, 1123-1163, notamment p. 1148

[Réf. 6] Kunzlik, Peter, « International procurement regimes and the scope for the inclusion of environmental factors in public procurement ». *The Environmental Performance of Public Procurement* (2003), 157-191

[Réf. 7] Concernant la révision de l'AMP en général, cf. Reich, Arie, « The new text of the agreement on government procurement: An analysis and assessment ». *Journal of International Economic Law* 12.4 (2009): 989-1022.

[Réf. 8] Décision du Comité des marchés publics du 30 mars 2012 sur un programme de travail sur les marchés publics durables (annexe E à l'AMP révisé).

[Réf. 9] Concernant ce nouveau concept, cf. par exemple Piga, Gustavo and Tünde Tatrai, eds. *Public Procurement Policy*, Routledge 2015, Part IV "Green public procurement", 161-177

[Réf. 10] Kunzlik, Peter, « From suspect practice to market-based instrument: Policy alignment and the evolution of EU Law's approach to 'green' public procurement ». *Public Procurement Law review* 3 (2013): 97-115.