

## Les "caractéristiques du cycle de vie": que sont-elles ?

L'expression « caractéristiques du cycle de vie » est un raccourci pour dire que des caractéristiques peuvent être engendrées par des impacts sociaux et environnementaux émergeant lors de la production ou de la fin de vie du produit, même si on ne les voit pas dans le produit lui-même.

Il va de soi que comparer les caractéristiques de deux produits permet de faire le choix entre les deux, mais il faut réfléchir à la nature même de ces « caractéristiques ».

- Quelle est la différence entre un uniforme d'infirmière cousu par un enfant de 10 ans et celui cousu par un adulte ?
- Quelle est la différence entre une table en bois issu d'une forêt gérée durablement et celle dont l'abattage de bois entraîne des problèmes sociaux et environnementaux ?
- Quelle est la différence entre un parquet nettoyé avec un produit qui une fois rejetée dans les eaux usagées sera nocif pour la vie aquatique et celui nettoyé avec un autre qui ne le sera pas ?
- Quelle est la différence entre un café issu du commerce équitable et un café fait avec les ingrédients récoltés par des agriculteurs qui ont été payés une misère ?

La différence n'est pas perceptible et pourtant ces produits ne sont pas identiques.

La différence vient des choix qui entourent la production et la fin de vie du produit et les impacts entraînés par ces choix - peut-être environnementaux, peut-être sociaux : une telle différence est une caractéristique.

### La nouvelle directive est l'occasion de clarifier

Il est important que la nouvelle directive reconnaisse clairement que ces impacts sont intégrés dans le produit comme ses caractéristiques. En outre, il faut souligner dans la Directive que les caractéristiques qui ne s'aperçoivent pas physiquement ou dans le fonctionnement d'un produit sont sur le même niveau d'importance que les caractéristiques fonctionnelles et visibles.

Dans le contexte des marchés publics, ces « caractéristiques du cycle de vie » représentent la possibilité de prendre en considération l'impact de la production et de la fin de vie du produit sur la société et l'environnement. Pour tout acheteur – que ce soit une personne privée ou un fonctionnaire – qui voudrait prendre en compte le développement durable lors de ses achats, ces caractéristiques sont pertinentes et importantes. Elles permettront à un pouvoir adjudicateur d'évaluer d'une manière plus complète si un produit ou un service contribue à ses objectifs stratégiques aussi bien que ses besoins fonctionnels.

Ce qui est important c'est de savoir si la différence (ou « caractéristique ») est appréciée par le pouvoir adjudicateur concerné. Si tel est le cas, et s'il peut répondre aux exigences de transparence et de non-discrimination, la version révisée de la Directive devra mettre en place la sécurité juridique que telles caractéristiques puissent être réellement prises en compte à toutes les étapes des marchés publics. Les « caractéristiques du cycle de vie » permettraient de répondre à cet objectif.

## La proposition de la Commission est insuffisante

Selon le projet de la Commission, la référence 'à l'emploi d'un processus spécifique au stade de la production d'un produit ou de la prestation d'un service ou à tout autre stade de son cycle de vie' sera permise dans les spécifications techniques.<sup>1</sup> Cependant, cette formulation n'assure pas la résolution du problème d'insécurité juridique.

Par exemple, elle laisse une incertitude quant à savoir si les impacts résultants des transactions autour du produit (le commerce équitable) sont considérés comme un « processus ». D'ailleurs, si on veut atteindre un objectif, sans avoir en tête un processus spécifique, comment rédiger la spécification technique d'une façon acceptable ? Exemple : si on vise la réduction des gaz à effet de serre, ce qui pourrait être un résultat de plusieurs méthodes différentes...

## Les dimensions sociales et environnementales abordées de la même façon

Suivant la formulation de la Commission, est-ce qu'un « processus spécifique » comprendra, par exemple, le respect des droits d'association ou le non-emploi des enfants ? La position officielle sous la Directive actuelle<sup>2</sup> a toujours été conservatrice concernant les dimensions sociales dans les spécifications techniques et les critères d'attribution – l'explication a toujours été qu'un lien avec l'objet du marché n'était pas établi.<sup>3</sup>

Depuis l'affaire de *Wienstrom*<sup>4</sup> (sur l'électricité renouvelable), un tel lien est démontré en ce qui concerne les considérations environnementales. Cependant, pour les considérations sociales un pas a été franchi avec la récente décision de l'affaire *Nord Holland*<sup>5</sup> où il a été estimé qu'il n'y avait aucun inconvénient à ce qu'un critère d'attribution favorisant les ingrédients issus du commerce équitable soit admis. La Cour a même précisé que 'les pouvoirs adjudicateurs sont également autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes'.<sup>6</sup> Ainsi nous observons que l'absence de lien avec l'objet du contrat n'est plus un fait acquis ; et bien qu'il reste encore à démontrer pour chaque considération, il est possible d'envisager que les impacts environnementaux et sociaux à l'étape de la production du produit seront au moins traités de la même façon.

Ceci dit, dans l'affaire *Nord Holland* la Cour a accepté que les critères d'attribution pourraient inclure des dimensions sociales, tandis qu'elle a rejeté l'idée que de telles dimensions puissent être des spécifications techniques. Son interprétation de la Directive actuelle restait sur l'idée que seule une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire « un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci », peut être une spécification technique. Il n'est donc pas possible de faire appel à cette décision pour dire que les considérations sociales devraient être permises dans les spécifications techniques.

Cette approche différente entre les critères d'attribution et les spécifications techniques est difficile à justifier dans la pratique. Pour retourner brièvement aux exemples donnés ci-dessus, si un pouvoir adjudicateur reconnaît la différence entre un produit et un autre (même si

<sup>1</sup> Article 40(1) sous-paragraphe 2, Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 20 décembre 2011, COM(2011) 896 final

<sup>2</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (OJ L134, 30.4.2004, p.114) (as amended).

<sup>3</sup> Par exemple, dans le guide « Acheter social » il était écrit que « les conditions de travail des travailleurs qui construisent cette école ne peuvent pas faire partie de l'objet du marché vu qu'elles ne sont pas liées à l'objet » accessible à <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=331&langId=en&furtherPubs=yes> Page 23.

<sup>4</sup> Case C-448/01 *EVN AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich* [2003] ECR I-14527.

<sup>5</sup> Case C-368/10, *Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas*, Décision 10 mai 2012.

<sup>6</sup> Ibid, Para 85

l'apparence ou le goût ne diffère pas) et cette reconnaissance est acceptée dans les cas des critères d'attribution, pour quoi ne serait-elle pas acceptée si on parle des spécifications techniques (critères minimum) ? En revanche, en utilisant la définition de « caractéristique du cycle de vie » dans l'article régissant les critères d'attribution et celui sur les spécifications techniques, cela souligne que cette distinction ne sera plus valable sous la Directive révisée.<sup>7</sup>

## Les caractéristiques du cycle de vie – limitées par le lien à l'objet du marché public

La définition des « caractéristiques du cycle de vie » est intentionnellement large afin de couvrir aussi bien les dimensions sociales que les dimensions environnementales, ainsi que les questions relatives aux droits de l'homme. Cette définition n'est pourtant pas sans limites. En effet, il y a un garde-fou : les contraintes imposées par le besoin d'un lien à l'objet du marché public et les principes de transparence et non-discrimination.

Pour qu'une caractéristique du cycle de vie soit une spécification ou un critère d'attribution valable, elle doit être liée à l'objet du marché public. Il est important que cette règle soit renforcée afin d'éviter que les marchés public ne soient utilisés pour imposer des conditions qui n'ont aucun rapport avec le marché en question. Comme exposé ci-dessus, la jurisprudence démontre que le lien à l'objet du contrat doit être interprété au sens large et que, en principe, les caractéristiques résultants des impacts environnementaux ou sociaux lors de la production sont liés à l'objet du contrat.

En outre, si un pouvoir adjudicateur n'arrive pas à décrire et définir une caractéristique de manière à permettre à tous les soumissionnaires, raisonnablement informés et normalement diligents, de l'interpréter de la même manière, il ne va pas pouvoir l'utiliser dans son marché public.<sup>8</sup> De même, un critère ne peut être accepté que si le pouvoir adjudicateur est en position de vérifier de manière effective les informations fournies par les soumissionnaires.<sup>9</sup>

La Commission a déjà défini dans son projet l'expression « cycle de vie ». Bien que la plupart des impacts habituellement cités se réalisent lors de la production, un produit entraîne aussi des impacts sociaux et environnementaux lors de sa fin de vie – contient-il des substances nocives qui pourraient s'échapper lors de sa destruction ? Également, n'oublions pas qu'une grande partie de l'empreinte carbone d'un produit est attribué à son transport. Ainsi, afin d'assurer que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte les impacts à tous stades du cycle de vie, il est approprié d'utiliser le terme « caractéristiques du cycle de vie ».

ClientEarth est une organisation de droit de l'environnement à but non-lucratif basée à Londres, Bruxelles et Varsovie. Nous sommes des avocats engagés travaillant à l'interface entre le droit, les sciences et les politiques publiques. Nous utilisons la force du droit pour élaborer des stratégies et des outils juridiques pour résoudre les grands problèmes environnementaux.

Pour lire les publications de ClientEarth: [www.clientearth.org/public-procurement/publications/](http://www.clientearth.org/public-procurement/publications/)

Contact: Catherine Weller ([cweller@clientearth.org](mailto:cweller@clientearth.org)) et Janet Meissner Pritchard ([jpritchard@clientearth.org](mailto:jpritchard@clientearth.org))

<sup>7</sup> Veuillez consulter ClientEarth, Legal briefing, *Distinguishing technical specifications and award criteria on the basis of role, not content* (May 2012) available at [www.clientearth.org/public-procurement/public-procurement-publications/distinguishing-technical-specifications-and-award-criteria-on-the-basis-of-role-not-content-1868](http://www.clientearth.org/public-procurement/public-procurement-publications/distinguishing-technical-specifications-and-award-criteria-on-the-basis-of-role-not-content-1868)

<sup>8</sup> Veuillez consulter section 3.1, ClientEarth (October 2011), Legal briefing, *Briefing No 3: The guiding principles of public procurement - transparency, equal treatment and proportionality*, available at [www.clientearth.org/sustainable-public-procurement-briefings](http://www.clientearth.org/sustainable-public-procurement-briefings)

<sup>9</sup> Ibid. section 3.3.4.