

Le SPASER issu de la loi Industrie verte : quand la graine prend racine

Sous l'impulsion de la loi Climat et résilience, les acheteurs se mobilisent pour préparer ou actualiser leur Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER), afin d'entreprendre la transition vers une commande publique vertueuse. La loi Industrie verte du 23 octobre 2023, bien que plus discrète, propose pourtant de nombreux ajustements sur le champ d'application comme sur le contenu du schéma, confirmant qu'il s'agit d'un levier incontournable pour sensibiliser les acheteurs aux enjeux du développement durable.

Longtemps méconnu, ou considéré comme dépourvu d'intérêt, faute de valeur contraignante, le Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER) bénéficie d'une mise en lumière remarquée ces dernières années, la commande publique étant dorénavant un outil de politique publique en faveur de la transformation écologique et de l'inclusion sociale.

Depuis sa création par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS)⁽¹⁾ jusqu'à la loi Climat et résilience du 22 août 2022⁽²⁾, seuls cinquante et un acheteurs avaient adopté un tel schéma, confirmant le manque d'engouement pour ce document à l'effet utile somme toute très relatif.

Cependant, la loi Climat et résilience lui a conféré un nouveau souffle : le SPASER devient l'outil privilégié à la disposition des acheteurs pour mettre en œuvre les nouvelles contraintes à venir imposées par cette même loi.

En consacrant, le verdissement de la commande publique notamment par la nécessité de prendre en compte les objectifs de développement durable au stade de la détermination du besoin et l'obligation de retenir au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre, à une date fixée par décret, et au plus tard, le 22 août 2026, le législateur a remis le SPASER au goût du jour.

Dans un contexte devenu foisonnant sur les enjeux des achats durables, la loi Industrie verte du 24 octobre 2023⁽³⁾ affine le cadre juridique de soumission au SPASER

Auteur

Matthieu Kluczynski
Avocat Associé, Cabinet ADMYS Avocats

(1) Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

(2) Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

(3) Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte.

et précise son contenu matériel, confirmant ainsi le souhait du législateur d'enraciner le SPASER dans la pratique des acheteurs publics.

Un cadre juridique redessiné par la loi Industrie verte

Si la redéfinition de l'article L. 2111-3 du Code de la commande publique a pour conséquence immédiate d'élargir considérablement le champ d'application du SPASER, la loi Industrie verte entend parallèlement alléger son processus d'élaboration et favoriser les synergies entre acheteurs.

Un élargissement du champ d'application à tout acheteur, sous l'unique condition d'un seuil financier

Alors que de nombreuses collectivités se saisissant du sujet, entamaient le processus d'élaboration de leur schéma, le décret d'application de la loi Climat et résilience, en date du 2 mai 2022 a modifié l'article D. 2111-3 du Code de la commande publique.

Ce décret a eu pour effet d'étendre le champ d'application du SPASER en abaissant de 100 à 50 millions d'euros le montant des achats annuels à partir duquel l'élaboration d'un SPASER est obligatoire. Cette mesure, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, constituait ainsi une première étape d'élargissement du critère financier de soumission au SPASER.

Cependant, de nombreux acheteurs soumis audit Code s'interrogeaient toujours sur leur soumission à cette obligation d'adopter un SPASER, non pas tant au regard du critère financier relatif au montant des achats annuels, mais davantage au titre du critère organique de l'article L. 2111-3 du Code de la commande publique.

En effet, le premier alinéa de cet article limitait le champ d'application du SPASER aux « collectivités territoriales et aux acheteurs soumis au présent code dont le statut est fixé par la loi ».

Cette formule, peu explicite il faut en convenir, a suscité par le passé des difficultés d'interprétation de la part des acheteurs autres que les collectivités territoriales, notamment les établissements publics locaux, les établissements publics sociaux et médicaux sociaux, les établissements d'enseignements, mais encore les OPH, les centrales d'achats, les GIP, ou encore les personnes morales de droit privé qualifiées d'acheteurs au sens du Code de la commande publique (certaines sociétés privées, SPL, SEM, Fondations, etc.).

Pour la plupart, ces entités estimaient – parfois par convenance – qu'elles ne relevaient pas de la catégorie restrictive des acheteurs alors concernés par le SPASER.

Sur ce point, la loi Industrie verte constitue une seconde étape d'élargissement, cette fois-ci du critère organique de soumission au SPASER, au regard d'une modeste

modification textuelle en apparence, mais qui implique en réalité une significative généralisation du document.

Ainsi, la nouvelle mouture du premier alinéa de l'article L. 2111-3 du Code de la commande publique précise dorénavant que : « Les acheteurs soumis au présent code dont le montant total annuel des achats est supérieur à un montant fixé par voie réglementaire adoptent un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables ».

Par conséquent, le législateur entend soumettre tous les acheteurs, y compris l'État, à l'obligation d'adopter un SPASER sous réserve évidemment du critère relatif au montant annuel des achats, toujours fixé à 50 millions d'euros, mais dont on peut supposer qu'il pourrait être progressivement abaissé.

Cette extension, qui conduit des acheteurs jusqu'alors non concernés par le SPASER à se doter rapidement de cet outil, suscite une vive mobilisation dans la communauté des acheteurs, mais une autre mesure de la loi Industrie verte permet de faciliter ce travail contraint en favorisant un travail collaboratif : la possibilité d'établir un SPASER conjoint à plusieurs acheteurs.

La possible élaboration conjointe du SPASER, assouplissement favorisant la synergie

L'article 13 de loi Industrie verte envisage la possibilité pour plusieurs acheteurs d'élaborer conjointement un SPASER.

Cette proposition, dont on peut saluer le pragmatisme, entend faciliter et simplifier la mise en œuvre du SPASER, plusieurs acheteurs pouvant ainsi collaborer – officiellement – à des actions communes. Celles-ci pourraient par exemple être envisagées à l'échelon intercommunal, entre des Communes et leur EPCI, entre plusieurs EPCI voisins, entre une EPCI et son département, dans le cadre d'un regroupement d'établissements publics hospitaliers à l'échelle d'un Groupement Hospitalier de Territoire (GHT), etc.

La nouvelle version de l'article L. 2111-3 du Code de la commande publique précise encore que cette mise en commun s'avère possible y compris par des acheteurs dont le montant total annuel d'achats est inférieur au seuil financier.

Cette autorisation explicite de se soumettre volontairement au SPASER, peut paraître superfétatoire. Sans doute faut-il y déceler une incitation à ce que les acheteurs soumis à cette obligation puissent être porteurs d'une commande publique durable rayonnant sur d'autres acheteurs non-soumis, lesquels participeraient ainsi à la détermination d'objectifs communs et intégreraient dans leurs pratiques les enjeux de développement durable, sans y être pour autant contraints à l'origine.

Cependant, le risque d'un SPASER conjoint serait d'imposer à des acheteurs différents des indicateurs communs, lesquels doivent pourtant être « précis et exprimés en nombre de contrats ou en valeur » et « publiés tous les deux ans », pour permettre de mesurer l'atteinte des objectifs du schéma.

Selon la loi Industrie verte, la possibilité d'un SPASER conjoint doit donc s'accommoder d'une contrainte permettant d'éviter cet écueil, consistant à établir « des indicateurs spécifiques à chaque acheteur », puisque seuls des indicateurs adaptés aux caractéristiques propres à l'acheteur concerné seront pertinents et, plus avant, atteignables.

À cet égard, ces indicateurs pourraient utilement être répertoriés sous forme d'annexes individuelles au SPASER commun.

Un contenu renforcé pour un schéma au caractère inopposable discutable

La loi Industrie verte détaille davantage le contenu obligatoire du SPASER, sans toutefois lui conférer un caractère opposable, même si ce point demeure encore incertain.

Un SPASER orienté vers la décarbonation, la durabilité et la sobriété

Si la loi Climat et résilience du 21 août 2022 avait déjà largement renforcé le contenu du SPASER par l'introduction d'un nouvel alinéa à l'article L. 2111-3 du Code de la commande publique précisant la nature des indicateurs attendus, la loi Industrie verte vient préciser les objectifs de politiques d'achats à mentionner.

Ainsi, s'il est admis que ce schéma doit comporter des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés (i), et des éléments à caractère écologique (ii), ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs (iii), tout en contribuant encore à la promotion d'une économie circulaire (iv), ce schéma doit dorénavant répondre à de nouveaux objectifs explicites en matière environnementale.

En effet, tandis que la loi Climat et résilience s'était gardée de fixer des objectifs minimums dont les acheteurs devraient faire mention, la loi Industrie verte semble passer le pas.

Le législateur prévoit ainsi que les aspects écologiques du SPASER doivent répondre à un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de consommation d'énergie, d'eau et de matériaux. En outre, les SPASER doivent à présent contribuer à la promotion de la durabilité des produits et à la sobriété numérique.

Lors des débats parlementaires sur cette loi, une proposition a été formulée pour inclure un critère géographique dans le SPASER afin d'inciter les acheteurs à favoriser les entreprises locales par rapport aux entreprises étrangères.

Cette demande, rengaine délicate de nombreuses collectivités territoriales favorables au localisme dans la commande publique, a reçu sans surprise un avis défavorable. Toutefois, à cette occasion, Madame la Rapporteur de la Commission spéciale a précisé que

la nouvelle orientation du SPASER vers la réduction de l'empreinte environnementale permettait « d'englober la notion de proximité ».

Les objectifs de politique d'achat du SPASER à jour de la loi « industrie verte »

Objectifs de politique d'achat du SPASER		
Objectifs généraux	Éléments à caractère écologique	Éléments à caractère social
<ul style="list-style-type: none"> – Économie circulaire – Sobriété énergétique – Promotion de la durabilité des produits 	<ul style="list-style-type: none"> – Réduire la consommation de matériaux – Réduire la consommation d'eau – Réduire la consommation d'énergie – Réduire les émissions de GES 	<ul style="list-style-type: none"> – Concourir à l'intégration sociale et professionnelle des travailleurs défavorisés – Concourir à l'intégration sociale et professionnelle des travailleurs handicapés

Les indicateurs et objectifs cibles du SPASER à jour de la loi « Industrie verte »

Indicateurs	Objectifs cibles
<ul style="list-style-type: none"> * indicateurs précis sur les taux réels d'achats publics relevant des achats responsables : <ul style="list-style-type: none"> – en nombre de contrats ; – ou en valeur (montant ou %) * publication tous les deux ans 	<ul style="list-style-type: none"> * à déterminer pour chaque catégorie d'achats * notamment auprès des entreprises solidaires ou d'utilité sociale * auprès des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables

Le SPASER demeure-t-il inopposable ?

Le défaut d'adoption du SPASER n'est aujourd'hui pas sanctionné, ce point ne suscitant guère l'émoi du législateur. Ce dernier privilégie l'exemplarité en mettant en avant les bonnes pratiques des acheteurs diligents, par la simple publication de leurs SPASER sur leurs propres sites internet...

Le Plan National pour des Achats Durables (PNAD 2022-2025)^[4] prévoit encore le recensement de ces SPASER sur la communauté des achats durables (site internet Rapidd), fondée à l'initiative du ministère de l'Environnement et qui a pour objet de réunir des ressources, de diffuser des informations et d'échanger entre pairs pour aider les acheteurs dans leurs démarches d'achat durable.

[4] Plan National pour des Achats Durables (PNAD 2022-2025), édition du 14 mars 2022.

Mais avec une telle visibilité, se pose alors la question délicate de l'opposabilité du SPASER. En effet, ce document est-il opposable par les services achats à l'encontre des entreprises candidates aux marchés publics ? À l'inverse, ce document peut-il être opposé par les candidats aux acheteurs en cas de non-respect des engagements qu'il contient ?

À la première question, le Gouvernement a encore récemment répondu par la négative lors des débats parlementaires sur la loi Industrie verte. Plus précisément, une proposition a été formulée pour permettre aux collectivités d'exclure de la procédure de passation d'un marché les entreprises qui ne respecteraient pas les objectifs du SPASER, afin de lutter contre les productions dont le bilan carbone est contraire aux objectifs environnementaux qu'elles se sont fixés. Par une formule dépourvue d'ambiguïté, il a été indiqué qu'il n'est « pas possible de donner au SPASER un caractère opposable ».

La seconde question se révèle plus délicate à analyser. En effet, il est constant que les acheteurs doivent respecter les règles qu'ils se sont eux-mêmes imposées^[5]. À ce titre, le règlement de consultation revêt un caractère obligatoire^[6] dans toutes ses mentions^[7] tant pour l'administration que pour le candidat.

De la même manière, un guide interne des achats pourrait revêtir une valeur contraignante, dès lors que l'acheteur appliquerait une procédure dont il aurait défini les modalités, puisqu'il serait tenu de la respecter scrupuleusement sous peine d'encourir l'annulation du contrat.

Mais alors, cette analyse pourrait-elle être étendue au cas du SPASER ? Telle semble être la position de France Urbaine qui, dans son guide méthodologique de mise en œuvre et de suivi du SPASER, considère qu'« adopté en assemblée délibérante, le SPASER a un caractère opposable au sein de la collectivité, et s'impose aux acheteurs et aux prescripteurs dans tous les segments d'achat »^[8].

Il convient de rester toutefois nuancé sur cette opposabilité puisque, contrairement à un guide interne des achats ou, plus encore, un règlement de consultation, le SPASER n'entend pas établir des règles de procédure applicables à chaque consultation mais des indicateurs chiffrés à atteindre sur des périodes données, au regard d'un volume de contrats.

Cependant, une telle opposabilité pourrait s'avérer fondée, à titre d'exemple, en cas d'engagement ferme de l'acheteur dans son SPASER, de prévoir un critère environnemental dans 100 % de ses consultations, avant même l'entrée en vigueur de la loi Climat et résilience.

La prudence recommande donc de souligner, au sein du schéma, le caractère non-opposable de ce document. En effet, le SPASER doit demeurer un outil souple, prospectif et promotionnel. Lui accorder une valeur contraignante reviendrait à priver ce document de sa vocation nécessairement ambitieuse en faveur d'un renforcement de l'achat durable.

Le rapport d'évaluation sur la prise en compte des considérations environnementales et sociales dans les marchés publics par les acheteurs ayant adopté un SPASER, devant être remis d'ici le 22 août 2024 selon l'échéance fixée par la loi Climat et résilience, pourrait être de nature à clarifier ce point qui reste une inquiétude légitime des services chargés d'élaborer les SPASER.

[5] CE Ass. 22 juin 1963, A., req. n° 51115 ; CE 9 décembre 1966, B.

[6] CE 11 mars 2013, Ministre de la Défense c/ Société Aéro-mécanic, req. n° 364827.

[7] CE 23 novembre 2005, SARL Axialogic, req. n° 267494.

[8] France Urbaine, « Méthodologie de mise en œuvre et de suivi des SPASER », 1^{re} édition, janvier 2023.