



Université de Montréal



Université de Lille

Faculté de droit

Thèse de doctorat en cotutelle

Présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit

Les considérations environnementales dans les marchés publics municipaux français et québécois

Présenté par

Benz Ngwanga Bilam

Membres du jury

Président du jury : **Derek McKee**, Université de Montréal

Directeur de recherche : **Hugo Tremblay**, Université de Montréal

Directrice de recherche : **Carole Gallo**, Université de Lille

Membre du jury : **Ramu de Bellecize**, Université de Lille

Examineur externe : **Nicholas Jobidon**, ÉNAP Québec

17 Juin 2025

RÉSUMÉ

Cette étude vise à démontrer comment les marchés publics, en droit français et québécois, arrivent à concilier les composantes économique et environnementale de l'intérêt général. Cette étude s'inscrit dans une réflexion plus large, celle de l'utilisation des marchés publics comme instruments juridiques au service de la conciliation des intérêts économiques et de protection de l'environnement.

L'analyse des cadres juridiques applicables révèle l'existence d'une distinction structurante entre les deux ordres juridiques : alors que le droit français des marchés publics municipaux relève principalement du droit public, le droit québécois adopte, quant à lui, une approche hybride, combinant à la fois des éléments de droit public et de droit privé. Toutefois, au-delà de cette divergence normative, il convient de rappeler que la poursuite de l'intérêt général constitue, dans les deux ordres juridiques, la finalité cardinale des marchés publics. Cette finalité se décline principalement en trois composantes interdépendantes : économique, environnementale et sociale.

Dans cette perspective, la présente étude met en évidence les tensions structurelles que soulève l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics. Ces tensions se manifestent tant dans la conciliation des composantes économiques et environnementales que par leur articulation avec les principes fondamentaux encadrant les marchés publics. Cette problématique est particulièrement prégnante au stade de la définition des besoins et entraîne des répercussions sur la passation des marchés.

Dès lors, indépendamment du cadre juridique applicable, les tensions entre composantes économiques et environnementales demeurent une constante en droit des marchés publics, tant en droit français qu'en droit québécois. Face à cette situation, la présente étude souligne l'importance de recourir à des instruments juridiques de définition des besoins, tels que le sourçage et le parangonnage, afin d'atténuer la tension entre les composantes économiques et les composantes environnementales dans le cadre d'un marché public. Elle propose également la création d'un registre vert recensant les entreprises engagées dans des pratiques durables et suggère d'explorer les voies menant à l'introduction d'un mécanisme de conditionnalité

environnementale en droit des marchés publics. Ces propositions sont susceptibles de nourrir une réflexion plus large sur l'évolution des cadres juridiques nationaux encadrant les marchés publics français et québécois.

ABSTRACT

This paper seeks to examine the manner in which public procurement law, in both France and Québec, operates as a legal mechanism for reconciling the economic and environmental components of the public interest. More broadly, it contributes to an ongoing reflection on the instrumental use of public procurement as a regulatory tool to align market-based practices with sustainability imperatives.

A comparative analysis of the two jurisdictions reveals a fundamental structural distinction in the legal characterization of municipal procurement rules. In France, municipal procurement is firmly rooted in public law traditions, while in Québec, the regime is characterized by a hybrid configuration that blends public law principles with private law techniques. Despite this divergence in normative architecture, both legal systems recognize the pursuit of the public interest as the primary objective of public procurement. This overarching objective is generally articulated around three interdependent pillars: economic efficiency, environmental responsibility, and social equity.

In this context, the integration of environmental considerations into procurement procedures raises a series of structural tensions. These tensions are particularly salient in the initial phase of defining the needs of the contracting authority, where the challenge lies in ensuring coherence between environmental ambitions and the economic rationale of the procurement. Moreover, these tensions must be addressed within the limits imposed by the fundamental principles governing public procurement, notably transparency, competition, and non-discrimination.

The study demonstrates that, regardless of the legal tradition, these tensions are inherent in the implementation of sustainable procurement policies. As such, it advocates for a more effective deployment of legal techniques specifically designed to guide the definition of procurement needs. Instruments such as early market engagement (sourcing) and comparative assessment methodologies (benchmarking or parangonnage) are identified as promising avenues for operationalizing a balanced integration of economic and environmental goals.

Furthermore, the study proposes two additional normative innovations. First, it recommends the establishment of a "green register" listing companies engaged in demonstrably sustainable practices. Second, it suggests the potential introduction of an environmental conditionality mechanism, whereby access to certain public contracts or financial incentives would be contingent upon compliance with predetermined environmental standards.

These proposals aim not only to enhance the effectiveness of sustainable public procurement policies but also to contribute to a broader rethinking of the evolving role of public procurement law in both French and Québec legal systems, particularly in light of contemporary environmental challenges.

Mots-clés

Marchés publics, Appel d'offres, Considérations environnementales, Approvisionnement responsable, Durabilité, Développement durable

keywords

Public contracts, environmental considerations, Public procurement, Responsible Procurement, Sustainability, Environmental Responsibility

TABLE DES MATIERES

RÉSUMÉ	2
ABSTRACT	4
Mots-clés	6
TABLE DES MATIERES	7
LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	12
DEDICACES.....	13
REMERCIEMENTS.....	14
INTRODUCTION GENERALE	15
1. Problématique	15
2. Hypothèses de recherche	21
3. Méthodologie	30
4. Justification du sujet	35
PARTIE I. L'INCLUSION DES CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS FRANÇAIS ET QUEBÉCOIS : UNE SOURCE INÉVITABLE DE TENSION	39
Chapitre préliminaire. Aperçu général des marchés publics municipaux en droits français et québécois	40
Section I. Aperçu général des marchés publics municipaux en droit français	41
Paragraphe I. Marchés publics français, contrats protéiformes	41
A. Les marchés publics passés par des personnes morales de droit public, contrats administratifs	42
B. Les marchés passés par des personnes morales de droit privé	51
1. La notion du mandat en droit de contrat administratif français	51
2. Les contrats conclus par une personne privée « transparente »	54
3. Les contrats conclus par des personnes privées accessoires à un contrat administratif	55
Paragraphe II. L'application des règles de droit public aux marchés publics municipaux français	56
A. L'application du droit public à la formation des marchés publics	56
B. L'application du droit public à l'exécution des marchés publics	59
Section II. Aperçu général des marchés publics municipaux en droit québécois	61
Paragraphe I. Les marchés publics des organismes publics et municipaux québécois : un contrat à double qualification juridique	61
A. La nature duale des marchés publics en droit administratif québécois	62
B. La formation des marchés publics par appel d'offres en droit québécois, un contrat à deux étages	65
Paragraphe II. L'application d'un droit hybride aux marchés publics québécois	70
A. L'application supplétive des règles du Code civil aux marchés publics	70

B.	L'application impérative des règles du droit public aux marchés publics	76
Chapitre 1.	Les marchés publics, contrats générateurs de tensions	80
Section I.	Les tensions entre les composantes environnementales et économiques de l'intérêt général dans les marchés publics	83
Section II.	La conciliation des considérations économiques et environnementales en droit des marchés publics	90
Paragraphe I.	Les considérations environnementales relatives au coût du cycle de vie (CCV)	92
Paragraphe II.	Les considérations environnementales relatives à l'économie circulaire (EC)	96
Paragraphe III.	Les considérations environnementales relatives à l'analyse du cycle de vie (ACV).....	104
Chapitre 2.	L'encadrement juridique des tensions, un encadrement à niveau.....	107
Section I.	L'inclusion des considérations environnementales dans le cadre de l'Accord économique et commercial global, une simple faculté	109
Section II.	L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics français et québécois, entre obligation et faculté.....	117
Paragraphe I.	L'affirmation de l'obligation d'inclusion des considérations environnementales en droit français.....	118
A.	L'inclusion des considérations environnementales, une obligation affirmée et contrôlée	119
1.	Une obligation en adéquation avec les politiques publiques	120
a.	Une obligation consacrée par le <i>Code de la commande publique</i>	120
b.	Une obligation en adéquation avec le plan et le schéma des personnes publiques .	127
i.	Le plan national d'achat durable, un instrument dépourvu de force contraignante	128
ii.	La mise en œuvre d'achat schématisé respectueux de l'environnement	132
ii.a.	L'adoption d'un SPASER, une obligation conditionnée par le montant d'achats.....	133
ii.b.	La mise en œuvre du SPAPSER, une mise œuvre effectuée à travers la prise en compte des considérations environnementales	136
c.	Lois EGALIM et AGECE, lois novatrices encourageant l'achat durable	139
i.	La loi EGALIM, une loi novatrice encourageant la durabilité alimentaire	139
ii.	La loi AGECE, une loi prônant les marchés publics circulaires	142
ii.1.	L'introduction de la responsabilité élargie des producteurs dans les marchés publics.....	143
ii.2.	Le financement des éco-organismes, un financement privé profitant au public	146
B.	Le contrôle juridictionnel de l'obligation d'intégration des considérations environnementales par le juge administratif	149
Paragraphe II.	L'inclusion des considérations environnementales en droit québécois, une inclusion facultative et contrôlée	151

A. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics québécois, entre incitation et obligation	152
1. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux, une réelle incitation	152
2. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés des organismes publics québécois, une obligation affirmée	160
B. La Loi sur le développement durable, une loi cruciale pour les achats publics	163
A. Le contrôle de la prise en compte des considérations environnementales par l'autorité des marchés publics (AMP)	168
Section III. Approche alternative de la prise en compte des considérations environnementales en droit français et québécois	178
Paragraphe I. Le sourçage en droit français et québécois : un instrument d'inclusion des considérations environnementales	179
A. Le sourçage en droit français, un outil juridique encadré	179
B. Le sourçage en droit québécois, un outil juridique imprécis	181
Paragraphe 2. Le benchmarking en droit français et québécois, un instrument privilégié pour insérer les considérations environnementales	187
Paragraphe 3. La formulation des spécifications techniques à caractère environnemental en droit français et québécois, une formulation à risque	189
A. L'utilisation respectueuse des spécifications techniques à caractère environnemental en droit français	191
B. L'utilisation des spécifications techniques à caractère environnemental en droit québécois, une utilisation quasi-semblable au droit français	196
PARTIE II. LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS INTÉGRANT LES CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES EN DROIT FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS	200
Chapitre 1. La sélection des candidatures et des offres d'entreprises en droit français et québécois	201
Section I. La sélection des candidatures en droit français et québécois, une sélection marquée par l'absence d'exclusion pour motif environnemental	201
Paragraphe I. Les mécanismes palliatifs à l'absence de critères d'exclusion fondés sur des motifs environnementaux en droit français	202
A. L'absence en droit des marchés publics français d'un motif d'exclusion de candidature fondé sur le motif environnemental	202
B. L'introduction en droit français d'un motif d'exclusion basé sur l'absence d'un plan de vigilance	205
Paragraphe II. Sélection des candidatures d'entreprises en droit québécois, une sélection caractérisée par l'absence des motifs d'exclusion fondée sur l'atteinte à l'environnement ..	208
Section II : La sélection des offres : un levier d'incitation à l'innovation et au développement durable en droit français et québécois	213
A. La sélection des offres d'entreprise en droit français, une sélection combinant le prix et la qualité	214
1. Les critères de sélections des offres basés sur le rapport qualité-prix	214

2. Le critère du prix, un élément fondamental dans l'évaluation de la rentabilité économique d'un marché public	219
B. La hiérarchisation et la pondération des critères environnementaux à la passation des marchés publics	221
C. L'utilisation des variantes, un moyen de stimulation des innovations environnementales dans les marchés publics	224
Paragraphe II. La sélection des offres en droit québécois, une sélection dominée par le critère prix	227
A. Les critères de sélection des offres en droit québécois, critères fondamentalement axés sur le plus bas prix	228
B. Le critère prix, un moyen de rentabilisation économique d'un marché public	233
Chapitre 2. Les obstacles juridiques à la prise en compte effective des considérations environnementales dans les marchés publics français et québécois	237
Section I. Les obstacles intrinsèques à l'inclusion des considérations environnementales en droit français et québécois	238
Paragraphe I. Le principe de liaison entre les considérations environnementales et l'objet du marché en droit français	238
A. La consécration du principe de liaison entre les considérations environnementales et l'objet du marché : cas de l'affaire <i>Concordia Bus Finland</i>	240
B. La liaison impérative entre les clauses environnementales et les conditions d'exécution du marché	244
Paragraphe II. Le respect des principes fondamentaux de la commande publique	250
A. La liberté d'accès à la commande publique	251
B. L'égalité des traitements des candidats	252
C. La transparence des procédures	253
Paragraphe II. Les obstacles intrinsèques à l'inclusion des considérations environnementales en droit québécois, obstacles semblables aux droits français	255
A. L'existence du lien entre les considérations environnementales et l'objet du marché	255
B. La liaison entre les considérations environnementales et les conditions d'exécution du marché, une obligation à double visage	257
Paragraphe II. Les considérations environnementales respectueuses des principes fondamentaux des marchés publics québécois	261
Section II. L'obstacle extrinsèque à l'inclusion effective des considérations environnementales dans les marchés publics : l'absence de mécanismes de sanction à l'égard des municipalités	266
Paragraphe I. L'absence de sanctions en cas de refus d'intégration des considérations environnementales, source d'inefficacité des marchés publics	267
Paragraphe II. La conditionnalité environnementale comme outil de renforcement de l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux	272
Chapitre 3. La consécration jurisprudentielle du principe de conciliation des considérations environnementales et économiques en droit des marchés publics français et québécois	277
Section I. La jurisprudence européenne et française, une jurisprudence unifiée	277

Paragraphe I. Jurisprudence européenne, une jurisprudence pionnière en matière de conciliation	278
Paragraphe II. La jurisprudence française, une jurisprudence inspirée par la jurisprudence européenne	280
Section II. La jurisprudence canadienne en matière de conciliation des considérations économiques et environnementales, une jurisprudence timide	282
Paragraphe I. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, une jurisprudence ouverte à la conciliation	283
Paragraphe II. La jurisprudence de la Cour d’appel du Québec, une jurisprudence dynamique	285
CONCLUSION GENERALE	291
BIBLIOGRAPHIE	304

LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AMP : Autorité des marchés publics

Art.: Article

CC : Conseil constitutionnel

CCP : Code de la commande publique

CE : Conseil d'État

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CM : Code municipal du Québec

LCMM : Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal

LCMQ : Loi sur la communauté métropolitaine de Québec

LCV : Loi sur les cités et villes

LSTC : Loi sur les sociétés de transport en commun

PNAAPD : Plan national d'action pour des achats publics durables

RLRQ : Recueil des lois et des règlements du Québec

SPAPSER : Schéma de promotion des achats publics socialement et économiquement responsables

DEDICACES

À mes parents, à mon épouse, à mes frères et sœurs, pour leur soutien indéfectible.

REMERCIEMENTS

Je souhaite exprimer ma gratitude la plus profonde et sincère à mes directeurs de thèse, les professeurs Gallo et Tremblay, dont l'expertise, la patience et la disponibilité exceptionnelles ont été des atouts inestimables tout au long de ce parcours. Travailler à vos côtés a été un honneur et un privilège, et je vous suis infiniment reconnaissant pour les opportunités que vous m'avez offertes, ainsi que pour la guidance précieuse dont vous avez fait preuve.

À mes parents, vos conseils avisés et vos encouragements inlassables ont été des sources de motivation constantes. Votre soutien, à la fois moral et intellectuel, a été essentiel à l'accomplissement de ce travail. Je vous en suis profondément reconnaissant.

Je remercie également mes frères et sœurs, dont la générosité, tant financière que morale, a été un pilier sur lequel je me suis toujours appuyé. Votre soutien inconditionnel a fait toute la différence et m'a permis de continuer mes études avec détermination.

À mon épouse, dont la patience exceptionnelle et le soutien sans faille ont été mon refuge et ma force durant les moments de turbulences. Tu as fait preuve d'une compréhension et d'un soutien extraordinaire. Grâce à toi, j'ai appris que l'amour et la solidarité peuvent vaincre toutes les épreuves, et cela, je ne l'oublierai jamais.

À mon fils, à mes neveux et à ma nièce, vous êtes une source d'inspiration constante. Que rien ne vous arrête, car les obstacles ne sont que des opportunités déguisées. Persévérez dans vos rêves avec la conviction que tout est possible.

Enfin, à mes amis, vous êtes les véritables fondements de mon parcours. La sincérité, le soutien mutuel et la fidélité qui caractérisent nos relations sont d'une valeur inestimable. Votre présence, vos conseils et votre amitié ont enrichi mon cheminement de manière irremplaçable.

INTRODUCTION GENERALE

1. Problématique

La prise en compte de l'environnement dans l'achat public n'est pas récente. Elle a notamment été évoquée lors de la conférence de Rio de juin 1992, au cours de laquelle émerge de façon éclatante le concept de *développement durable*¹. Ce sommet, préconisé par le rapport Brundtland,² consacre l'avènement des préoccupations liées au développement durable³.

Par développement durable, il faut entendre « un développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité de satisfaire ceux des générations futures »⁴.

Le développement durable repose sur trois piliers : environnemental, économique et social, auxquels on peut aussi ajouter le respect des droits fondamentaux et la bonne gouvernance⁵. Le développement durable est en d'autres termes, « une vision à long terme qui prend en compte le caractère indissociable des dimensions environnementale, sociale et économique des activités de développement »⁶. En effet, dans le cadre de la présente étude, nous n'aborderons que les dimensions environnementales et économiques du développement durable. Cette approche se justifie par l'objet de notre étude, celle d'articuler les dimensions environnementales et économiques autour des principes fondamentaux du droit des marchés publics, à savoir la liberté

¹Jean-Luc PISSALOUX, *Dictionnaire des collectivités territoriales et développement durable*, Paris, Lavoisier, 2017, p. XXII.

²RAPPORT DE LA COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DEVELOPPEMENT DE L'ONU, *Notre Avenir à tous*, Gro Harlem, 1987, communément appelé Rapport Brundtland, en ligne : <http://www.wikilivres.info/wiki/Rapport_Brundtland>

³J-L PISSALOUX, préc., note 1, p. XXII ; Voir aussi : Olivier GOUT et François LICHÈRE, « L'efficacité de la commande publique, introduction », dans Olivier GOUT et François LICHÈRE (dir.), *L'efficacité de la commande publique, introduction actes de colloque*, Semaine Juridique – Administration et collectivités territoriales (JCP A), 46, 2022, 2313.

⁴Art. 2 *Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1 ; J-L PISSALOUX, préc., note 1, p. XXII.

⁵*Id.* ; Chantal CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », (2003) *AJDA* 210 ; Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020, p. 272 et suiv.

⁶Pierre LASCOUMES, *Le développement durable. Une nouvelle affaire d'Etat*, Paris, PUF, 2014, p. 200 ; J-L PISSALOUX, préc., note 1, p. XXII.

d'accès aux marchés publics, l'égalité de traitement des soumissionnaires et des candidats et la transparence des procédures⁷.

Ainsi, en raison de leur poids économique considérable, les marchés publics ont, en l'espace de quelques années, acquis une place prépondérante au sein des politiques publiques, notamment celles visant à promouvoir le développement durable⁸. Plus précisément, si les marchés publics occupent une position incontestée dans l'économie, leur utilisation par les pouvoirs adjudicateurs peut, de manière indirecte, contribuer à la mise en œuvre de politiques sociales, environnementales, ainsi qu'à l'encouragement du commerce équitable et éthique⁹.

Il ressort de manière évidente qu'un marché public présente une dimension économique fondée, d'une part, sur la conception budgétaire qui structure les achats publics, et d'autre part, sur la finalité d'intérêt général qu'il poursuit¹⁰. Ces deux éléments mettent en lumière le double objectif inhérent au marché public : un objectif direct (ou immédiat), et un objectif indirect (ou lointain). L'objectif direct, souvent considéré comme principal, relève de la sphère économique : répondre aux besoins d'intérêt général en matière de travaux, de fournitures, de services et d'assurances au moindre coût¹¹. En ce sens, le marché public se présente, avant tout, comme un achat public, prenant la

⁷Art. 2 LCOP et Art. L.3 CCP ; Voir aussi : Guillaume CANTILLON, « Marchés publics et développement durable », *JCI Coll. Territoriales*, fasc. 770-12; Gilles MARTIN, « Les apports du droit économique au droit de l'environnement : leviers, limites, opportunités », (Mai 2018) 5 dossier 3 *Energie-environnement-infrastructures*; Philippe COSSALTER, « Le coût du cycle de vie, nouveau graal des acheteurs publics ? », (Juin 2014) 6 dossier 10 *Contrats et marchés publics*; Pierre BOURDON, « Chapitre 12 commande publique et environnement : point de vue local », dans Laetitia JANICOT (dir.), *Les collectivités territoriales et la protection de l'environnement*, Berger Levrault, Au fil du débat-Études, 2021, p.181-197; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? » (Mars 2023) 3 *Contrats et Marchés publics Lexis Nexis* 2.

⁸Vincent MICHELIN et Christophe CABANES, « La prise en compte des objectifs de développement durable lors de la préparation d'un marché public », (Novembre 2016) 170 *Moniteur Juris/contrats publics*.

⁹Diane DEOM et Pierre NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », (2006) 36 *Revue générale de droit* 4 801-829, en ligne : <https://doi.org/10.7202/1027172ar> ; Raffaella FERRANDINO, *Les ecolabels, sont-ils des instruments pouvant être utilisés par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché public ?*, Mémoire Master, sous la direction de Kris WAUTERS, Faculté de droit, Université catholique de Louvain, 2015, p.8.

¹⁰Voir : Antoine PELLERIN, *Réconcilier contrats publics et intérêt public : pour un nouveau modèle du pouvoir contractuel de l'État*, Thèse doctorat en droit sous la direction de Pierre Lemieux et Sophie Brière, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2020, p.190-200 ; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », préc., note 9.

¹¹Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », (Juillet 2023) 7 *Contrats et marchés publics Lexis Nexis*; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, Publications CCH, 2003, p. 9314 et 9315, par. 9127 ; Voir aussi : *Entreprises Michaudville c. Ville de Brossard*, 2020 QCCS 3458, par. 47 ; *Ville de Rimouski c. Les structures GB Ltée*, 2010 QCCA 219 ; Voir aussi : A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200.

forme juridique d'un contrat ayant l'objectif de satisfaire les besoins d'une personne publique dans les domaines précités¹². Autrement dit, le marché public est un instrument juridique utilisé par une personne publique, afin de répondre aux besoins relatifs aux travaux, fournitures, services et assurances¹³. Outre le but économique direct du marché public, ce dernier poursuit aussi nécessairement, parce qu'il est public, un but plus lointain, à savoir : protéger l'intérêt général que reflète les politiques publiques en matière environnementale ou sociale. Dans cette optique, les marchés publics s'affirment comme des leviers essentiels au service de la mise en œuvre des politiques publiques en matière d'achats durables. Dès lors, ils se définissent comme des instruments juridiques permettant de concilier la satisfaction des besoins d'intérêt général à caractère économique avec l'intégration d'objectifs de protection de l'environnement¹⁴. Cette nouvelle approche de l'utilisation des marchés publics comme instrument juridique à double visage, s'inscrit dans la logique d'une nouvelle perception de la notion d'intérêt général, en ce qu'il peut se décomposer en plusieurs composantes : économique, sociale et environnementale¹⁵.

Dans cette optique, les personnes publiques doivent repenser leurs modèles d'achats, afin de les adapter aux nouvelles exigences contemporaines, qui consiste à utiliser les marchés publics dans toute leur plénitude. Pour s'inscrire dans cette logique, les marchés publics doivent sortir de la pensée neutraliste, dans la mesure où ils ne doivent plus seulement viser un objet économique, mais

¹²Art. L. 6, Art. L.1111-1et Art. L.1110-1 CCP ; Art. 573 et 573.1 de la *Loi sur les cités et villes* (RLRQ, c. c-19), ci-après cité « LCV » et 935 et 936 du *Code municipal du Québec* (RLRQ, c-27.1), ci-après cité « CM » ; Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 6^e éd, Le Moniteur, Limoges, octobre 2019, p.108; André LANGLOIS, *Les Contrats municipaux par demandes des soumissions*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p.6-7.

¹³*Id.* ; Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11.

¹⁴*Id.* ; Voir aussi : Olivier GOUT ET François LICHÈRE, « L'efficacité de la commande publique », préc., note 3.

¹⁵*Id.*; François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 66 et suiv.; Cyriaque LEGRAND, François RANGEON et Jean-François VASSEUR, *Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général*, en ligne : <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=24cfc31a9892eaebjmltdhm9mtcwodq3mzywmczp3vpzd0wotnkzdhmos1modayltywmditmdlyy1jytlzjlkndyxnjemaw5zawq9nti0nq&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=093dd8f9-f802-6002-37ec-ca0ef9d46161&psq=l%27id%2c%2a9ologie+de+l%27int%2c%2a9r%2c%2a9aat+g%2c%2a9n%2c%2a9ral%5btex+impri+m%2c%2a9%5d++%2f+fran%2c%2a7ois+rangeon%2c.pdf&u=a1ahr0chm6ly9lehyys51lxbpy2fyzglllmzy1291dglsc2n1cmfwcc9tzwrpyxmvcmv2dwvzlzex12xlz3jhbmrffywwucgrm&ntb=1>

aussi d'autres objectifs que peuvent poursuivre un achat public, tels que la protection de l'environnement¹⁶.

Si les marchés publics ne peuvent plus être envisagés exclusivement sous l'angle économique, où la recherche d'un gain économique est un facteur déterminant, ils s'inscrivent désormais dans une nouvelle fonction : celle d'outil juridique au service de la conciliation des composantes économiques et environnementales de l'intérêt général¹⁷.

Sans méconnaître l'importance économique des marchés publics, il convient de rappeler que ceux-ci confèrent aux personnes publiques, en particulier aux municipalités, une position de monopsonne, car elles sont souvent les principaux, voire les seuls grands acheteurs sur leur territoire¹⁸. Dès lors, cette position confère aux personnes publiques la possibilité d'influencer considérablement la détermination des conditions du marché, ce qui peut nécessairement avoir des sérieuses répercussions sur la concurrence ainsi que sur les modalités de passation des marchés publics¹⁹.

Si l'on doit considérer les personnes publiques comme des grands acheteurs, ce pouvoir d'achat leur permet d'influencer, voire d'orienter les marchés dans le sens des objectifs d'intérêt général, notamment vers la prise en compte des considérations environnementales dans les procédures de passation des marchés publics²⁰. Cette prise en compte traduit l'orientation des personnes publiques vers une contractualisation plus durable, ancrée dans la lutte contre les changements climatiques et la protection de l'environnement²¹.

¹⁶H. HOEPPFNER, préc., note 5.

¹⁷P. COSSALTER, préc., note 7 ; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », préc., note 9.

¹⁸Michel MOUGEOT, « Marchés publics : règles rigides ou procédures flexibles ? » (1986) 4-3 *Politiques et management public* 1, 8, en ligne : <https://www.researchgate.net/publication/272344503>; Voir aussi : David ENCAOUA, « Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, Prix Nobel d'Économie 2014 », (Janvier-Février 2015) *REP* 125 1, 3; François CONTENSOU, « Tarification binomiale du monopsonne », (2008) 122, 2ème trimestre, *Revue d'économie industrielle*.

¹⁹*Id.*

²⁰*Id.* ; Voir aussi : François LEVEQUE, *Les habits neufs de la concurrence*, Odile Jacob, septembre 2017.

²¹Vibe ULFBECK et Ole HANSEN, « Des clauses de durabilité dans un droit des contrats non durable ? », (2021) *Revue Internationale de Droit Économique* 69, Voir aussi : Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP »,

Outre la situation de monopsonne des personnes publiques, le monopole peut également se manifester dans le cadre des achats publics²². En effet, en raison de spécificités techniques, géographiques ou économiques, une entreprise répondant aux appels d'offres peut se retrouver en position monopolistique, notamment lorsqu'elle devient la seule entreprise capable de répondre aux besoins spécifiques des personnes publiques²³. Cette position de monopole confère à ladite entreprise un pouvoir de marché considérable, qu'il convient d'analyser avec soin dans le processus de passation des marchés publics, afin d'assurer le respect des principes fondamentaux qui gouvernent ces derniers²⁴. Une telle concentration de l'offre auprès d'une seule entreprise peut restreindre la concurrence et poser des défis juridiques majeurs, notamment en limitant le libre choix des personnes publiques et en augmentant leur dépendance auprès de cette entreprise²⁵.

En droit des marchés publics, la situation de monopole d'une entreprise renvoie souvent à l'utilisation de la procédure de gré à gré, qui déroge ainsi au principe fondamental de mise en concurrence, principe irriguant le droit des marchés publics français et québécois²⁶.

dans service de la qualité de la profession, vol. 551, *Développements récents en droit des marchés publics (2024)*, Montréal, Éditions Yvon Blais; P. COSSALTER, préc., note 7; H. DELZANGLES, « Commande publique - Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2; Voir : O. GOUT et F. LICHÈRE, « L'efficacité de la commande publique », préc., note 3; H. HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11.

²²Michel MOUGEOT, préc., note 18, 8; Voir aussi : David ENCAOUA, « Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, Prix Nobel d'Économie 2014 », (Janvier-Février 2015) *REP* 125 1, 3; Anna YVRANDE-BILLON, « Les difficultés contractuelles de la délégation de services publics », en ligne : https://www.pseau.org/outils/ouvrages/cndp_ecoflash_189.pdf

²³Denis KESSLER, « Le marché : pouvoir ou contrainte », dans Pierre DEVOLVE (Dir), *Le pouvoir*, PUF, 2022, p. 409; voir aussi, David CAYLA, « La théorie de la concurrence monopolistique : une perspective pour un approfondissement des théories de la firme », (2003) 1.

²⁴*Id.*; Myriam ASSELIN, « Contrats de gré à gré des organismes publics : cas d'application et considérations pratiques », dans service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 510, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 143-195; Laurie DESJARDINS, Alisson FORREST, Caroline LAFOND-CHRÉTIEN, Kim RIVARD, Maude ROYER, « Organismes publics et municipaux : défenseurs de première ligne en intégrité contractuelle », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 549, *Développements récents en matière d'intégrité publique (2024)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1-89.

²⁵*Id.*; Denis KESSLER, préc., note 23, p. 409; Voir aussi : David CAYLA, préc., note 23, 1; CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT, COMMISSION DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT, Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, Vingtième et unième session, Genève, 5-7 juillet 2023, Point 5 de l'ordre du jour provisoire.

²⁶Myriam ASSELIN, préc., note 24, 143-195; L. DESJARDINS, A. FORREST, C. LAFOND-CHRÉTIEN, K. RIVARD, M. ROYER, préc., note 24, 1-89; Diane DEOM et Pierre NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », préc., note 9; Voir aussi : *Code de la commande publique, Loi sur les cités et villes* et *Code municipal*; Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 6^e éd, préc., note 12.

Pour résumer cette situation, Denis Kessler pense que :

« S'il existe monopole ou monopsonne, ou oligopole ou oligopsonne, l'échange peut s'avérer inégal au profit de l'une des parties en présence et au détriment de l'autre. Dans ce cas, le prix ne sera pas un prix d'équilibre et les quantités échangées ne correspondront pas à celles qui auraient résulté d'un marché véritablement concurrentiel. Il y a effectivement « pouvoir » d'une partie sur l'autre. Mais cette situation ne résulte pas du marché en tant que tel, mais de son mauvais fonctionnement »²⁷.
(Nous soulignons)

Ainsi, l'analyse des interactions entre monopsonne et monopole dans le cadre des marchés publics met en lumière les défis complexes auxquels font face les personnes publiques²⁸. Celles-ci doivent naviguer entre leur rôle d'acteurs stratégiques dans la transition écologique, à travers la prise en compte des considérations environnementales et le respect des principes fondamentaux des marchés publics, plus précisément en garantissant la libre concurrence et l'intégrité du processus contractuel²⁹. Cette situation peut effectivement générer des tensions entre les composantes environnementale et économique d'une part, et d'autre part, des tensions entre ces composantes et les principes fondamentaux des marchés publics, mettant ainsi en lumière la problématique centrale de la présente étude³⁰.

Cette problématique se structure principalement, d'une part, autour de la conciliation des considérations environnementales et économiques, et d'autre part, autour de l'absence de mécanismes de sanction en cas de non-inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics. En d'autres mots, la question fondamentale qui se pose est de savoir comment les cadres juridiques actuels des marchés publics français et québécois arrivent à mieux prendre en compte les considérations environnementales tout en respectant les principes fondamentaux régissant ces marchés ainsi que les objectifs économiques qui leur sont inhérents.

²⁷Denis KESSLER, préc., note 23, p. 409 -410.

²⁸*Id.*

²⁹Voir : Martine VALOIS, « L'intégrité dans les contrats publics : de nouveaux outils dans la lutte contre la corruption au Québec », (2016) *RJTUM* 745 ; Laurie DESJARDINS, Alisson FORREST, Caroline LAFOND-CHRÉTIEN, Kim RIVARD, Maude ROYER, préc., note 24, 1-89.

³⁰*Id.*, Lire en ce sens : Jorge Luis Collantes GONZALEZ, *De l'harmonisation du droit des contrats publics vers la construction d'un droit international des contrats publics*, Université de Perpignan via Dominitia, Thèse de doctorat soutenu le 24 avril 2020, p. 359, en ligne : « <https://theses.hal.science/tel-03153062/> » ; Gabriel JOBIDON, *Procédure d'appel d'offres et contrats d'infrastructures publiques : une perspective relationnelle pour favoriser l'utilisation de la RPI et du BIM*, Université Laval, Thèse de doctorat, soutenu en 2022, p. 218.

Concrètement, cette problématique peut se formuler de la manière suivante : **comment les marchés publics, en droit français et québécois, peuvent être utilisés comme des instruments juridiques au service de la conciliation des composantes économiques et environnementales de l'intérêt général ?**

2. Hypothèses de recherche

Les marchés publics, en droit français et québécois, constituent des instruments juridiques au service de la réalisation de l'intérêt général³¹. Ce dernier se décline en plusieurs composantes qui peuvent paraître divergentes, mais qui sont, en réalité, potentiellement conciliables lors d'un achat public : la composante économique et la composante environnementale³². La composante économique, essentielle dans tout marché public, se traduit généralement par la protection des deniers publics, notamment à travers la recherche d'un meilleur prix au profit des contribuables et, dans une certaine mesure, par le respect des principes fondamentaux des marchés publics³³. La composante environnementale, désormais cruciale dans les marchés publics, requiert la prise en compte des critères et des clauses destinés à promouvoir et à protéger l'environnement dans le processus d'achat public³⁴.

Cette dualité pose un énorme défi aux organismes publics et municipaux, en ce qu'elles doivent élaborer des cahiers des charges et des procédures d'attribution en pensant à la conciliation des dites composantes³⁵. Cette conciliation s'effectue à travers la prise en compte simultanée des considérations environnementales et économiques, plus précisément à travers les clauses et critères

³¹Art. 2 et 14 LCOP ; Art. L. 3 et 3-1 CCP ; voir aussi, *Gestion complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (ministre des Travaux publics et services gouvernementaux)* (C.A.), 1995 CanLII 3600 (CAF), [1995] 2 CF 694 ; *Monit international c. Canada* 2004 CF 75 ; A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200 ; F. RANGEON, préc., note 15, 66 et suiv ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

³²*Id.* ; F. RANGEON, préc., note 15, 66 ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

³³*Id.*

³⁴Art. 2 et 14 LCOP ; Art. L. 3 et 3-1 CCP ; Voir aussi, *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4 ; DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*, 01/04/2019 ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

³⁵F. RANGEON, préc., note 15, 66 ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

y étant relatifs dès la définition des besoins³⁶. Dans ce contexte, cette conciliation confère aux marchés publics la qualité de contrats *conciliants*, en ce qu'ils peuvent concilier les composantes environnementales et économiques de l'intérêt général³⁷.

La conciliation des composantes économiques et environnementales dans le cadre des marchés publics peut générer des risques juridiques susceptibles de porter atteinte aux principes fondamentaux des marchés publics³⁸. Ces principes, consacrés tant par le droit interne français et québécois que par les normes internationales, sont essentiels à la préservation de l'intégrité des procédures de passation des marchés publics et à la promotion d'une concurrence équitable entre soumissionnaires³⁹.

En effet, dans une perspective comparative, le droit des marchés publics français et québécois repose sur des cadres juridiques distincts structurés à deux niveaux. D'une part, le cadre international, structuré par des accords multilatéraux ratifiés par la France et le Canada, tels que l'*Accord économique et commercial global* (AECG), établit un socle commun visant à harmoniser les pratiques entre les États signataires⁴⁰. Ces accords imposent principalement des obligations générales en matière de non-discrimination et de transparence, tout en laissant une marge de

³⁶Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP, *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire* ; *Loi n° 2021-1104 du 22 Août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets* ; les SPASER; *Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte* ; Art. 2 LCOP.

³⁷Lydia LEBON, « Principes de l'économie circulaire appliqués aux contrats publics », dans *les principes des contrats publics en Europe, principes of public contracts in Europe*, sous la direction de Stéphane DE LA ROSA et Patricia VALCARCEL FERNANDEZ, avec la collaboration de Romélien COLAVITTI, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 617.

³⁸ Art. 2 et 14 LCOP ; Art. L. 3 et 3-1 CCP.

³⁹Cet accord a été signé le 30 octobre 2016 et a été ratifié le 15 février 2017 par le Parlement européen; AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Texte de l'Accord économique et commercial global – table des matières », 30 octobre 2016, Gouvernement du Canada, en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (consulté le 22/02/2024); REPRESENTATION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRES DE L'UNION EUROPEENNE, « Le parlement européen ratifie l'accord entre l'UE et le Canada », 23 février 2019, MINISTERE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES EUROPEENNES, en ligne : <https://ue.delegfrance.org/le-parlement-europeen-ratifie-l> (consulté le 22/02/2024).

⁴⁰ DIRECTION GENERALE DU TRESOR, suivi de la mise en place de l'AECG/CETA, en ligne : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/pays/ca/donnees-generales> ; voir aussi : Anaïs CONTAT et Martine VALOIS, « L'accord économique et commercial global : un pas vers l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration », dans Hervé Prince AGBODJAN (dir.), *Vers un droit international économique transatlantique, towards a transatlantic international economic law*, vol. 55, n° 2, Montréal, *Revue Juridique Thémis de l'université de Montréal*, 2021, p. 503; Aurélie DEBUISSON, « CETA et mobilité de la main d'œuvre hautement qualifiée : une réelle innovation dans la gestion migratoire transatlantique », (2018) 312 *R.Q.D.I.* 143, 145.

manœuvre aux législateurs nationaux pour qu'ils intègrent les objectifs complémentaires aux marchés publics, tels que ceux relatifs au développement durable⁴¹. D'autre part, les cadres juridiques internes propres à chaque État, en l'occurrence, français et québécois, traduisent ces engagements internationaux en droit interne, souvent enrichies par des spécificités liées à leur ordre juridique respectif⁴².

Il ressort de ce qui précède que, sur le plan international, l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics demeure facultative et n'impose aucune obligation juridique contraignante aux États parties⁴³. Ceci est lié à l'objectif initial de cet accord, reposant essentiellement sur des considérations commerciales et économiques⁴⁴.

Bien que cet accord reconnaisse l'importance croissante du développement durable dans les achats publics, force est de constater qu'il ne se limite tout simplement qu'à encourager les États parties à promouvoir les objectifs du développement durable, et ce, sans pour autant en faire une obligation

⁴¹*Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, LQ 2018, c 10 ; Chapitre 19 de l'AECG ; Voir aussi : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, 3 septembre 2020, p. 143 et suiv, en ligne : <https://www.ccm.ca/fr/publications/etude/faire-des-marches-publics-un-outil-strategique-de-developpement-economique-et-de-renforcement-de-l-innovation-au-quebec/> ; Art. 1.25.1, *Guide d'approvisionnement SPAC*. En droit québécois, l'inclusion des considérations environnementales est obligatoire pour les organismes publics soumis à la LCOP (Art. 4), alors que pour les organismes municipaux, cette inclusion est facultative.

⁴²Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP, *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire*; *Loi n° 2021-1104 du 22 Août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*; les SPASER; *Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte* ; Art. 2 LCOP ; Art. 573.3.1.2.1 LCV; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 LCMM ; voir aussi : Art. 106.2.1 LCMQ et Art. 103.2.0.1 LSTC; *Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, LQ 2018, c 10 ; Chapitre 19 de l'AECG ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois : l'état donne l'exemple*, 2022, p. 56, en ligne : <https://www.quebec.ca/gouvernement/politiques-orientations/priorite-achat-quebecois> ; voir aussi, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Priorité à l'achat québécois : l'état donne l'exemple retombées économiques en 2025-2026*, en ligne : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/secretariat-du-conseil-du-tresor/publications-adm/ssmp/marches-publics/retombees-economiques-achat-quebecois-2025-2026.pdf>

⁴³Chapitre 19 de l'AECG ; CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41 ; Art. 1.25.1, *Guide d'approvisionnement SPAC*.

⁴⁴A. CONTAT et M. VALOIS, « l'accord économique et commercial global : un pas vers l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration », préc., note 40, p. 503 ; A. DEBUISSON, préc., note 40, 145.

aux États parties⁴⁵. En d'autres mots, cet accord semble établir un cadre juridique incitatif à la prise en compte des considérations environnementales, tout en laissant une marge de manœuvre aux législateurs nationaux d'en faire une obligation.

En revanche, sur le plan interne, l'obligation d'intégrer les considérations environnementales varie selon les systèmes juridiques. En droit français, les personnes publiques doivent tenir compte des objectifs de développement durable dans leur dimensions économiques, sociales et environnementales lors des achats publics⁴⁶. Ce cadre normatif traduit la volonté affirmée du législateur français : celle de prendre en compte les considérations environnementales et de généraliser cette pratique à toutes les personnes publiques soumises au *Code de la commande publique* (CCP)⁴⁷.

À la différence du droit français, le droit québécois des marchés publics opère une distinction entre les organismes publics, légalement tenus d'intégrer les considérations environnementales, et les organismes municipaux, pour lesquelles cette intégration demeure facultative, relevant davantage d'une logique incitative que d'une obligation juridique formelle⁴⁸. Toutefois, depuis l'adoption de la *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, ces dernières sont désormais tenues d'inclure

⁴⁵Art. 19.3 AECG; Art. 19.9 AECG.

⁴⁶Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP, *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire* ; *Loi n° 2021-1104 du 22 Août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets* ; les SPASER ; *Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte*.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸Art. 573.3.1.2.1 LCV; Art. 938.1.2.0.1 CMQ ; Art. 113.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal* ; voir aussi : Art. 106.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec* et Art. 103.2.0.1 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (ci-après LSTC) ; Art.14.6, 7 et 8 LCOP; Pier-olivier FRADETTE, « La détermination des besoins préalable à un contrat public municipal : comment l'autorité des marchés publics façonne ce nouveau droit », dans service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 509, *Développement récent en droit municipal* (2022), Montréal, Yvon Blais, 18-20 ; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, en ligne : <https://www.drummondville.ca/wp-content/uploads/2021/02/politique-approvisionnement-responsable-vf.pdf&ved=2ahukewjx4utgqughaxxvflkfhfh8ayy4chawegqifxab&usg=aovvaw1u9y79ge5cg9deqb0c0ffl> ; voir aussi : VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, en ligne : https://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/librairie_fr/documents/politique_approvisionnement.pdf&ved=2ahukewjx4utgqughaxxvflkfhfh8ayy4chawegqikbab&usg=aovvaw0ntck2owpdtu85akssgyff

ces considérations dans leur Règlement de gestion contractuelle, ce qui marque une évolution vers une responsabilisation accrue des autorités locales en matière environnementale⁴⁹.

De manière plus globale, cette analyse met en lumière la tension persistante entre les exigences du cadre juridique international et les choix opérés au sein des ordres juridiques internes quant à l'intégration des considérations environnementales. La diversité des régimes nationaux soulève ainsi d'importantes interrogations quant à la cohérence normative des politiques d'achats publics et à leur alignement effectif avec les engagements internationaux, dans un contexte où les préoccupations environnementales s'imposent comme un vecteur transversal de l'action publique⁵⁰.

Partant de ce qui précède, l'inclusion des considérations environnementales intervient principalement au stade de la définition des besoins, plus précisément par le biais de clauses contractuelles et de critères de sélection élaborés soigneusement à l'aide des techniques les plus pertinentes, telles que le sourçage (sourcing) ou le parangonnage (benchmark), afin de mieux cerner l'offre disponible, d'anticiper les conditions d'exécution du contrat et de réduire les tensions entre les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général⁵¹. Pour autant, la prise en

⁴⁹Art. 7, 8, 10, 18 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025; Voir : *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ c. C-47.1 (ci-après « LCM »), Art. 62.

⁵⁰P-O. FRADETTE, préc., note 48,18-20 ; Lydia LEBON, préc., note 37, p. 617 ; Voir aussi : H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.5; François LICHÈRE, « *La Loi du 22 août 2021 et la commande publique. Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets?* », (2022) *AJDA*, 142; Pierre VILLENEUVE, « *Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public* », (2021) *AJCT*, 579; Guillaume CANTILLON, « *Marchés publics et développement durable* », préc., note 7.

⁵¹Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP ; Art. L.3-1 du CCP ; Art. 2 LCOP ; Art. 21, 34 et suiv. *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025 ; *Services sanitaires Morin Inc. c. Terrebonne (ville)*, 2010 QCCS 2822. Appel rejeté ; *Uniroc c. ville de saint Jérôme*, 2020 QCCQ 240, par. 57 et suiv. ces affaires ont tout de même effleuré la question de la définition des besoins, mais sans pour autant toucher spécifiquement à l'article 2 de la LCOP ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 275 et suiv., p.302 ; Sophie NICINSKI, *Droit publics des affaires*, 5^{ème}éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 591 ; Jacques PETIT et Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, 16^e éd., LGDJ Lextenso, 2022-2023, p. 537 ; DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*,01/04/2019. p.1 ; Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », dans Olivier GOUT et François LICHÈRE, *L'efficacité de la commande publique, introduction actes de colloque*, n°46, 2022, p. 32 ; Voir aussi : P. COSSALTER, préc., note 7; H. HOEPPFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11; Avis sur l'économie circulaire à Montréal : une transition vers un futur durable, 23 octobre 2019, en ligne : http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/cons_jeunesse_fr/media/documents/avis_economie_circulaire_montre_al_cjm.pdf p.18; Louis-Narito HARADA, « La boîte à outils de l'achat public écologique », (septembre 2006) 16 *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 6; Sébastien SAUVE, Daniel NORMANDIN et Mélanie MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, Montréal, Presses de l'universités de Montréal, 2016, p. 129 et suiv., en ligne : « <https://pum.umontreal.ca/catalogue/leconomie-circulaire/fichiers> » ; AMP, *Recommandations formulées au*

compte de ces considérations demeure encadrée : elle doit, d'une part, entretenir un lien fonctionnel avec l'objet du marché ou ses modalités d'exécution ; d'autre part, elle ne saurait déroger aux principes fondamentaux des marchés publics, au nombre desquels figurent l'égalité de traitement des soumissionnaires, la transparence des procédures et la liberté d'accès aux marchés publics⁵².

Cette exigence impose aux personnes publiques de définir leurs besoins avec précision, afin d'assurer une prise en compte optimale des considérations environnementales et économiques tout au long du processus de passation des marchés publics⁵³.

Il est, en effet, pertinent de souligner qu'en droit français et québécois, cette prise en compte peut être soumise à un contrôle, dans le but de garantir le respect des règles et principes juridiques applicables en la matière⁵⁴. En droit français et québécois, les mécanismes de contrôle des marchés publics diffèrent substantiellement. En droit français, le juge administratif joue un rôle central dans le contrôle des règles juridiques applicable aux marchés publics⁵⁵. En droit québécois, en revanche, cette fonction est principalement assurée par l'Autorité des marchés publics (AMP), qui veille à la

conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568, Recommandation 2021-25.

⁵²Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP ; Art. L.3-1 du CCP ; Art. 2 LCOP ; Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », dans Olivier GOUT et François LICHERE, *L'efficacité de la commande publique, introduction actes de colloque*, n°46, 2022, p. 32 ; Voir aussi : P. COSSALTER, préc., note 7 ; H. HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11 ; Avis sur l'économie circulaire à Montréal : une transition vers un futur durable, 23 octobre 2019, en ligne : http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/cons_junesse_fr/media/documents/avis_economie_circulaire_montre_al_cjm.pdf p.18 ; Louis-Narito HARADA, « La boîte à outils de l'achat public écologique », (septembre 2006) 16 *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 6.

⁵³Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP ; Art. L.3-1 du CCP ; Art. 2 LCOP ; Voir aussi, *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4.

⁵⁴Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, 12^{ème} édition, LGDJ Lextenso, 2021, §1129 ; voir aussi : Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 5^è édition, LexisNexis, Paris, 2024, p. 273 ; *Loi sur l'autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1 (ci-après « LAMP »), Art. 21 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 5-11 ; Référé précontractuel : les articles L. 551-1 à L. 551-12, et R. 551-1 à R. 551-6 du *Code de justice administrative* ; Référé précontractuel : Il est régi par les articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du *Code de justice administrative* ; Voir aussi : DAJ, *Fiche sur les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique*, Mise à jour le 01/04/2019.

⁵⁵CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412 ; CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement, autostrade per l'Italia spa*, n° 347720 ; CAA, Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19bx01864, CINOR ; TA, Toulouse, 13 juin 2024, n° 2104358 ; CAA, Nantes, 4^e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon ; CE, 28 avril 2006, *Sté Abraham bâtiment travaux publics*, n° 286443 ; Voir : Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, §1129 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, p. 273 et suiv.

conformité des processus contractuels avec les normes établies⁵⁶. En dehors du contrôle effectué par l'AMP, le contrôle judiciaire demeure possible dans certains cas, notamment lorsque l'exercice d'un pouvoir contractuel soulève une question de légalité ou d'excès de compétence⁵⁷. Ces mécanismes de contrôle, en droit français et québécois, s'étendent tant à l'objet des marchés publics qu'au respect des principes fondamentaux encadrant la passation et l'exécution des marchés publics⁵⁸.

Par ailleurs, l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics se heurte très souvent à deux obstacles majeurs : l'objet du marché et le respect des principes fondamentaux des marchés publics⁵⁹. Cela signifie que les considérations environnementales doivent

⁵⁶Art. 21 de la *Loi sur l'autorité des marchés publics*; Voir aussi : AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics)*, numéro 2021-06; AMP, *Recommandations formulées au dirigeant du centre de santé Tulattavik de l'Ungava concernant le processus d'attribution identifié au SEAO sous le numéro de référence 1823318*; numéro 2021-06; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics)*, numéro 2024-08; Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48, 5-11.

⁵⁷Art. 21-29 LAMP; Art. 34 et 529 *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01; *Hydro-Québec c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, 2003 CanLII 47992 (QC CA), par. 22 à 25; *Personnes handicapées en action de la Rive-Sud (PHARS) c. Bégin*, 2019 QCCS 1597, par. 19 et 20; *Gagnier c. Conseil de la justice administrative*, 2022 QCCS 1880, par. 17; *Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617, par.49.

Laurie DESJARDINS, Mylène ALBERT, Sylvain BOISSONNEAULT et Dave TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », dans service de la qualité de la profession, vol. 549, *Développements récents en matière d'intégrité publique (2024)*, Montréal, Editions Yvon Blais, 103; voir aussi : *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *11073192 Canada inc. c. Inspectrice générale de la ville de Montréal*, 2021 QCCS 3868, par. 23 et 24; *Omnitech Labs inc. c. Autorité des marchés publics*, 2022 QCCS 3016, par. 37.

⁵⁸*Id*; Art. 938.3.3 CMQ et aux articles 21.17 et suiv. LCOP; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-alphonse-de-Granby concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1613594*, recommandation 2022-11; Lire aussi : *Loi sur l'autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1; CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412; CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement, autostrade per l'Italia spa*, n° 347720; CAA, Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19bx01864, CINOR; TA, Toulouse, 13 juin 2024, n° 2104358; CAA, Nantes, 4e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon; CE, 28 avril 2006, *Sté Abraham bâtiment travaux publics*, n° 286443; Voir aussi, Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, §1129; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, p. 273 et suiv.

⁵⁹Art. 2, 14.6, 14.7 et 14.8 LCOP; Art. L. 3, L.2112-3 CCP; Art. L. 2112-2 CCP; Voir aussi : CE, Avis 4 février 2021, n° 401933; COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, 2005, https://environnement.brussels/sites/default/files/user_files/gid_achetervert_commissioneuropéenne_fr.pdf, p.70; Clément LEROY, *L'exigence du lien entre l'objet du marché et les critères environnementaux et sociaux : un frein au développement durable ?*, Mémoire de master 2, Faculté de droit, Universités de valenciennes et du Hainaut, 2012-2013, p.49 et suiv.; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère des affaires municipales et de l'habitation, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, en ligne : https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/affaires-municipales/publications/plainte_gestion_contractuelle/gestion_contractuelle/gui_acquisition_responsable.pdf&ved=2ahukewirpyoj_chaxvpmkfhnd_qlwafnoecdmqag&usq=aovvaw2f-of_n85xqwxnqiz5w6eb; A. PELLERIN, préc., note 10; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20.

impérativement être en adéquation avec l'objet du marché, et ne doivent en aucun cas porter atteinte aux principes fondamentaux des marchés publics : la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures⁶⁰. Dans cette logique, une prise en compte trop ambitieuse des considérations environnementales pourrait se heurter à une exclusion, dès lors qu'elle ne présente pas un lien suffisant avec l'objet du marché ou qu'elle est susceptible de porter atteinte aux principes fondamentaux des marchés publics⁶¹. Autrement dit, l'adéquation stricte des considérations environnementales avec l'objet du marché et le respect des principes fondamentaux des marchés publics, bien qu'essentiels à l'encadrement juridique du processus de passation des marchés publics, peuvent dans une certaine mesure, restreindre la possibilité d'intégrer des clauses ou des critères environnementaux, notamment en cas d'inadéquation avec les objectifs de concurrence⁶².

Au-delà des contraintes internes au contrat liés à l'adéquation stricte des considérations environnementales avec l'objet du marché et le respect des principes fondamentaux des marchés publics, il faut préciser qu'il existe des obstacles externes qui peuvent également freiner, voire restreindre la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics. Il s'agit, notamment de l'absence de sanctions effectives à l'encontre des personnes publiques qui refusent de prendre en compte lesdites considérations.

Partant de ces observations, il convient de souligner qu'en droit français et québécois, les sanctions dans le cadre d'un marché public peuvent être imposées aux entreprises ne respectant pas les

⁶⁰Art. 2, 14.6, 14.7 et 14.8 LCOP; Art. L. 3, L.2112-3 CCP ; Art. L. 2112-2 CCP ; Voir aussi : CE, Avis 4 février 2021, n° 401933; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20.

⁶¹Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », dans Olivier GOUT et François LICHERE, *L'efficacité de la commande publique, introduction actes de colloque*, n°46, 2022, p. 32 ; Voir aussi : P. COSSALTER, préc., note 7; H. HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18 et suiv.

⁶²P. COSSALTER, préc., note 7; H. HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18 et suiv. ; Voir aussi, Art. 2, 14.6, 14.7 et 14.8 LCOP; *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4 ; Art. L. 3, L.2112-3 CCP ; Art. L. 2112-2 CCP.

clauses environnementales lors de l'exécution des marchés publics⁶³. Cependant, force est de constater qu'aucun dispositif juridique n'instaure de sanctions spécifiques à l'encontre des personnes publiques, en cas de non-prise en compte des considérations environnementales dans le processus de passation de ces marchés. Cette absence de sanction à l'encontre des municipalités, que l'on peut considérer d'exogène affaiblit considérablement le cadre juridique relatif à la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics.

Face à cette situation, la présente étude préconise la création d'un registre vert, destiné à recenser les entreprises faisant preuve d'un engagement environnemental exemplaire dans le cadre de la passation des marchés publics comportant une dimension écologique, sur la base de critères objectifs, transparents et juridiquement encadrés. Couplée à l'instauration d'une conditionnalité environnementale explicite, cette initiative s'inscrirait dans une logique de renforcement normatif du principe d'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics. Il ne s'agirait plus simplement de promouvoir les bonnes pratiques contractuelles à titre facultatif, mais bien de subordonner l'accès à certains financements à l'adoption, par les municipalités, de considérations environnementales substantielles et juridiquement contraignantes dans leurs marchés publics⁶⁴. Un tel mécanisme reposerait sur une logique de type bonus-malus : les municipalités qui intégreraient de manière rigoureuse des considérations environnementales, sous réserve que celles-ci soient étroitement liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution et qu'elles respectent les principes fondamentaux des marchés publics, pourraient bénéficier d'un soutien financier renforcé. Inversement, celles qui s'abstiendraient d'opérationnaliser cette

⁶³Art. 20.2.1 CCAG Travaux ; Art. 19.4 CCAG Travaux ; MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, les clauses environnementales, en ligne : « https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/guideccag/fiche1_9_clauses-environnementales.pdf&usg=aovvaw0gcrdiyw620ukhiev2rk&opi=89978449 consulté le 01/03/2024 ; CE, 23 nov. 2011, n° 351570, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, Juris-Data n° 2011-026009; voir aussi : Marie-Cécile HAIZE et Inès FRESKO, « Clauses et critères environnementaux dans les contrats publics », (février 2022) 2 *contrats et marchés publics*, LexisNexis.

⁶⁴Lire en ce sens : Carlos-Manuel ALVES, « La conditionnalité environnementale et principe d'intégration entre clair-obscur et trompe l'œil », dans Francette FINES, Hubert DELZANGLES (Dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE*, Bruylant, Bruxelles 2019, p.25.

dimension, ou qui le feraient de manière lacunaire, pourraient être exclues de certains mécanismes de financement. Cette approche favoriserait une meilleure articulation entre les mécanismes d'incitation financière et l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics.

3. Méthodologie

Dans le cadre de la présente étude, nous procéderons à une analyse comparative des régimes juridiques applicables aux marchés publics, tant en droit français qu'en droit québécois⁶⁵. Cette analyse visera, d'une part, à préciser leur qualification juridique respective et, d'autre part, à identifier les règles et principes juridiques qui encadrent leur mise en œuvre⁶⁶. Cette analyse consiste à faire ressortir les convergences et les divergences structurelles et institutionnelles concernant la prise en compte des considérations environnementales en droit des marchés publics français et québécois⁶⁷.

Partant du fait que les considérations environnementales devront s'insérer dans un contrat, en l'occurrence les marchés publics, il est donc nécessaire de préciser qu'en droit français, les marchés publics, renvoient principalement à trois types de contrats, à savoir : les marchés, marchés de partenariat et les marchés de défense et de sécurité⁶⁸. Dans l'optique d'une meilleure comparaison, seuls les marchés feront l'objet de la présente étude, étant donné qu'ils se rapprochent de la définition des marchés publics en droit québécois. En effet, les marchés publics auxquels font références les cadres juridiques français et québécois concernent globalement trois types de contrats

⁶⁵ Elisabeth ZOLLER, « La méthode comparative en droit public », (2018) *Maurer Faculty* 2713, en ligne : <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2713>; Jean-Marc Sauvé, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », (26 octobre 2016) *Intervention à l'Université de Tokyo*, 16, en ligne : « <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseild-Etat-et-le-droit-europeen-et-international> »; René DAVID, Marie GORÉ, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12e édition, Paris, Précis Dalloz, 2016, p. 5, § 5.

⁶⁶*Id.* ; Béatrice JALUZOT, « méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », (2005) 57 1, *Revue internationale de droit comparé*, 29-48, en ligne : « https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332 ».

⁶⁷*Id.* ; Romain MICALÉF, *L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada*, Thèse de doctorat, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2022, p. 25-26.

⁶⁸Art. L.1110-1 CCP.

ou marchés : travaux⁶⁹(contrat de construction), fourniture⁷⁰(contrat d’approvisionnement) et services⁷¹(contrat de service). En droit québécois, bien que le contrat d’assurance apparaisse comme une catégorie autonome, il s’apparente aux contrats de services en ce qu’il n’a ni pour objet la construction ni l’approvisionnement⁷². Toutefois, il n’est pas rare qu’un tel contrat inclue la couverture d’acquisitions de fournitures, de services ou de travaux de construction⁷³.

Compte tenu des éléments précédemment exposés et en raison des spécificités propres à chaque système juridique, cette étude se propose d’opérer une analyse comparative des marchés publics municipaux. Une telle approche s’impose dans la mesure où les municipalités, en tant que personnes publiques et acteurs essentiels des achats publics, se trouvent à la croisée des chemins, entre la protection de l’environnement (composante environnementale) et la protection des deniers publics (composante économique)⁷⁴. Deux impératifs doivent être conciliés durant le processus de passation des marchés publics.

Les municipalités, en droit français et québécois, sont des personnes morales de droit public formées des habitants et des contribuables de leur territoire, et elles sont administrées par un Conseil municipal dont les membres sont élus et dirigées par un Maire⁷⁵. De surcroît, dans les systèmes juridiques précités, les élus municipaux occupent un rôle central dans l’intégration des considérations environnementales aux achats publics, notamment par leur pouvoir d’orientation

⁶⁹Art.L.1111- 2 CCP.

⁷⁰Art. L. 1111-3 CCP.

⁷¹Art. L. 1111-4 CCP.

⁷²André LANGLOIS, préc., note 12, p. 8-9.

⁷³*Id.* ; Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *Action gouvernementale : précis des droits des institutions administratives*, 4^e éd, Montréal, Yvon Blais,2020, p. 205 ; Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, Cowansville, Les éditions Yvon Blais,2017, version électronique, p.5 ; *Monit international c. Canada*, préc., note 31, par. 45 ; Patrice GARANT, Philippe GARANT, Jérôme GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, 6^{ème} éd, Montréal, Edition Yvon Blais, 2018, p.158; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, Publications CCH Itee, Brossard, CCH, 2002, p.7; Jean HETU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le code civil et les contrats », (2020) *Revue du notariat* 112, 35. En droit français, les personnes privées sous influence publique peuvent passer les marchés publics ; Lire en ce sens : Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*,4^e éd, Paris, LexisNexis, 2019, p.144 et suiv. ; Paul-Maxence MURGUE-VAROCHE, *Le critère organique en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, Bibliothèque de droit public, 2018, p. 640-659 ; Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*,6^e éd, préc., note 12, p.110-113.

⁷⁴H. HOEPFFNER, préc., note 5; Voir aussi : Anne MARIA SMOLINSKA, préc., note 51. p. 32.

⁷⁵Lire en sens : *Code général des collectivités territoriales* Français (ci-après : « CGCT ») ; *Loi sur les cités et villes* (RLRQ, c. C-19), ci-après cité « L.C.V » ; *Loi sur l’organisation territoriale municipale*, RLRQ, c.o-9, Art.13.

politique et leur participation aux décisions stratégiques en matière de commande publique⁷⁶. Dans cette perspective, la constitution d'une commission d'appel d'offres, en droit français, obéit à des exigences procédurales précises : une telle commission est, en principe, instituée dès lors que le montant du marché atteint le seuil des procédures formalisées (appel d'offre ou dialogue compétitif)⁷⁷. Il en va de même pour les municipalités québécoises, au sein desquelles un comité de sélection peut être constitué, conformément aux règles applicables en matière d'appel d'offres public⁷⁸.

La comparaison, à ce stade, devient intéressante dans la mesure où, lorsque le marché atteint le seuil de l'appel d'offres, dans les municipalités des systèmes juridiques précités, il y a généralement constitution d'un Comité ou d'une Commission afin de sélectionner l'offre ayant rempli les conditions et critères fixés lors de la définition des besoins⁷⁹. Dans cette perspective, seuls les marchés publics municipaux ayant atteint le seuil de l'appel d'offres seront étudiés.

Concernant l'appel d'offres, en droit français, il peut revêtir deux formes : soit il est ouvert, soit il est restreint⁸⁰. De manière générale, l'appel d'offres peut se définir comme une procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, voire des candidats⁸¹. L'appel d'offres est ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner, et est restreint lorsque seuls les soumissionnaires ou les candidats sélectionnés par l'acheteur public sont autorisés à soumissionner⁸². À cet égard, en droit français, l'appel d'offres

⁷⁶*Id.*

⁷⁷Art. L.1414-2 CGCT.

⁷⁸Art. 573.1.0.1.al.3^e et 573.1.0.1.1.al.1^{er} par. 3 LCV ; Art. 936.0.1.al.3 et 936.0.1.1.al.1 CM.

⁷⁹*Id.* ; La formation de comités d'évaluation (ou comités de sélection) n'est obligatoire dès que lorsque la municipalité utilise un système d'évaluation de la qualité des offres (c'est-à-dire une pondération fondée sur des critères autres que le prix seul) dans un appel d'offres. En revanche, si l'appel d'offres ne comporte que le prix comme critère (mode du "plus bas soumissionnaire conforme"), la loi n'impose pas la création d'un comité de sélection.

⁸⁰S. NICINSKI, *Droits publics des affaires*, préc., note 51, p.635. ; Voir aussi : S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 6^e éd, préc., note 12, p.110-113.

⁸¹Art. L. 2124-2 CCP.

⁸²S. NICINSKI, *Droits publics des affaires*, préc., note 51, p.635.

est en principe obligatoire lorsque le montant du marché de travaux atteint le seuil prévu par voie réglementaire, il en est de même pour les marchés de fournitures et de services⁸³.

En droit québécois, l'appel d'offres peut prendre deux formes : sur invitation ou public⁸⁴. L'appel d'offres sur invitation consiste à solliciter des soumissionnaires ciblés⁸⁵. Cette procédure s'applique lorsque la valeur du contrat atteint ou dépasse le seuil fixé par règlement ministériel, à condition qu'au moins deux fournisseurs soient disponibles, sauf règle contraire prévue dans le Règlement de gestion contractuelle (RGC)⁸⁶. L'appel d'offres public est requis lorsque la mise en concurrence s'adresse à toutes les entreprises ayant un établissement sur le territoire⁸⁷. Ainsi, lorsque le contrat atteint le seuil réglementaire, la municipalité doit procéder par appel d'offres public⁸⁸.

Par conséquent, c'est l'appel d'offres public prévu en droit québécois qui se rapproche le plus de l'appel d'offres ouvert du Code de la commande publique (CCP) français, dans la mesure où il est accessible à l'ensemble des opérateurs économiques et repose, lui aussi, sur des mécanismes de publicité et de mise en concurrence⁸⁹. Ce sont donc ces marchés publics qui constitueront l'objet de la présente étude.

Il convient par ailleurs de souligner qu'une attention particulière sera portée aux mécanismes juridiques et opérationnels par lesquels les municipalités françaises et québécoises parviennent à

⁸³Le seuil de procédure de passation des marchés publics, : Marchés de travaux : 5 538 000 € HT; Fournitures et services (pouvoirs adjudicateurs) : 221 000 € HT; Fournitures et services (entités adjudicatrices) : 443 000 € HT, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/publication-de-lavis-relatif-aux-seuils-de-procedure-formalisee-pour-les-annees-2024-2025> Consulté le 12/12/2024.

⁸⁴Art. 573.1 LCV ; Art. 936.0.1.al 3 et 936.0.1.1.al.1 CM ; Art. 11 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4. Alain HUDON, « La loi sur les contrats des organismes publics et sa réglementation en matière des marchés publics : survol et commentaires », dans Conférence des juristes de l'État 2011 : XIXe Conférence : le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 292-298, en ligne : <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/laloisurlescontratsdesorganismespublicsetsareglementationenmatieredemarchespublics.pdf>

⁸⁵*Id.*

⁸⁶Art. 7, Art. 18, Art. 29, Art. 30 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; Art. 573.1 LCV ; Art. 936.0.1.al 3 et 936.0.1.1.al.1 CM ; voir aussi, Sébastien LAPRISE, François EMOND, Jean-Benoît POULIOT, *Contrats municipaux : manuel sur les meilleures stratégies*, 2^{ième} éd, Wolters Kluwer, Québec, 2018, p. 201. Actuellement, il est de 25 000 dollars.

⁸⁷Art. 573.1.0.1 LCV; Art. 936.0.1.al 3 et 936.0.1.1.al.1 CM ; A. HUDON, préc., note 84, 292 -298 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, publications CCH Itée, Brossard, 2002, p.83 et suiv. ; S. LAPRISE, F. EDMOND et J-B. POULIOT, préc., note 86, p. 201-202.

⁸⁸S. LAPRISE, F. EDMOND et J-B. POULIOT, préc., note 86, p. 202. Actuellement, il est de 133 800 dollars.

⁸⁹Art. L. 2124-2 CCP.

intégrer, dès la phase de définition des besoins, les considérations environnementales et économiques au sein de leurs stratégies d'achat public⁹⁰. Dans ce cadre, l'étude s'attachera notamment à analyser dans quelle mesure des techniques telles que le sourçage (sourcing) et le parangonnage (benchmark) peuvent être mobilisées comme instruments d'aide à la décision, susceptibles de réduire les tensions structurelles entre les composantes environnementales et économiques, tout en assurant la conformité des procédures au respect des principes fondamentaux des marchés publics⁹¹. Dans la même veine, la présente étude s'intéressera également aux effets juridiques pouvant découler de l'inclusion des considérations environnementales, tant sur la conception et la rédaction des documents contractuels que sur les modalités de passation des marchés publics, en droit français et en droit québécois.

Cette analyse portera une attention particulière aux tensions susceptibles d'émerger, d'une part, entre les composantes environnementales et économiques dans le cadre des marchés publics, et, d'autre part, entre ces considérations et les principes fondamentaux qui structurent le droit des marchés publics dans chacun des ordres juridiques⁹². Cette réflexion contribuera à une meilleure compréhension des interactions entre les considérations environnementales et économiques d'une

⁹⁰Art. L. 2111 CCP, art. L. 2111-1 CCP, art. L. 2111-3 CCP, art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP; art. L.3-1 du CCP; art. 2 LCOP ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 275 et suiv., p. 302 ; S. NICINSKI, préc., note 51, p.591 ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p. 537; DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*, 01/04/2019. p.1 ; Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », préc., note 51, p. 32 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, p.11.

⁹¹ Art. R.2111-1CCP; Olivier NYS et Bruno DALLER, « Les enjeux de la maîtrise du fonctionnement dans l'environnement financier des collectivités territoriales », (février 2019) 145 *RFFP*, p. 16-18 ; F. AKOKA, préc., note 5, p. 242-245; DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*, 01/04/2019. p.1 ; Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », préc., note 51, p. 32 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, p.11 ; Bruno G. MÉNARD, « Cinq ans après l'arrêt Tapitec c. Ville de Blainville : l'analyse de l'admissibilité et de la conformité est-elle plus prévisible ? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Vol 510, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 97, 99; Julie PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, Sherbrooke, Wolters Kluwer, 2020, 106-107; Nicholas JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Vol 551, *Développements récents en droit des marchés publics (2024)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 71, 41-81; Voir aussi : *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317 ; *Tapitec inc. c. Blainville (Ville de)*, 2015 QCCS 2380.

⁹²Lire en ce sens : Jorge Luis Collantes GONZALEZ, préc., note 30, p. 359; Gabriel JOBIDON, préc., note 30, p. 218; voir aussi : A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200 ; F. RANGEON, préc., note 189, p. 66 et suiv ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

part, et d'autre part entre ces considérations et les principes fondamentaux des marchés publics dans un contexte contemporain orienté vers une contractualisation durable.

4. Justification du sujet

De façon immédiate, **la première justification** de l'intérêt de la présente étude provient des constats qui se dégagent d'une comparaison directe entre les régimes juridiques applicables aux marchés publics dans les deux juridictions étudiées⁹³. L'identification de différences issues de la comparaison entre le droit des marchés publics municipaux québécois et français, fournit d'emblée l'amorce d'une réflexion riche, dans la mesure où, ces marchés sont, de part et d'autre, des contrats, mais soumis à des régimes juridiques distincts⁹⁴. La comparaison de ces conceptions divergentes révèle certaines particularités de chaque régime, ce qui suscite plusieurs interrogations qui seront abordées.

La deuxième justification de l'intérêt de cette recherche réside dans la manière dont les marchés publics peuvent être mobilisés en tant qu'instruments juridiques de conciliation entre les intérêts économiques et les exigences de protection de l'environnement. La conciliation peut avoir un impact, d'une part, sur les municipalités elles-mêmes, et d'autre part sur le modèle d'affaires des entreprises soumissionnaires qui doit être repensé en ce qui concerne leurs participations aux appels d'offres municipaux⁹⁵. En effet, les municipalités doivent mettre en place une politique d'achat adéquate pouvant concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général en tenant compte des contraintes budgétaires auxquelles elles font face.

⁹³Voir : E. ZOLLER, « La Méthode Comparative en Droit Public », préc., note 65; J-M. SAUVÉ, préc., note 65; R. DAVID, M. GORÉ, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., note 65.

⁹⁴Art. L.6 CCP; Patrice GARANT, Philippe GARANT, Jérôme GARANT, *Précis des administrations publiques*, 7^{ème} éd, Yvon Blais, 2017, p.158 ; J. HETU et Y. DUPLESSIS, préc., note 11, p.10 ; Jean HETU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal: le code civil et les contrats », (2020) 122 *Revue du notariat* 1, en ligne : <https://www.erudit.org/fr/revues/notariat/2020-v122-n1-notariat05337/1069939ar.pdf> ; A. LANGLOIS, préc., note 12, p.5; *Monit international c. Canada* 2004 CF 75, p.45; Voir aussi : Art. L. 551-13 et suiv. et Art. R. 551-7 suiv.

⁹⁵Lire en ce sens, l'étude menée par le Cabinet-conseil PwC et le cabinet d'avocats Blakes intitulée : « Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec », 2020, 48.

Le troisième intérêt réside dans l'analyse comparative de la jurisprudence française, européenne, canadienne et québécoise, afin d'analyser à la lecture de ces décisions l'activisme judiciaire environnemental, économique, voire conciliateur des juges⁹⁶. Dans ce cadre, on observera si les décisions des juges ont eu à réformer ou à faire évoluer le cadre normatif des marchés publics, plus particulièrement en ce qui concerne la conciliation des intérêts économiques et la protection de l'environnement, ou encore s'ils ont privilégié l'un au détriment de l'autre⁹⁷. En d'autres termes, il s'agira de constater si la balance des décisions judiciaires penche en faveur de l'environnement (but indirect) ou de l'objet économique (but direct), ou encore si cette balance équilibre les deux préoccupations.

Le quatrième intérêt réside dans l'analyse de la prise en compte des considérations environnementales dans les achats publics des municipalités françaises et québécoises, afin d'identifier les limites et les contraintes liées à cette prise en compte. Dans cette hypothèse, il sera donc question de défricher d'éventuelles pistes de réflexions pouvant mener à une éventuelle modification du droit national⁹⁸.

Le cinquième intérêt de cette recherche réside, d'une part, dans la démonstration du bien-fondé juridique et pratique de l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics, et, d'autre part, dans l'identification des mécanismes de responsabilité ou de sanctions susceptibles de s'appliquer aux municipalités qui s'abstiendraient délibérément de prendre en compte ces considérations dans leurs pratiques contractuelles. Plus particulièrement, la présente étude propose la mise en place de la conditionnalité environnementale⁹⁹. Dans cette perspective, il convient de

⁹⁶Sabine LAVOREL, « Le rôle des juges dans l'émergence d'une responsabilité climatique des états », (2021) 46 *Revue juridique de l'environnement* 1, 41 et suiv. en ligne : <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2021-1-page-37.htm>.

⁹⁷*Id.*

⁹⁸E. ZOLLER, « La Méthode Comparative en Droit Public », préc., note 65.

⁹⁹Chloé DAGUERRE, « L'évaluation environnementale : la nomenclature française doit se conformer au droit européen », (2021) *AJDA*, 2043 ; Jean-Charles ROTOUILLE, « Evaluation environnementale et « clause filet » », (2021) *RDI*, p. 336 ; Maurice KAMTO, « La mise en œuvre du droit de l'environnement : force et faiblesse des cadres institutionnels », (2014) *RADE*, 35 ; Hubert DELZANGLES, « La conditionnalité environnementale et commande publique », dans Hubert DELZANGLES et Francette FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 6-8 et 104; MINISTERE DU DEVELOPPEMENT DURABLE, DE

rappeler que la conditionnalité environnementale et la fiscalité verte sont aussi des outils pouvant répondre aux préoccupations environnementales¹⁰⁰.

Tout d'abord, la fiscalité verte peut prendre la forme d'une politique environnementale dans le cadre d'un marché public, ensuite parce que, la fiscalité verte peut aussi constituer l'une des conditionnalités environnementales (par exemple, lorsque l'on conditionne l'octroi d'un financement ou d'une subvention dans le cadre d'un marché public à la mise en place d'une fiscalité verte)¹⁰¹. En outre, l'évaluation environnementale peut également constituer l'une des conditionnalités environnementales dans le cadre d'un achat public. De ce fait, la fiscalité verte et l'évaluation environnementale peuvent rentrer aussi bien dans les considérations environnementales que dans les conditionnalités environnementales.

Enfin, le choix du Québec et de la France n'est pas un hasard, ni une coïncidence. Ce choix s'explique d'abord par le fait que le Québec et la France partagent à la fois la langue française et une tradition juridique d'inspiration civiliste, ce qui favorise une comparaison fondée sur des repères conceptuels et normatifs communs¹⁰². Il convient toutefois de nuancer ce rapprochement en rappelant que le Québec ne relève pas entièrement d'une tradition civiliste, cette nuance est particulièrement déterminante en droit des marchés publics. Ce choix est également lié aux

L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), *Guide de référence – L'éco-conditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux*, Direction des politiques agroenvironnementales et Bureau de coordination du développement durable, Québec, 2015, p. 23, en ligne : https://www.environnement.gouv.qc.ca/milieu_agri/ecoconditionnalite/guide-reference-prog-finance.pdf&ved=2ahUKEwi45tuRqvOJAxWbElkFHZY9AFAQFnoECB4QAQ&usg=AOvVaw2iuWvszRi7LzOeAwZEj1e9

¹⁰⁰ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le recours à l'éco-fiscalité – Principes d'application*, Décembre 2017, en ligne : « http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/fr/AUTFR_RecoursEcofiscalite.pdf »

¹⁰¹ H. DELZANGLES, « La conditionnalité environnementale et commande publique », préc., note 99, 6-10 et 104.

¹⁰² Donald FYSON, « De la Common Law à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans Florent GARNIER et Jacqueline VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, p. 157 ; Michel MORIN, « Entre fidélité et rupture : la tradition et le droit civil québécois », dans Brigitte LEFEBVRE et Benoît MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, coll. Les grands classiques du droit civil, Thémis, 2020, p. 163-191, en ligne : https://michelmorin.openum.ca/files/sites/5/2020/02/MORIN_MICHEL_TRADITION_DROIT_CIVIL_QUE%cc%81BE%cc%81COIS.pdf, p.179 ; Michel MORIN, « Blackstone et le bijuridisme québécois de la Proclamation royale de 1763 au Code civil du Bas Canada » dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Editions Thémis, 2015, p. 35. La France est le 9ème partenaire mondial du Canada, avec des échanges de 10,2 milliards de dollars canadiens (\$) en 2020, en ligne : https://www.canadainternational.gc.ca/france/bilateral_relations_bilaterales/canada_france_comm.aspx?lang=fra

échanges économiques effectués entre la France et le Québec de manière directe, et indirectement par l'entremise de l'Union européenne¹⁰³. Somme toute, ce choix s'inscrit dans la continuité logique de mon parcours académique, lequel s'est construit au carrefour de trois continents : l'Afrique (la R.D. Congo comme point de départ), l'Europe (la France), et enfin l'Amérique du Nord (Canada, plus précisément au Québec).

¹⁰³*Id.* ; Dans le cadre de l'AECEG.

PARTIE I. L'INCLUSION DES CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS : UNE SOURCE INÉVITABLE DE TENSION

L'objet de cette partie consiste à démontrer que l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics en droit français et québécois constitue une source inévitable de tension à deux égards. Cette tension provient d'abord de la divergence entre les intérêts économiques recherchés par les municipalités à travers la quête d'un meilleur prix au bénéfice de leurs contribuables lors de la passation d'un marché public d'une part, et les intérêts environnementaux que les municipalités sont tenues de protéger et de promouvoir indirectement par le biais de cette opération contractuelle d'autre part. La tension apparaît aussi entre ces deux composantes de l'intérêt général et les principes fondamentaux qui gouvernent le droit des marchés publics.

Les législateurs français et québécois semblent de plus en plus promouvoir l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics, sans pour autant tenir compte des tensions induites qui en découlent dans ces contrats à vocation économique.

Partant du constat selon lequel les marchés publics sont des contrats tant en droit français qu'en droit québécois, il faut noter qu'ils ne bénéficient pas d'une même qualification juridique dans ces deux systèmes juridiques, notamment lorsqu'ils sont conclus par les personnes morales de droit privé. Il en va de même en ce qui concerne les régimes juridiques qui leur sont applicables. En droit français, on distingue les marchés publics qualifiés de contrats administratifs des marchés privés qualifiés de contrats de droit privé, alors qu'en droit québécois, cette distinction ne suscite pas d'intérêt majeur¹⁰⁴. Tout simplement, parce que les marchés publics en général au Québec sont régis de manière supplétive par les règles du Code civil¹⁰⁵. Ces règles cohabitent avec d'autres règles de droit public, notamment celles qui touchent au processus de passation desdits marchés

¹⁰⁴Art. 300 et 1376 *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, (ci-après: « C.c.Q »); *Monit international c. Canada*, 2004 CF 75, par. 45; P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, *Précis des administrations publiques*, préc., note 94, p.158; Jean HÉTU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2e éd., Brossard, Publications CCH, 2003, p. 9032-9037; R. MICALÉF, préc., note 67, p. 43 et 81-83; Voir aussi : *Consultants Gauthier Morel inc. c. Ville de Laval*, 2020 QCCS 3497, par. 42 et suiv.

¹⁰⁵*Id.* ; Voir aussi : préambule du C.c.Q.

(chapitre préliminaire)¹⁰⁶. L'inclusion des considérations environnementales dans lesdits contrats est une source inévitable de tensions entre différentes composantes de l'intérêt général, possiblement contradictoires (chapitre I).

Ainsi, la présente partie entend démontrer que les marchés publics, en droit français et québécois, sont des instruments juridiques adaptés à la conciliation des composantes environnementales et économiques de l'intérêt général résultant de cette inclusion (chapitre II). Par ailleurs, il convient de préciser qu'en droit des marchés publics français et québécois, plusieurs alternatives efficaces permettent une meilleure conciliation de ces intérêts (chapitre III).

Chapitre préliminaire. Aperçu général des marchés publics municipaux en droits français et québécois

L'objet du présent chapitre n'est pas de faire une analyse comparative exhaustive des marchés publics en droit français et québécois, mais de déterminer si les marchés publics sont perçus dans les deux systèmes juridiques comme des « contrats », et dans l'affirmative, quels sont les régimes juridiques qui s'appliquent à ces derniers.

Pour ce faire, il s'agira en premier lieu de s'interroger sur la qualification juridique des marchés publics conclus d'un côté, par les personnes morales de droit public, et de l'autre, par des personnes morales de droit privé. En second lieu, il s'agira de tirer les conséquences de ces qualifications juridiques afin de mettre en lumière les règles de droit qui s'appliquent auxdits marchés.

Ce cadre d'analyse sera donc utilisé pour présenter les marchés publics municipaux français d'un côté (Section I), et de l'autre, les marchés publics municipaux québécois (Section II).

¹⁰⁶*Id.*

Section I. Aperçu général des marchés publics municipaux en droit français

Les marchés publics en droit français sont des contrats protéiformes. Ils sont généralement qualifiés de contrats administratifs s'ils sont passés par une personne morale de droit public, et de contrats de droit privé s'ils sont passés par une personne morale de droit privé (paragraphe I)¹⁰⁷.

La conséquence juridique de cette qualification nous pousse tout logiquement à décrire plus précisément le régime juridique applicable auxdits contrats (paragraphe II).

Paragraphe I. Marchés publics français, contrats protéiformes

Pour qualifier juridiquement un marché de contrat administratif (marché public) ou de contrat de droit privé (marché privé), il est nécessaire de s'interroger sur la qualité de la personne qui le conclut, qu'elle soit publique ou privée¹⁰⁸.

Ainsi, lorsqu'un marché est conclu par une personne morale de droit public, il est qualifié de contrat administratif (A), il n'en sera pas ainsi, s'il est conclu par une personne morale de droit privé (B).

¹⁰⁷ Art. L.6 CCP ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 73, p.144 et suiv. ; Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73, p. 640-659 ; S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 6^e éd, préc., note 12, p.110-113.

¹⁰⁸ Lire en ce sens : les Art. L. 1211-1, L. 1212-2, L. 2500-1 à L. 2522-1, L. 3200-1 à L. 3222-1 CCP ; DAJ, *Contrats de la commande publics et autres contrats*, 01/04/2019, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/contrats-cp-et-autres-contrats-2019.pdf?v=1580282644 ; S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 6^e éd, préc., note 12, p.130 et suiv. ; voir aussi : commentaire de la décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société bâtiment Mayennais (référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique)*, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020857qpc/2020857qpc_ccc.pdf
« Le droit européen des marchés publics a été transposé en droit français. Ce droit est construit sur base de deux notions : pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice. S'agissant de la notion des pouvoirs adjudicateurs, « ils sont les personnes morales de droit public (ex. l'état et ses établissements publics administratifs et industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux, les groupements d'intérêts publics, les municipalités, etc.) sont aussi considérés comme des pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé » qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont : « a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; « b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; « c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ». De même, on intègre dans cette définition les organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun. quant aux entités adjudicatrices, ils sont des pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux, les « entreprises publiques » qui exercent une des activités d'opérateur de réseau, et les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité ».

A. Les marchés publics passés par des personnes morales de droit public, contrats administratifs

La qualification juridique d'un contrat comme étant de droit administratif tient souvent compte, en droit français, d'un critère organique, à savoir de la nature publique ou privée de l'acheteur¹⁰⁹. Ce principe a été consacré à l'article L.6 du *Code de la commande publique* (CCP) en ces termes :

« S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses [...]. »¹¹⁰(emphase ajoutée)

Pris à la lettre, cet article démontre clairement que le législateur s'est fondé sur la qualité de la personne, plus précisément sur la nature publique de la personne morale, pour qualifier juridiquement un marché de contrat administratif. À cet égard, le législateur semble admettre de manière évidente qu'un marché conclu par une personne morale de droit public est un contrat administratif¹¹¹.

Cette méthode de qualification s'assimile à ce qu'on appelle en droit français des contrats administratifs, la qualification par détermination de la loi, dans la mesure où, c'est le législateur qui s'est prononcé lui-même sur la nature juridique d'un contrat signé par une personne morale de droit public¹¹².

¹⁰⁹M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv. ; P.-M. MURGUE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, préc., note 73 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110-113.

¹¹⁰Art. L. 6, Art. L.1111-1 et Art. L.1110-1 CCP; Art. 573 et 573.1 LCV et 935 et 936 CM ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.108-109; A. LANGLOIS, préc., note 12, p.6-7; S. NICINSKI, *Droit publics des affaires*, préc., note 51, p.635; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv. ; P.-M. MURGUE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, préc., note 73, p. 640-659; Voir aussi : P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse de doctorat, Paris, Dalloz nouvelle bibliothèque de thèses, 2014.

¹¹¹Art. L. 6 CCP ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110-113 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv. ; P.-M. MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73 ; CE, 25 septembre 2020, n° 432727, *Société Orange*, Lebon, *AJDA* 2020,1826.

¹¹²Jean-Claude RICCI, *Les fondamentaux : droit administratif*, 13^èéd, Paris, Hachette supérieur, 2019-2020, p.75 et suiv. ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110-113 ; Philippe YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ,2013, p. 47. La définition légale d'un contrat renvoie à la qualification juridique d'un contrat donnée par le législateur. C'est donc le législateur en sens qui précise que le contrat conclut par X personne sera qualifié de contrat administratif ou de contrat de droit privé.

Dans cette perspective, on peut croire qu'il suffit que le critère organique soit rempli, c'est-à-dire la présence actée d'une personne publique dans un contrat pour qu'il soit qualifié de contrat administratif, même si les autres critères matériels du contrat administratif ne les sont pas¹¹³.

En outre, si l'on lit attentivement l'article L.6 du CCP, on peut également en déduire qu'une personne morale de droit public, régie par le CCP, peut aussi passer des contrats de droit privé, dès lors que ceux-ci ne remplissent pas, « en raison de leur objet ou de leurs clauses », les critères jurisprudentiels du contrat administratif¹¹⁴. L'utilisation du verbe « pouvoir » repris à l'article L.6 en est une démonstration éloquente.

Bien entendu, cette situation concerne particulièrement les « autres marchés publics » et les « autres contrats de concessions » indiquées au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie du CCP¹¹⁵. Cela signifie, en d'autres termes, que les « autres contrats » tel que mentionné à l'article L.6 du CCP ne bénéficient pas de la qualification légale¹¹⁶. Il faudra alors se référer aux critères jurisprudentiels des contrats administratifs pour déterminer s'ils peuvent être qualifiés de contrats administratifs ou non. Parmi ces contrats, on peut citer à titre d'exemple : « les quasi-régies, les contrats liés à la protection d'intérêts essentiels de l'État, les contrats de coopération

¹¹³Pierre DELVOLVE, « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », dans *La scène juridique : harmonies en mouvement, mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p.165 et suiv. ; Voir aussi : Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014 ; Laure MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 96, 2010 ; Guylain CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », dans *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, Presses universitaire de Montpellier, 2006, t. 2, p. 636-637.

¹¹⁴Art. L.6 CCP ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110-113 ; Voir aussi : Thomas ROUYERAN et Christophe FARINEAU, « Les autres marchés publics ou le remodelage des marchés exclus », (Février 2019) 195 *Contrats Publics, Moniteur Juris*.

¹¹⁵Art. L.6 CCP, Art. L. 2500-1 à L. 2522-1, Art. L. 3200-1 à L. 3222-1 CCP ; P. DELVOLVE, « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », préc., note 113, p. 165 et suiv. ; Voir aussi : Commentaire de la Décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais (Référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique)*, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020857qpc/2020857qpc_ccc.pdf.

¹¹⁶J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv. ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110-113 ; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.47 et suiv. ; Commentaire de la décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société bâtiment Mayennais (référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique)*, préc., note 115.

entre pouvoirs adjudicateurs, les contrats attribués à une entité adjudicatrice à une entreprise liée ou à une coentreprise, etc. »¹¹⁷.

À la lumière de ce qui précède, le professeur Stéphane Braconnier estime que :

« [...], dès lors qu'ils (les marchés publics) sont conclus par une personne morale de droit public, tous les contrats de la commande publique relevant de l'ordonnance « marchés publics » sont des contrats administratifs. Seuls les contrats passés par des personnes morales de droit privé doivent être passés au crible des critères du contrat administratif. »¹¹⁸

Il en est de même pour le professeur Pierre Delvolvé, il estime que :

« [...] le Code de la commande publique [...] dans son article L. 6, dispose que les contrats qui en relèvent « concluent par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs » : le critère organique suffit, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les aspects matériels ; a contrario, les contrats d'un même type passés par des personnes de droit privé sont des contrats de droit privé »¹¹⁹.

Ainsi, les critères constituent la méthode de qualification utilisée par le juge administratif pour établir la nature administrative ou privée d'un contrat à défaut de qualification expresse par la loi. De jurisprudence constante, ceux-ci sont au nombre de deux : le critère organique et les critères matériels¹²⁰. Le critère organique permet, de faire entrer dans le giron des contrats administratifs, les contrats conclus par des personnes morales de droit public¹²¹. Autrement dit, ce critère permet de qualifier un contrat d'administratif en se fondant uniquement sur la présence d'une personne morale de droit public dans un contrat¹²².

¹¹⁷Crt. L.6 CCP ; Art. L.2500-1 à L.2522-1, Art. L. 3200-1 à L. 3222-1 CCP ; Art. L. 2511-1 CCP ; Commentaire de la Décision n° 2020-857, QPC du 2 octobre 2020, *Société bâtiment Mayennais* (référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique), préc., note 115 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking brixen*, Aff. C-458/03 ; C.J.U.E., 29 novembre 2012, *Econord SpA*, Aff. C-182/11 ; Voir aussi : *Paurin kaupunki*, Aff. c-328/19, CMP 2020, comm 252.hh ; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c. Italie*, Aff. C-371-05 ; Sébastien BRAMERET, « Prestation intégrées et transparence organique : pour une convergence des jurisprudences », (2021) *AJDA* 900 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110-133 ; P. DELVOLVE, « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », préc., note 113, p. 165 et suiv.

¹¹⁸S. BRACONNIER, préc., note 12, p.110.

¹¹⁹Commentaire de la Décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société bâtiment Mayennais* (référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique), préc., note 115 ; P. DELVOLVE, préc., note 113, p.165 et suiv.

¹²⁰Lucie SOURZAT, *Le contrat administratif résilient*, Thèse de doctorat, LGDJ Lextenso éditions, Bibliothèque de droit public, t.308,2019, p. 259-265 ; Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2018, p. 271 ; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.49 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv. ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv.

¹²¹*Id.*

¹²²*Id.*

Quant aux critères matériels, ils comprennent deux autres éléments alternatifs : l'objet (c'est-à-dire que le contrat doit avoir un lien avec le service public) et le contenu (c'est-à-dire que le contrat doit comporter des clauses ou un régime exorbitant)¹²³.

Concernant le premier sous-critère relatif à l'objet du contrat, celle-ci implique une participation étroite d'un cocontractant (opérateur économique) à l'exécution d'un service public, ou encore, que le contrat ait pour objet l'exécution du service public¹²⁴.

S'agissant du second sous-critère relatif au contenu du contrat, il faut souligner avant toute chose qu'auparavant, on observait le contenu du contrat en se basant sur l'existence de[s] clause[s] exorbitante[s] du droit commun¹²⁵. Celles-ci se définissaient comme des clauses « ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis dans le cadre des lois civiles et commerciales »¹²⁶. Cette définition renvoie à ce que la doctrine qualifie de « clauses impossibles, illicites, mais aussi simplement « inusuelles » dans les relations de droit privé »¹²⁷.

Au fil du temps, la question de la pertinence de cette définition s'est finalement posée avec acuité, car on estimait que la notion de l'existence des clauses exorbitantes dans un contrat était « trop complexe, trop impressionniste, trop subjective, rétive à toute tentative de systématisation, reposant sur des présupposés dépassés... »¹²⁸.

C'est dans ce contexte que le Tribunal des conflits dans l'arrêt *SA AXA France IARD*¹²⁹ a eu le mérite de proposer une définition des clauses exorbitantes intégrant, explicitement ce qui fonde

¹²³20 avril 1956, *Epoux Bertin* (concernant l'hébergement et la fourniture d'aliment aux réfugiés russes) ; TC, 25 octobre 1963, *Dame veuve Mazerand* ; TC, 21 mai 2007, *Sté Codiam* ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.49; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.271; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv.

¹²⁴J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76, C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.268.

¹²⁵CE, 31 juillet 1912, *Sté Granits porphyroïdes des Vosges* ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.280.

¹²⁶CE, 15 février 1935, *Sté française de constructions mécaniques*, rec., p.201 ; voir aussi : Ph. YOLKA, préc., note 6, p.58; TC, 15 novembre 1999, *Commune de Boursip* ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76-77.

¹²⁷Ph. YOLKA, préc., note 112, p.58.

¹²⁸J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.279-280 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.121.

¹²⁹TC, 15 octobre 2014, *AXA IARD* ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.121 à 123 ; L. SOURZAT, préc., note 120, p.258-265.

leur caractère exorbitant (l'intérêt général), en précisant qu'une clause exorbitante « est une clause qui notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »¹³⁰.

Ainsi, le régime exorbitant dans les contrats administratifs a substitué la clause exorbitante du droit commun dans un contrat administratif¹³¹. Ce régime consiste donc à vérifier si le contrat est stipulé en priorisant l'intérêt général¹³². Il s'agit en d'autres termes de vérifier, si le contrat « est soumis à un régime particulier tout entier pétri de considération d'intérêt général »¹³³. Dans l'ensemble, il s'agit effectivement de vérifier « si le contrat est placé dans une ambiance de droit public »¹³⁴. Autrement dit, pour bénéficier de la qualification juridique de contrat administratif, le contrat doit être centré sur la notion d'intérêt général¹³⁵.

En effet, la présence d'une personne publique dans un marché public ne signifie pas nécessairement que ce contrat ne peut pas être qualifié de contrat de droit privé.

La jurisprudence renseigne à cet effet que :

« Un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans le cas où, eu égard à leur objet, il ne fait naître qu'entre les parties que des rapports de droit privé »¹³⁶.

Si l'on doit s'en tenir à ce qui précède, on pourra déduire que l'article L.6 du CCP met côte à côte deux types de marchés publics : les marchés publics qualifiés de contrats administratifs et les

¹³⁰C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p. 280 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.121 à 123 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76-77.

¹³¹CE, 31 juillet 1912, *s^{te} Granits Porphyroïdes des Vosges* ; CE, 7 mars 1923, *Jossifoglu*, rec. CE, p.222, Haro KARPENSCHIF, « Sur les contrats de droit privé de la commande publique », *AJDA* 2020. 2281 ; François BRENET, « Les contrats privés des personnes publiques », (2021) *AJDA* 76.

¹³²C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.280.

¹³³*Id.*

¹³⁴M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.123.

¹³⁵*Id.*

¹³⁶TC, 8 juillet 2013, *Sté d'exploitation des énergies photovoltaïques c. Sté EDF* ; TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris* ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.112-113 ; Voir aussi : Art. L.6 du CCP.

marchés privés qualifiés de contrats de droit privé. Ces derniers sont qualifiés de la sorte, lorsqu'ils sont conclus par des personnes privées sous influence publique¹³⁷.

Au regard de ce qui précède, le législateur semble mettre l'accent d'un côté sur le critère organique, lorsque le contrat est conclu par une personne morale de droit public (la détermination légale des contrats administratifs), et de l'autre, sur les critères jurisprudentiels.

Par conséquent, la distinction des contrats en deux catégories, entre contrat administratif et contrat de droit privé, est l'une des spécificités juridiques du droit français, ou plutôt la conséquence d'un effacement partiel de la distinction entre contrat administratif et contrat privé sous l'influence du droit de l'Union et de l'incorporation des logiques de transparence, d'égalité, de non-discrimination dans le droit de la commande publique, ainsi que des notions de pouvoirs/entités adjudicatrices¹³⁸.

L'incorporation de ces types des contrats aux marchés publics, fait logiquement apparaître l'existence de deux types des marchés : le marché public-contrat administratif régit par le droit public, et relevant tout naturellement de la compétence du juge administratif d'une part, et d'autre part, un marché privé régit essentiellement par le droit public, mais relevant de la compétence du juge judiciaire¹³⁹.

Dans cette perspective, il est pertinent de rappeler que le gouvernement avait introduit un projet de loi en avril 2024 visant à réformer en profondeur le contentieux de la commande publique¹⁴⁰. Ce projet propose, d'une part, d'unifier l'ensemble de ce contentieux sous la compétence exclusive du

¹³⁷*Id.*

¹³⁸M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv. ; Voir aussi : P.-M. MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73; P. DELVOLVE, préc., note 113, p. 165 et suiv. ; Concernant le droit québécois, Voir : René DUSSAULT et Denis CARRIER, « Le contrat administratif en droit canadien et québécois », dans revue canadienne du barreau (1970), Québec, p.445.

¹³⁹L. SOURZAT, préc., note 120, p.276-278 ; Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, préc., note 113, p.89 et suiv.

¹⁴⁰Projet de loi portant simplification de la vie économique, texte n° 550 (2023-2024), déposé au Sénat le 24 avril 2024, par M. Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Sénat, 2024.

juge administratif et, d'autre part, de qualifier comme administratifs tous les contrats relevant du CCP, y compris ceux conclus par des personnes privées soumises à ce Code¹⁴¹.

Ainsi, conformément à l'article 5 dudit projet de loi, qui s'intitule : « Unifier le contentieux des marchés publics entre le juge administratif et le juge judiciaire », plusieurs articles du CCP pourront faire l'objet d'une modification, à l'instar de l'article L.6 et L.2521-4.

S'agissant de l'article L.6 du CCP, c'est la première phrase du premier alinéa, plus précisément les mots : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats » qui seront remplacés par les mots : « Les contrats »¹⁴². En revanche, l'exception visant les contrats mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie dudit Code, qui concerne principalement les marchés de quasi-régie, de coopération, les contrats conclus en application de règles internationales ou les marchés spécifiques non soumis à la concurrence, sera maintenue¹⁴³. De ce fait, le remplacement du premier alinéa aura pour conséquence l'abandon du critère organique, ce qui aura pour conséquence l'élargissement de la qualification législative des contrats administratifs à certains contrats de droit privé¹⁴⁴.

Concernant l'article L.2521-4 du CCP, celui-ci introduit une disposition selon laquelle « Les parties à un contrat de droit privé mentionné au présent livre peuvent recourir à un règlement amiable des différends dans les conditions prévues par le **code civil** et le **code de procédure civile** »¹⁴⁵. Cette disposition laisse entendre que, même dans le cadre de cette réforme, le juge judiciaire ne serait pas entièrement dépourvu de compétence en matière de contentieux des marchés publics.

À la lumière de ce qui précède, le syndicat de la juridiction administrative pense que :

¹⁴¹Projet de loi portant simplification de la vie économique, texte n° 550 (2023-2024), déposé au Sénat le 24 avril 2024, par M. Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Sénat, 2024.

¹⁴²*Id.*

¹⁴³*Id.* ; SYNDICAT DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *Par Ces Motifs du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 9 avril 2024, en ligne : https://lesja.fr/images/SJA_-_PCM_avril_2024_vf.pdf

¹⁴⁴*Id.* ; P-M. MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73, p.640-659.

¹⁴⁵*Id.*

« Cette modification est présentée comme simplificatrice pour quatre raisons : elle permet aux acteurs d'identifier aisément la nature de leur contrat et le juge compétent, elle permet un règlement plus rapide des litiges, elle évite les divergences de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction et elle ouvre à tous les acteurs de la commande publique l'accès au recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat (recours dit « Tarn-et-Garonne »). Le critère de la soumission au code de la commande publique a paru plus simple et plus adapté que le critère organique pour la qualification de contrat administratif, puisque la notion, issue des textes européens, d'« organisme de droit public » est indifférente au statut public ou privé de l'organisme qui doit se soumettre aux règles de la commande publique. »¹⁴⁶

De ce qui précède, il convient de rappeler que Paul-Maxence Murgue-Varoquier avait déjà suggéré, en son temps, dans sa thèse de doctorat, d'élargir le critère organique, de sorte que les contrats conclus aussi bien par les personnes morales de droit public que par les personnes morales de droit privé sous influence publique soient unifiés sous une seule appellation de « contrats publics »¹⁴⁷. À cet effet, les marchés publics conclus par ces deux personnes seront tous qualifiés de contrats administratifs, et ne pourront que relever de la compétence d'un seul juge, en l'occurrence du juge administratif.

L'idée ici n'est pas de porter un coup de grâce à la sacralité des divisions constitutives du droit français, plus particulièrement à ces deux ordres de juridictions : juridiction de l'ordre judiciaire et juridiction de l'ordre administratif, mais de simplifier la compréhension du droit des marchés publics en créant un bloc de compétence, entre les mains d'un seul juge, plutôt que de deux juges comme cela se fait actuellement¹⁴⁸.

Peu importe alors que l'on se base sur le critère organique, ou plus largement sur la qualification jurisprudentielle ou légale, les marchés publics passés par les municipalités sont de contrats administratifs, parce que ces dernières sont au regard du droit français des personnes morales de

¹⁴⁶SYNDICAT DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *Par Ces Motifs du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, préc., note 143.

¹⁴⁷P.-M. MURGUE-VAROQUIER, préc., note 73, p.170 et suiv. ; H. KARPENSCHIF, préc., note 131, 76 ; CE, 31 juillet 1912, *s^{te} Granits Porphyroïdes des Vosges* ; voir aussi : M. AMILHAT, préc., note 113 et L. MARCUS, préc., note 7.

¹⁴⁸*Id.*

droit public¹⁴⁹, plus précisément des collectivités territoriales¹⁵⁰. Il en est de même pour les autres personnes morales de droit public : les régions, les départements, les universités, etc.¹⁵¹

Cette solution est d'autant plus valable à cet égard, parce que les marchés publics ont un lien suffisamment étroit avec le service public et visent dans l'ensemble l'intérêt général, c'est-à-dire répondre aux besoins d'une municipalité en matière de construction, de fourniture et de service¹⁵².

Néanmoins, certaines personnes morales de droit privé ont aussi la capacité de conclure les marchés publics qualifiés de contrats administratifs au sens du CCP, outre les personnes morales de droit public.

¹⁴⁹ Il convient de citer à titre d'exemple: les collectivités territoriales locales et leurs établissements publics, administratifs ou industriels et commerciaux (ex. OPH), territoriaux (ex. établissements publics de coopération intercommunale) ou purement fonctionnels (ex. établissements publics locaux d'enseignement ou d'éducation, centres communaux d'action sociale) sont soumis au CCP; Voir : Art. L. 2221-4 du *Code générale des collectivités territoriales*, elles sont soumises au CCP étant donné qu'elles sont qualifiées expressément au regard de l'article 197 de la *Loi n°2004-809 du 13 août 2004 d'établissements publics locaux*; Voir aussi, S. BRACONNIER, préc., note 12, p.84-95; Jean-Marc Peyrical, « Notion de marché public », dans *Encyclopédie des collectivités locales*, vol. 6, chapitre 1, n° 3005, 2022.

¹⁵⁰ Voir Art. 72 *Constitution française* ; Art. L. 2221-4 et suiv. *Code générale des collectivités territoriales*.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.279-280 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.121 à 123.

B. Les marchés passés par des personnes morales de droit privé

En se fondant sur l'article L. 6 du CCP, on peut s'interroger sur la nature juridique des contrats soumis au CCP, mais conclus entre personnes morales de droit privé¹⁵³. En effet, les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, sauf exception¹⁵⁴.

Les exceptions pouvant faire en sorte que les contrats de droit privé soient qualifiés de contrats administratifs sont en principe au nombre de trois : premièrement, lorsque la personne privée agit dans le cadre d'un « mandat » d'une personne publique (1), deuxièmement, lorsque le contrat est conclu par une personne privée « transparente » (2), et troisièmement, lorsque le contrat de droit privé est l'accessoire d'un contrat administratif principal (3)¹⁵⁵.

1. La notion du mandat en droit de contrat administratif français

En droit des contrats administratifs, on distingue deux types de mandats : le mandat au sens du droit civil¹⁵⁶ et le mandat au sens du droit administratif¹⁵⁷.

Dans le premier cas, le mandat est le fait d'agir « au nom et pour le compte du mandant »¹⁵⁸. Il y a donc ici l'idée de représentation, en l'occurrence de la représentation d'une personne publique¹⁵⁹.

¹⁵³Commentaire de la Décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société bâtiment mayennais (référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique)*, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020857qpc/2020857qpc_ccc.pdf : « il s'agit des personnes morales de droit privé qui remplissent les critères de définition de la notion de pouvoirs adjudicateurs (à savoir: la satisfaction d'un d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et une influence exercée par un autre pouvoir adjudicateur) ou des organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ainsi que ces mêmes personnes ou les entreprises publiques agissant dans le secteur des réseaux. Tel est le cas de sociétés comme Aéroports de Paris, la Poste, ou Gaz de France (GDF) et électricité de France (Edf), de la plupart des sociétés d'économie mixtes locales, des sociétés publiques locales, des Associations dont les ressources sont principalement procurées par des personnes publiques, ou encore des organismes privés d'habitation à loyer modéré. Un marché conclu entre deux personnes privées peut être regardé comme un marché public soumis au droit administratif. Avec la dernière réforme ferroviaire, les contrats conclus en application du CCP par la société SNCF réseau (société de droit privé), seront qualifiés de contrats administratifs par détermination de la loi (Art. L. 2111-9-4 du *Code des transports* issus de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF) ».

¹⁵⁴J.-C. RICCI, préc., note 112, p. 75-76 ; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.253 et suiv.

¹⁵⁵*Id.*

¹⁵⁶Art. 1984 du *Code civil français* : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom » ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520 et suiv.

¹⁵⁷J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106 et suiv.

¹⁵⁸Art. 1984 du *Code civil français*.

¹⁵⁹J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106 et suiv.

En effet, si l'on doit appliquer la théorie du mandat telle que définie en droit privé, c'est-à-dire le fait d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne¹⁶⁰, quelle serait alors la nature juridique des contrats conclus dans ce cadre ? Ils seront qualifiés de contrats administratifs, ceci paraît logique, d'autant plus que la personne publique est représentée par la personne privée, et cette dernière agit avec tous les pouvoirs qui lui ont été conférés en vertu dudit mandat¹⁶¹.

Bien qu'elle fasse l'objet d'un tempérament en doctrine¹⁶², cette exception a été admise dans le cadre des contrats relatifs à l'exécution des travaux publics ou encore dans le cadre des marchés constituant une modalité de l'exécution même d'un service public administratif¹⁶³.

Pris en ce sens, le mandat implique la soumission du mandataire aux règles du jeu fixées par le mandant¹⁶⁴. Ainsi, le mandataire ne peut donc pas agir *ultra vires* sous peine d'engager sa propre responsabilité contractuelle ou délictuelle selon le cas¹⁶⁵.

Dans le second cas, le « mandat administratif » se distingue du mandat au sens civiliste du terme, c'est-à-dire le fait d'agir au nom et « pour le compte » d'autrui, dans la mesure où cette dernière expression, « pour le compte de » est souvent trompeuse dans le cadre d'un mandat administratif, puisqu'il y a absence de représentation formelle comme dans le mandat au sens du droit civil¹⁶⁶.

Le Conseil d'État a jugé en ce sens que : « la personne publique pour le compte de laquelle le contrat a été passé n'est pas partie à celui-ci »¹⁶⁷. La particularité de ce mandat administratif réside

¹⁶⁰ Art. 1984 du *Code civil français* ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106 et suiv.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² On estime qu'il ne s'agit pas d'une exception au critère organique, mais tout simplement d'un simple aménagement ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.516.

¹⁶³ *Loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage* l'a prévu. Elle dispose que « le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire [...] l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage » ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.516-517 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106 et suiv.

¹⁶⁴ M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106 et suiv. ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520 et suiv.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ Comme dans le mandat au sens civil, le mandat administratif divise la doctrine, certains comme Marion UBAUD-BERGERON estime que les personnes privées « transparentes » doivent s'aligner dans la catégorie du mandat administratif, alors que J. PETIT et P.-L. FRIER s'inscrivent quant à eux dans un sens contraire ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.516 et suiv. ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106-107.

¹⁶⁷ CE, 27 janvier 1984, *Ville d'Avignon c. da Costa* ; TC, 23 septembre 2002, *s^tés Sotrame et Métalform c. Gie sesam-vitale* ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv.

dans le fait qu'il est souvent « implicite », et donc découvert *a posteriori* par le juge qui le déduit du contexte structurant de l'affaire, c'est pourquoi ladite expression n'était pas souvent utilisée par la jurisprudence¹⁶⁸. Il s'agit donc en réalité d'un « mandat implicite au sens de la jurisprudence « SERM » ou au sens de la jurisprudence « Entreprise Peyrot », cela laisse davantage de place à l'incertitude dans l'opération de qualification du contrat [...], source d'insécurité juridique »¹⁶⁹.

Ce type de mandat avait d'abord été timidement reconnu en matière d'aménagement urbain¹⁷⁰. Cette pusillanimité n'a pas empêché le Tribunal des conflits en 2013 de consacrer officiellement la théorie du mandat administratif dans l'affaire *société d'exploitation des énergies photovoltaïques*, en ces termes : « les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique »¹⁷¹.

Partant de ce qui précède, un contrat conclut par une personne privée pour le compte d'une personne publique est un contrat administratif¹⁷². La jurisprudence précise à cet égard que l'une des parties doit agir pour le compte, et non au nom de l'autre partie, tout simplement, parce qu'il y a absence de représentation dans ce type de contrat¹⁷³.

Dans cette perspective, le mandat au sens administratif peut créer une certaine incertitude dans la qualification juridique des contrats administratifs, dans la mesure où le juge administratif le découvre en même temps qu'il en applique les conséquences juridiques. Or, l'incertitude peut créer

¹⁶⁸Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., cours Dalloz, Dalloz, 2022, p.109 et suiv. ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p. 517 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv.

¹⁶⁹L. SOURZAT, préc., note 120, p. 255-256.

¹⁷⁰CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine* (« SERM »), rec. ce 1975, p.326; TC, 9 mars 2015, *M^{me} RIPSAL c. S^{te} ASF*, 3984 ; TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot* ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106-107 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv.

¹⁷¹TC, 8 juillet 2013, *S^{te} d'exploitation des énergies photovoltaïques c. S^{te} EDF* ; H. HOEPFFNER, préc., note 56, p.110 et suiv.

¹⁷²J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.50 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75-76, C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.271 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv. ; H. HOEPFFNER, préc., note 56, p.110 ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 204 et suiv.

¹⁷³M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.106 et suiv. ; J. PETIT ET P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520 et suiv.

une insécurité juridique, c'est en ce sens que les juges semblent de plus en plus réticents à l'usage du « mandat administratif » dans leurs décisions au profit du mandat au sens civiliste¹⁷⁴.

Si donc les contrats conclus dans le cadre d'un mandat sont des contrats administratifs, il en est de même pour les contrats conclus par les personnes privées transparentes.

2. Les contrats conclus par une personne privée « transparente »

Les contrats conclus par les personnes privées « transparentes » sont des contrats administratifs¹⁷⁵.

Cette qualification a été consacrée par la jurisprudence en 2007 dans l'affaire *Commune de Boulogne Billancourt*¹⁷⁶. À ce sujet, Nicolas Boulouis a écrit dans ses conclusions :

« Lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme « transparente » et **les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs.** »¹⁷⁷ (emphase ajoutée)

À la lumière de ce qui précède, on peut définir les personnes privées « transparente » comme « des institutions et, pratiquement, des associations, dont la personnalité morale présente un caractère fictif, parce qu'elles se trouvent sous la dépendance complète d'une personne publique, à l'égard de laquelle elles ne jouissent d'aucune autonomie, et dont elles constituent, en réalité, un service ou un organe »¹⁷⁸.

De cette définition, on peut clairement comprendre que la personne privée « transparente » dont il est question ici, est la créature d'une personne publique, car c'est grâce à cette dernière qu'elle doit

¹⁷⁴TC, 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton*, req. n° C4103; TC, 16 juin 2014, *Société d'exploitation de la tour Eiffel*; TC, 9 mars 2015, *Sociétés des autoroutes du sud de France*, L. SOURZAT, préc., note 120, p. 255-256.

¹⁷⁵J. PETIT ET P.-L. FRIER, préc., note 51, p. 520 ; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.50, J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75-76 ; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p. 271 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv. ; H. HOEPFFNER, préc., note 56, p.110; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p.204.

¹⁷⁶CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne Billancourt*, (2007) *AJDA* 915, note Dreyfus, CMP, Juillet 2007, étude F. LICHERE ; TC, 2 avril 2012, *Société Atexo*, N°3831, CMP, 2012, N°6, p.9, obs. P. DEVILLERS ; TC, 6 juillet 2020, *Société Huet location*, (2021) *AJDA* 734, N° 4191, chron. C. MALVERTI et C. BEAUFILS ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520 et suiv.

¹⁷⁷Nicolas BOULOUIS, « Contrats administratifs entre personnes privées : quid novi sub sole ? », dans Mélanges en l'honneur du professeur Laurent RICHER, *À propos des contrats des personnes publiques*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2013, p.28.

¹⁷⁸*Id.*

sa survie¹⁷⁹. Autrement dit, la personne privée « transparente » n'est pas une personne autonome, elle dépend de la personne publique, tel est le cas possiblement de certaines associations¹⁸⁰. Dans ce cadre, les contrats passés par ces associations sont supposés être passés par la personne publique elle-même¹⁸¹.

Ainsi, les contrats administratifs ne peuvent pas seulement être passés par des personnes privées transparentes, ils peuvent aussi être passés en application de la théorie de l'accessoire¹⁸².

3. Les contrats conclus par des personnes privées accessoires à un contrat administratif

L'introduction en droit des contrats administratifs de la théorie privatiste selon laquelle « l'accessoire suit le sort du principal » résulte de l'intervention jurisprudentielle¹⁸³. Le Tribunal des conflits l'a reconnu et l'a fait sienne dans l'affaire *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques* en précisant qu'un « contrat conclu entre deux **personnes privées peut également avoir un caractère administratif si ce contrat constitue l'accessoire d'un contrat principal de nature administrative** »¹⁸⁴.

En effet, la jurisprudence ne semble pas clairement indiquer les critères spécifiques d'identifications d'un contrat accessoire¹⁸⁵. À cet égard, le critère à prendre en compte pour identifier un contrat accessoire, c'est l'interdépendance juridique des deux contrats¹⁸⁶. En d'autres termes, il s'agit de vérifier si les deux contrats sont intimement liés, c'est-à-dire vérifier si un contrat peut vivre sans l'autre¹⁸⁷. On retrouve ce type de contrats en matière de garanties et de

¹⁷⁹CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne Billancourt*, (2007) *AJDA* ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p. 520 et suiv. ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.76.

¹⁸⁰Les Associations régit par la Loi de 1901 en France ; Voir aussi : J. PETIT ET P.-L. FRIER, préc., note 51, p.520 et suiv.

¹⁸¹*Id.*

¹⁸²Ph. YOLKA, préc., note 112, p. 61.

¹⁸³TC, 8 juillet 2013, *Sté d'exploitation des énergies photovoltaïques c. Sté Edf* ; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.283 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.109.

¹⁸⁴TC, 8 juillet 2013, *Sté d'exploitation des énergies photovoltaïques c. Sté Edf* ; Ph. YOLKA, préc., note 7, p.61 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.109 ; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p.283.

¹⁸⁵M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.109-110.

¹⁸⁶*Id.*

¹⁸⁷Ph. YOLKA, préc., note 112, p. 61 ; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.109-110 ; C.-A. DUBREUIL, préc., note 120, p. 283 et suiv.

cautionnement, car la nature de l'engagement de la caution ou de la garantie dépend fortement du contrat principal¹⁸⁸. Les contrats accessoires conclus dans ces domaines sont généralement des contrats administratifs, car indissociables, matériellement ou fonctionnellement, du contrat administratif principal.

En tout état de cause, il importe de souligner que ces exceptions exposent la complexité du droit des contrats administratifs français. Reste que, si les marchés publics peuvent être qualifiés tantôt de contrats administratifs, tantôt de contrats de droit privé, il faut s'interroger sur la conséquence de cette qualification, à savoir sur l'étendue de l'application des règles de droit public.

Paragraphe II. L'application des règles de droit public aux marchés publics municipaux français

Malgré l'existence de certaines règles communes, qui transcendent les deux branches du droit aussi bien s'agissant de la formation que de l'exécution des marchés publics municipaux, les règles de droit public restent prédominantes dans le cadre des marchés publics en droit français¹⁸⁹.

Dans l'ensemble, les marchés publics sont essentiellement soumis aux règles de droit public à leur formation (A) et à leur exécution (B).

A. L'application du droit public à la formation des marchés publics

Au moment de la formation d'un marché public ou privé, ce sont les règles relatives à l'ordre public contractuel qui gouvernent à la fois la définition des besoins et le processus de passation desdits contrats¹⁹⁰.

¹⁸⁸*Id.*

¹⁸⁹Les règles de droit civil peuvent s'appliquer de manière exceptionnelle en ce qui concerne la théorie des vices de consentement, l'objet, la loyauté des relations contractuelles, la force obligatoire et l'effet relatif du contrat. Le *Code civil* est particulièrement visé par le juge administratif français à l'article 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » ; Lire également, J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse de doctorat, Paris, université de paris 2-panthéon-assas, 2008 ; Ph. YOLKA, préc., note. 112, p.28-29.

¹⁹⁰S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 275 et suiv., p.302 ; S. NICINSKI, préc., note 51, p.591 ; Voir aussi : Ferdi YOUTA, *L'ordre public contractuel en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2024.

S'agissant de la définition des besoins, l'article L.2111-1 du CCP dispose ce qui suit : « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »¹⁹¹. Une lecture attentive de cet article montre clairement que la définition des besoins, par l'acheteur, doit être faite avant de la passation desdits contrats. Cette étape permet à la personne publique ou privée régie par le CCP de faire connaître ses besoins, voire ses attentes, aux opérateurs économiques (ex. entreprise ou particulier) qui souhaitent gagner un marché public.

Si les besoins du titulaire d'un marché public ou privé doivent être préalablement déterminés de manière précise avant le processus de passation des marchés, il est essentiel de noter que ces besoins doivent être définis en conformité avec les dispositions du CCP¹⁹². À la formation des marchés publics, cette exigence doit principalement reposer sur le respect strict des principes fondamentaux régissant les marchés publics : le principe d'égalité de traitement des candidats, les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, car ces principes assurent l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics¹⁹³.

Ainsi, l'utilisation des fonds publics, qu'elle soit effectuée par une personne publique ou privée dans le cadre d'un marché public, influe directement sur la liberté contractuelle¹⁹⁴. Celle-ci se trouve en effet encadrée, voire limitée, afin de garantir la satisfaction de l'intérêt général¹⁹⁵. Selon Nicholas Jobidon : « cette limite est par ailleurs tout à fait justifiée par l'économie plus générale du droit des marchés publics : on veut notamment éviter qu'un organisme public déjoue les règles

¹⁹¹Art. L.2111-1 CCP.

¹⁹²Art. L.2111-1 et L.1 CCP.

¹⁹³Art. L. 3 CCP; Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC; Voir aussi: François-Xavier BRÉCHOT, « À la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse: le contrôle de la pondération des critères de sélection des offres », *AJDA* 2019,1503.

¹⁹⁴N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 71 et 41-81; F-X. BRÉCHOT, « À la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse : le contrôle de la pondération des critères de sélection des offres », préc., note 193,1503 ; F. YOUTA, préc., note 190.

¹⁹⁵S. NICINSKI, préc., note 51, p.591 ; Voir aussi : F. YOUTA, préc., note 190 ; A. PELLERIN, préc., note 10.

d'adjudication par appel d'offres en adjudgeant un contrat à l'entreprise de son choix, puis révisé rétroactivement son exercice de détermination des besoins pour augmenter la portée du contrat »¹⁹⁶.

Dans cette perspective, il incombe aux acheteurs de veiller à une utilisation optimale et appropriée des fonds publics lors de la passation des marchés publics. Cette passation doit, non seulement, se conformer aux principes fondamentaux des marchés publics, mais également intégrer les considérations environnementales¹⁹⁷. Cette prise en compte doit être en lien avec l'objet du marché et les conditions d'exécution du marché¹⁹⁸.

Concernant l'application des règles de droit public à la passation des marchés proprement dite, celle-ci est faite à la suite des critères fixés lors de la définition des besoins. En effet, la passation des marchés publics comprend deux procédures : la sélection des candidatures et la sélection des offres¹⁹⁹. L'objectif ultime de la passation des marchés publics est de sélectionner l'entreprise ayant soumis l'offre économiquement la plus avantageuse à la lumière des critères posés lors de la définition des besoins²⁰⁰.

Par conséquent, le soumissionnaire est tenu de respecter les conditions de l'appel d'offres, sans lesquelles sa candidature pourra être écartée au profit du candidat ou du soumissionnaire ayant respecté les conditions requises²⁰¹. De ce fait, le titulaire du marché est tenu de justifier le choix de son cocontractant sous peine d'annulation dudit marché²⁰².

Ainsi, l'application des règles de droit public s'étend également à l'exécution des marchés publics.

¹⁹⁶N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 41-81.

¹⁹⁷Art. L.3 CCP ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p.537; DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*, 01/04/2019, p.1.

¹⁹⁸Art.L.2112-2 CCP.

¹⁹⁹Art. L.3 CCP.

²⁰⁰*Id.* ; Art. L. 2152-7 CCP ; Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 7^e éd, Limoges, 2022, p. 329 ; Il convient de citer par exemple : « les performances en matière environnementale, les coûts tout au long du cycle de vie, la biodiversité, le bien-être animal, etc. ».

²⁰¹Art. L.2141-1 et suiv. CCP.

²⁰²Art. L. 2152-7 et suiv. CCP.

B. L'application du droit public à l'exécution des marchés publics

Si les règles de droit public sont prédominantes au moment de la formation des marchés publics, celles-ci s'étendent également à l'exécution de ces marchés. Cette prédominance se constate particulièrement lors de la résiliation et de la modification des marchés publics²⁰³.

En effet, au cours de l'exécution d'un marché public, la personne morale de droit public dispose de la faculté de prononcer unilatéralement la résiliation du contrat, soit en raison d'une faute imputable au cocontractant, soit pour un motif d'intérêt général, conformément aux prérogatives qui lui sont reconnues²⁰⁴. Il en est de même pour sa modification²⁰⁵.

Si le marché public est qualifié de contrat administratif, la personne publique peut le modifier, voire le résilier unilatéralement en se basant essentiellement sur les règles de droit public²⁰⁶. À l'inverse, les marchés privés soumis aux règles de droit privé ne peuvent pas, en principe, être modifiés ou être résiliés de manière unilatérale sans l'accord préalable des deux parties, étant donné qu'il s'agit d'un contrat de droit privé²⁰⁷. Toutefois, en cas de résiliation ou de modification d'un marché public, il est en principe prévu une indemnisation au profit du cocontractant de l'administration²⁰⁸.

Dans l'ensemble, il importe de noter qu'en vertu de l'article L. 6 du CCP, l'administration dispose d'un pouvoir de contrôle qui s'exerce en fonction des modalités fixées par le CCP, les dispositions

²⁰³ Art. L.2194-1, R. 2194-10 CCP, Art. L.2195-3-2 CCP, Art. L. 6, Art. L. 3136-3-2 CCP; CE, 10 juillet 2020, n°430864, *sic Comptoir négoce équipements*, (Il s'agit ici d'une résiliation unilatérale d'un contrat administratif pour motif d'intérêt général en raison de son illégalité et modalités d'indemnisation du cocontractant); J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p. 537 et suiv.; Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 7^e éd, préc., note 200, p. 539-540.

²⁰⁴ Art. L.6-5, Art. L.2195-3-2°, Art. L.3136-3-2, Art. L. 2195-3 CCP : « Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier : 1° en cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant ; 2° pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6 »; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 550 et suiv.; CE, 10 janvier 1902, *C^{ie} nouv. De gaz de Déville-lès-Rouen*. Le pouvoir de résiliation d'un contrat peut s'appliquer même sans texte ; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 51, p. 538 et suiv.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ Art. L. 6-5, Art. L.2195-3-2°, Art. L.3136-3-2 CCP; S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique: marchés publics et concessions*, préc., note 200, p. 550 et suiv.; CE, 2 février 1987, *Sté tv6*, req. n°81131, Lebon, p. 28; Art. L.2194-1 et R.2194-10 CCP.

²⁰⁷ Il importe de souligner que l'Art. L. 2195-3 CCP est particulièrement réservé aux contrats administratifs ; CE, 26 février 2014, *Société « Environnement services »*, N° 365546. 35 ; CE, 20 janvier 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid*, N° 56503. 36 ; CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, n° 12315. 37 ; CE, 10 juin 1932, *S^{ieur} bigot*, rec. p. 572 ; Voir aussi : le *code civil français* ; Ph. YOLKA, préc., note. 112, p. 29.

²⁰⁸ Art. L.6-5, Art. L.2195-3-2°, Art. L.3136-3-2 CCP, S. BRACONNIER, préc., note 12, p.550.

particulières ou le contrat²⁰⁹. De même, l'administration contractante possède également, dans le but de protéger l'intérêt général, d'un pouvoir de sanction en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations contractuelles²¹⁰. À cet égard, il convient de souligner que les sanctions coercitives sont régies par les règles applicables aux contrats administratifs et sont considérées comme des règles d'ordre public auxquelles les personnes publiques ne peuvent valablement renoncer²¹¹. Toutefois, les marchés privés soumis au CCP sont encadrés par un régime juridique hybride : les relations contractuelles entre les parties sont régies, d'une part, par les dispositions spécifiques du CCP pour les cas qu'il prévoit (par exemple, la mise en concurrence), et d'autre part, par les règles du droit commun, issues notamment du Code civil et du Code de commerce, pour les situations non couvertes par le CPP (par exemple, le contentieux)²¹².

Si les marchés publics en droit français peuvent être qualifiés de contrats administratifs ou de contrats de droit privé, la réalité est tout autre en droit des marchés publics québécois.

²⁰⁹ Jacques PETIT et Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, 16^e Ed., LGDJ Lextenso, 2022-2023, p. 536.

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ CE, 18 déc. 2020, n° 433386, *Société Treuils et Grues Labor*, AJDA 2021. 1146, note Q. Aliez, *Contrats-marchés publics*. 2021, n°3, comm.74, note H. HOEPFFNER, JCPA 2021, n°5, comm. 2036, chron. J. MARTIN, G. PELISSIER et M. GABAYET, n°9, comm.2068, note F. LINDITCH. CE, Ass.9 nov. 2016, n°388806, *Société Fosmax* ; Jacques PETIT et Pierre-Laurent FRIER, *droit administratif*, 16^e Ed., LGDJ lextenso, 2022-2023, p. 536-537.

²¹² *Id.* ; Article 1180 du *code civil*; Cass. com., 23 octobre 2012, *Sté Dalkia France*, n° 11-231052; Voir aussi: TGI Paris, 27 mars 2012, *SAS ACH Construction*, n° 11/01295 ; CA Aix-en-Provence, 30 mai 2012, *SARL Arnaud*, n° 10/18369; CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

Section II. Aperçu général des marchés publics municipaux en droit québécois

Les marchés publics, en droit québécois, peuvent revêtir à la fois la nature juridique de contrats d'adhésion au sens de l'article 1379 du *Code civil du Québec* et celle de contrats administratifs relevant du droit public²¹³. Loin d'être incompatibles, ces deux qualifications peuvent coexister, puisqu'elles renvoient à une même réalité juridique dans le cadre du droit québécois des marchés publics.

Il ne s'agit donc pas de déterminer une catégorie juridique unique, mais plutôt de cerner les effets normatifs découlant du statut contractuel applicable, notamment en matière d'assujettissement aux règles propres des marchés publics. Dans cette optique, les contrats conclus par les municipalités québécoises s'inscrivent typiquement dans ce double registre : ils présentent à la fois les traits caractéristiques des contrats d'adhésion et de contrats administratifs (paragraphe I). Toutefois, cette qualification n'a pas d'impact significatif en ce qui concerne le droit applicable en la matière, car tous les marchés publics en droit québécois sont soumis de manière supplétive aux règles du *Code civil du Québec*, et celles-ci cohabitent avec certaines règles de droit public (paragraphe II).

Paragraphe I. Les marchés publics des organismes publics et municipaux québécois : un contrat à double qualification juridique

Les marchés publics conclus par les organismes publics et municipaux au Québec peuvent être simultanément qualifiés de contrats administratifs et de contrats d'adhésion, ces deux régimes n'étant pas mutuellement exclusifs (A)²¹⁴. Cela dit, en droit québécois des marchés publics, ces contrats présentent un caractère particulier, en ce qu'ils peuvent être formés en deux étapes (B).

²¹³P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 204 et suiv.

²¹⁴Les organismes publics ou municipaux énumérés dans les diverses lois ne sont pas forcément identiques à ceux des autres lois. De ce fait, il convient donc de déduire que l'expression « organisme public » telle qu'utilisée par le législateur, semble être une notion juridique à géométrie variable, et donc utilisée en fonction du contexte. C'est d'ailleurs en sens qu'abonde patrice GARANT en précisant ce qui suit : « *l'aire des organismes publics est donc définie de façon variable, on constate que pour certaines fins, mêmes des institutions privées sont assimilées à des organismes*

A. La nature duale des marchés publics en droit administratif québécois

Alors que le droit français opère une distinction entre les marchés publics qualifiés de contrats de droit privé (contrat civil) et les marchés publics qualifiés de contrats administratifs, cette distinction ne semble pas susciter un grand intérêt juridique en droit québécois, et ce, pour les raisons suivantes: premièrement, parce qu'elle « n'en est pas une de catégorie juridique fondamentale », et deuxièmement, parce que les deux catégories de contrats (contrat civil et contrat administratif) sont soumises de manière supplétive aux règles du *Code civil* en territoire québécois²¹⁵.

Cette conception du contrat s'explique par les origines historiques du droit administratif canadien, largement influencé par le modèle anglais²¹⁶. Contrairement au droit administratif français, le droit administratif anglais considère les contrats conclus par l'administration comme de simples contrats de droit privé, sans leur conférer de régime distinct fondé sur la spécificité de l'action publique²¹⁷.

D'ailleurs, René Dussault et Denis Carrier écrivaient à ce sujet ce qui suit : « le vocable « contrats administratifs » n'est pas, ou très peu, utilisé en droit canadien pour la bonne raison qu'il est [presqu'] inconnu en droit anglais »²¹⁸.

*publics. par ailleurs, il arrive que la doctrine ou la jurisprudence utilise l'expression dans un sens qui dépendra plutôt du contexte »; lire l'article 4 de la Loi sur les contrats des organismes publics (chapitre c-65.1), les organismes publics sont : « 1° les ministères du gouvernement; 2° les organismes budgétaires énumérés à l'annexe 1 de la loi sur l'administration financière (chapitre A-6.001), à l'exception des organismes visés à l'article 6; 3° les organismes dont le personnel est nommé suivant la loi sur la fonction publique (chapitre f-3.1.1); (...); selon l'article 3 de la Loi sur l'accès, les organismes publics sont : « 3. le Gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, les organismes gouvernementaux, les organismes municipaux, les organismes scolaires et les établissements de santé ou de services sociaux (...) »; suivant l'article 5 de la même loi, les organismes municipaux comprennent : « 5.1° une municipalité, une communauté métropolitaine, une régie intermunicipale, une société de transport en commun et l'administration régionale Kativik; (...) »; *Compagnie de recyclage de papiers md Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, 2019 QCCS 4169, par.168-171; P. GARANT, P. GARANT, J. GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, préc., note 73, p.36*

²¹⁵P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 73, p.158; Yves DEROME, « Le contrat de gestion privée d'un service public », (1995) volume 36, numéro 2, *Les cahiers de droit (c. de d)*, p. 327-333, en ligne : <https://id.erudit.org/iderudit/043332ardo>

²¹⁶R. DUSSAULT et D. CARRIER, préc., note 138, p.445-458.

²¹⁷*Id.*; P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 73, p.158; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 205 ; Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, préc., note 73, p.5; Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Paris, La mémoire du droit, Septembre 2020, p.73. Il s'agit d'une thèse de doctorat soutenue en 1945. Elle a donc été rééditée en 2020 par Laurent RICHER.

²¹⁸R. DUSSAULT et D. CARRIER, préc., note 138, p.445-458.

Si les contrats administratifs sont quasi-inconnus en droit canadien et québécois, cela ne signifie pas que le terme « contrat administratif » est dépourvu de définition en droit québécois. En effet, selon Denis Lemieux et Pierre Issalys, les contrats administratifs se définissent comme :

« Ceux que conclut une autorité publique avec un ou plusieurs cocontractants. Ceux-ci pourront être une autre personne morale publique ou privée ou un individu. Les contrats passés entre deux personnes privées ne seront administratifs que si l'une d'elles agit comme mandataire d'une autorité publique. »²¹⁹

Comme en droit français, cette définition doctrinale du contrat administratif semble mettre un accent particulier sur le critère organique, c'est-à-dire sur la présence d'une personne morale de droit public dans un contrat²²⁰. Cela signifie en d'autres termes que dans un contrat administratif, la présence d'une autorité publique est en principe obligatoire, sauf dans les cas où, la personne privée agit comme mandataire d'une autorité publique (personne publique)²²¹.

Dans cette perspective, il importe de rappeler que l'expression « contrat administratif », loin de désigner une simple variante parmi les catégories contractuelles reconnues par le droit civil, renvoie à une espèce autonome, structurée par une finalité propre : la poursuite de l'intérêt général, et par un régime juridique dérogatoire au droit commun²²². Ce contrat, bien qu'inscrit dans l'ordre public administratif, n'est pas pour autant hermétique aux logiques du droit privé. Il en épouse, dans certains cas, la forme et les mécanismes, au point de revêtir les attributs d'un contrat d'adhésion, tel que défini à l'article 1379 du *Code civil du Québec*²²³.

²¹⁹P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 203 et suiv. ; Patrice GARANT, préc., note 73, p. 5, les contrats administratifs « sont ceux dont une autorité publique est partie, et est soumis à des règles particulières de formation concernant les autorisations préalables, les appropriations budgétaires, les conditions de forme et de fond et à des règles relatives à son exécution ».

²²⁰R. DUSSAULT et D. CARRIER, préc., note 138, p. 445-457 ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 205

²²¹Lire en ce sens : P.-M. MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73, p. 640-659 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv. ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.79,110-113 ; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.47; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv.

²²²Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Paris, La mémoire du droit, Septembre 2020, p.73.; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 205 ; Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, préc., note 73, p.5.

²²³S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p. 63 ; *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.98 et suiv. ; *MRC de Vaudreuil-Soulanges c. Location Rivoca Inc.*, 2021 QCCA 1535, par.337 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), p.9012 et suiv. ; P. GARANT, *Droit administratif*, Vol. 1, 4^e édition, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1996, 503; P. GARANT, *Droit administratif*, préc., note 73, p. 375; voir également : *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.102. ; P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, *Précis des administrations publiques*, préc., note 94, p.158.Cette particularité se constate souvent dans la formation de ces

Dès lors, les marchés publics conclus par les organismes publics ou municipaux québécois illustrent particulièrement cette hybridité normative. Dans la majorité des cas, ces contrats sont élaborés sur la base de clauses types prédéterminées, imposées unilatéralement par la personne publique, et laissées à l'acceptation du soumissionnaire sans marge réelle de négociation²²⁴. Cette configuration témoigne d'une adhésion contrainte à un cadre contractuel rigide, où l'autonomie de la volonté cède le pas progressivement à une logique de standardisation nécessaire à la transparence et à l'égalité entre les candidats²²⁵.

De cette double appartenance des marchés publics en droit québécois, relevant à la fois du droit public par leur finalité et du droit privé par leur structure contractuelle, émerge une qualification juridique que l'on peut qualifier de « duale », qui témoigne de la nature hybride de ces instruments. Autrement dit, cette dualité reflète une articulation subtile, en droit des marchés publics québécois, entre les exigences de l'intérêt général, propres au droit public, et les mécanismes de droit commun qui gouvernent la formation et l'exécution du contrat. Dans cette logique, les marchés publics en droit québécois doivent ainsi être envisagés comme des « contrats administratifs d'adhésion » : administratifs dans leur finalité et leur régime d'exécution, mais d'adhésion dans leur mode de formation²²⁶. Cette dualité justifie, à son tour, l'application de règles particulières, tant au moment

contrats, notamment lorsqu'il s'agit de l'appel d'offres, qui est impérative lorsque le contrat atteint un certain montant fixé par le gouvernement.

²²⁴Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, préc., note 73, p.5 et suiv. ; *Monit international c. Canada*, préc., note 10, par. 45 ; P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 98, p.158; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, publications CCH Itée, Brossard, CCH, 2002, p.7; Jean HETU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le code civil et les contrats », (2020) vol. 122 *revue du notariat* 35 ; en droit français, les personnes privées sous influence publique peuvent passer les marchés publics.

²²⁵R. DUSSAULT et D. CARRIER, préc., note 138, p. 445-457 ; *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, 2019 CSC 57, par. 34-36 ; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », préc., note 231, p. 63-64. P. GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd, Cowansville, les éditions Yvon Blais, 2017, p. 374-376 ; Nicholas JOBIDON, « Analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics », (2018) 48 *RDUS* 95, n°1 et 2; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.59 et suiv.; *Mabarex Inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, préc., note 239, par. 49-57.

²²⁶P. GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd, Cowansville, les éditions Yvon Blais, 2017, p. 374-376 ; Nicholas JOBIDON, « Analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics », (2018) 48 *RDUS* 95, n°1 et 2; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.59 et suiv.; *Mabarex Inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, préc., note 239, par. 49-57; Julie PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p.22.

de l'adjudication (mise en concurrence) qu'à celui du contrôle (régimes de surveillance administrative)²²⁷.

Ce régime composite, loin de constituer une anomalie, s'inscrit dans la cohérence fonctionnelle des marchés publics, telle qu'elle se déploie en droit québécois. Il illustre, plus largement, la capacité du droit administratif québécois à intégrer des mécanismes empruntés au droit privé, sans renoncer à ses fondements propres, dans une logique d'adaptation aux contraintes contemporaines de l'action publique contractuelle face aux considérations environnementales²²⁸.

Ainsi, il convient de préciser qu'il existe plusieurs types des contrats administratifs en droit québécois, à savoir : « les contrats d'achats de biens et services, les contrats d'engagement des agents publics et les contrats de marchés publics, etc. »²²⁹. Dans le cadre de ce travail, nous nous intéressons particulièrement aux contrats de marchés publics, dont la formation est souvent difficile à cerner lors d'un appel d'offres²³⁰.

B. La formation des marchés publics par appel d'offres en droit québécois, un contrat à deux étages

L'appel d'offres au Québec a longtemps été considéré comme une invitation à soumissionner, et non comme une offre de contracter devant faire naître une obligation contractuelle entre les parties au contrat²³¹. Cette conception était en contradiction avec les arrêts de la Cour suprême du Canada, qui dans la plupart de cas étaient pris en application des règles de la Common Law²³².

²²⁷P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p.205; P.-M. MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73, p.640-659 ; J.-C. RICCI, préc., note 112, p.75 et suiv. ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.79 et 110-113 ; Ph. YOLKA, préc., note 112, p.47; M. UBAUD-BERGERON, préc., note 73, p.144 et suiv ; P. GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd, Cowansville, les éditions Yvon Blais,2017, p. 374 et suiv.

²²⁸*Id.*

²²⁹P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 205 ; P.-M. MURGUE-VAROCLIER, préc., note 73, p. 640-659.

²³⁰P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 1260.

²³¹*Bau-Québec ltée c. Ville de Sainte-Julie*, 31 mai 1994, C.S. Longueuil; *MYG informatique Inc. c. Commission scolaire René Lévesque Inc.*, 2006 QCCA 1248, par. 33-36; *Immobilière (l'), société d'évaluation conseil Inc. c. évaluations BTF Inc.*, 2009 QCCA 1844, par. 251; Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », dans S.F.C.B.Q, vol.510, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Montréal, éditions Yvon Blais p. 59; *Trois-Rivières (ville de) c. Henri Paquette Inc.*, [1986] R.J.Q. 1021 (C.A.) requête pour autorisation de pourvoi à la cour suprême a été rejetée (C.S. Can., 1986-06-12) 19891; *Paul fortin & fils ltée c. La Société d'habitation du Québec*, [1988] R.R.A. 486 (C.A.); P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p.1280 et suiv.

²³²*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *La Reine (ont.) c. Ron engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111 (il ne s'agit pas de la Common Law au sens strict, bien que la C.S.C se soit prononcé

Au Québec, cette conception a été entérinée par la Cour d'appel, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, et depuis lors, l'appel d'offres est reconnu comme une véritable source d'obligations contractuelles, liant l'auteur de l'appel, qu'il s'agisse d'un organisme public ou municipal, au soumissionnaire, qu'il soit une entreprise ou un particulier²³³.

Concrètement, l'appel d'offres au Québec peut désormais donner naissance à deux types de contrats distincts : contrat A et contrat B²³⁴. L'idée poursuivie à travers cette théorie, c'est l'encadrement du consentement des parties²³⁵. Ce point de vue a d'abord été confirmé par la Cour d'appel du Québec dans *Bau-Québec Ltée c. Ville de Sainte-Julie*²³⁶. Et depuis lors, les juridictions québécoises suivent ce raisonnement lorsqu'il s'agit d'un appel d'offres²³⁷.

À la lumière de ce qui précède, l'affaire *9150-2732 Québec inc. c. Ville de Montréal* a précisé ce qui suit à ce sujet :

« [43] Le contrat A est créé par le dépôt d'une soumission en réponse à un appel d'offres. Il oblige le soumissionnaire à maintenir sa soumission pour la durée prévue à l'appel d'offres et à conclure un contrat conforme à sa soumission si le contrat (le contrat B) lui est attribué par la municipalité. Il oblige la municipalité à respecter le processus d'appel d'offres, en étant transparente, équitable et en traitant les soumissionnaires sur un pied d'égalité.

sur une décision venant de la cour d'appel d'Ontario); R. MICALEF, préc., note 67, p. 113; *Martel building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860; *Double n Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3; *MYG informatique Inc. c. Commission scolaire René Lévesque Inc.*, préc., note 231, par. 33-36; *Immobilière (l'), société d'évaluation conseil Inc. c. évaluations Btf Inc.*, préc., note 231, par. 251 et suiv.; Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », préc., note 231, p. 59.

²³³*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, préc., note 232; *La Reine (ont.) c. Ron engineering*, préc., note 232; *Martel building Ltd. c. Canada*, préc., note 232; *Double n Earthmovers Ltd. c. Edmonton (ville)*, préc., note 232; A. PELLERIN, préc., note 10, p.152-157; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p.1280 et suiv.; P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 98, p.167-169; Lire aussi : Julie PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, Québec, préc., note 91, p.22.

²³⁴P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 98, p.167-169 ; J. PERREAULT, préc., note 91, p. 22 et suiv.

²³⁵*Mascouche (ville de) c. Québec (ministère des transports)*, 2010 QCCS 3460, par. 116 (appel rejeté); Lire aussi : Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », préc., note 231, p.59.

²³⁶*Bau-Québec Ltée c. Ville de Sainte-Julie*, préc., note 231; *Coffrage alliance Ltée c. Ville de Chateauguay* 2002 QCCS 16796, par. 39 et suiv.; Voir aussi : Olivier F. KOTT et Claudia DÉRY, « Les appels d'offres », dans Guy LEFEBVRE (dir.), *L'édification du nouveau droit de la construction*, Montréal, Thémis, Les journées Maximilien-Caron 1999-2000; Pierre GIROUX, « Le mécanisme d'appel d'offres : quelques réflexions à la suite des arrêts *M.J.B. Entreprises Ltd* et *Martel building Ltd* », dans S.F.C.B.Q, vol 170, *Développements récents en droit de la construction (2002)*, Cowansville, Yvon Blais, p.145-146.

²³⁷*Id.*

[44] Le contrat B est celui qui est conclu lorsque la municipalité attribue le contrat visé par l'appel d'offres. Ce contrat B n'est conclu que lorsque le conseil municipal adopte une résolution à cet effet »²³⁸.

Dans la même direction, l'affaire *Mabarex inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion* a souligné que :

« [50] Ce contrat, qualifié par la Cour suprême du Canada de « *contrat A* », diffère du « *contrat B* » conclu par l'acceptation de l'une des soumissions.

[51] Les modalités du contrat A sont déterminées par : i) les documents d'appel d'offres ; ii) les dispositions légales ; et iii) les obligations implicites.

[52] Règle générale, les dispositions du contrat A obligent le soumissionnaire à « conclure le contrat en conformité avec sa soumission et les documents d'appel d'offres » et à ne pas « retirer sa soumission durant un certain délai préétabli ».

[53] Quant au donneur d'ouvrage, il doit évaluer les soumissions de manière équitable et uniforme afin d'éviter qu'un soumissionnaire soit avantagé au détriment d'un autre. De plus, bien qu'il puisse se réserver le droit de ne pas accorder le contrat, s'il décide de contracter, il doit octroyer le contrat B à un soumissionnaire qui est conforme. »²³⁹

Il découle de ce qui précède que le dépôt de la soumission crée un contrat appelé contrat A, qui est conclu entre le soumissionnaire et l'auteur de l'appel d'offres (ex. organisme municipal)²⁴⁰. Ce contrat devient donc irrévocable lorsqu'il remplit les conditions générales de l'appel d'offres²⁴¹. En effet, l'irrévocabilité de l'offre à sa soumission constitue en réalité la condition principale du contrat A, de telle sorte que les parties au contrat seront tenues de former un éventuel contrat B, si et seulement si, la soumission du soumissionnaire est acceptée par l'auteur de l'appel d'offres²⁴².

Autrement dit, le dépôt d'une soumission dans le cadre d'un appel d'offres donne lieu, en principe, à la formation d'un premier contrat préliminaire (le contrat A), distinct du contrat B, qui constitue le véritable contrat d'entreprise et prend naissance à l'acceptation de l'offre contenue dans le contrat A²⁴³. Ainsi, il convient de rappeler que la théorie des contrats A et B prend appui sur l'interprétation

²³⁸9150-2732 *Québec Inc. c. Ville de Montréal*, 2021 QCCS 2899, par. 42-43.

²³⁹*Mabarex Inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, 2021 QCCS 2601, par.50-53 ; *Coffrage alliance ltée c. Ville de Chateauguay*, préc., note 236, par. 35.

²⁴⁰Pierre GIROUX, « Les appels d'offres des organismes publics : quelques aspects pratiques sur l'application de la théorie du contrat « A » et du contrat « B » », dans S.F.C.B.Q, *Congrès annuel du barreau du Québec (2007)*, Québec, par. 103 et suiv. ; voir aussi : *La reine (Ont.) c. Ron Engeneering*, préc., 232; *M.J.B. entreprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, préc., note 232; *Martel building Ltd. c. Canada*, préc., note 232.

²⁴¹*Id.*

²⁴²*Id.*

²⁴³P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 98, p.167-169.

des clauses contenues dans le cahier des charges de l'appel d'offres, lesquelles traduisent l'intention des parties au moment de la soumission²⁴⁴.

Dans cette logique, s'il existe une clause de réserve, elle devra « s'interpréter en harmonie avec les autres dispositions des documents d'appel d'offres et [qu'] elle doit être compatible avec l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme »²⁴⁵. Cela implique que l'octroi d'un contrat B à un soumissionnaire non conforme signifie que « le donneur d'ouvrage rompt le premier contrat qui le lie aux autres soumissionnaires »²⁴⁶.

Cette formation contractuelle à deux étages (contrat A et contrat B) est partagée par la doctrine, celle-ci reconnaît que « le processus d'appel d'offres donne naissance à un contrat A puis, possiblement, à un contrat B »²⁴⁷.

Compte tenu du fait que ces règles ont été élaborées dans le cadre de la Common law, il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur les raisons pour lesquelles les juridictions québécoises s'y rattachent, alors même que les notions d'« appel d'offres » et de « soumission » ne trouvent aucune consécration textuelle explicite dans le *Code civil du Québec*²⁴⁸. Cette adhésion jurisprudentielle à une logique d'origine anglo-canadienne interroge, dès lors, la cohérence systémique du droit québécois des marchés publics au regard de sa matrice civiliste.

En réalité, quelle que soit l'approche mobilisée, qu'elle soit d'inspiration civiliste ou issue de la Common law, l'analyse conduit à un résultat convergent, à savoir la distinction entre deux phases contractuelles : le contrat A, issu du dépôt de la soumission, et le contrat B, correspondant au contrat

²⁴⁴R. MICALÉF, préc., note 116, p.113-114.

²⁴⁵*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, préc., note 232, p. 643 et 644 ; *Coffrage alliance ltée c. Ville de Chateauguay*, 2002, préc., note 236, par. 36.

²⁴⁶*Coffrage alliance ltée c. Ville de Chateauguay*, 2002, préc., note 236, par. 37 ; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, préc., note 232, p. 643 et 644 ; Voir aussi : N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 41-81.

²⁴⁷*9150-2732 Québec Inc. c. Ville de Montréal*, 2021, préc., note 238, par.42-43 ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p.1280 et suiv. ; P. GARANT, ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 98, p.167-169 ; P. GIROUX, « La formation du contrat conclu par appel d'offres volontaire », dans S.F.P.B.Q, *développements récents en droit immobilier (1999)*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 155, 173-178.

²⁴⁸P. GIROUX, « La formation du contrat conclu par appel d'offres volontaire », préc., note 247, 155, 173-178.

d'entreprise proprement dit, bien qu'il soit vrai que les termes « appel d'offres » et « soumission » ne figurent pas expressément dans le *Code civil du Québec*²⁴⁹.

Toutefois, l'interprétation des articles 1388 à 1397 C.c.Q., relatifs à la formation du contrat, permet d'atteindre une construction fonctionnellement équivalente à celle retenue par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, notamment dans les arrêts *Ron Engineering* et *M.J.B. Enterprises*²⁵⁰. Cette convergence souligne ainsi la compatibilité du droit civil québécois avec une logique duale de formation contractuelle, sans pour autant renier sa spécificité systémique en ce qui concerne le droit des marchés publics.

Dans ce cadre, la formation des marchés publics en droit québécois peut apparaître, à certains égards, comme une construction ambiguë aux yeux des juristes de tradition civiliste. Cette perception s'explique aisément, dans la mesure où la théorie contractuelle retenue en la matière s'inspire largement des principes de la common law²⁵¹.

Ainsi, le mécanisme de formation des marchés publics au Québec soulève des interrogations quant au régime juridique réellement applicable, en raison de la coexistence de principes issus du droit civil et ceux issus de la tradition de common law.

²⁴⁹*Id.*, p.155-178.

²⁵⁰*La Reine du chef de l'Ontario c. Ron engineering & construction (eastern) Ltd.*, préc., note 232 ; *M.J.B. enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, préc., note 232; *MYG informatique Inc. c. Commission scolaire René Lévesque Inc.*, préc., note 231, par. 33 et suiv.; *Immobilière (l'), société d'évaluation conseil Inc. c. Évaluations BTF Inc.*, préc., note 231, par. 251; lire également, P. GIROUX, « Les appels d'offres des organismes publics : quelques aspects pratiques sur l'application de la théorie du contrat « A » et du contrat « B » », préc., note 240, par. 103 et suiv.

²⁵¹*La Reine du chef de l'Ontario c. Ron engineering & construction (eastern) Ltd.*, préc., note 232 ; *M.J.B. enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, préc., note 232 ; *Martel building Ltd. c. Canada et Double n Earthmovers Ltd. c. Edmonton*, préc., note 232 ; *Mabarex Inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, préc., note 239, par. 49-55; *178030 Canada Inc. (Entreprises médicales de l'outaouais) c. Centre intégré de santé et de services sociaux de l'outaouais (CISSSO)*, 2020 QCCS 1062, par. 23, 29 et 89-92.

Paragraphe II. L'application d'un droit hybride aux marchés publics québécois

Si les marchés publics peuvent être qualifiés à la fois de contrats administratifs et de contrats d'adhésion, en raison du fait qu'ils sont souscrits par des personnes publique, le régime juridique qui leur est applicable au Québec se situe à la croisée du chemin entre le droit public (le droit administratif) et le droit des obligations²⁵². Le point d'intersection de ce croisement fait apparaître avec éclat un droit hybride, à savoir le droit public et le droit privé. Ceux-ci s'appliquent de manière globale aux marchés publics québécois²⁵³.

Ainsi, si le droit civil s'applique de manière supplétive aux marchés publics québécois (A), il faudrait savoir que les règles de droit public s'appliquent également durant toute la procédure de l'appel d'offres, et ce, dès la définition des besoins, jusqu'au choix du cocontractant de l'administration (B).

A. L'application supplétive des règles du Code civil aux marchés publics

Qu'ils soient qualifiés de contrats administratifs ou de contrats d'adhésion, les marchés publics québécois sont soumis de manière supplétive aux règles du Code civil au Québec²⁵⁴. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les articles 300 et 1376 C.c.Q.

S'agissant de l'article 300 C.c.Q, celui-ci précise ce qui suit :

« Les personnes morales de droit public **sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables** ; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

²⁵²Nicholas JOBIDON, « Analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics », (2018) 48 *RDUS* 95, n°1 et 2; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.59 et suiv.; *Mabarex Inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, préc., note 239, par. 49-57.

²⁵³*Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, par. 1; *Visions Electronics limited partnership (visions Electronics) c. Canada (Procureur général)*, 2021 CF 478, par. 63; *Rapiscan systems, Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 68, par. 48.

²⁵⁴S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p. 63 ; *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.98 et suiv. ; *MRC de Vaudreuil-Soulanges c. Location Rivoca Inc.*, 2021 QCCA 1535, par.337 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), p.9012 et suiv. ; P. GARANT, *Droit administratif*, Vol. 1, 4^e édition, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1996, 503; P. GARANT, *Droit administratif*, préc., note 73, p. 375; voir également : *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.102. ; P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, *Précis des administrations publiques*, préc., note 94, p.158.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes »²⁵⁵. (Emphase ajoutée)

La lecture attentive de cet article, permet d'affirmer clairement que les personnes morales de droit public sont d'abord soumises aux lois qui les ont constituées. Or, ces lois sont essentiellement de droit public en ce qui concerne les personnes morales de droit public. Cela signifie en d'autres termes que, les règles de droit privé qui s'appliquent aux personnes morales de droit public viennent en complément des règles de droit public. Ainsi, les règles de droit privé ont donc un caractère supplétif, lorsqu'il s'agit d'établir un rapport avec une personne morale de droit privée²⁵⁶.

Quant à l'article 1376 C.c.Q, celui-ci dispose ce qui suit : « les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables »²⁵⁷. Pris à la lettre, cet article semble admettre que le Code civil constitue le droit commun en matière des obligations des personnes morales de droit public²⁵⁸. À cet effet, son application est donc présumée²⁵⁹. Ainsi, lorsqu'une personne morale de droit public veut contracter avec une personne privée, elle doit en principe appliquer les principes du Code civil²⁶⁰.

La Cour suprême du Canada s'est récemment prononcée sur cette problématique dans l'affaire *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie Inc.* Elle a précisé que :

« [34] [...] Le droit commun s'applique aux municipalités à moins que le législateur n'y déroge. Or, ni le C.c.Q. ni la L.C.V. ne prévoient une telle dérogation. (...) »²⁶¹.

²⁵⁵ Art. 300 C.c.Q.

²⁵⁶ *Id.*; P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, préc., note 98, p.158.

²⁵⁷ Art. 1376 C.c.Q.

²⁵⁸ *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.98 et suiv.; *MRC de Vaudreuil-Soulanges c. Location rivoira Inc.*, 2021 QCCA 1535, par. 36 et suiv.; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », préc., note 231, p.62-63; J. HETU et Y. DUPLESSIS, préc., note 11, p. 9011 et suiv.

²⁵⁹ *Id.* à l'instar de la bonne foi et du consensualisme.

²⁶⁰ Art. 1375 et 1385 C.C.Q; *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, 2019 CSC 57, par. 34-36 ; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », préc., note 231, p. 63-64.

²⁶¹ *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, préc., note 260, par. 34 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 1^{er} septembre 2021, Feuille mobile, p.9014 et suiv.

« [36] [...] Par l'effet des art. 300 et 1376 C.c.Q., cela inclut les lois qui régissent les personnes morales de droit public telles que les municipalités (art. 298 C.c.Q.). **L'article 300 al. 1 C.c.Q. prévoit ainsi que les personnes morales de droit public sont régies au premier chef par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables. L'alinéa 2 de cet article renvoie directement au caractère supplétif du Code civil ; il énonce que les règles générales édictées par le C.c.Q. portant sur leur statut de personne morale, sur leurs biens ou encore sur leurs rapports avec les autres personnes, leur sont applicables.** L'article 1376 C.c.Q. prévoit par ailleurs que les règles du livre cinquième Des obligations « s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». **Cette disposition nous indique que, dans le domaine des obligations, le C.c.Q. représente le droit commun applicable aux personnes morales de droit public [...]. Comme le régime de la restitution des prestations fait partie du livre Des obligations, il s'applique aux municipalités à moins que d'autres règles particulières n'en écartent l'application. [...]** »²⁶². (Emphase ajoutée)

Il appert que le droit civil s'applique de manière supplétive aux marchés publics québécois, sauf s'il existe une autre règle de droit qui leur serait applicable²⁶³. Ce point de vue est aussi partagé en doctrine²⁶⁴. Patrice Garant le résume en ces termes :

« Les contrats administratifs sont fondamentalement régis par le Code civil du Québec, ou la Common Law dans les autres provinces, sauf dans la mesure où les règles exorbitantes du droit commun s'y superposent. Le principe de la liberté contractuelle s'applique donc à l'Administration sauf si la loi ou quelque règle spéciale de droit public y déroge. **Ainsi la technique d'adjudication par voie d'appel d'offres est-elle d'origine statutaire et doit être appliquée et interprétée suivant ce que dit la loi.** »²⁶⁵ (Emphase ajoutée)

Ainsi, il convient de souligner que l'application du Code civil se révèle essentiellement pertinente dans les domaines suivants : l'interprétation des clauses contractuelles, la liberté contractuelle, ainsi que la résiliation et la modification du contrat, sans oublier les relations entre les parties contractantes. Ces principes, bien que relevant du droit civil, s'inscrivent dans le cadre plus large des règles régissant les marchés publics au Québec²⁶⁶.

²⁶² *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, préc., note 260, par. 36.

²⁶³ *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.101; *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, préc., note 260, par. 36., P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, préc., note 98, p.158; J. HETU et Y. DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, préc., note 73, p.7.

²⁶⁴ *Id.*; voir également Pierre-André COTE, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'administration québécoise- commentaire de l'arrêt Laurentide motels », (1994), 28 *R.J.T.* 411, 423.

²⁶⁵ P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 1, 4^e édition, Cowansville, les Editions Yvon Blais, 1996, p. 503 ; P. GARANT, *Droit administratif*, préc., note 73, p.375; voir également : *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.102.

²⁶⁶ Voir : J. HETU et Y. DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, préc., note 73, p.7; Voir également : Pierre-André COTE, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'administration québécoise- commentaire de l'arrêt Laurentide motels », (1994), 28 *R.J.T.* 411, p. 423 ; P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 1, 4^e édition, Cowansville, les Editions Yvon Blais, 1996, p. 503 ; P. GARANT, *Droit administratif*, préc., note 73, p.375.

Concernant l'interprétation des marchés publics, il faut préciser que ces contrats sont élaborés unilatéralement par l'organisme public ou municipal lors de la définition des besoins²⁶⁷. Ces organismes sont tenus d'élaborer lesdits contrats avec soin et précision, pour que la personne qui répond à l'appel d'offres sache à quoi elle doit s'attendre²⁶⁸. Dans ce même ordre d'idées, on peut souligner que le marché public apparaît comme un contrat d'adhésion, si l'on doit le regarder sous un angle civiliste, dans la mesure où il est élaboré unilatéralement, et que le cocontractant est tenu d'adhérer à toutes les clauses contractuelles sans discussion²⁶⁹.

Pris sous un angle civil, c'est-à-dire comme un contrat d'adhésion, il faudrait reconnaître à cet égard qu'en cas d'ambiguïté, un marché public élaboré dans ce contexte s'interpréterait à l'encontre de la personne qui l'a stipulé, en l'occurrence de l'organisme public ou municipal, et en faveur de l'adhérent (ex. entreprise)²⁷⁰.

Or, les marchés publics sont dans la plupart de cas élaborés en fonction des besoins de l'administration, et généralement par l'administration elle-même. Il peut arriver que l'administration puisse rédiger un marché public complexe avec l'aide d'une autre personne publique ou privée²⁷¹. Ceci n'enlève pas à la personne publique, auteur de l'appel d'offres, le pouvoir d'imposer ses règles à travers certaines clauses. Aussi, il ne peut pas esquiver la procédure de l'appel d'offres au profit d'une procédure de gré à gré, étant donné qu'il s'agit d'une procédure obligatoire, relevant des règles de droit public²⁷².

²⁶⁷Régie d'assainissement des eaux du bassin de la prairie c. Janin construction (1983) ltée, 1999 QCCA 13754.

²⁶⁸Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), n° 9.10, p.9028; *Ville de Pointe-Claire c. Groupe Serpone syndic de faillite Inc.*, 2019 QCCA 1278.

²⁶⁹*Id.* ; Art. 1379 C.c.Q; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p.22 et suiv. ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 204.

²⁷⁰Art. 1432 C.C.Q: « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur »; *Gaston Contant Inc. c. ville de Laval*, 2021 QCCA 99, par. 26; *Uniprix Inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé Inc.*, 2017 CSC 43, par. 34-44.

²⁷¹J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p. 41 et suiv.

²⁷²*Id.* ; Alain HUDON, préc., note 84, 292 et 298.

Ainsi, il convient de préciser que l'existence des clauses abusives dans un marché public dégageant l'organisme public de toute responsabilité peut être nulle en vertu de l'article 1437 C.c.Q.²⁷³. Cela n'empêche pas non plus que les émetteurs des marchés publics, c'est-à-dire les organismes d'être soumises au principe de la liberté contractuelle, bien que celle-ci soit encadré²⁷⁴.

Le principe de la liberté contractuelle s'impose, sauf si la loi y déroge de manière claire et spécifique²⁷⁵. Cette liberté va le plus souvent dans le sens de l'autonomie de la volonté dont dispose un organisme public ou municipal, dans la mesure où il peut conclure un contrat avec qui il veut, mais dans le respect du cadre normatif en la matière²⁷⁶. Toutefois, dans le cadre d'un appel d'offres, l'organisme est dessaisi de sa liberté contractuelle en ce qui concerne le choix du contractant, dans la mesure où il doit opérer son choix dans le respect des principes de transparence et d'impartialité, afin d'éviter que les fonds publics ne soient attribués à des proches du gestionnaire de contrat ou à des alliés du parti au pouvoir²⁷⁷. Cette exigence vise à préserver la confiance du public dans l'intégrité des processus de passation des marchés publics, conformément aux principes fondamentaux du droit des marchés publics québécois²⁷⁸. Dans cette perspective, il convient de souligner que l'AMP dispose d'un pouvoir de surveillance et de contrôle²⁷⁹. Cela se manifeste tout d'abord lors de la définition des besoins, étape au cours de laquelle les personnes publiques sont tenues de respecter les principes fondamentaux des marchés publics énoncés à l'article 2 de la

²⁷³Art. 1437 C.c.Q: « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci »; J. HETU et Y. DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, préc., note 73, p. 9; J. HETU et Y. DUPLESSIS avec la collab. de lise VÉZINA, *Droit municipal: principes généraux et contentieux*, préc., note 261, p.9032.

²⁷⁴J. HETU et Y. DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, préc., note 73, p.7; voir aussi : 2736-4694 *Québec Inc. c. Carleton-st-Omer (ville de)*, 2006 QCCS 4726, confirmé par 2007 QCCA 1789 ; Nicholas JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, p. 41-81.

²⁷⁵*Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par. 102; Pierre LAURIN, « L'adjudication des contrats municipaux : la relecture d'une certaine jurisprudence », dans SFCBQ, vol. 221, *Développements récents en droit municipal (2005)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 316-317 et 323-325; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 115, p.67.

²⁷⁶S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.69 et 93.

²⁷⁷N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 71, 41-81.

²⁷⁸ Article 2 LCOP et les autres sur l'intégrité des marchés publics; Voir aussi : M. VALOIS, préc., note 29.

²⁷⁹Art. 21.17 LCOP ; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.74-80.

LCOP²⁸⁰. Ces principes incluent notamment la transparence, la saine gestion des fonds publics et l'équité, qui doivent imprégner l'ensemble du processus d'appel d'offres afin d'assurer l'intégrité des marchés publics²⁸¹.

Quant à la résiliation des marchés publics, celle-ci peut se faire de manière unilatérale, sans motif particulier, dès lors qu'il y a rupture de confiance en invoquant l'article 2125 C.c.Q²⁸². Il faut préciser à cet effet qu'en ce qui concerne les organismes municipaux, l'article 573.3.0.4 LCV indique qu'ils ne peuvent « modifier un contrat accordé à la suite d'une demande de soumissions, sauf dans le cas où la modification constitue un accessoire à celui-ci et n'en change pas la nature »²⁸³. Contrairement aux organismes municipaux, les organismes soumis à la LCOP peuvent, en vertu de l'article 17 de cette même loi, modifier leur contrat, dès lors que celui-ci constitue un accessoire et que cette modification n'en change pas la nature²⁸⁴.

Concernant la modification des contrats des organismes publics, Laurie Desjardins, Alisson Forrest, Caroline Lafond-Chrétien, Kim Rivard et Maude Royer, ont écrit ce qui suit :

« La modification accessoire doit faire l'objet d'une analyse en deux temps : dans un premier temps, la modification ne doit pas changer la nature du contrat et dans un deuxième temps, celle-ci doit constituer un accessoire au contrat initial. Pour ce qui est de la nature du contrat, ladite modification accessoire s'apprécie au regard des travaux prévus initialement »²⁸⁵.

Dans cette optique, la résiliation ne peut que concerner le contrat B, car c'est lui qui constitue le véritable contrat d'entreprise que les parties auront à signer²⁸⁶. D'ailleurs, la Cour l'explique en ces termes : « Le contrat B est celui qui est conclu lorsque la municipalité attribue le contrat visé par

²⁸⁰*Id* ; Art. 2 LCOP.

²⁸¹ART. 2 LCOP ; J. HETU et Y. DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, préc., note 73, p.7-9 ; A. LANGLOIS, préc., note 4, p.226 et suiv. ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 1 ; M. VALOIS, préc., note 29.

²⁸²J. HETU et Y. DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, préc., note 73, p.11.

²⁸³Art. 938.0.4 CMQ ; Art. 102.1 *Loi sur les sociétés de transport en commun*, préc., note 48 ; Art. 112.3.1 *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal*, préc., note 48,

²⁸⁴Art. 17 de la LCOP

²⁸⁵L. DESJARDINS, A. FORREST, C. LAFOND-CHRÉTIEN, K. RIVARD, M. ROYER, préc., note 24, 1-89.

²⁸⁶J. HETU et Y. DUPLESSIS avec la collab. de Lise VÉZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, préc., note 138, p.9035 ; 9150-2732 *Québec Inc. c. ville de Montréal*, préc., note 238, par. 42-74 ; voir aussi : Nicholas JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 71, 41-81.

l'appel d'offres. Ce contrat B n'est conclu que lorsque le conseil municipal adopte une résolution à cet effet »²⁸⁷.

Si donc, il est reconnu à un organisme le droit de résilier un contrat de manière unilatérale, celle-ci ne peut pas utiliser ce droit de manière abusive et déraisonnable²⁸⁸. Cela découle de la définition hybride des contrats des organismes publics et municipaux au Québec, caractérisée par la coexistence des règles de droit public et de droit privé²⁸⁹.

En conclusion, il faut rappeler que le Québec est la seule province canadienne à appliquer le Code civil dans les relations contractuelles entre l'État et les personnes privées, le reste des provinces appliquent la Common Law²⁹⁰. Par ailleurs, les contrats conclus par le gouvernement fédéral ne relèvent du *Code civil du Québec* que lorsqu'ils sont formés au Québec²⁹¹.

B. L'application impérative des règles du droit public aux marchés publics

Les règles de droit privé ne sont pas les seules à pouvoir s'appliquer aux marchés publics québécois. Ces derniers sont aussi soumis aux règles de droit public dès la définition des besoins et pendant toute la procédure de passation des marchés publics²⁹².

S'agissant de l'application des règles de droit public lors de l'appel d'offres, la Cour d'appel du Québec a eu à rappeler à cet égard que : « Les règles qui s'appliquent au processus d'appel d'offres (...) sont, à tout le moins dans une très large mesure, celles du droit public, et ce, « même si ce

²⁸⁷9150-2732 *Québec Inc. c. ville de Montréal*, préc., note 238, par.43-44.

²⁸⁸Lire en ce sens : *Consultants Gauthier Morel Inc. c. Ville de Laval*, 2020 QCCS 3497, par. 42 et suiv.; Jean HÉTU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VÉZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), p.9032-9037.

²⁸⁹R. MICALÉF, préc., note 116, p.43.

²⁹⁰Art. 300 et 1376 C.c.Q; *Monit International c. Canada*, 2004 CF 75, par.45 ; P. GARANT, Ph. GARANT et J. GARANT, *précis des administrations publiques*, préc., note 94, p.158.

²⁹¹*Id.*

²⁹²S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.74-80 ; P. GARANT, ph. GARANT et J. GARANT, préc., note 98, p.158 et suiv. ; J. HÉTU et Y. DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, préc., note 254, p.9035.

processus se situe en terrain contractuel », comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt Ferme Vi-Ber. (...). »²⁹³

En outre, la Cour supérieure dans l'affaire *9150-0124 Québec Inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports)* a également mentionné à ce sujet ce qui suit :

« **Étant donné que les dispositions législatives et réglementaires qui imposent l'appel d'offres à un organisme public sont des règles impératives et d'ordre public, la procédure d'appel d'offres imposée aux organismes publics constitue alors une formalité impérative et non directive.** En conséquence, l'exigence de fournir une autorisation de contracter de l'AMF est une condition d'ordre public »²⁹⁴. (Emphase ajoutée)

Ainsi, s'agissant de la passation des marchés publics au Québec, l'Autorité des marchés publics (AMP) joue un rôle capital en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*. Si l'on doit s'appuyer sur cet article, on pourra clairement constater que l'AMP poursuit les objectifs suivants :

« 1° de **surveiller l'ensemble des contrats publics**, notamment les processus d'adjudication et d'attribution de ces contrats; 2° **d'appliquer les dispositions du chapitre V.1 de la Loi sur les contrats des organismes publics** (chapitre C-65.1) [LCOP]) concernant l'inadmissibilité aux contrats publics; 3° **d'appliquer les dispositions du chapitre V.2 de cette loi concernant l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public**; 4° non en vigueur d'appliquer les dispositions du chapitre V.3 de cette loi concernant les évaluations du rendement; 5° **d'établir les règles de fonctionnement du système électronique d'appel d'offres en collaboration avec le secrétariat du Conseil du trésor. L'Autorité a également pour mission de surveiller tout autre processus contractuel déterminé par le gouvernement, aux conditions qu'il fixe** »²⁹⁵. (Emphase ajoutée)

De cette disposition, on peut déduire que l'AMP a donc reçu pour mission générale : la surveillance et le contrôle de l'ensemble des contrats publics au Québec. À cet effet, elle est tenue de faire respecter le cadre normatif applicable aux organismes publics et municipaux relatif aux marchés publics²⁹⁶. Elle a en outre pour mission de gérer les renseignements, les dénonciations ainsi que les

²⁹³Lire en ce sens : *Transport en commun la québécoise Inc. c. Réseau de transport métropolitain*, 2019 QCCA 752, par. 33; *Transport en commun la québécoise Inc. c. Réseau de transport métropolitain, et al.*, 2020 CSC 8215 (autorisation d'appel à la cour suprême rejetée).

²⁹⁴*9150-0124 Québec Inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure Générale du Québec (ministère des Transports, de la mobilité durable et de l'électrification des transports)*, 2018 QCCS 5957, par. 30 (confirmé par la cour d'appel, 2019 QCCA 879). ; voir aussi : *Entreprises QMD Inc. c. Ville de Montréal*, 2020 QCCS 3.

²⁹⁵Art. 19 *Loi sur l'AMP* ; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p.15 et suiv.

²⁹⁶*Id.*

plaintes des soumissionnaires et des tiers ayant été lésés lors du processus de passation des marchés publics²⁹⁷.

En vertu de ces pouvoirs, l'AMP peut donc examiner, modifier, annuler, résilier ou faire des recommandations relatives à l'attribution ou l'adjudication d'un contrat public ou à la gestion contractuelle²⁹⁸.

Partant de ce qui précède, les entreprises qui envisagent de décrocher le contrat public d'un organisme public ou municipal au Québec doivent, lorsque la valeur du contrat dépasse certains seuils, se tourner vers l'AMP afin d'obtenir une autorisation de contracter ou de sous-contracter²⁹⁹.

La détention de cette autorisation est « une condition d'admissibilité impérative à laquelle les organismes publics et municipaux ne peuvent déroger, à moins d'une permission spécifique à l'effet contraire »³⁰⁰. L'absence d'autorisation peut entraîner la nullité absolue du marché public pour violation des conditions de formation du contrat suivant les articles 1416 et 1417 C.c.Q.

Ainsi, les décisions prises par l'AMP dans le cadre de l'exercice de ses missions sont finales et sans appel³⁰¹. Il n'est pas rare que, pour tenter de contourner le cadre normatif applicable, une entreprise ayant essuyé une décision défavorable engage un recours en contrôle judiciaire, en invoquant notamment l'incompétence de l'autorité administrative à l'origine de la décision contestée³⁰².

²⁹⁷*Id.*

²⁹⁸Art. 19, 21 et 22 de la *Loi sur l'AMP*.

²⁹⁹Art. 21.27 LCOP ; Voir aussi : M. VALOIS, préc., note 29.

³⁰⁰Art. 25.0.3, al. 3 LCOP. Cet article s'applique aux contrats conclus par les organismes municipaux à travers l'article 573.3.3 LCV ou de l'article 938.3.3 du CM ; Art. 6 *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1 ; Art. 6 *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5 ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Sherbrooke concernant le contrat de gré à gré identifié au SEAO*, 2021, N°1242883, 2021-24, p.5.

³⁰¹Art. 76 *Loi sur l'AMP* : « 76. Sauf sur une question de compétence, aucun pourvoi en contrôle judiciaire prévu au *Code de procédure civile (Chapitre c-25.01)* ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre l'autorité, le Président-directeur général, un Vice-président, un membre du personnel de l'autorité ou un mandataire visé à l'Article 27 dans l'exercice de ses fonctions. » ; Lire en ce sens : Marc-André RUSSELL, « Entrée en fonction de l'autorité des marchés publics : quel impact pour les municipalités ? », dans SFCBQ, *Développements récents en droit municipal* (2019), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 80 et suiv.

³⁰²Art. 76 LAMP ; *Constructions Lavacon Inc. c. Autorité des marchés publics*, 2021 QCCS 412, par. 26 et suiv. ; *Omnitech labs Inc. c. Autorité des marchés publics*, 2022 QCCS 3016 ; Voir aussi : *Canada (ministre de la citoyenneté et de l'immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653, *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9,

En tout état de cause, l'AMP est un organisme central qui joue un rôle capital dans la passation des marchés publics. Celle-ci détient des pouvoirs très importants dans le processus d'octroi, de renouvellement et de révocation des contrats publics aux termes des articles 21.26 à 21.28 de la LCOP³⁰³.

Même si les marchés publics sont reconnus comme des contrats en droit français et québécois, l'intégration des considérations environnementales peut entraîner des tensions avec les composantes économiques. Cela illustre la difficulté pratique de concilier, dans un même contrat, les différentes composantes de l'intérêt général : composante environnementale et composante économique.

[2008] 1 RCS 190; *Luqs Inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 86; M.-A. RUSSELL, préc., note 301, par. 65-68; *Ali excavation Inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 939, par. 20-23.

³⁰³Art. 21.26 et 21.28 LCOP ; *Constructions Lavacon Inc. c. Autorité des marchés publics*, 2021 QCCS 412, par. 28 et suiv.

Chapitre 1. Les marchés publics, contrats générateurs de tensions

Parmi les tâches incombant aux administrations municipales, il y a les achats publics. Ceux-ci sont généralement effectués en vue de répondre aux besoins des administrés³⁰⁴. Pour répondre à ces besoins, les personnes publiques recourent fréquemment aux marchés publics pour sélectionner les entreprises capables de satisfaire leurs exigences en matière de travaux, de fournitures ou de services, contre rémunération³⁰⁵. Derrière l'apparente banalité de cet instrument juridique, il est évident que l'utilisation de la technique des marchés publics soulève des difficultés d'ordre économique ou environnemental.

Au Québec comme en France, les municipalités font face à d'énormes difficultés financières et budgétaires pour répondre aux besoins de leurs administrés en matière de travaux, de fournitures et de services, car leurs budgets sont de plus en plus déficitaires³⁰⁶. Elles font également face aux défis posés par la détérioration de l'environnement et les changements climatiques³⁰⁷. En effet, ces préoccupations, lorsqu'elles deviennent un impératif d'action publique, ont un impact significatif

³⁰⁴ Art. L.2111-1 CCP ; voir aussi : les dispositions LCOP ; Art. 573 LCV, Art. 935 CMQ, Art. 573.1.0.1.1 LCV, Art. 936.0.1.1 CMQ ; *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, par. 30 ; *Couillard Construction limitée c. Procureur général du Québec (ministère des Transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 275-302 ; S. NICINSKI, préc., note 51, p. 591 ; DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*, 01/04/2019, p. 1 ; Julie PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p. 22 ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73, p. 204 et suiv. ; J. HETU et Y. DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal: principes généraux et contentieux*, 2e éd., broché, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), p. 9032-9037 ; R. MICALÉF, préc., note 116, p. 43, 81-83.

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ UNION DES MUNICIPALITÉS DU QUÉBEC, « Budget du Québec 2023-2024-un budget en deçà des attentes », site de UMQ, 21 mars 2023, en ligne : <https://umq.qc.ca/publication/budget-du-quebec-2023-2024/> consulté le 21/01/2024 à 21 :09 ; Benoit FLOC'H, « Les collectivités locales en passe d'être déficitaires en 2023, alerte la cour des comptes », le monde, 24 octobre 2023 à 17h13, en ligne : https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/10/24/les-collectivites-locales-en-passe-d-etre-deficitaires-en-2023-alerte-la-cour-des-comptes_6196250_823448.html consulté le 21/01/2024 à 21 :00.

³⁰⁷ UNION DES MUNICIPALITÉS DU QUÉBEC, « Adaptation des infrastructures municipales québécoises aux impacts chroniques des changements climatiques détails des besoins en financement à l'horizon 2035 », en ligne : <https://umq.qc.ca/dossiers/environnement/changements-climatiques/> consulté le 21/01/2024 à 21 :33. En septembre, une étude menée par WSP et Ouranos sur les impacts des changements climatiques sur les finances municipales a révélé que ceux-ci pourraient coûter plus de 2 milliards de dollars par an aux municipalités québécoises jusqu'en 2055, uniquement pour l'adaptation des infrastructures afin de les rendre plus résilientes aux aléas climatiques. Cette augmentation représente environ 12% des dépenses municipales actuelles, en ligne : <https://umq.qc.ca/wp-content/uploads/2022/09/2022-09-13-version-finale-etude-impacts-ccs-sur-finances-municipales.pdf> consulté le 21/01/2024 à 21 :09 ; la situation étant semblable en France, voir : OBSERVATOIRE NATIONAL SUR LES EFFETS DU RÉCHAUFFEMENT CLIMATIQUE, villes et adaptation au changement climatique, rapport au premier ministre et au parlement, en ligne : <https://www.banquedesterritoires.fr/sites/default/files/2021/09/rapport%20de%20l'observatoire%20national%20sur%20les%20villes%20et%20l'adaptation%20au%20changement%20climatique.pdf&usg=aovvaw1-ic80bmnjwvscwrvtqyz4&opi=89978449>

sur les finances municipales et soulèvent alors la question cruciale de leur conciliation avec les intérêts économiques des municipalités lors de la passation des marchés publics³⁰⁸.

Selon cette perspective, les municipalités sont censées opérer un choix difficile, dans la mesure où elles doivent utiliser les fonds publics dans le meilleur intérêt économique de leurs contribuables, c'est-à-dire au moindre coût, sans toutefois ignorer les règles en matière de protection de l'environnement, qui du reste, constituent un impératif d'intérêt général au même titre que l'intérêt économique poursuivi lors de la passation desdits marchés³⁰⁹. Dans la pratique toutefois, les municipalités sont souvent orientées vers une démarche privilégiant la composante économique de l'intérêt général au détriment de sa composante environnementale lors de la passation des marchés publics³¹⁰.

Pourtant, les règles applicables en matière de commande publique, en l'état actuel du droit positif invitent de plus en plus à la recherche d'un juste équilibre entre ces deux composantes de l'intérêt général. De ce fait, l'achat public ne doit plus être seulement conçu comme un moyen d'échange économique entre deux personnes, en l'occurrence, une personne publique et une personne privée, mais bien comme participant à une tâche visant à remplir indirectement les objectifs du développement durable qu'on peut également qualifier « d'objectifs pluriels »³¹¹. Dans cette optique, les municipalités doivent s'efforcer d'être des modèles de référence lorsqu'elles passent leurs marchés publics : la recherche de la rentabilité économique lors d'un achat public doit être en

³⁰⁸En droit français, Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature ; Charte de l'environnement de 2004. Voir aussi : Conseil d'Etat, Assemblée, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy c/ Etat*, n°297.931; CE, ass., 12 juill. 2013, req. n° 344522.

³⁰⁹Voir : CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, rép. min. n°25167 JO, n° 351570, Sénat, 11 janvier 2007, p.75; CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus Finland*, c-513/99, pt 55 et suiv. ; CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et WIENSTROM*, Aff. C-448/01; *Forcier & frères ltée c. Ville de Malartic*, 2023 QCCA 746 ; *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219; *Compagnie de construction Edilbec Inc. c. Ville de Montréal*, 2023 QCCS 1938; Gilles MARTIN, « Les apports du droit économique au droit de l'environnement : leviers, limites, opportunités », préc., note 7; P. COSSALTER, préc., note 7; Pierre BOURDON, préc., note 7, p.181-197.

³¹⁰A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200.

³¹¹Art. 2 LCOP ; Art. L. 3-1 CCP; voir aussi : Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », préc., note 51, 32 ; voir aussi : P. COSSALTER, préc., note 7.

adéquation avec les mesures visant la protection de l'environnement³¹². Ce qui pourrait conduire à la réduction de la tension pouvant résulter de l'insertion des considérations environnementales dans les marchés publics.

S'il peut exister des tensions entre les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général dans les marchés publics, il convient de souligner que la conciliation de ces composantes s'effectue à travers les considérations qui peuvent peser en faveur de l'une ou de l'autre³¹³. À cet égard, il convient de noter qu'en droit français, la prise en compte des considérations environnementales est obligatoire au stade de la passation du marché, ce qui n'est pas encore le cas dans le contexte municipal québécois³¹⁴. Il importe de préciser qu'en revanche, la prise en compte des considérations économiques est facultative tant en droit français qu'en droit québécois, bien qu'il apparaisse que, dans ce dernier cadre, la dimension économique tend à prédominer sur la dimension environnementale³¹⁵. À ce sujet, le Conseil d'État français a précisé que l'insertion des considérations environnementales est obligatoire, alors que l'insertion des considérations économiques est facultative, mais cela n'établit pas une hiérarchie entre lesdites considérations, puisqu'elles sont juridiquement équivalentes³¹⁶.

³¹²Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11 ; A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200; François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 66 et suiv.; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

³¹³Lire en ce sens : Jorge Luis Collantes GONZALEZ, préc., note 30, p. 359 et suiv. ; G. JOBIDON, préc., note 30, p. 218 et suiv.

³¹⁴Voir : Art. L. 2111-1 CCP ; Art. L. 2111-2 CCP ; voir aussi : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59 ; SOUS-SECRETARIAT AUX MARCHÉS PUBLICS, Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois :

l'état donne l'exemple, en ligne : https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/secretariat-du-conseil-du-tresor/publications-adm/ssmp/marches-publics/ssmp_strategie_marches_publics.pdf&ved=2ahukewiqn-yu8ewhaxve_8kdhtchiouqfnoecboaq&usq=aovvaw2k6e2eqhdbfljm8f0krlox p.56.

³¹⁵Lire en ce sens : Romain MICALEF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », (11 avril 2023) 14 2108 *contrats/commande publique* ; Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21; voir aussi : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

³¹⁶CE, Avis, 4 févr. 2021, n° 401933.

Bien entendu, l'absence de hiérarchisation de ces considérations en droit des marchés publics ouvre la voie à la recherche d'une conciliation optimale de celles-ci, tant en droit français qu'en droit québécois des marchés publics.

Si les marchés publics en droit français et québécois sont des contrats dans lesquels l'inclusion des considérations environnementales est susceptible de générer des tensions, il est important de souligner qu'ils poursuivent généralement plusieurs composantes de l'intérêt général, souvent divergentes (section I), mais possiblement conciliables (section II).

Section I. Les tensions entre les composantes environnementales et économiques de l'intérêt général dans les marchés publics

L'idée de tension dans les contrats ne se limite pas seulement aux marchés publics, il s'observe également dans les contrats d'investissement, plus particulièrement lorsqu'il est question de concilier ces derniers avec le respect des droits fondamentaux³¹⁷.

En droit des marchés publics, Gabriel Jobidon associe l'existence de cette tension aux critères d'adjudication, qui privilégient très souvent le prix au détriment de la qualité, laquelle peut inclure des considérations environnementales³¹⁸. Plus précisément, cette tension se manifeste notamment « entre le désir d'assurer objectivement et formellement l'égalité de traitement des soumissionnaires grâce à une concurrence fondée sur les prix et la nécessité d'apprécier les qualités inhérentes des parties pour parvenir à une collaboration optimale »³¹⁹.

Partant de ce qui précède, les tensions entre les composantes environnementales et économiques de l'intérêt général dans les marchés publics peuvent également résulter de la nécessité de concilier deux objectifs parfois contradictoires, mais susceptibles de conciliation. D'une part, la composante économique se traduit par la protection des deniers publics et, dans une certaine mesure, par le respect du principe de libre concurrence, tandis que, d'autre part, la composante environnementale

³¹⁷Jorge Luis Collantes GONZALEZ, préc., note 30, p. 359.

³¹⁸*Id.*; Gabriel JOBIDON, préc., note 30, p. 218.

³¹⁹*Id.*

implique la protection de l'environnement, plus précisément à travers l'intégration de règles de conduite, notamment d'obligations de faire ou de ne pas faire en faveur de l'environnement, dans le cadre du processus d'achat public³²⁰.

Pour autant, les règles de conduite ne sont pas préétablies, en la matière, par des textes à valeur contraignante. Le *Plan national pour les achats durables français* (PNAD) est en effet le seul document qui définit ce qui implique la prise en compte de la considération environnementale. Inversement, les textes québécois en la matière mentionnent bien, de manière plus systématique, la nécessité de prendre en compte la considération environnementale dans le domaine des marchés publics, sans toutefois en donner une définition claire et précise³²¹.

Dans le cadre du PNAD, la considération environnementale y est définie comme suit :

« La prise en compte de la dimension environnementale dans l'acte d'achat. La dimension environnementale est entendue au sens large, comme par exemple, la réduction des prélèvements des ressources, la composition des produits et notamment leur caractère écologique/polluant/toxique, le caractère réutilisable/recyclé/reconditionné/recyclable des produits, les économies d'énergie, la prévention de la production des déchets et la valorisation des déchets, les pratiques environnementales appliquées aux modalités d'exécution des prestations et notamment les politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre, les performances en matière de protection de l'environnement et de la biodiversité, la lutte contre la déforestation, les pollutions, le gaspillage alimentaire et énergétique, le développement des énergies renouvelables, etc. en lien avec la prestation commandée»³²².

Au regard de ce qui précède, l'intégration de considérations environnementales dans un marché public peut être réalisée par divers leviers juridiques, notamment les clauses administratives et techniques (objet, conditions d'exécution, spécifications techniques) qui établissent diverses règles de conduites attendues de la part du titulaire du marché, une fois celui-ci obtenu, et présentant une

³²⁰Art. 2 et 14 LCOP ; Art. L. 3 et 3-1 CCP ; voir aussi : *Gestion complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (ministre des Travaux publics et services gouvernementaux)* (C.A.), préc., note 31 ; *Monit international c. Canada* 2004 CF 75 ; A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200 ; F. RANGEON, préc., note 15, p. 66 et suiv ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

³²¹Voir aussi : Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

³²²PLAN NATIONAL POUR LES ACHATS DURABLES de 2022-2025, en ligne : [https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/pnad-pageapage-screen\(3\).pdf&ved=2ahukewjnu9zq6qghaxvrgfkfhto9bgoqfnoecbiqaw&usq=aovvaw21gl_sgyf2m1luhq1pdhwh](https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/pnad-pageapage-screen(3).pdf&ved=2ahukewjnu9zq6qghaxvrgfkfhto9bgoqfnoecbiqaw&usq=aovvaw21gl_sgyf2m1luhq1pdhwh) p.7-8.

dimension environnementale, ainsi que par les critères de sélection des candidatures ou d'attribution des offres ayant un caractère environnemental³²³.

Ces considérations peuvent également être prises en compte au moyen de variantes à caractère environnemental, lesquelles ont la capacité de stimuler l'innovation dans le domaine de la protection de l'environnement et des achats publics³²⁴. Globalement, les considérations environnementales doivent impérativement inclure des mesures d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques, tout en englobant une protection plus vaste de l'environnement³²⁵. Cela comprend, notamment la préservation de la biodiversité, la prévention de la pollution, et l'encouragement à une économie circulaire³²⁶.

Il est indéniable que, en droit français, la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics est une obligation légale pour toutes les personnes publiques³²⁷. En revanche, en droit québécois, cette prise en compte demeure principalement à la discrétion des autorités municipales³²⁸. Toutefois, il est essentiel de souligner que les considérations environnementales transcendent les simples clauses et critères, ceux-ci n'étant qu'un élément au sein d'un ensemble plus large qui vise à intégrer durablement les enjeux environnementaux dans la

³²³*Id.*

³²⁴*Id.*; Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

³²⁵COMMISSION EUROPÉENNE, « Overview of sustainable finance », en ligne : « https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/bankingand-finance/sustainable-finance/overview-sustainable-finance_fr », *S. D.*, consulté le 14 mai 2024.

³²⁶*Id.*

³²⁷CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, req. n° 351570; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, « les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience »), 24 août 2021; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, « Fiche – la définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019; Marie-Hélène PACHEN-LEFÈVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », (Décembre 2021) 226 *Contrats publics* 43.

³²⁸Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal* (LCMM) ; voir aussi : Art. 106.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec* (LCMQ) et Art. 103.2.0.1 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (LSTC); Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48,18-20 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

passation des marchés publics³²⁹. En d'autres termes, les critères environnementaux sont fixés pour sélectionner les candidatures et attribuer les offres lors du processus de passation des marchés publics, tandis que les clauses environnementales sont relatives au contenu et aux modalités d'exécution de ces marchés³³⁰. Autrement dit, les clauses environnementales sont intrinsèquement liées aux conditions d'exécution du marché, une fois ce dernier conclu, tandis que les critères environnementaux sont utilisés pour choisir la potentielle entreprise qui exécuterait le marché public³³¹.

En outre, en droit français, la nature, l'étendue et le contenu des clauses environnementales sont, bien souvent, déterminés par référence à des documents généraux : les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) et les cahiers des clauses techniques générales (CCTG, eux-mêmes sont approuvés par arrêté des ministres intéressés)³³². À l'inverse, et contrairement aux clauses environnementales, les critères environnementaux retenus dans le cadre de la passation du contrat, eux, ne sont pas fixés par arrêté, mais par la personne publique elle-même, et ce, en fonction de ses attentes spécifiques et du montant de l'achat³³³. Même s'ils ne sont pas nécessairement préétablis par des documents généraux applicables à telle ou telle catégorie de MP, ces critères

³²⁹Art. L.2112-2, Art. L.2152-7 CCP ; Fanette AKOKA, préc., note 5, p. 297 ; voir aussi : Stéphane DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 324 ; CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, Rapport de septembre 2022, p.54, en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr> ; Art.14.6, 7 et 8 LCOP ; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal* (LCMM) ; voir aussi : Art. 106.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec* (LCMQ) et Art. 103.2.0.1 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (LSTC) ; Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48,18-20.

³³⁰Art. L. 2112-2, Art. L. 2152-7 CCP ; Florian LINDITCH et al, *Cahier des charges*, Guide de l'achat public, LexisNexis, 2013, p.165 ; Voir aussi : Fanette AKOKA, préc., note 5, p. 299.

³³¹F. AKOKA, préc., note 5, p. 298-301.

³³²Art. R. 2112-2 CCP : « les clauses du marché peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

1° les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés ;

2° les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés ».

³³³Art. L. 2152-7 CCP.

doivent néanmoins être objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution³³⁴.

En revanche, en droit municipal québécois, les CCAG et les CCTG ne sont pas directement fixés dans des documents généraux approuvés par arrêté ministériel comme en droit français, ils sont généralement élaborés par les municipalités elles-mêmes³³⁵. Il n'en reste pas moins que les clauses environnementales, tout comme les critères environnementaux établis par la municipalité lors de la passation du MP, doivent répondre, comme en droit français, à des conditions d'objectivité, de précision et être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution³³⁶.

En substance, lors de la procédure de passation des marchés, les critères environnementaux sont intégrés aux spécifications techniques ou aux exigences de performance définies par la personne publique³³⁷. Cette intégration est essentielle pour évaluer les offres des soumissionnaires et sélectionner, le cas échéant, celles qui répondent le mieux aux critères environnementaux préétablis lors de la définition des besoins³³⁸. Une fois le marché public est attribué et pendant l'exécution du marché, les clauses environnementales déterminent les obligations et les responsabilités des parties contractantes en matière environnementale³³⁹. Dès lors, ces clauses peuvent inclure des dispositions spécifiques concernant la gestion des déchets, l'utilisation de ressources durables, ou d'autres mesures visant à respecter les normes environnementales convenues³⁴⁰.

³³⁴CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus Finland*, Aff. C-513/99, considérant n° 57 ; CE, 23 novembre 2011, *communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, rép. min. n°25167 JO, n° 351570, Sénat, 11 janvier 2007, p.75.

³³⁵Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VÉZINA, *Droit municipal: principes généraux et contentieux*, 2e éd., brossard, publications CCH, à jour au 1^{er} septembre 2021, feuille mobile, p.9014 et suiv. ; La politique d'approvisionnement responsable de la ville de Drummondville : <https://www.drummondville.ca/wp-content/uploads/2021/02/politique-approvisionnement-responsable-vf.pdf&ved=2ahukewjx4utgqughaxxvflkfhfh8ayy4chawegqifxab&usg=aovvaw1u9y79ge5cg9deqb0c0ffl> ; voir aussi : la politique d'approvisionnement responsable de la ville de Montréal : https://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/librairie_fr/documents/politique_approvisionnement.pdf&ved=2ahukewjx4utgqughaxxvflkfhfh8ayy4chawegqikbab&usg=aovvaw0ntck2owpdtu85akssgyff ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère des affaires municipales et de l'habitation, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; Art. R. 2112-2 et Art. L 2152-7 CCP.

³³⁶*Id.*

³³⁷*Id.*

³³⁸Art. L. 2152-7, Art. L. 2112-3, Art. L. 2112-2 CCP.

³³⁹F. AKOKA, préc., note 5, p. 298-301.

³⁴⁰*Id.*

En effet, la distinction entre critères et clauses environnementaux reflète leur rôle respectif en droit des marchés publics : le critère a pour objet de sélectionner le meilleur candidat, alors que la clause environnementale a pour objet de déterminer les obligations et les règles de conduite qui pèseront sur l'entreprise durant l'exécution du contrat.

Fort de ce qui précède, on comprend clairement que la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics impose une approche intégrée et proactive de la part des personnes publiques. En réalité, la prise en compte des considérations environnementales excède le cadre des simples critères et clauses contractuels, elle englobe une dimension plus vaste et ambitieuse de l'achat public.

Concrètement, les marchés publics se caractérisent fondamentalement par une nature économique directe, c'est-à-dire centrée sur l'intérêt général à caractère économique³⁴¹. Cependant, à cette dimension économique s'ajoute une autre composante de l'intérêt général, qui, bien que secondaire dans l'ordre des priorités, revêt une importance substantielle : la protection de l'environnement³⁴².

Cette approche reflète l'intégration progressive des considérations environnementales dans les marchés publics, illustrant ainsi la conciliation entre protection des deniers publics et protection de l'environnement³⁴³. La conciliation de ces deux composantes de l'intérêt général représente un défi considérable pour les personnes publiques lors d'un achat public³⁴⁴. En droit des marchés publics, les deux composantes de l'intérêt général, à savoir la composante environnementale et la composante économique, peuvent être compatibles ou entrer en tension dans certaines circonstances. Par exemple, l'inclusion de critères environnementaux stricts peut parfois entraîner des coûts supplémentaires pour les soumissionnaires, ce qui pourrait sembler contraire à l'impératif

³⁴¹A. PELLERIN, préc., note 10, p.190-200 ; F. RANGEON, préc., note 189, p. 66 et suiv; Cyriaque LEGRAND, François RANGEON et Jean-François VASSEUR, préc., note 15; Gabriel JOBIDON, préc., note 30; R. MICALEF, préc., note 116, p.113-114 ; voir aussi : Gilles MARTIN, « Les apports du droit économique au droit de l'environnement : leviers, limites, opportunités », préc., note 7; Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11.

³⁴²*Id.*

³⁴³*Id.*

³⁴⁴Art. 2 et 14 LCOP ; Art. l. 3 et 3-1 CCP.

relatif à la recherche du meilleur prix au profit des contribuables³⁴⁵. Inversement, privilégier uniquement l'aspect économique sans considération des impacts environnementaux pourrait compromettre les objectifs de durabilité et de protection de l'environnement³⁴⁶. De même, dans les marchés publics relatifs aux prestations de services juridiques, lesquels, en principe, n'ont aucun lien avec l'environnement et ne sauraient justifier l'insertion de clauses environnementales³⁴⁷. Dans ce type de marché, la personne publique peut néanmoins protéger l'intérêt économique des contribuables par le biais du prix, mais difficilement l'intérêt environnemental, compte tenu de l'objet même du marché qui, en principe, ne nécessite pas l'inclusion desdites clauses.

Dans cette perspective, les marchés publics ne doivent plus être regardés exclusivement sous l'angle économique, mais également considérés comme des instruments juridiques visant à concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général³⁴⁸. Cette nouvelle approche reflète une évolution vers une vision intégrée des marchés publics, où les considérations économiques sont conciliées avec les considérations environnementales, répondant ainsi aux obligations contemporaines simultanées : protection des fonds publics et protection de l'environnement. D'où la nécessité de rechercher une conciliation entre ces considérations lors des achats publics.

³⁴⁵Lire en ce sens : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, préc., note 41.

³⁴⁶Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, p. 43 ; Lire en ce sens, R. MICALET, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315 ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; voir aussi : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère des affaires municipales et de l'habitation, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

³⁴⁷Lire en ce sens : *Forcier & frères ltée c. Ville de Malartic*, 2023 QCCA 746 par. 31-34 ; Gilles MARTIN, « Les apports du droit économique au droit de l'environnement : leviers, limites, opportunités », préc., note 7 ; Vincent HELFRICH et Fanny ROMESTANT, « Achat public et développement durable entre compatibilités et frictions de paradigmes et de pratiques : le cas de l'industrie du transport ferroviaire », (2015) 20-1 *Management international* 78.

³⁴⁸P. COSSALTER, préc., note 7 ; F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, préc., note 15, p. 66 ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

Section II. La conciliation des considérations économiques et environnementales en droit des marchés publics

Malgré l'obligation désormais faites aux municipalités de prendre en compte plusieurs composantes de l'intérêt général lors de la définition de leurs besoins d'achat, ces dernières arrivent à les concilier, bien que ces composantes puissent souvent être contradictoires, voire conflictuelles dans certains cas³⁴⁹. Les instruments de cette conciliation sont les clauses et critères environnementaux³⁵⁰.

En effet, la conciliation des composantes économiques et environnementales de l'intérêt général en droit des marchés publics confère auxdits marchés le statut de contrats, que l'on peut qualifier de « conciliants », en ce qu'ils peuvent intégrer simultanément les composantes environnementales et économiques de l'intérêt général³⁵¹.

Toutefois, il convient de souligner que les défis pratiques inhérents à cette conciliation demeurent considérables, en raison des risques juridiques qu'elle peut susciter, tels que la rupture d'égalité et le manque de transparence, qui peuvent porter atteinte à l'intégrité finale du marché public³⁵².

En effet, la nature contraignante de l'insertion des considérations environnementales dans les marchés publics dépend non seulement de l'objet du marché et des conditions d'exécution, mais également du respect des principes fondamentaux régissant les marchés publics³⁵³.

³⁴⁹F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, préc., note 15, p. 66 ; C. LEGRAND, F. RANGEON et J-F. VASSEUR, préc., note 15.

³⁵⁰Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP, *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire* ; *Loi n° 2021-1104 du 22 Août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets* ; les SPASER; *Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte* ; Art. 2 LCOP.

³⁵¹Lydia LEBON, préc., note 37, p. 617.

³⁵²Art. L.3 CCP et Art. 2 LCOP.

³⁵³Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, p. 43 ; voir aussi : R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315 ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc. ; note 21.

Ainsi, dans le cadre de la présente étude, nous procéderons principalement à l'analyse des considérations liées au coût du cycle de vie, à l'économie circulaire et à l'analyse du cycle de vie. Ce choix est motivé non seulement par leur capacité à concilier les intérêts économiques et environnementaux, mais aussi par leur aptitude à équilibrer l'obligation relative à la prise en compte des considérations environnementales et la faculté en ce qui concerne la prise en compte des considérations économiques. Dans cette perspective, nous démontrerons comment ces considérations peuvent, selon l'objet et les conditions d'exécution des marchés publics, être le support d'obligations de moyens ou de résultats, et nous déterminerons par la suite, leur applicabilité à divers types de marchés publics³⁵⁴.

En conséquence, nous procéderons à l'analyse des considérations relatives au coût du cycle de vie (paragraphe I), puis à celles liées à l'économie circulaire (paragraphe II), avant de terminer par l'analyse du cycle de vie (paragraphe III). Cette analyse a pour objectif de démontrer comment ces considérations parviennent à concilier, à la fois, la protection des deniers publics (considérations économiques) et la préservation de l'environnement (considérations environnementales) en droit des marchés publics français et québécois.

³⁵⁴CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, Aff. c-513/99; CE, Avis, 4 févr. 2021, n° 401933; CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'azur*, req. n° 351570; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « Les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience »), 24 août 2021; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « fiche – la définition du besoin », mise à jour le 1^{er} avril 2019; Marie-Hélène PACHEN-LEFÈVRE et Alexandra OUZAR, « objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, p. 43.

Paragraphe I. Les considérations environnementales relatives au coût du cycle de vie (CCV)

La prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics inclut à la fois les clauses et les critères environnementaux³⁵⁵. Bien que distincts, ces deux éléments se complètent dans le cadre du processus d'achat public, en ce qu'ils concernent les conditions d'exécution des marchés pour l'un, et les critères de sélection des candidatures des entreprises et des offres pour l'autre³⁵⁶.

Si l'insertion des critères environnementaux dans les marchés publics est liée à la sélection des offres, les clauses environnementales sont liées aux conditions d'exécution du marché public³⁵⁷. Cela signifie, en d'autres termes, que le coût du cycle de vie peut faire l'objet soit d'une clause contractuelle, soit d'un critère de sélection des offres ou de candidatures lors du processus de passation d'un marché public³⁵⁸.

Conformément à l'article R. 2152-9 du *Code de la commande publique français*, dont l'économie générale peut, mutatis mutandis, être transposée en droit québécois, le coût du cycle de vie :

« couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

- 1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :
 - a) Les coûts liés à l'acquisition ;
 - b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
 - c) Les frais de maintenance ;
 - d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;
- 2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et 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. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique »³⁵⁹.

(Nous soulignons)

³⁵⁵ PLAN NATIONAL D'ACTION POUR LES ACHATS PUBLICS DURABLES, (PNAAPD) 2015-2020, p.9 ; PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025, p. 5-8 ; H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.2 et suiv.

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ *Id.*; Art. R.2152-7 et Art. R. 2152-9 CCP.

³⁵⁸ *Id.* ; P. COSSALTER, préc., note 7 ; Pierre BOURDON, préc., note 7, p.181-197.

³⁵⁹ Art. R. 2152-9 CCP ; ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », (février 2005) ; P. COSSALTER, préc., note 186 ; Guillaume GAUCH et Romain MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », (décembre 2019) *Moniteur juris /contrats publics*, p. 37 ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, Groupe d'étude des marchés développement durable, mars 2016, p.15, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/cout-cycle-vie-consultation.pdf

À la lecture de cet article, on comprend clairement que, le coût du cycle de vie comptabilise le coût de l'acquisition du produit, le coût de la livraison et les coûts connexes, le coût de l'utilisation, notamment la consommation de l'énergie du produit faisant l'objet des marchés publics, les abonnements et taxes et autres ressources y relatifs, les frais de maintenances, à savoir la main-d'œuvre et les pièces détachées, et enfin les coûts liés à la fin de vie, plus particulièrement, la collecte, le recyclage et l'élimination des déchets résultant de l'exécution, et surtout de l'utilisation du produit ayant fait l'objet du marché public³⁶⁰.

Sous l'angle économique, il appert que le coût du cycle de vie prend en compte le coût direct, voire global, de la passation d'un marché public, c'est-à-dire « la prise en compte de tous les coûts entraînés pendant la production, la consommation/utilisation et l'élimination d'un produit ou service (approche globale) »³⁶¹.

Dès lors, en incluant le coût du cycle de vie dans le processus d'achat public, il est possible de parvenir à une réduction significative des dépenses publiques. Cela peut se matérialiser à travers la prise en considération du prix d'achat et des frais engendrés par l'usage, l'entretien et la fin de vie du bien ayant fait l'objet du marché public³⁶². Dans cette perspective, le coût du cycle de vie peut participer de manière inévitable à l'orientation des décisions des municipalités vers une approche durable des achats publics, plus précisément à travers l'accroissement de valeur sur le long terme et la diminution des coûts globaux à travers le temps³⁶³.

³⁶⁰ *Id.*

³⁶¹ Voir : COMMISSION DE L'UE, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés*, com (2001) 274 final du 7 avril 2001, en ligne : « <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/txt/pdf/?uri=celex:52001dc0274&from=fr> » ; P. COSSALTER, préc., note 7.

³⁶² ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », préc., note 359 ; P. COSSALTER, préc., note 7 ; G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 359, p. 37 ; DAJ, notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, Groupe d'étude des marchés développement durable, préc., note 359.

³⁶³ *Id.* ; A. PIGOU, *L'économie du bien-être*, 1920.

Par exemple, dans un marché public de travaux de construction d'un bâtiment, si on recourt aux matériaux durables et hautement performants sur le plan énergétique, cela peut engendrer des coûts initiaux plus élevés³⁶⁴. Néanmoins, cette construction offre des avantages considérables en termes d'économies d'énergie et de maintenance à long terme³⁶⁵. Dans cet exemple, on comprend bien que l'inclusion d'une considération environnementale liée au cycle de vie vise à pour objet de réduire sur le long terme le coût de l'achat public.

À l'inverse, si l'on doit examiner le coût du cycle de vie (CCV) d'un point de vue environnemental, on remarquera que celui-ci prend en compte les coûts des externalités environnementales pouvant résulter de l'exécution et de l'utilisation des produits et ouvrages ayant fait l'objet du marché public. Dans ce cadre, les externalités environnementales concernent généralement : les émissions de gaz à effet de serre, la dégradation des écosystèmes, la santé, le changement climatique, etc.³⁶⁶

De ce point de vue, il est intéressant de noter que le CCV met face à face deux types d'externalités environnementales : négatives et positives. Les externalités environnementales négatives sont celles qui portent atteinte à l'environnement et occasionnent des frais supplémentaires, que les municipalités visent à faire disparaître ou à réduire au maximum à travers des clauses et des critères appropriés lors de la passation d'un marché public³⁶⁷. À l'opposé, les externalités environnementales positives sont celles qui produisent les effets contraires aux externalités environnementales négatives lors de la passation d'un marché public³⁶⁸. Par exemple, l'inclusion des critères relative au CCV dans un marché public d'achat de véhicules peut entraîner la réduction

³⁶⁴P. COSSALTER, préc., note 7 ; G. GAUCH et R. MILLARD, préc., note 359, p. 37 ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, Groupe d'étude des marchés développement durable, préc., note 359.

³⁶⁵*Id.*

³⁶⁶*Id.*

³⁶⁷*Id.*

³⁶⁸ ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », préc., note 359 ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, préc., note 359 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59.

des émissions de CO₂³⁶⁹. Cette réduction des émissions contribue positivement à la qualité de l'air et à la lutte contre le changement climatique³⁷⁰. Ces externalités positives démontrent à quel point une approche basée sur le CCV peut non seulement répondre aux besoins économiques des personnes publiques, mais aussi générer des bénéfices environnementaux positifs et significatifs³⁷¹. L'intégration du CCV dans les politiques d'achats des personnes publiques peut contribuer à une gestion plus durable et responsable des marchés publics³⁷².

Il ressort de ce qui précède que le coût du cycle de vie peut être considéré comme une considération environnementale conciliatrice en droit des marchés publics, dans la mesure où il intègre à la fois les considérations économiques et les considérations environnementales³⁷³. De toute évidence, le coût du cycle de vie englobe non seulement le prix d'achat, mais aussi les coûts d'exploitation, de maintenance et de fin de vie, ce qui permet une évaluation globale et cohérente des impacts économiques et environnementaux³⁷⁴. Il appert que, cette approche répond de manière évidente au cadre légal et réglementaire français et québécois, qui prône la prise en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale³⁷⁵.

Il apparaît clairement que l'inclusion des considérations relatives au CCV dans les marchés publics représente pour les municipalités françaises et québécoises un moyen privilégié de prise en compte des externalités environnementales positives et négatives pouvant découler de la passation des

³⁶⁹*Id.*

³⁷⁰*Id.* ; voir aussi : G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239, p.37 et suiv.

³⁷¹*Id.* ; CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, Mars 2018, p.10 et suiv., en ligne : https://solen.com/wp-content/uploads/2018/04/economie-circulaire-au-quebec2.pdf&ved=2ahukewio44os_pwjaxudmokehwa3ebaqfnoecbqqaq&usq=aovvawlyz3x7jnsbgisekj4vprz ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, préc., note 359 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59.

³⁷²*Id.* ; Voir aussi : PNAD (2022-2025).

³⁷³ Voir : S. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, préc., note 51, p. 129 et suiv.

³⁷⁴ Art. R. 2152-9 CCP ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, préc., note 359.

³⁷⁵ Art. L. 2111-1 ; Art. L. 2111-2 CCP et Art. 2 LCOP ; s. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, préc., note 51.

marchés publics, et ce, dans le but d'optimiser l'orientation des dépenses publiques en matière d'achat public³⁷⁶.

Toutefois, il convient de reconnaître que la prise en compte des coûts du cycle de vie (CCV) dans les marchés publics présente des défis importants en termes de complexité et de coût initial³⁷⁷. Pour que cette approche soit conforme aux principes fondamentaux et à l'objet du marché, il est nécessaire de miser sur la formation de qualité des personnels administratifs des acheteurs publics³⁷⁸.

Si le CCV peut aussi être considéré comme une considération environnementale conciliatrice, il en est de même en ce qui concerne l'économie circulaire (EC)³⁷⁹.

Paragraphe II. Les considérations environnementales relatives à l'économie circulaire (EC)

À l'instar des considérations liées au coût du cycle de vie, l'économie circulaire peut également être intégrée dans les marchés publics, tant en droit français qu'en droit québécois, soit en tant que critère de sélection, soit en tant que clause contractuelle³⁸⁰.

En effet, conformément à l'article L. 110-1-1 du *Code de l'environnement* français:

«La transition vers une économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires et à dépasser le modèle économique linéaire consistant à

³⁷⁶P. COSSALTER, préc., note 7.

³⁷⁷CE, Avis 4 février 2021, n° 401933, point 25. (l'article 35 de la Loi climat et résilience prévoit que les dispositions relatives aux spécifications techniques entreront en vigueur à une date déterminée par décret, et au plus tard le 24 août 2026, dans le but de promouvoir la formation des personnels administratifs); Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, p. 43 ; lire en ce sens : R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21; voir aussi : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; En droit québécois, l'Autorité des marchés publics (AMP) renvoie le plus souvent les personnes publiques à la formation de leur personnel.

³⁷⁸*Id.* ; PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025.

³⁷⁹Voir : S. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, préc., note 51.

³⁸⁰PLAN NATIONAL D'ACTION POUR LES ACHATS PUBLICS DURABLES, 2015-2020, p.9 ; PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025, p. 5-8 ; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.2 et suiv; UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, 2018, en ligne : <https://www.grandpariscirculaire.org/data/sources/users/6/cpeuropeancommissionbrochurefr.pdf&ved=2ahukewj2koxtg5ajaxuhkikehfymbicqfnoecbyqqaq&usq=aovvaw2tr7z8cpz07yw6rgb2sgl7> , p.5 ; Marie EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », (2019) 1, *Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement*, p.292, en ligne <https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2019-1-page-291.htm> consulté le 20/05/2021.

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. 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.»³⁸¹ (Nous soulignons)

À la lecture de cet article, on peut déduire que le législateur français érige l'économie circulaire en objectif prioritaire, et précise explicitement que la promotion de la commande publique responsable contribue à la transition vers l'instauration d'une économie circulaire³⁸². Dans cette logique, on comprend parfaitement que le législateur entend utiliser les marchés publics comme leviers de promotion des pratiques durables, de réduction de gaspillage et de l'utilisation de matériaux recyclés³⁸³. Ceci démontre suffisamment que le législateur affiche d'une volonté de pouvoir concilier intérêt économique et protection de l'environnement par le biais d'une commande publique responsable s'inscrivant dans la logique d'une économie circulaire.

Pour ce faire, il est recommandé aux pouvoirs publics de s'affranchir de l'économie linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter, et de s'orienter vers une consommation plus sobre et responsable des ressources naturelles ainsi que des matières premières primaires lors de leurs achats publics³⁸⁴.

Dans cette optique, il importe de souligner que la *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, a introduit des changements profonds en droit des marchés publics français. En vertu de cette loi, les personnes publiques sont désormais obligées

³⁸¹ Art. L.110-1-1 *Code de l'environnement français* du 12 février 2020 tel que modifié par loi n°2020-105 du 10 février 2020; voir aussi : Marie-Pierre MAITRE et Blandine BERGER, « Economie circulaire : notre droit est-il à la hauteur de nos ambitions ? », (Octobre 2015) 10 *Energie-environnement-infrastructures*, 40.

³⁸² *Id.*

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ *Id.*

d'intégrer des clauses relatives à l'économie circulaire dans leurs marchés publics, ainsi que de promouvoir activement les produits issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées³⁸⁵.

Si en droit français, l'économie circulaire est un objectif à atteindre et de promotion d'une commande publique responsable, celle-ci bénéficie d'une définition légale³⁸⁶. Tel n'est pas encore le cas au Québec. C'est pourquoi le Pôle de concertation québécois en économie circulaire, animé par l'Institut EDDEC, a pris le soin de la définir comme un :

« Système de production, d'échange et de consommation visant à optimiser l'utilisation des ressources à toutes les étapes du cycle de vie d'un bien ou d'un service, dans une logique circulaire, tout en réduisant l'empreinte environnementale et en contribuant au bien-être des individus et des collectivités. »³⁸⁷

Dans l'ensemble, l'économie circulaire peut se définir comme 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 des déchets est réduite au maximum »³⁸⁸. De manière générale, les

³⁸⁵ Art. 55, 56, 58 et 60 de la *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, jorf n°0035 du 11 février 2020. L'article 55 de la présente loi précise ce qui suit : « à compter du 1^{er} janvier 2021, 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 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.

lorsque le bien acquis est un logiciel, les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration promeuvent le recours à des logiciels dont la conception permet de limiter la consommation énergétique associée à leur utilisation »; Art. 56 : « (...) lorsqu'ils achètent des constructions temporaires, les acheteurs ne peuvent exclure les constructions temporaires ayant fait l'objet d'un reconditionnement pour réemploi, sous réserve que leurs niveaux de qualité et de sécurité soient égaux à ceux des constructions neuves de même type. ils tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de la construction sur toute sa durée de vie. »; article 58 : « i. - à compter du 1^{er} janvier 2021, les biens acquis annuellement par les services de l'état ainsi que par les collectivités territoriales et leurs groupements sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit. ii. - en cas de contrainte opérationnelle liée à la défense nationale ou de contrainte technique significative liée à la nature de la commande publique, le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à l'obligation prévue au i.

iii. - un décret en conseil d'état fixe la liste des produits concernés et, pour chaque produit, les taux pouvant être issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage correspondant à ces produits »; Article 60 : « le chapitre ii du titre vii du livre ier de la deuxième partie du code de la commande publique est complété par un article L. 2172-6 ainsi rédigé : « Art. L. 2172-6.-dans un souci de préservation des ressources naturelles, les achats de pneumatiques effectués par l'état, les collectivités territoriales et leurs opérateurs portent sur des pneumatiques rechapés, sauf si une première consultation s'est révélée infructueuse. Les achats de pneumatiques portant sur les véhicules d'urgence ainsi que les véhicules militaires peuvent être dispensés des obligations prévues au présent article. »

³⁸⁶ *Id.*

³⁸⁷ Avis sur l'économie circulaire à Montréal : une transition vers un futur durable, préc., note 51, p.18.

³⁸⁸ Art. L. 110-1-1 du *Code de l'environnement français* ; Lydia LEBON, « Principes de l'économie circulaire appliqués aux contrats publics », préc., note 37, 615.

considérations environnementales relatives à l'EC s'inscrivent dans la logique des 3R-V : réduire, réemployer, recycler et valoriser³⁸⁹.

En effet, il importe de noter que la tendance actuelle s'inscrit dans la logique de l'abandon de l'économie linéaire dans les marchés publics. Ainsi, malgré la non-monétarisation de l'EC, celle-ci peut néanmoins rentrer dans l'évaluation du coût du cycle de vie lors des achats publics³⁹⁰. Par ailleurs, il importe de souligner que l'analyse du cycle de vie rentre également de manière implicite dans l'EC, dans la mesure où celle-ci vise la prévention dans la production des déchets à travers l'identification et la quantification des flux entrants et sortants³⁹¹.

L'identification et la quantification de l'analyse du cycle de vie se font principalement sur base d'une méthodologie faisant l'objet d'une standardisation internationale à travers la norme ISO14044, alors que le coût du cycle de vie n'a qu'une seule norme de monétarisation, précisément, en ce qui concerne les véhicules de transport routier dans l'espace de l'Union européenne³⁹². Il en est de même au Québec à travers l'introduction du concept de l'approvisionnement fondé sur la valeur (AVF) dans le cadre des achats publics innovants³⁹³.

De ce qui précède, il ressort que la prise en compte des considérations relatives à l'EC dans les marchés publics a pour objet de dégager ces derniers de l'aspect linéaire de l'économie industrielle, qui consiste fondamentalement à puiser de plus en plus dans les ressources naturelles non

³⁸⁹*Id.* ; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48.

³⁹⁰Guillaume GAUCH et Romain MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 359, 37.

³⁹¹Art. L.110-1-1 du *Code de l'environnement français* ; lire aussi : M-P. MAITRE et B. BERGER, préc., note 381, p. 40.

³⁹²*Id.*

³⁹³ Art. 3.140.1 *Guide des approvisionnements SPAC*, en ligne : https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/pdf/faire_affaire_avec_etat/marches_publics/balises_sante.pdf, p.11; voir aussi: CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

renouvelables de la planète et à générer de plus en plus de déchets nuisibles à la biodiversité et à la couche d'ozone³⁹⁴.

L'insertion des considérations relatives à l'EC dans les marchés publics inscrit les marchés publics dans une logique circulaire. Cela signifie que l'obtention des biens, des services et des travaux par les personnes publiques doit intervenir dans les chaînes d'approvisionnement en circuit fermé de l'énergie et des matériaux, tout en réduisant au minimum, voire en évitant, dans le meilleur des cas, les incidences négatives sur l'environnement et la production de déchets tout au long de leur durée de vie³⁹⁵.

En outre, il convient de rappeler que, l'EC permet aux personnes publiques de faire d'une pierre deux coups lors des achats publics, c'est-à-dire de faire des économies nécessaires d'un côté, et de protéger l'environnement, de l'autre. Si au niveau écologique, l'insertion des considérations relatives à l'EC dans les marchés publics a pour objet la réduction de la consommation des ressources et d'énergie, ainsi que des émissions de CO₂³⁹⁶, sur le plan économique, les considérations relatives à l'économie circulaire influencent divers aspects, tels que la création d'emplois, la sécurisation des sources d'approvisionnement, les fluctuations des prix des matières premières, et l'innovation industrielle en matière environnementale³⁹⁷.

Pour illustrer ce point, prenons l'exemple d'un marché public d'achat de véhicules³⁹⁸. Dans ce cadre, la personne publique peut inclure parmi ses critères de sélection des critères liés à la

³⁹⁴UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.5.

³⁹⁵*Id.*

³⁹⁶VOIR : Marie EUDE, préc., note 380.

³⁹⁷ Schéma parisien de la commande publique responsable, en ligne : https://www.maximilien.fr/media/espace_entreprises/2020/programmation_achats/20200622_schema_commande_publice_responsable_ville_paris.pdf ; p.1-4, CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, préc., note 371, p. 292 ; M. EUDE, préc., note 380, p.292 ; L. LEBON, préc., note 37, 618.

³⁹⁸Rappelons qu'en droit français, l'achat des véhicules est encadré par l'*arrêté du 5 mai 2011 relatifs aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique*. Cette pratique est également encouragée par le gouvernement québécois, voir : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/secretariat-du-conseil-du-tresor/publications-adm/ssmp/marches->

durabilité, notamment la facilité de réparation et l'utilisation de pièces de rechange fabriquées à partir de matériaux recyclés³⁹⁹. L'intégration de tels critères dans les marchés publics peut non seulement encourager l'innovation environnementale, mais aussi contribuer à la stabilisation des coûts d'approvisionnement⁴⁰⁰. De surcroît, cette approche peut favoriser la création de nouvelles entreprises spécialisées dans les technologies de recyclage et de réutilisation, générant ainsi des emplois et soutenant une économie circulaire⁴⁰¹.

En outre, les études démontrent que la prise en compte des considérations relatives à l'économie circulaire permet de réduire significativement la consommation d'eau, d'énergie et d'engrais⁴⁰².

Si les considérations environnementales liées au coût du cycle vie peuvent faire l'objet d'une clause ou d'un critère de sélection d'une offre ou d'une candidature dans le cadre d'une passation des marchés publics, il faudrait qu'il soit, d'une part, monétarisé, déterminé, vérifié et publié et, d'autre part, qu'il soit en lien avec l'objet du marché ou encore avec ses conditions d'exécutions⁴⁰³. Or, toutes les externalités environnementales ne sont pas monétisables, c'est pourquoi il est nécessaire d'inscrire, outre le coût du cycle de vie, l'analyse du cycle de vie comme clause et critère de comparaison et de sélection des offres, malgré leur non-monétarisation⁴⁰⁴. Il en est de même, pour les clauses et critères basés sur l'économie circulaire, qui peuvent en outre faire l'objet d'un critère

[publics/ssmp_strategie_marches_publics.pdf&ved=2ahukewjb_oi_rbkiaxvud1kfhujege8qfnoecc0qaq&usg=aovvaw2k6e2eqhdbfljm8f0krlox](https://www.maximilien.fr/media/espace_entreprises/2020/programmation_achats/20200622_schema_commande_de_publice_responsable_ville_paris.pdf)

³⁹⁹Voir : Schéma parisien de la commande publique responsable, en ligne : https://www.maximilien.fr/media/espace_entreprises/2020/programmation_achats/20200622_schema_commande_de_publice_responsable_ville_paris.pdf

⁴⁰⁰*Id.*, p.1-4 ; CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, préc., note 371, p. 292 et suiv. ; M. EUDE, préc., note 380, p.292 ; L. LEBON, préc., note 37, p. 618.

⁴⁰¹CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

⁴⁰²CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), LE CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec*, préc., note 371, p.8.

⁴⁰³*Id.*

⁴⁰⁴Art. L.2112-3 CCP ; DAJ, *Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation*, préc., note 359.

de sélection à part entière⁴⁰⁵. Ceci est d'autant plus normal dans la mesure où, le droit français et québécois (organismes régis par la LCOP) impose aux personnes publiques d'inscrire dans un marché public au moins un critère environnemental, hormis le critère prix⁴⁰⁶.

Dans tous les cas, l'insertion des considérations environnementales énumérées ci-dessus est doublement profitable aux personnes publiques, dans la mesure où, elle peut favoriser la satisfaction des objectifs relatifs à la protection de l'environnement d'une part, et d'autre part, faciliter l'accroissement de la performance en termes d'utilisation des deniers publics, plus particulièrement à la recherche du meilleur prix au profit des contribuables⁴⁰⁷.

Par ailleurs, il convient de souligner que la loi française portant sur le *Climat et Résilience* a considérablement renforcé la responsabilité élargie des producteurs (REP), en consolidant ses principes et en élargissant son champ d'application⁴⁰⁸. Cette responsabilité est également présente en droit québécois et peut être mobilisée lors de la passation des marchés publics comme critère d'admissibilité ou d'exclusion d'un fournisseur, à condition qu'il ne s'agisse pas d'une forme de discrimination déguisée⁴⁰⁹.

De manière claire, le principe de la REP signifie que le fabricant, le distributeur ou l'importateur d'un produit doit assumer la responsabilité de sa fin de vie. Cela implique que le producteur et le distributeur doivent financer, organiser et mettre en œuvre les solutions innovantes en matière de

⁴⁰⁵ Schéma parisien de la commande publique responsable, préc., note 397 ; CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), LE CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), préc., note 371, p.11; Ville de Longueuil, *Politique d'approvisionnement responsable*, du 28 mai 2013 révisée le 27 mars 2019, p. 32.

⁴⁰⁶ Art. L. 2152-7 CCP, Art. 14 par. 6 à 8 LCOP ; voir aussi : CE, Avis 4 février 2021, n° 401933.

⁴⁰⁷ Frédéric MARTY, « Les clauses environnementales dans les marchés publics : perspectives économiques », (2012) *GREDEG—groupe de recherche en droit, économie et gestion*, 24, en ligne : https://shs.hal.science/halshs-00673124/document&ved=2ahukewjz0auj8dygaxw6mokeham_cumqfnoeca4qaq&usg=aovvaw0pvi21jffnbnm4tcs99iiwu

⁴⁰⁸ MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, Décryptons : filières rep : qu'est-ce que c'est ?, en ligne : « <https://www.ecologie.gouv.fr/cadre-general-des-filières-responsabilite-elargie-des-producteurs> » ; MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, Le bonus réparation, qu'est-ce que c'est ?, en ligne : « <https://www.ecologie.gouv.fr/bonus-reparation> » ; Fiche d'achat responsable, produits visés par la responsabilité élargie des producteurs, Juillet 2022, en ligne : https://www.recyc-quebec.gouv.qc.ca/sites/default/files/documents/fiche-approvisionnement-responsable-rep.pdf&ved=2ahukewjz0auj8dygaxw6mokeham_cumqfnoeca4qaq&usg=aovvaw00j4c0i6vzv8gj64fmjs2i

⁴⁰⁹ *Id.*

collecte, de réutilisation ou de recyclage appropriées pour ce produit⁴¹⁰. C'est en quelque sorte l'application du concept du pollueur-payeur, dans la mesure où les producteurs et les distributeurs d'un produit susceptible de polluer l'environnement doivent financer les coûts de sa fin de vie⁴¹¹.

Il appert que la REP est un outil précieux au service des municipalités, car elle permet à ces dernières de réduire les dépenses en termes de gaspillage et ramassage des déchets⁴¹². La REP s'inscrit dans la logique de conciliation des intérêts économiques et de protection de l'environnement, surtout lorsqu'elle est insérée dans le processus de passation d'un marché public.

De ce qui précède, il importe de noter que la conciliation des enjeux économiques et environnementaux dans laquelle s'inscrivent les municipalités françaises et québécoises « ne saurait invariablement se confondre avec toute prise en considération de données extérieures à la stricte logique économique de l'achat public »⁴¹³.

Si les considérations environnementales relatives au coût du cycle de vie et à l'économie circulaire arrivent à concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général en droit des marchés publics, il en va de même pour celles concernant l'analyse du cycle de vie.

⁴¹⁰MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, *décryptons : filières rep : qu'est-ce que c'est ? préc.*, note 408 ; MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, *le bonus réparation, qu'est-ce que c'est ? préc.*, note 408.

⁴¹¹*Id.* ; MELCC, *Responsabilité élargie des producteurs, questions et réponses (2022)* ; OCDE, *Responsabilité élargie du producteur* ; MELCC, *Projet de règlement sur la récupération et la valorisation de produits par les entreprises, étude d'impact économique (2009)*.

⁴¹²*Id.* ; Art. L.541.10-I et L.541.10-3 du *Code de l'environnement* ; INSTITUT NATIONAL DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, *la rep, quésaco ? la responsabilité élargie du producteur et la loi AGEC*, p.15, en ligne : <https://institut-economie-circulaire.fr/responsabilite-elargie-producteur-rep-loi-economie-circulaire/> ; Au Québec, le gouvernement s'est doté d'un règlement-cadre sur la REP qui est entré en vigueur le 14 juillet 2011, le règlement sur la récupération et la valorisation de produits par les entreprises (le « règlement »).

⁴¹³Nil SYMCHOWICZ, « Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », (février 2010) 96 *contrats-publics*, 42.

Paragraphe III. Les considérations environnementales relatives à l'analyse du cycle de vie (ACV)

La prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics englobe à la fois les clauses et critères environnementaux, bien qu'ils constituent des éléments distincts, ils sont néanmoins complémentaires dans le processus d'un achat public⁴¹⁴.

En droit français et québécois, l'insertion des critères environnementaux dans les marchés publics est liée à la sélection des offres, tandis que les clauses environnementales sont liées aux conditions d'exécution du marché public⁴¹⁵. Dans cette logique, l'analyse du cycle de vie peut, en principe, faire l'objet soit d'une clause ou d'un critère de sélection lors de la passation d'un marché public⁴¹⁶.

Dans sa notice introductive, la Direction des affaires juridiques définit l'analyse du cycle de vie comme « une méthode d'identification et de quantification des impacts environnementaux des produits, ouvrages ou services sur l'ensemble des étapes de leur cycle de vie (de l'extraction des matières premières nécessaires à leur fabrication jusqu'à leur élimination en fin de vie, en passant par toutes les étapes intermédiaires) »⁴¹⁷. Autrement dit, l'ACV est une méthode d'évaluation permettant de comparer les conséquences de la fabrication et de l'usage des produits de consommation, tels que les voitures, machines à laver, produits de beauté, etc.⁴¹⁸. L'ACV permet en outre de comptabiliser et de quantifier tous les flux entrants (eau, énergie, matières premières) et sortants (eau, air, déchets) des produits, à chaque étape du cycle de vie d'un produit⁴¹⁹.

⁴¹⁴PLAN NATIONAL D'ACTION POUR LES ACHATS PUBLICS DURABLES, 2015-2020, p.9 ; PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025, p. 5-8 ; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.2 et suiv; UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.5 ; M. EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », 2019 1, *Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement*, 292, en ligne : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2019-1-page-291.htm> consulté le 20/05/2021.

⁴¹⁵Art. R. 2152-7 et Art. R. 2152-9 CCP.

⁴¹⁶*Id.*

⁴¹⁷DAJ, *Notice introductive : prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation*, préc., note 239.

⁴¹⁸ ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », préc., note 359 ; s. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, *l'économie circulaire : une transition incontournable*, préc., note 51, p.128.

⁴¹⁹*Id.*

On peut clairement déduire que l'ACV évalue les impacts environnementaux sans pour autant les traduire systématiquement en termes monétaires⁴²⁰. Cela constitue une limite considérablement de son usage en tant que critère unique d'attribution des offres, lors de la passation des marchés publics⁴²¹. À l'inverse, le coût du cycle de vie permet d'avoir une évaluation financière complète, notamment à travers la monétarisation des impacts environnementaux et l'intégration des coûts directs, tels que le coût d'acquisition et le coût de consommation⁴²².

Ainsi, à la différence du coût du cycle de vie, l'analyse du cycle de vie ne peut constituer un critère unique d'attribution des offres lors de la passation d'un marché public, néanmoins si l'acheteur doit utiliser un critère unique de sélection des offres, ce critère doit être le prix ou le coût, de manière à assurer un usage optimal des fonds publics et à viser le meilleur rapport qualité-prix⁴²³. Or, ceci exclut l'ACV. Cela est d'autant plus logique que le marché public est principalement évalué en fonction du critère du prix ou du coût, et non pas en fonction des critères environnementaux, qui nécessitent d'être combinés à d'autres critères, dont le prix⁴²⁴. Ce qui n'est pas le cas si le coût du cycle de vie est utilisé comme considération environnementale lors de la passation d'un marché public⁴²⁵.

⁴²⁰DAJ, *Notice introductive : prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation*, préc., note 239; s. SAUVÉ, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, préc., note 51, p.128.

⁴²¹*Id.*

⁴²²*Id.*

⁴²³Art. R. 2152-7, Art. L. 2152-7 CCP, voir aussi : Art. 2 et 14 par. 6 à 8 LCOP ainsi que les règlements d'application afférents.

⁴²⁴*Id.* ; Art. 573 LCV, Art. 935 CMQ, Art. 573.1.0.1.1 LCV, Art. 936.0.1.1 CMQ ; *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, par. 30 ; *Couillard construction limitée c. Procureur général du Québec (ministère des transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, en ligne : https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/affaires-municipales/publications/plainte_gestion_contractuelle/gestion_contractuelle/guide_modes_adjudication.pdf&ved=2ahukewi-2st9_fugaxwdhdqihroycj8qfnoecbsqqa&usq=aovvaw1hnjx7147uimxqck-gl6v ; Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des affaires municipales et de l'habitation, *Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale*, préc., note 59 ; A. PELLERIN, préc., note 10; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18.

⁴²⁵*Id.*

Hormis l'analyse du cycle de vie, l'article R.2152-7 du CCP précise que « d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution »⁴²⁶. Sans pour autant le dire expressément, le législateur québécois, à travers l'article 14. 8 de la *Loi sur les contrats des organismes publics (LCOP)*⁴²⁷, semble faire, de l'analyse du cycle de vie un critère obligatoire par « présomption », car il estime qu'elle doit s'insérer de manière obligatoire dans n'importe quel marché public, et ce, sans pour autant que l'on tienne compte de l'objet du marché⁴²⁸. Les mots suivants : « le deuxième alinéa s'applique à toute catégorie de contrats », établissent clairement cette affirmation⁴²⁹.

Si l'on doit établir une comparaison entre le droit français et le droit québécois, on doit noter que le critère environnemental ne constitue pas le critère unique déterminant l'octroi dans le processus de passation des marchés publics. Néanmoins, il va sans dire que la prise en compte de ce critère revêt une importance croissante, notamment lorsqu'on se fonde sur une pluralité des critères⁴³⁰. Cette souplesse juridique est un couteau à double tranchant, c'est-à-dire un avantage et un

⁴²⁶Art. R. 2152-7 CCP : « Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse**, l'acheteur se fonde :

1° soit sur un critère unique qui peut être :

a) le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;
b) le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article [R. 2152-9](#) ;

2° soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux (...) ».

⁴²⁷Art. 14.8 LCOP : « les conditions relatives au caractère responsable d'une acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique, doivent être liées à l'objet du contrat à moins qu'elles ne soient autrement autorisées par la loi. aux fins du premier alinéa, sont réputées liées à l'objet du contrat les conditions qui se rapportent aux biens, aux services ou aux travaux de construction à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, incluant notamment les stades de recherche, de développement, de production, de commercialisation, de prestation, de distribution, d'utilisation, de maintenance et de fin de vie, et ce, même lorsque de telles conditions ne portent pas sur l'une de leurs caractéristiques intrinsèques.

Le deuxième alinéa s'applique à toute catégorie de contrats, avec les adaptations nécessaires. »

⁴²⁸*Id.*; Voir aussi : Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « l'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2; G. CANTILLON, « Marchés publics et développement durable », préc., note 7.

⁴²⁹Art. 14. 8 LCOP.

⁴³⁰*Id.*, Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « l'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; Hubert DELZANGLES, « commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7.

inconvenient à la fois, car elle permet de s'adapter à l'objet de certains marchés publics, tout en minimisant les critères environnementaux.

En considération de ce qui précède, l'inclusion des critères environnementaux liés à l'ACV dans les marchés publics, vise à atteindre les objectifs du développement durable à travers l'achat public, notamment en encourageant les personnes publiques à promouvoir l'achat durable⁴³¹.

S'il existe une pluralité de composantes d'intérêt général conciliables en droit des marchés publics, il faut souligner que ceux-ci sont juridiquement encadrés, tant sur le plan international que sur le plan interne dans les systèmes juridiques français et québécois.

Chapitre 2. L'encadrement juridique des tensions, un encadrement à niveau

L'objet de ce chapitre vise à démontrer qu'en droit des marchés publics français et québécois, il existe deux cadres juridiques distincts : d'une part, le cadre international, constitué des accords multilatéraux ratifiés par le Canada et la France, notamment l'Accord économique et commercial global (AECG)⁴³², et d'autre part, le cadre interne propre à chaque État, à savoir la France et le Canada, en particulier le Québec. Dans le cadre juridique international, la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics n'est pas obligatoire, alors que dans le cadre juridique interne, cette prise en compte s'impose aux personnes publiques⁴³³. Cette divergence illustre clairement le contraste frappant entre le cadre international, dépourvu de force

⁴³¹Art. L.3, L.3-1, R.2152-7 CCP et Art. 2. LCOP ; P. COSSALTER, préc., note 7 ; Pierre BOURDON, préc., note 7, p.181-197 ; Xavier JARDI, Bénédicte MEURISSE, Charles PEROUMAL, « L'analyse de cycle de vie : enjeux autour de sa monétarisation », Actes du séminaire du 24 mai 2017, service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, ministère de la transition écologique et solidaire, 2017, en ligne : <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/th%c3%a9ma%20-%20l'analyse%20du%20cycle%20de%20vie%20-%20-%20enjeux%20autour%20de%20la%20mon%c3%a9tarisation.pdf>

⁴³²Il est important de noter que, concernant le cadre juridique français, l'AECG n'a pas encore été ratifié. Néanmoins, en attendant sa ratification, nous procéderons à une brève analyse.

⁴³³Chapitre 19 de l'AECG ; CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41 ; voir aussi : Art. 1.25.1, *Guide d'approvisionnement SPAC*. En droit québécois, l'inclusion des considérations environnementales est obligatoire pour les organismes publics soumis à la LCOP (Art. 4), alors que pour les organismes municipaux, cette inclusion est facultative.

contraignante, et le cadre interne, caractérisé par la prise en compte obligatoire des considérations environnementales dans les marchés publics.

L'enjeu de cette démonstration réside dans le fait qu'en droit français et québécois, il existe des sanctions d'ordre contractuel à l'encontre des entreprises ne respectant pas les clauses environnementales lors de l'exécution des marchés publics⁴³⁴. Dans ce cadre, il faut préciser qu'il n'existe aucune sanction spécifique à l'encontre des personnes publiques, en l'occurrence des municipalités, en cas de non-prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics. L'absence de sanction exogène ciblée envers les personnes publiques peut limiter la prise en compte des considérations environnementales imposées par le cadre juridique interne.

Partant de ce qui précède, nous procéderons, d'une part, à l'analyse de l'Accord économique et commercial global (AECG) afin de démontrer que l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics y demeure une simple faculté (Section I) et, d'autre part, à l'analyse des cadres juridiques internes régissant les marchés publics en droit français et québécois, notamment lors de la définition de leurs besoins, dans le but de comparer ces approches à celles prévues par le cadre international (Section II).

⁴³⁴Art. 20.2.1 CCAG Travaux ; Art. 19.4 CCAG Travaux ; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, les clauses environnementales, préc., note 63 ; voir aussi : Marie-Cécile HAIZE et Inès FRESKO, préc., note 63.

Section I. L'inclusion des considérations environnementales dans le cadre de l'Accord économique et commercial global, une simple faculté

L'Accord économique et commercial global (AECG)⁴³⁵ est un accord qui a été conclu entre l'Union européenne (UE) et le Canada⁴³⁶. Au regard du droit de l'Union européenne, il s'agit d'un accord mixte, relevant d'une part de la compétence de l'Union européenne en ce qui concerne les dispositions commerciales, et d'autre part de la compétence des États membres concernant le chapitre sur l'investissement qui touche aux marchés publics⁴³⁷. Cela signifie en d'autres termes que la non-ratification de l'accord par certains États membres ne peut pas en principe empêcher l'application des dispositions commerciales, qui d'ailleurs représente plus de 90% du texte⁴³⁸.

Étant membre de l'Union européenne, la France est tenue de se conformer aux dispositions commerciales de l'Accord économique et commercial global. Cela signifie que même en l'absence de ratification, les dispositions commerciales de cet accord, comprenant la suppression des droits de douane, les règles relatives à l'origine des produits et les mesures facilitant le commerce, sont applicables en France⁴³⁹. Dans cette logique, il faut préciser que les dispositions commerciales de l'AECG relèvent de la compétence exclusive de l'UE en vertu de l'article 3 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE)⁴⁴⁰. Puisqu'il s'agit d'une compétence partagée

⁴³⁵Voir: AECG (Comprehensive economic and trade agreement) (CETA) en Anglais.

⁴³⁶Cet accord a été signé le 30 octobre 2016 et a été ratifié le 15 février 2017 par le parlement européen; affaires mondiales Canada, « Texte de l'Accord économique et commercial global – table des matières », 30 octobre 2016, gouvernement du canada, en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (consulté le 22/02/2024); Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne, « Le parlement européen ratifie l'accord entre l'UE et le Canada », 23 février 2019, MINISTÈRE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES EUROPÉENNES, en ligne : <https://ue.delegfrance.org/le-parlement-europeen-ratifie-l> (consulté le 22/02/2024).

⁴³⁶ DIRECTION GENERALE DU TRESOR, suivi de la mise en place de l'AECG/CETA, en ligne : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/pays/ca/donnees-generales> ; voir aussi : Anaïs CONTAT et Martine VALOIS, « l'accord économique et commercial global : un pas vers l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration », préc., note 40, 503 ; A. DEBUISSON, préc., note 40, 145.

⁴³⁷ DIRECTION GENERALE DU TRESOR, suivi de la mise en place de l'AECG/CETA, en ligne : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/pays/ca/donnees-generales>

⁴³⁸*Id.*

⁴³⁹*Id.*

⁴⁴⁰Art. 3 du TFUE : « Article 3 1. L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : a) l'Union douanière ; b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ; c) la politique monétaire pour les états membres dont la monnaie est l'Euro ; d) la conservation des ressources biologiques

entre l'UE et les États membres⁴⁴¹, les dispositions relatives aux investissements nécessitent une ratification par chacun des États membres selon leurs procédures internes respectives, en vertu de l'article 4 du TFUE⁴⁴².

Dès lors, si les dispositions commerciales de l'AECG s'appliquent en France conformément à l'article 218, paragraphe 5 du TFUE, il faut préciser que les dispositions relatives aux investissements ne s'appliquent pas encore, car cette partie n'a pas encore fait l'objet d'une ratification⁴⁴³. Cet accord a d'ailleurs été rejeté au Sénat par un vote définitif de 211 voix contre 44 en 2024⁴⁴⁴.

de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche ; e) la politique commerciale commune. 2. l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ».

⁴⁴¹Art. 4 TFUE : « 1. L'Union dispose d'une compétence partagée avec les états membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles 3 et 6. 2. les compétences partagées entre l'union et les Etats membres s'appliquent aux principaux domaines suivants: a) le marché intérieur; b) la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité; c) la cohésion économique, sociale et territoriale; d) l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer; e) l'environnement; f) la protection des consommateurs; g) les transports; h) les réseaux transeuropéens; i) l'énergie; 26.10.2012 Journal Fr Officiel de l'Union européenne C 326/51 j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice; k) les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité. 3. dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en œuvre des programmes, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membres d'exercer la leur. 4. dans les domaines de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions et une politique commune, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membres d'exercer la leur » ; Yves LEJEUNE, « Le régime d'application provisoire de l'AECG entre le Canada et l'Union européenne », (Janvier 2022) numéro hors-série, *Revue québécoise de droit international*, hommage à Daniel TURP : *Amicorum discipulorumque liber*, p. 141-166.

⁴⁴²*Id.*

⁴⁴³Art. 5 TFUE : « 1. Les Etats membres coordonnent leurs politiques économiques au sein de l'Union. À cette fin, le Conseil adopte des mesures, notamment les grandes orientations de ces politiques. Des dispositions particulières s'appliquent aux Etats membres dont la monnaie est l'Euro. 2. l'Union prend des mesures pour assurer la coordination des politiques de l'emploi des Etats membres, notamment en définissant les lignes directrices de ces politiques. 3. l'Union peut prendre des initiatives pour assurer la coordination des politiques sociales des Etats membres » ; Yves LEJEUNE, « Le régime d'application provisoire de l'AECG entre le Canada et l'Union européenne », préc., note 441.

⁴⁴⁴*Id.* ; Antoine MAGNAN, « Le sénat français vote contre l'accord de libre-échange Canada-Union européenne », *Agence France-Presse*, 21 mars 2024, en ligne : « <https://www.ledevoir.com/monde/europe/809444/senat-francais-vote-contre-traite-libre-echange-canada-union-europeenne/> » consulté le 08/05/2024; Raphaël BOUVIER-AUCLAIR, « Un possible « coup de tonnerre » au sénat français : l'accord Canada-Europe en péril? » *Radio canada*, le 20 mars à 4 h 00, en ligne : « <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2058364/accord-canada-europe-senat-france> » consulté le 08/05/2024.

Contrairement à la France, la situation est différente au Canada et plus encore au Québec, car l'AECG a été ratifié et s'applique aux organismes publics québécois du fait de l'assentiment du Québec⁴⁴⁵.

Globalement, l'Accord économique et commercial global (AECG) poursuit deux objectifs fondamentaux : interdire toute forme de discrimination fondée sur l'origine des biens ou des fournisseurs et proscrire les exigences de compensations ou de contenu local⁴⁴⁶. Dans cette optique, cet accord recommande aux personnes publiques d'intégrer les considérations environnementales dans le processus de passation des marchés publics⁴⁴⁷.

Ainsi, en raison du dualisme qui caractérise l'ordre juridique canadien, les accords internationaux ne constituent pas, en tant que tels, des normes de droit positif, sauf s'ils sont expressément intégrés au droit interne par une loi⁴⁴⁸. L'article 2 de la LCOP en est l'illustration⁴⁴⁹. Dans cette perspective,

⁴⁴⁵Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, LQ 2018, c 10; Annexe 19-2, AECG, (entités gouvernementales sous-centrales), section 11 ; Yves LEJEUNE, « Le régime d'application provisoire de l'AECG entre le Canada et l'Union européenne », préc., note 441.

⁴⁴⁶Jorge Luis Collantes GONZALEZ, préc., note 30, p. 289 et 290 ; CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41. Voir aussi : Article 1.25.1, *Guide d'approvisionnement SPAC*.

⁴⁴⁷Chapitre 19 de l'AECG : « 6. Il est entendu qu'une partie, y compris ses entités contractantes, peut établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement, à condition de le faire d'une manière conforme au présent article » (...). 9. « les critères d'évaluation énoncés dans l'avis de marché envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres peuvent 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 ». (Nous soulignons).

⁴⁴⁸Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, LQ 2018, c 10; *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 699 (CSC), [1999] 2 RCS 817, par. 69.

⁴⁴⁹Art. 2 LCOP précise : 2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir:

[...]

Pour l'application de la présente loi, on entend par « accord intergouvernemental » un accord de libéralisation des marchés publics conclu entre le Québec et un autre gouvernement ou auquel le Québec, en application de la Loi sur le ministère des Relations internationales (chapitre M-25.1.1), s'est déclaré lié. *Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, LQ 2018, c 10.

il convient de préciser que l'application de l'AECG dans les provinces du Québec et de l'Ontario s'effectue avec certaines exceptions.

À cet effet, l'annexe 19-4 du Canada de l'Accord économique et commercial global précise ce qui suit :

« Notes afférentes à l'annexe 19-4 du Canada

1. Dans le cas des provinces de l'Ontario et de Québec, la présente note s'applique à l'achat de véhicules de transport en commun. Un véhicule de transport en commun désigne un tramway, un autobus, un trolleybus, un wagon de métro, une voiture ferroviaire ou une locomotive destinée à un réseau de métro ou de chemin de fer utilisé pour le transport public.

1. Lorsqu'elles achètent des véhicules de transport en commun, les entités contractantes des provinces de l'Ontario et de Québec peuvent, conformément aux dispositions du présent chapitre, exiger que le soumissionnaire retenu confie jusqu'à 25 p. 100 de la valeur du marché en sous-traitance au Canada.
2. Si le gouvernement du Canada, de la province de l'Ontario ou de la province de Québec décide d'abaisser le pourcentage susmentionné de la valeur du marché conformément à un accord international ou à une politique, à une loi ou à un règlement interne, le nouveau pourcentage remplacera le pourcentage de 25 p. 100 susmentionné de façon permanente pour l'application du présent chapitre à l'égard de cette province et de la catégorie de véhicules de transport en commun à laquelle il sera applicable. Pour l'application de la présente note, les provinces de l'Ontario et de Québec doivent accorder aux soumissionnaires de l'Union européenne un traitement non moins favorable que celui accordé aux soumissionnaires du Canada ou d'autres pays tiers.
3. Le terme « valeur » désigne les coûts admissibles lors de l'achat de véhicules de transport en commun relativement aux matières premières, aux composants et aux sous-composants produits au Canada, y compris la main-d'œuvre ou les autres services connexes comme le service après-vente et les services d'entretien, tels qu'ils sont déterminés dans l'appel d'offres. Il comprend également tous les coûts liés à l'assemblage final du véhicule de transport en commun au Canada. Il incombera au soumissionnaire de déterminer quelle partie de l'exigence relative à la valeur du marché sera remplie en recourant à la valeur acquise au Canada. Toutefois, la province de Québec peut exiger que l'assemblage final ait lieu au Canada.

4. Assemblage final :

1. L'assemblage final d'un autobus comprend les activités suivantes :

1. Installation et interconnexion du moteur, de la transmission, des essieux, y compris le système de freinage;
2. Installation et interconnexion des systèmes de chauffage et de climatisation;
3. Installation des systèmes pneumatiques, électriques et des systèmes des portes;
4. Installation des sièges de passagers et des mains courantes;
5. Installation de l'indicateur de destination;
6. Installation de la rampe d'accès pour fauteuils roulants;
7. Inspection finale, essais routiers et préparation pour la livraison.

2. L'assemblage final d'un train comprend les activités suivantes :

1. Installation et connexion du système de ventilation, de chauffage et de climatisation;
2. Installation et connexion du châssis des bogies, de la suspension, des essieux et du différentiel;
3. Installation et connexion des moteurs de propulsion, du contrôle de la propulsion et de l'alimentation auxiliaire;
4. Installation et connexion du contrôle de freinage, de l'équipement de freinage et des compresseurs de frein à air;
5. Installation et connexion du système de communication, du système d'information embarqué et du système de télésurveillance;

6. Inspection et vérification de tous les travaux d'installation et d'interconnexion et tests au point fixe pour vérifier toutes les fonctions. »⁴⁵⁰

C'est en vertu de cette disposition que la Ville de Québec impose aux fournisseurs de confier 25 % de la valeur du marché à des sous-traitants canadiens⁴⁵¹. Cette obligation est d'ailleurs énoncée à l'article 5 de la *Loi relative au réseau structurant de transport en commun de la Ville de Québec*, qui dispose ce qui suit :

« Dans le cadre de la réalisation du Réseau et malgré toute disposition inconciliable, la Ville de Québec doit imposer dans tout contrat visant l'acquisition de véhicules de transport en commun une obligation pour le fournisseur d'exécuter le contrat en confiant 25 % de la valeur du marché en sous-traitance au Canada. Elle peut également prévoir une obligation pour le fournisseur de réaliser l'assemblage final au Canada.

Aux fins du présent article, les expressions « véhicule de transport en commun », « valeur du marché en sous-traitance au Canada » et « assemblage final » ont le sens que leur donne l'annexe 19-4 de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, tel qu'il se lit le 19 juin 2019. »⁴⁵² (Nous soulignons)

À la lecture de cette disposition, on remarque que la ville de Québec impose deux obligations à ces futurs fournisseurs : l'obligation de confier 25 % de la valeur du marché à un sous-traitant canadien et la possibilité de prévoir dans la mesure du possible une obligation permettant de réaliser l'assemblage final au Canada du véhicule de transport en commun faisant l'objet du marché public au Canada⁴⁵³. Si les deux exceptions sont valables pour le Québec, seule la première s'applique en Ontario⁴⁵⁴. Il faut cependant rappeler que ces exceptions ne doivent pas constituer un motif de discrimination déguisée des produits non canadiens au point d'altérer la concurrence, qui constitue l'un des piliers majeurs des marchés publics tant au niveau interne qu'au niveau international.

⁴⁵⁰Notes afférentes à l'annexe 19-4 du Canada de l'accord économique et commercial global – annexe 19; *Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, LQ 2018, c 10.

⁴⁵¹GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois : l'état donne l'exemple*, 2022, p.73, en ligne : <https://www.quebec.ca/gouvernement/politiques-orientations/priorite-achat-quebécois> ; voir aussi, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Priorité à l'achat québécois : l'état donne l'exemple retombées économiques en 2025-2026*, en ligne : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/secretariat-du-conseil-du-tresor/publications-adm/ssmp/marches-publics/retombees-economiques-achat-quebécois-2025-2026.pdf>

⁴⁵²Art. 5 de *Loi concernant le réseau structurant de transport en commun* de la ville du Québec, chapitre R-25.03

⁴⁵³*Id.*

⁴⁵⁴CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41, p. 143.

Ainsi, les marchés publics passés dans le respect de ces obligations auront une incidence non négligeable tant au niveau de la protection des entreprises québécoises qu'au niveau du développement économique, plus précisément à travers la création d'emploi et d'entreprise au Canada.

Dès lors, il importe de préciser qu'il existe plusieurs autres exceptions aux accords de commerce conclus par les ministères fédéraux : le ministère de la Défense nationale, la Garde côtière canadienne, Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC), et Innovation, Sciences et Développement économique Canada visés par la Stratégie d'approvisionnement en matière de défense⁴⁵⁵. Il en est de même pour les marchés publics dont le seuil est inférieur au montant nécessitant le recours à l'appel d'offres public, et les marchés publics s'inscrivant dans un objectif légitime, c'est-à-dire les marchés publics touchant à la protection de l'ordre public, à la sécurité publique, à la protection de la vie et de la santé⁴⁵⁶.

Dans l'ensemble, il faut préciser que l'AECG prend en compte les considérations environnementales dans les marchés publics. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au chapitre 19 de l'AECG, qui constitue le fondement juridique pertinent en la matière, et plus précisément aux articles 19.3 et 19.9, libellés comme suit :

Article 19.3 Exceptions concernant la sécurité et exceptions générales 1.

« 2. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent chapitre n'est interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures: a) nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; c) nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle; ou d) se rapportant à des marchandises fabriquées ou à des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus »⁴⁵⁷.

Article 19.9 Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres

⁴⁵⁵*Id.*, p.152; *Stratégie d'approvisionnement en matière de défense*, en ligne : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/amd-dp/samd-dps/index-fra.html> ; voir aussi AECG, Annexe 19-4 et 5.

⁴⁵⁶*Id.* Art. 13 LCOP; Art. 937 CM ; Art. 573.2 LCV; Myriam ASSELIN, préc., note 24, 143-195; Laurie DESJARDINS, Alisson FORREST, Caroline LAFOND-CHRÉTIEN, Kim RIVARD, Maude ROYER, préc., note 24, 1-89; voir aussi : Annexe 502.4 (marchés publics – dispositions applicables aux municipalités, aux organismes municipaux, aux conseils et commissions scolaires, ainsi qu'aux entités d'enseignement supérieur, de services de santé ou de services sociaux financés par l'état), en ligne : https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/pdf/faire_affaire_avec_etat/textes_accords/protocole3_01.pdf ; voir aussi : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/r-aceum-13.pdf>

⁴⁵⁷Art. 19.3 AECG.

« 6. Il est entendu qu'une Partie, y compris ses entités contractantes, peut établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement, à condition de le faire d'une manière conforme au présent article »⁴⁵⁸.
(...)

« 9. Les critères d'évaluation énoncés dans l'avis de marché envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres peuvent 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 »⁴⁵⁹.

(Nous soulignons)

En faisant une lecture croisée de ces articles de l'AECG, il apparaît clairement que les États membres ne sont pas privés d'adopter des mesures visant à inclure les considérations environnementales dans leurs marchés publics. Dans cette optique, l'utilisation du mot « pouvoir » et la formulation de ces articles démontrent clairement que l'inclusion des considérations environnementales n'est pas une obligation, mais demeure une faculté conciliable avec le but principal du traité, qui, rappelons-le, vise d'abord les échanges économiques et le commerce global⁴⁶⁰. Il en va de même pour l'emploi du verbe « encourager », utilisé au point 6 de l'article 19.9 de cet accord, qui se distingue nettement du verbe « obliger », lequel implique l'idée d'une contrainte juridique⁴⁶¹. En revanche, les verbes « encourager » et « pouvoir » s'inscrivent pleinement dans une logique conciliatrice, qui, par ailleurs, est adressée aux personnes publiques des États membres⁴⁶².

De ce fait, les marchés publics conclus sous l'égide de l'AECG peuvent être utilisés comme instrument juridique en vue de promouvoir la protection de la santé et de la vie des individus et des animaux, ainsi que la préservation des végétaux, sans engendrer de discrimination arbitraire ou de restrictions déguisées. Dans ce cadre, les États membres peuvent établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques visant à encourager non seulement la préservation des ressources naturelles, mais aussi protection de l'environnement⁴⁶³. Cela doit être réalisé soit par le biais de

⁴⁵⁸Art. 19.9 AECG.

⁴⁵⁹*Id.*

⁴⁶⁰Pierre-André COTE et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 5^e éd, Editions Thémis, 2021, p.273 et suiv. ; Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6^{ème} éd, Montréal, Wilson Lafleur, 2023, p. 486 et suiv. ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 15^{ème} éd, Paris, Presses universitaires de France, 2024, p. 791-792 ; Michel FILION, *Dictionnaire du droit québécois*, Levis (Canada), Michel filion, 2022, p. 591 et 215.

⁴⁶¹*Id.*

⁴⁶²*Id.*

⁴⁶³Art. 19.9 de l'AECG.

critères, soit par les clauses environnementales y afférentes, notamment celles visant la préservation des ressources naturelles et la protection de l'environnement⁴⁶⁴.

Partant de ce qui précède, si la prise en compte des considérations environnementales dans le cadre de l'AECG ne relève que d'une simple faculté à l'endroit des personnes publiques des États membres, il est alors indispensable de penser à la réforme de cet accord afin de rendre obligatoire la conciliation de l'objectif initial dudit accord et les considérations environnementales dans le cadre du processus de passation des marchés publics⁴⁶⁵. Sous cet angle, l'inclusion des considérations environnementales devrait impérativement s'effectuer conformément aux règles et principes de concurrence, c'est-à-dire sans discrimination et sans restriction⁴⁶⁶. Autrement dit, les considérations environnementales à prendre en compte dans le processus de passation des marchés publics doivent respecter les principes fondamentaux des marchés publics et être en lien avec l'objet ou avec ses conditions d'exécutions⁴⁶⁷.

Par ailleurs, l'absence de contrainte dans l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics, du fait de l'accord lui-même, peut également entraîner une inégalité dans l'intégration de ces considérations. Ce qui est susceptible de générer des écarts, voire des distorsions de concurrence, entre les États parties. Dans cette logique, certains États pourraient adopter des considérations environnementales très strictes, tandis que d'autres, pour attirer des investissements étrangers ou réduire les coûts des marchés publics, pourraient privilégier une approche plus laxiste dans la prise en compte des considérations environnementales.

De surcroît, il convient de préciser que l'appréciation du contenu des considérations environnementales à prendre en compte est laissée à la discrétion des États membres, qui doivent

⁴⁶⁴Art. 19.9 AECG; Voir aussi : Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? » préc., note 7, p. 2 et suiv; UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.5 et suiv. ; M. EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », préc., note 380.

⁴⁶⁵Art. 19.3 et 19.9 AECG.

⁴⁶⁶Art. 19.3 AECG.

⁴⁶⁷*Id.*; Art. L. 3 CCP et 2 LCOP.

les définir et les adaptées à leurs contextes nationaux et locaux⁴⁶⁸. Ce qui peut être également à la base d'une distorsion dans la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics.

Si, au niveau multilatéral, l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics n'est pas obligatoire, il en va autrement au niveau interne français et québécois.

Section II. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics français et québécois, entre obligation et faculté

Cette section vise à démontrer, d'une part, que l'inclusion des considérations environnementales est obligatoire en droit des marchés publics français, tandis qu'en droit québécois, cette inclusion est facultative pour les municipalités, bien qu'elle soit imposée aux organismes publics soumis à la LCOP⁴⁶⁹. D'autre part, il s'agira de démontrer que l'inclusion de ces considérations permet de concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général, répondant ainsi à un double objectif d'efficience et de durabilité dans la passation des marchés publics.

En effet, bien que les marchés publics aient une nature intrinsèquement économique, l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics illustre de manière évidente la volonté du législateur de répondre globalement aux impératifs du développement durable⁴⁷⁰.

L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics intervient généralement au moment de la définition des besoins, à travers les clauses contractuelles ou les

⁴⁶⁸*Id.*

⁴⁶⁹Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP ; H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.5; voir aussi, F. LICHÈRE, *La loi du 22 août 2021 et la commande publique. Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets?*, 2022 *AJDA*,142; P. VILLENEUVE, *Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public*, 2021 *AJCT*, 579; G. CANTILLON, préc., note 7; En droit québécois : Art.14.6, 7 et 8 LCOP; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 LCMM ; voir aussi : Art. 106.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec* (LCMQ) et Art. 103.2.0.1 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (LSTC) ; Art. 4 LCOP; Pier- Olivier FRADETTE, préc., note 48, 18-20; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUEBEC, *Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale*, préc., note 59.

⁴⁷⁰*Id.*

critères de sélection, lesquels doivent être directement liés à l'objet et aux conditions d'exécution du marché, tout en respectant les principes fondamentaux régissant les marchés publics⁴⁷¹. Il est donc essentiel pour les personnes publiques de définir avec précision leurs besoins afin d'assurer une meilleure prise en compte des enjeux économiques et environnementaux associés à l'intégration de ces considérations.

Pour ce faire, nous analyserons, d'une part, le cadre juridique français (paragraphe I) et, d'autre part, le cadre juridique québécois (paragraphe II).

Paragraphe I. L'affirmation de l'obligation d'inclusion des considérations environnementales en droit français

L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics, en droit français, s'impose aux personnes publiques et fait l'objet d'un contrôle strict de la part du juge administratif⁴⁷². L'intégration de ces considérations correspond aux exigences du cadre normatif⁴⁷³. Cela se traduit généralement par l'inclusion de clauses et/ou de critères relatifs aux considérations environnementales lors du processus de passation des marchés⁴⁷⁴.

Si les personnes publiques doivent inclure les considérations environnementales dans les marchés publics afin de favoriser des solutions respectueuses de l'environnement, cette obligation a été renforcée par la jurisprudence administrative⁴⁷⁵. Celle-ci a reconnu le caractère contraignant des

⁴⁷¹*Id.*

⁴⁷²*Id.*

⁴⁷³Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP ; CE, Avis 4 février 2021, n° 401933 ; CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'azur*, req. n° 351570 ; CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, Aff. C-513/99 ; MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « fiche – la définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019.

⁴⁷⁴Art. L. 2112-2, Art. L2152-7 CCP ; Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 297 et suiv. ; Marie-Cécile HAIZE et Inès FRESKO, préc., note 63.

⁴⁷⁵*Id.* ; CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412 ; CE, 24 juin 2011, *ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement*, autostrade per l'Italia SPA, n° 347720 ; CAA, Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19bx01864, Cinor ; TA, Toulouse, 13 juin 2024, n° 2104358 ; CAA, Nantes, 4e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon.

considérations environnementales et leur soumission à un contrôle potentiel à travers l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁷⁶.

Ainsi, pour appréhender pleinement l'obligation d'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics en droit français, il convient d'adopter une approche structurée en trois temps. Premièrement, nous analyserons l'obligation d'inclusion prévue par le CCP, en soulignant les exigences spécifiques qui en découlent. Cette analyse permettra de saisir les fondements juridiques et les implications de cette obligation (A). Deuxièmement, nous analyserons les mécanismes de contrôle pouvant être mis en œuvre pour garantir le respect effectif de cette obligation, en mettant particulièrement l'accent sur le recours au juge administratif comme acteur de vérification du respect de cette obligation (B). Enfin, bien que les textes secondaires existant en la matière n'imposent pas formellement l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics, ils permettent néanmoins aux personnes publiques de mieux affiner leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services, et ce, en intégrant des considérations environnementales spécifiques (C).

A. L'inclusion des considérations environnementales, une obligation affirmée et contrôlée

Si l'intégration des considérations environnementales en droit interne français est obligatoire, il est essentiel de souligner que cette obligation est susceptible de faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif lors de la définition des besoins⁴⁷⁷.

Pour ce faire, il sera question ici d'analyser, d'une part, les fondements juridiques régissant cette obligation (1), et d'autre part, les modalités de contrôle susceptibles d'être mises en œuvre pour en garantir son application effective (2).

⁴⁷⁶*Id.*

⁴⁷⁷*Id.*; Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP.

1. Une obligation en adéquation avec les politiques publiques

Il s'agira ici de démontrer, d'une part, que l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics constitue une obligation (a), et que cette obligation doit être en adéquation avec les plans et schémas des personnes publiques en matière d'achat durable (b). D'autre part, nous démontrerons comment la loi EGALIM et la loi AGECE poursuivent des objectifs similaires dans le cadre des marchés publics (c).

a. Une obligation consacrée par le *Code de la commande publique*

Le *Code de la commande publique* (CCP) établit le cadre juridique fondamental de l'intégration des considérations environnementales et économiques dans les marchés publics de toutes les personnes publiques, sans distinction. Il impose une obligation précise concernant l'inclusion de ces considérations environnementales dès la définition des besoins, assurant ainsi une prise en compte concomitante tout au long du processus de passation des marchés publics.

En effet, concernant la définition des besoins, les articles L. 2111-1 et L. 2111-2 du *Code de la commande publique* (CCP) précisent ce qui suit :

Article L. 2111-1 du CCP : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »⁴⁷⁸. (Nos soulignements)

Article L. 2111-2 du CCP : « Les travaux, fournitures ou services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence à des spécifications techniques. Ces spécifications techniques prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »⁴⁷⁹. (Ce paragraphe entrera en vigueur le 22 août 2026).
(Nous soulignons)

À l'examen de ces articles, il apparaît de manière évidente que, lors de la définition des besoins dans le cadre des marchés publics, le développement durable doit être considéré comme un objectif de première importance à atteindre⁴⁸⁰. Autrement dit, les marchés publics, en tant que mécanisme

⁴⁷⁸ Art. L. 2111 CCP.

⁴⁷⁹ Art. L. 2111-1 CCP.

⁴⁸⁰ Art. 2 LCOP ; Art. L 3-1 CCP ; voir aussi : Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », préc., note 51, p. 32 ; voir aussi, P. COSSALTER, préc., note 7.

fondamental de l'action publique, doivent être orientés vers la réalisation d'objectifs pluriels, intégrant des dimensions environnementales, économiques et sociales⁴⁸¹.

En tant qu'instrument juridique, les marchés publics doivent être définis pour refléter et intégrer obligatoirement les objectifs du développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale⁴⁸². Il est évident que l'inclusion de ces objectifs nécessite une approche cohérente et holistique des achats publics afin d'éviter les contradictions entre ces différents objectifs.

À ce propos, il convient de souligner que l'adoption de la loi *Climat et Résilience* a érigé l'intégration des considérations environnementales en une obligation de résultat⁴⁸³. Selon le Conseil d'État, la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics ne crée pas de hiérarchie entre les différentes considérations, à savoir les considérations économiques et sociales, et ne confère aucune suprématie aux aspects environnementaux par rapport aux autres⁴⁸⁴. Suivant cette logique, l'article L.2111-2 du CCP impose simplement que les considérations environnementales soient intégrées dans la rédaction des clauses du marché, sans pour autant empêcher l'inclusion d'autres considérations d'importance, à l'instar des considérations sociales ou économiques⁴⁸⁵. Cette approche est conforme aux exigences du *Code de la commande publique*, dans la mesure où il permet à l'acheteur public d'équilibrer l'ensemble des considérations tout en favorisant une intégration équilibrée et cohérente des considérations environnementales dans les procédures de passation des marchés publics.

⁴⁸¹*Id.*

⁴⁸²Art. L. 2111 CCP.

⁴⁸³Art. 35 de la *Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*.

⁴⁸⁴CE, Avis 4 février 2021, n° 401933.

⁴⁸⁵*Id.*

Ainsi, afin de permettre aux personnes publiques de répondre favorablement à cette obligation, les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) prévoient des clauses types à cet effet⁴⁸⁶. Ces clauses, ayant une valeur réglementaire, couvrent divers types de marchés publics, tels que les marchés de fournitures, en précisant des aspects tels que la qualité des emballages, les modalités de livraison et la gestion des déchets⁴⁸⁷.

S'agissant des emballages, par exemple, les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) imposent au titulaire du marché l'obligation d'utiliser des emballages réutilisables, fabriqués à partir de matériaux recyclés, recyclables ou réemployés, sauf en ce qui concerne les marchés soumis au secteur des règles sanitaires et d'hygiène, à l'instar du transport de denrées alimentaires, car les emballages sont des éléments importants dans la lutte pour la protection de l'environnement⁴⁸⁸.

Comme les emballages, les modalités de livraisons des produits ont également une incidence significative sur l'environnement, notamment sur les émissions de gaz à effet de serre⁴⁸⁹. À cet égard, les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), à l'exclusion des CCAG relatifs aux missions d'ordre d'études (MOE) et aux travaux, intègrent une disposition concernant la réduction de l'impact environnemental des conditions de livraison⁴⁹⁰. Dans cette logique, il est envisageable d'inclure des clauses visant par exemple à limiter la circulation des véhicules durant les heures de pointe⁴⁹¹. Dans la même direction, il est recommandé de privilégier le transport groupé

⁴⁸⁶Clauses relatives aux emballages, voir : Art. 20.2 CCAG FCS ; Art. 29.2 CCAG MI ; Art. 20.2 CCAG PI ; Art. 20.2 CCAG TIC ; Clauses relatives aux livraisons, voir : Art. 21 CCAG FCS ; Art. 30 CCAG MI ; Art. 21 CCAG PI ; Art. 21 CCAG TIC ; Clauses relatives à la gestion des déchets, voir : Art. 20.4 CCAG FCS ; Art. 29.4 CCAG MI ; Art. 20.4 CCAG PI ; Art. 20.4 CCAG TIC ; Art. 36 CCAG TRAVAUX.

⁴⁸⁷*Id.*

⁴⁸⁸MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, les clauses environnementales, préc., note 63 ; CE, 23 nov. 2011, n° 351570, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, Juris-Data n° 2011-026009.

⁴⁸⁹*Id.*

⁴⁹⁰*Id.*

⁴⁹¹Arrêté du 5 mai 2011 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique ; DAI, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, préc., note 359 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59 ; Clauses relatives aux emballages, voir : Art. 20.2 CCAG FCS ; Art. 29.2 CCAG MI ; Art. 20.2 CCAG PI ; Art. 20.2 CCAG TIC ; Clauses relatives aux livraisons, voir : Art. 21 CCAG FCS ; Art. 30 CCAG MI ; Art. 21 CCAG PI ; Art. 21 CCAG TIC ; Clauses relatives à la gestion des déchets, voir : Art. 20.4 CCAG FCS ; Art. 29.4 CCAG MI ; Art. 20.4 CCAG PI ; Art. 20.4 CCAG TIC ; Art. 36 CCAG TRAVAUX ; MINISTERE DE

et d'exiger l'utilisation de véhicules à faibles émissions de CO₂ afin de diminuer l'empreinte écologique des opérations de livraison⁴⁹². Cette approche permet non seulement de respecter les exigences environnementales, mais aussi de contribuer à la protection des fonds publics⁴⁹³.

Concernant la gestion des déchets, il importe de noter que le nouveau CCAG-Travaux a introduit « l'obligation pour le titulaire de communiquer un schéma d'organisation et de gestion des déchets au maître d'ouvrage pendant la période de préparation, ou à défaut, dans un délai de 2 mois suivant la notification du marché (article 36.2) »⁴⁹⁴. Cependant, « Si le titulaire ne produit pas ces documents, il s'expose, après mise en demeure restée infructueuse, à une pénalité dont le montant est fixé par les documents particuliers du marché (article 36.2.3) »⁴⁹⁵.

De ce qui précède, il faut préciser que le nouveau cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux travaux a mis en place un dispositif de contrôle effectif pour garantir le respect des obligations environnementales imposées par le CCP⁴⁹⁶. Conformément aux exigences de transparence et de responsabilité, le non-respect de ces obligations est désormais soumis à des sanctions⁴⁹⁷. Il faut préciser qu'avant de prendre les sanctions, il faut procéder à une mise en demeure, afin de permettre au titulaire du marché de remédier aux manquements identifiés avant l'application des sanctions⁴⁹⁸. Dans ce cadre, les personnes publiques elles-mêmes sont habilitées à fixer les pénalités à travers les CCAP⁴⁹⁹. Outre les pénalités, il est possible d'insérer les clauses incitatives et des primes au profit des entreprises qui respectent ou qui feront mieux en termes de

L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, les clauses environnementales, préc., note 63.

⁴⁹²*Id.*

⁴⁹³*Id.*

⁴⁹⁴ MINISTÈRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, les clauses environnementales, préc., note 63 ; CE, 23 nov. 2011, n° 351570, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, Juris-Data n° 2011-026009.

⁴⁹⁵*Id.*

⁴⁹⁶ Art. 20.2.1 CCAG-travaux; voir aussi : Marie-Cécile HAIZE et Inès FRESKO, préc., note 63.

⁴⁹⁷*Id.*

⁴⁹⁸*Id.*

⁴⁹⁹*Id.*

respect de l'environnement⁵⁰⁰. Ce qui peut entraîner une forme de collaboration entre les principaux acteurs des marchés publics⁵⁰¹. Il faudrait également noter que l'exécution des marchés avec des technologies performantes en matière environnementale s'inscrit également dans cette logique, c'est-à-dire des contrats collaboratifs⁵⁰².

Si la prise en compte des considérations environnementales est obligatoire, il faut noter qu'elle doit se concilier les objectifs de protection et de promotion de l'environnement, de développement économique et de progrès social⁵⁰³. Cette idée de concilier les enjeux environnementaux et économiques en droit des marchés publics français a été abordée par le Conseil d'État dans l'affaire *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur contre Société Oredui* en 2011. Dans cette affaire, il a été précisé ce qui suit :

« le pouvoir adjudicateur **doit**, en application des dispositions précitées de l'article 5 du code des marchés publics, **concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social**; que si les dispositions du I de l'article 53 lui permettent de se fonder notamment, pour attribuer le marché, sur les performances en matière de protection de l'environnement, **elles lui imposent seulement de retenir les critères permettant d'attribuer l'offre économiquement la plus avantageuse** »⁵⁰⁴. (Nos soulignements)

À la lecture de cette décision, on peut souligner que les enjeux environnementaux, économiques et sociaux dans le cadre d'un marché public doivent impérativement se concilier. Cette conciliation doit nécessairement se faire à travers l'inclusion des critères ou des clauses s'inscrivant dans cette logique. En effet, l'utilisation du mot « concilier » par le Conseil d'État n'est pas anodine, elle démontre que les considérations environnementales, économiques et sociales ne peuvent être efficacement prises en compte qu'à travers une démarche de conciliation, compte tenu de la dimension essentiellement économique des marchés publics.

⁵⁰⁰ *Id.*; Art. 19.4 CCAG-travaux.

⁵⁰¹ Lire en ce sens, Gabriel JOBIDON, préc., note 30. (Cette collaboration peut se faire dans le cadre du building information modeling (BIM). Cela peut se traduire en français par modélisation des informations du bâtiment).

⁵⁰² *Id.* ; voir aussi : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

⁵⁰³ Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP.

⁵⁰⁴ CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice Côte-d'Azur*, n°351570; Article 5 abrogé par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 disposait ce qui suit : « i. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins (...) ».

Conformément à l'article L. 2111-1 du *Code de la commande publique* (CCP), qui a remplacé l'article 5 du *Code des marchés publics*, désormais abrogé, les acheteurs publics sont obligés de définir leur besoin de manière précise avant toute procédure de passation de marché⁵⁰⁵. L'article L. 2111-1 du CCP a repris et étendu les principes précédemment énoncés à l'article 5 du *Code des marchés publics* en y précisant explicitement que la prise en compte des objectifs de développement durable doit se faire dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale⁵⁰⁶.

En outre, la prise en compte des dimensions économique, sociale et environnementale lors de la définition des besoins permet sans doute de s'assurer que les marchés publics contribuent à l'atteinte des objectifs plus larges que ceux de la recherche de l'efficacité économique, notamment en intégrant les considérations environnementales.

La conciliation des considérations environnementales et économiques dans les marchés publics ne se limite pas seulement à une exigence normative, mais répond également à des enjeux sociaux contemporains, tels que la création d'emplois et la réduction des inégalités⁵⁰⁷. De cette manière, il convient de souligner que l'intégration des considérations environnementales contribue à la préservation des ressources naturelles et à la protection de l'environnement, tandis que les considérations économiques visent non seulement à protéger les fonds publics, mais aussi à assurer leur meilleure utilisation⁵⁰⁸.

Il apparaît évident que la prise en compte des considérations environnementales lors de la définition des besoins dans les marchés publics est de nature à faciliter l'atteindre les objectifs du développement durable, et ceux-ci doivent nécessairement être en adéquation avec les principes

⁵⁰⁵ *Id.*

⁵⁰⁶ *Id.*

⁵⁰⁷ Art. 35 de la *Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets* ; H. HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11 ; Anne Maria SMOLINSKA, préc., note 51, p. 32 ; Avis sur l'économie circulaire à Montréal : une transition vers un futur durable, préc., note 51, p.18 et suiv. ; voir aussi : L-N HARADA, préc., note 51, 6 ; s. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, préc., note 51.

⁵⁰⁸ *Id.*

fondamentaux du CCP fixés à l'article L.3 et l'objet du marché ou avec ses conditions d'exécutions⁵⁰⁹. En d'autres termes, le législateur met sur un pied d'égalité l'article L.3 et L. 3-1 du CCP, cela signifie que les objectifs du développement durable dans un marché public doivent se faire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, et cela non seulement en vue d'une meilleure efficacité économique des marchés publics, mais aussi pour une meilleure protection de l'environnement.

Pour conforter ce point vue, Hubert Delzangles avance ce qui suit :

« La place de cet article [article L. 3-1] au sein du titre préliminaire du *Code de la commande publique* n'est pas anodine. Il se situe juste après l'article 3 énonçant les « grands principes de la commande publique », que sont le principe d'égalité de traitement des candidats et les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures. Une conciliation permanente et subtile devra donc être opérée entre le souci d'insérer des considérations environnementales dans les contrats et la garantie d'une absence de discrimination. »⁵¹⁰

Dans cette perspective, la définition des besoins dans un marché public devient une occasion pour les municipalités de pouvoir prendre en compte les considérations environnementales lors de la passation des marchés publics. Concrètement, les municipalités doivent allier la recherche des bénéfices économiques et la protection de l'environnement pouvant résulter d'un achat public, aussi bien sur le moyen que sur le long terme⁵¹¹.

Par exemple, pour les marchés publics portant sur l'achat d'appareils électroménagers, il existe des clauses standards auxquelles l'administration publique peut se référer afin de privilégier la facilité de réparation des appareils et interdire l'obsolescence programmée des produits⁵¹².

Dans ce cas, si par exemple, la municipalité constate que la réparabilité des appareils est difficile, voire impossible, elle peut lancer un nouveau marché public de réparation et d'achat d'équipements

⁵⁰⁹CE, 20 décembre 2019, *Société Lavalin*, n° 428290; CE, 29 juillet 1994, n° 131562, *Commune de Ventenac-en-Minervois*; CE, 25 mai 2018, *Nantes métropole*, n°417580; CE, 14 janvier 1998, req. n° 168688.

⁵¹⁰H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 5 ; F. LICHÈRE, *La loi du 22 août 2021 et la commande publique. Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets?*, préc., not 469, 142; P. VILLENEUVE, *Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public*, préc., note 469, 579; G. CANTILLON, préc., note 7.

⁵¹¹DAJ, *Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation*, préc., note 359.

⁵¹²FICHE PRATIQUE, *Commande publique responsable : s'appropriier les enjeux et déployer la démarche*, Janvier 2024, p. 28.

reconditionnés⁵¹³. En s'inscrivant dans cette logique, l'administration publique ne se contente pas seulement de se conformer aux exigences légales en la matière, mais aussi elle contribue à la réduction des déchets et à la promotion de la durabilité conformément à la *loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* (loi AGEC)⁵¹⁴. À ce sujet, il importe de souligner que la ville de Paris avait mis en place un groupe de travail en ce sens, afin d'étudier la possibilité d'expansion des garanties commerciales, et ce, en tenant compte de la nature des biens⁵¹⁵.

Ainsi, un marché public rédigé dans ce contexte s'inscrit dans la logique de l'article L. 3 et L. 3-1 du CCP, car il participe à l'atteinte des objectifs du développement durable. Dans ce cas précis, la recherche de biens qui seront facilement réparables s'inscrit dans la logique de l'économie circulaire. Ceci permet également à la municipalité à la fois de réaliser des économies et de protéger l'environnement, et plus largement de créer les emplois et de promouvoir les petites et moyennes entreprises (PME), surtout si le marché fait l'objet d'un allotissement⁵¹⁶.

À la lumière de ce qui précède, les considérations environnementales à inclure dans les marchés publics doivent être en adéquation avec les politiques publiques mise en place en matière d'achat durable.

b. Une obligation en adéquation avec le plan et le schéma des personnes publiques

La personne publique souhaitant intégrer les considérations environnementales dans ses marchés publics peut suivre les recommandations du *plan national d'action pour des achats durables*

⁵¹³*Id.* ; cette démarche est encouragée par la *Loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* (loi AGEC), Art. 51 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59 ; L. LEBON, préc., note 37, p. 618 ; UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.5 et suiv. ; M. EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », préc., note 380.

⁵¹⁴*Id.*

⁵¹⁵*Id.*, voir aussi : le SPAPSER de la ville de Paris.

⁵¹⁶DAJ, *Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation*, préc., note 359 ; Voir aussi : CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, préc., note 371, p.76 ; voir aussi : le SPAPSER de la ville de Paris et le PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025.

(PNAD). Bien que ce plan n'ait pas encore de force contraignante, il promet néanmoins l'adoption d'un schéma structuré pour les personnes publiques réalisant des achats d'un certain montant.

Concrètement, le *plan national d'action pour des achats durables* (PNAD) est un instrument juridique à caractère incitatif, sans force contraignante (i). Contrairement au PNAD qui n'a pas été intégré dans le CCP, le *schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables* (SPAPSER) a été, quant à lui, intégré au CCP à travers l'article L. 2111-3 (ii).

i. Le plan national d'achat durable, un instrument dépourvu de force contraignante

Le *plan national pour des achats durables* (PNAD) est une feuille de route nationale qui vise à promouvoir des pratiques d'achats responsables et durables au sein de la commande publique⁵¹⁷. Il a pour objectif d'intégrer des considérations environnementales et sociales dans les processus d'achat public, afin de favoriser le développement durable⁵¹⁸. Il se décline en plusieurs axes et actions, impliquant divers acteurs, tels que les élus, les décideurs, et les opérateurs économiques, pour sensibiliser et accompagner la mise en œuvre de ces pratiques⁵¹⁹. Il est également conçu pour évoluer et s'adapter aux enjeux croissants liés au développement durable, tout en permettant un suivi et une évaluation réguliers de sa mise en œuvre⁵²⁰.

Bien qu'ambitieux dans ses objectifs, le PNAD est dépourvu de force contraignante pour imposer des comportements spécifiques aux acheteurs publics. Dans ce cadre, le PNAD se présente comme un ensemble de directives à caractère incitatif, guidant les acheteurs publics vers des pratiques plus durables sans toutefois les y obliger.

⁵¹⁷PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025, en ligne :

[https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/pnad-pageapage-screen\(3\).pdf&ved=2ahukewi2g6hfzmohaxvdkikehddwar8qfnoecbmqaq&usq=aovvaw21gl_sgyf2m1luhq1pdhwh](https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/pnad-pageapage-screen(3).pdf&ved=2ahukewi2g6hfzmohaxvdkikehddwar8qfnoecbmqaq&usq=aovvaw21gl_sgyf2m1luhq1pdhwh)

page 5.

⁵¹⁸*Id.* p.19.

⁵¹⁹*Id.*

⁵²⁰*Id.*

De manière générale, le *Plan national pour des achats durables* (PNAD) 2022-2025 vise à promouvoir les achats publics responsables à travers la prise en compte des considérations environnementales et sociales dans les marchés publics. Ce plan s'inscrit dans la logique de la *loi Climat et Résilience* et de *l'Agenda 2030* et des objectifs onusiens de développement durable (ODD), plus précisément l'objectif 12.⁵²¹

Concrètement, le PNAD vise principalement deux objectifs majeurs: inclure 30% des considérations environnementales dans les contrats de la commande publique et 100% des considérations environnementales d'ici 2025⁵²². Ce plan d'action est piloté par le Commissariat général au développement durable et s'adresse à l'ensemble des acheteurs publics régis par le CCP⁵²³. Il faut noter que, le plan se décline en 2 axes comprenant au total 22 actions⁵²⁴. Sur le plan environnemental, l'objectif du PNAD est d'atteindre d'ici 2025 le pourcentage de 100 % des contrats ayant inclus au moins une considération environnementale⁵²⁵.

Selon le PNAD, la dimension environnementale doit être entendue dans un sens large, notamment:

« la réduction des prélèvements des ressources, la composition des produits et notamment leur caractère écologique/polluant/toxique, le caractère réutilisable/recyclé/reconditionné/recyclable des produits, les économies d'énergie, la prévention de la production des déchets et la valorisation des déchets, les pratiques environnementales appliquées aux modalités d'exécution des prestations et notamment les politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre, les performances en matière de protection de l'environnement et de la biodiversité, la lutte contre la déforestation, les pollutions, le gaspillage alimentaire et énergétique, le développement des énergies renouvelables, etc. en lien avec la prestation commandée »⁵²⁶.

Concernant la définition des besoins, le PNAD précise que la personne publique doit inclure les considérations environnementales dans leurs marchés publics⁵²⁷. Cette prise en compte peut se réaliser à travers les leviers juridiques suivants : « les clauses administratives et techniques (objet,

⁵²¹*Id.*, p. 5.

⁵²²PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025.

⁵²³*Id.*

⁵²⁴*Id.*

⁵²⁵*Id.*, p.8; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2 et suiv.

⁵²⁶*Id.*

⁵²⁷*Id.*

conditions d'exécution, spécifications techniques) présentant une dimension environnementale, l'insertion d'un critère d'attribution environnemental et la mise en œuvre des variantes environnementales, afin de stimuler les innovations en la matière »⁵²⁸. De ce point de vue, le PNAD a une implication profonde dans la rédaction des cahiers de charges des acheteurs publics, plus précisément des CCAG. Il recommande aux acheteurs publics d'insérer les considérations environnementales à tous les stades de la procédure de la passation des marchés publics, sans toutefois mettre en place des sanctions à l'encontre des acheteurs qui refusent de les insérer dans leurs marchés publics.

Il faut noter que cette recommandation cadre avec les prescrits du nouveau CCP, dans la mesure où il oblige aux acheteurs d'insérer les clauses environnementales dès la définition des besoins à travers les documents de consultation⁵²⁹.

De ce qui précède, il est clair que le PNAD accorde une grande priorité à l'insertion des clauses environnementales dans les marchés publics. Les opérateurs économiques doivent se conformer aux exigences des appels d'offres afin d'être sélectionnés lors de la passation des marchés publics.

Dans cette logique, il a été d'ailleurs suggéré aux acheteurs publics de pouvoir laisser aux opérateurs économiques le soin de pouvoir prendre certaines initiatives en ce qui concerne les innovations, notamment à travers les variantes. Force est de constater que l'insertion de ces dernières dans les documents de consultation relève généralement de l'initiative de l'acheteur public et dépend de la spécificité du marché⁵³⁰. Toutefois, il est important d'affirmer que l'insertion des variantes dans les marchés publics participe à une meilleure politique d'achats publics, par l'impact sensible auprès des opérateurs économiques. Ces derniers devront dès lors s'adapter à la

⁵²⁸*Id.*, p. 9 ; voir aussi : CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, préc., note 329.

⁵²⁹Art. L.3-1 CCP, Art. L. 2111 CCP, Art. L. 2111-1 CCP, Art. L. 2111-3 CCP, Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 CCP, Art. L. 2152-7 et L. 3124-5 CCP, Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 CCP, *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire* ; *Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets* ; les SPASER ; *Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte*.

⁵³⁰S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, préc., note 200, p. 335 et suiv. ; CAA, Lyon, 23 mai 2002, n° 96LY01979, *Dpt Haute-Savoie c. Préfet Haute-Savoie*, 2003 JCP, 1107, note F. LINDITCH.

politique environnementale, et ce, en répondant conformément au cahier de charge proposé par les personnes publiques.

Si l'opérateur économique respecte les considérations environnementales insérées dans les documents de consultation, il devient le partenaire fiable des pouvoirs publics dans la protection et la promotion de l'environnement. Sous cet angle, les usagers seront aussi les bons partenaires des pouvoirs publics lorsqu'ils utiliseront à bon escient les biens ayant fait l'objet du marché public.

Bien que les objectifs du PNAD soient suivis par l'Observatoire économique de la commande publique, il faudra souligner que ces objectifs ne pourront être atteints que si les administrations publiques les insèrent de manière obligatoire dans leurs marchés publics. Dans ce cadre, la non-insertion desdites clauses devait être assortie des sanctions positives ou négatives à l'encontre des acheteurs publics.

En somme, l'absence de caractère contraignant du PNAD peut être perçue comme une faiblesse notable dans le cadre des marchés publics. En effet, sans obligation légale, la mise en œuvre des pratiques durables repose essentiellement sur la bonne volonté des entités publiques, ce qui peut entraîner une application inégale et limitée des principes du développement durable dans les achats publics.

Pour pallier cette insuffisance, il serait pertinent de penser à un changement de paradigme, afin d'incorporer le PNAD dans le CCP. Une telle intégration renforcerait la cohérence des politiques publiques en matière d'achat durable et garantirait une application uniforme des pratiques d'achats durables par l'ensemble des acheteurs publics. Dans cet ordre d'idées, une réforme législative est envisageable, celle-ci pourrait être accompagnée de mesures incitatives complémentaires, telles que l'organisation des formations spécifiques pour les acheteurs publics et l'intégration des mécanismes de suivi et d'évaluation des pratiques d'achats durables.

Somme toute, le *Plan national d'achat durable* (PNAD) encourage l'adoption et le déploiement des SPASER dans le but de parvenir à une commande publique plus durable et protectrice de l'environnement⁵³¹.

ii. La mise en œuvre d'achat schématisé respectueux de l'environnement

Contrairement au PNAD qui n'a pas été intégré dans le CCP, le SPASER a, quant à lui, été intégré dans le CCP en vertu des articles L. 2111-3 et D. 2111-3⁵³². Ainsi, conformément à l'article L. 2111-3 du CCP, les acheteurs publics sont tenus d'adopter le schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER) lorsqu'il dépasse un certain montant requis pour leurs achats⁵³³.

Dans l'ensemble, le SPASER vise à promouvoir des achats durables et responsables à travers la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics, l'ouverture des marchés publics aux PME et à l'innovation en matière environnementale⁵³⁴. En s'inscrivant dans cette logique, le SPASER s'aligne sur les engagements nationaux et internationaux en faveur du développement durable et de la lutte contre le réchauffement climatique⁵³⁵.

Par conséquent, lorsque les personnes publiques atteignent un certain seuil dans leurs achats publics, elles sont tenues d'adopter un *schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables* (SPASER). Dès lors, il convient de souligner que la diversité des SPASER peut poser des défis considérables en termes de cohérence, d'efficacité et de complexité (ii.a). Cette obligation d'adopter un SPASER demeure applicable même si certaines collectivités

⁵³¹Cette orientation est clairement mise en évidence par l'action 17 de l'objectif 2 du *Plan national d'action pour le développement durable* (PNAD) 2022-2025, intitulée « Développer les schémas de promotion des achats socialement et écologiquement responsables ».

⁵³²Art. L. 2111-3 CCP.

⁵³³*Id.*

⁵³⁴Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER) 2022-2025 de l'ASP, en ligne : « <https://www.asp-public.fr/actualites/le-schema-de-promotion-des-achats-socialement-et-ecologiquement-responsables-fixe-un-nouveau-cap> »

⁵³⁵*Id.*

territoriales ont déjà élaboré leurs propres schémas d'achats durables en fonction de leurs montants d'achats respectifs (ii.b).

ii.a. L'adoption d'un SPASER, une obligation conditionnée par le montant d'achats

Le *Schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables* (SPASER) a été mis en place sur le fondement de l'article 13 de la *Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, afin d'encourager les acheteurs publics à s'inscrire dans la voie des achats responsables⁵³⁶. Il faut préciser que l'article 13 de la Loi précitée a été modifié par l'article 76 de la Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 par la loi relative à *la transition énergétique pour la croissance verte* afin d'élargir ce schéma à la promotion des achats publics écologiquement responsables⁵³⁷.

Si le SPASER vise à encourager les collectivités territoriales à pouvoir adopter une politique environnementale responsable concernant les achats publics, il convient de rappeler que le SPASER a fait son entrée dans le CCP à travers les articles L. 2111-3 et D. 2111-3. En effet, l'article L. 2111-3 du CCP précise que « les acheteurs qui sont soumis au présent code et 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 »⁵³⁸. Le SPASER fixe en quelque sorte les objectifs à atteindre lors d'un achat public, dans la mesure où il oriente le choix des acheteurs vers des achats ayant « un caractère écologique visant notamment à réduire les émissions de gaz à effet de serre, ainsi que la consommation d'énergie, d'eau et de matériaux, et précise les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs »⁵³⁹. Ce schéma favorise également la durabilité des produits, encourage la sobriété numérique et soutient le développement d'une économie circulaire⁵⁴⁰.

⁵³⁶ DAJ, *Schéma de promotion des achats publics socialement responsables*, 26/08/2016. p.1.

⁵³⁷ *Id.*

⁵³⁸ Art. L. 2111-3 CCP.

⁵³⁹ *Id.*

⁵⁴⁰ Art. L. 2111-3 CCP.

Auparavant, le montant initial requis pour adopter un SPAPSER était de 100 millions d'euros HT, et concernait principalement : les collectivités territoriales et leurs groupements ainsi que les acheteurs soumis au CCP⁵⁴¹. La *Loi climat résilience* est venue renforcer le SPAPSER en abaissant le montant requis à cet effet. Désormais, depuis le 1^{er} janvier 2023, ce montant s'élève à 50 millions d'euros hors taxe, conformément à l'article D. 2111-3 du CCP⁵⁴² :

« Le montant annuel des achats prévu à l'article L. 2111-3 est fixé à cinquante millions d'euros hors taxes. Afin de déterminer le montant total annuel de leurs achats, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'article L. 2111-3 prennent en compte les dépenses effectuées au cours d'une année civile dans le cadre de leurs marchés à l'exception de ceux relevant du livre V de la présente partie »⁵⁴³. (Nous soulignons)

Cependant, dès que le montant total annuel des achats d'une collectivité excède 50 millions d'euros, les municipalités doivent adopter un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables⁵⁴⁴. Pour prendre une décision concernant l'adoption ou pas de ce schéma, les municipalités doivent prévoir à l'avance le coût annuel de leurs achats⁵⁴⁵.

Il importe de noter que l'abaissement du montant pourrait avoir pour conséquence l'augmentation du nombre des municipalités ayant élaboré des SPAPSER⁵⁴⁶. D'ailleurs, l'article L. 2111-3 CCP précise que même les acheteurs dont le montant total annuel d'achats est inférieur au montant fixé par voie réglementaire, c'est-à-dire inférieur à 50 millions peuvent l'adopter⁵⁴⁷.

Il convient de noter que, bien que le législateur impose aux acheteurs publics d'adopter un SPASER lorsqu'il dépasse le seuil, le non-respect de cette obligation n'entraîne aucune sanction⁵⁴⁸. En l'absence de sanctions, les acheteurs publics peuvent choisir de ne pas adopter un SPASER sans craindre de répercussions juridiques ou financières, ce qui peut diminuer son efficacité globale,

⁵⁴¹*Id.*

⁵⁴²*Loi climat résilience du 22 août 2021 et son décret d'application n°2022-767*; Art. L. 2111-3 et D. 2111-3 CCP

⁵⁴³Art. D. 2111-3 CCP.

⁵⁴⁴Art. L. 2111-3 et D. 2111-3 CCP.

⁵⁴⁵*Id.*, DAI, *Schéma de promotion des achats publics socialement responsables*, 26/08/2016, p.2.

⁵⁴⁶Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2 et suiv.

⁵⁴⁷Art. L. 2111-3 CCP.

⁵⁴⁸CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, préc., note 329, p.69

dans la mesure où, il peut être pris comme un instrument incitatif, et non comme un instrument dissuasif⁵⁴⁹. À ce propos, le rapport parlementaire intitulé *Pour une commande publique sociale et environnementale* de 2021 souligne que parmi les 160 entités soumises à l'obligation d'adopter un *schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables* (SPASER), seules 34 ont effectivement satisfait à cette exigence, c'est-à-dire de l'adoption dudit schéma⁵⁵⁰.

Dans cette logique, l'absence de sanction peut conduire à une prise en compte inégale des considérations environnementales par les acheteurs publics, dans la mesure où certains acheteurs publics pourraient refuser d'adopter des SPASER, ce qui nuirait davantage à la cohérence des pratiques en matière d'achats durables au niveau national, voire à l'atteinte des objectifs de durabilité qu'ils peuvent poursuivre à travers lesdits achats. Dans cette perspective, Julien Bosquet note que « les marchés passés par un acheteur soumis à l'obligation de se doter d'un SPASER ne peuvent être considérés comme irréguliers du seul fait de l'absence de SPASER ou du fait qu'ils s'écarteraient des objectifs définis par un tel document »⁵⁵¹. L'invocabilité de l'absence délibérée de SPASER, alors même que la loi impose son adoption en fonction du montant des achats, sera difficilement acceptée par le juge administratif dans le cadre d'un contentieux précontractuel ou contractuel relatif aux procédures de passation des marchés ou aux marchés conclus⁵⁵².

Au sujet de la rédaction d'un SPASER, il faut préciser que seuls les contrats conclus doivent être pris en compte dans l'évaluation du montant des achats, c'est-à-dire ceux dont la signature est intervenue au cours de l'année civile de référence⁵⁵³. Pour les accords-cadres à bon de commande,

⁵⁴⁹*Id.*; Sylvie OLLITRAULT, « Développement durable », dans Romain PASQUIER, Sébastien GUIGNER et Alistair COLE (dir.), *Dictionnaire des politiques territoriales*, Paris, Presses de sciences pò, 2020, p. 153-157.

⁵⁵⁰CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, préc., note 329, p.69 et suiv.

⁵⁵¹Julien BOSQUET, « Loi climat et résilience : renforcement du SPASER », (Décembre 2021) 226 *Revue contrats publics*, Dossier, La commande publique à l'aune du développement durable.

⁵⁵²*Id.*

⁵⁵³*Id.*, p.2 et suiv.

c'est le montant des bons de commande émis et des marchés subséquents conclus sur l'année qui doit être pris en compte⁵⁵⁴.

Bien que le montant du SPAPSER soit toujours élevé, malgré la modification de loi, il faut noter que l'absence de sanction résultant de sa non-adoption par les personnes publiques constitue la principale cause de sa faiblesse. Néanmoins, il convient de souligner que le SPAPSER contribue à la promotion de l'économie circulaire, qui du reste, s'inscrit dans la prise en compte des considérations environnementales⁵⁵⁵.

ii.b. La mise en œuvre du SPAPSER, une mise œuvre effectuée à travers la prise en compte des considérations environnementales

Dans l'optique de promouvoir les considérations environnementales dans les marchés publics, plusieurs villes françaises ont adopté un schéma d'achat public, à l'instar de la ville de Paris⁵⁵⁶. Cela se justifie au regard du montant de leurs achats qui est largement supérieur à 50 millions d'euros⁵⁵⁷.

Concernant la ville de Paris, le deuxième schéma de la commande publique responsable de la Ville de Paris pour les années 2022-2026 vise à promouvoir une commande publique responsable⁵⁵⁸. Dans le cadre de ce schéma, la ville de Paris s'est fixée plusieurs objectifs clés, parmi lesquels : le soutien aux PME, la promotion de l'économie circulaire et l'intégration de critères environnementaux dans les marchés publics⁵⁵⁹. Dans cette perspective, il faut noter qu'il y a une forte incitation au réemploi, à la facilitation de l'accès des acteurs économiques à la commande publique⁵⁶⁰. La ville de Paris a aussi pris l'engagement de suivre des indicateurs chiffrés dans

⁵⁵⁴*Id.*, p.2.

⁵⁵⁵*Id.*, p.3.

⁵⁵⁶Délibération du conseil, séance du vendredi 14/12/2018, Schémas de Promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPAPSER), p.2.
https://www.lillemetropole.fr/sites/default/files/deliberations/18_c_1148.pdf consulté le 30/05/2020

⁵⁵⁷*Id.*

⁵⁵⁸Lire en ce sens : Schéma de la commande publique responsable de la ville de Paris pour les années 2022-2026.

⁵⁵⁹*Id.*

⁵⁶⁰Schéma de la commande publique responsable de la ville de Paris 2022-2026.

l'optique de mesurer l'impact de leurs actions, notamment en vérifiant le nombre des contrats qui intègrent les dispositions environnementales⁵⁶¹.

Il faut toutefois rappeler que dans le dernier SPAPSER, la Ville de Paris avait également fait de l'économie circulaire la pierre angulaire de son schéma de la commande publique responsable. Cette prise en compte de l'économie circulaire devait créer 50 000 emplois à l'échelle de l'Île-de-France⁵⁶².

On doit également souligner que le SPAPSER de la ville de Paris favorise l'économie d'usage et de la fonctionnalité en lieu et place de l'économie de la propriété, et s'est engagée en outre contre l'obsolescence programmée des produits⁵⁶³. Cette dernière devait favoriser la réparabilité des produits⁵⁶⁴. Dans ce cadre, elle compte aussi étudier les possibilités d'acquisition d'équipements d'occasions remis à neuf et assortis d'une garantie⁵⁶⁵. Il en est de même, en ce qui concerne le réemploi et le recyclage des matériaux, car elle s'est assigné la mission de recourir aux matériaux, produits et mobiliers biosourcés, recyclables ou réemployés⁵⁶⁶.

En outre, la Ville de Paris s'est engagée pour que les matériaux, produits et mobiliers achetés et dont elle n'a plus d'usage fassent l'objet : soit de partage ou de don, soit d'un accord avec les éco-organismes existants pour assurer le réemploi, la réparation ou le recyclage, soit de toute autre solution de recyclage à laquelle la Ville pourra faire appel. Une attention particulière sera portée aux déchets d'équipements électriques et électroniques⁵⁶⁷.

Afin de lutter contre l'obsolescence programmée des produits, la Ville de Paris a instauré un groupe de travail ayant pour mission d'évaluer la faisabilité de la mise en place d'une obligation imposant

⁵⁶¹*Id.*

⁵⁶²*Id.*, p.4.

⁵⁶³*Id.*

⁵⁶⁴*Id.*, p.4.

⁵⁶⁵*Id.*

⁵⁶⁶*Id.*; G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239, p. 37 et suiv. ; CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, préc., note 371 ; voir aussi : DAJ, *Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation*, préc., note 359 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59 ; S. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, préc., note 51.

⁵⁶⁷Schéma parisien de la commande publique responsable, préc., note 397, p.4.

aux fournisseurs d'étendre la garantie commerciale à cinq ou dix ans, en fonction de la nature des biens concernés⁵⁶⁸. Actuellement, cette garantie commerciale est de deux ans, conformément à la législation en vigueur⁵⁶⁹. Le groupe de travail devra donc remettre ses recommandations aux élus⁵⁷⁰.

Il est évident que l'obsolescence programmée freine le développement de l'économie circulaire en limitant la durée de vie des biens, dans la mesure où elle incite l'acheteur à acheter de nouveau⁵⁷¹. Et cela occasionne des coûts supplémentaires. Or, si le fournisseur étend la durée de la garantie, l'acheteur pourra épargner des fonds nécessaires afin de répondre à d'autres besoins des contribuables.

L'inscription de la ville de Paris dans l'optique des achats exemplaires promouvant l'économie circulaire est significative, notamment en ce qui concerne la consommation de papier 100% recyclé, utilisation de la vaisselle non jetable (à terme gobelets, les couverts, emballages de nourritures et conditionnements des goûters devront être réutilisables et/ou recyclables)⁵⁷².

Il ressort de ce qui précède que le SPAPSER de la Ville de Paris rentre dans la logique du dernier alinéa de l'article L. 541-1 du *Code de l'environnement* précisant ce qui suit :

« La commande publique durable est mise au service de la transition vers l'économie circulaire et de l'atteinte des objectifs mentionnés au présent I. Par son effet d'entraînement, elle contribue à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de réparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage »⁵⁷³.

De manière générale, le SPAPSER offre un cadre juridique permettant de concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général, dans la mesure où il assure que les achats

⁵⁶⁸*Id.*

⁵⁶⁹La garantie légale de conformité, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/particuliers/garantie-legale-conformite>

⁵⁷⁰*Id.*, Schéma parisien de la commande publique responsable, préc., note 397, p.4.

⁵⁷¹G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239, p.37 et suiv. ; CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, préc., note 371 ; voir aussi : DAJ, notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, préc., note 359 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59 ; s. SAUVE, D. NORMANDIN et M. MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, préc., note 51.

⁵⁷²*Id.*, p.4.

⁵⁷³Art. L. 541-1 du *Code de l'environnement français*.

responsables ne sont pas seulement une obligation pour les personnes publiques, mais aussi une opportunité pouvant générer les bénéfices économiques durables et respectueux des engagements écologiques. Ainsi, l'application rigoureuse du SPASER peut participer à la réduction des tensions entre ces deux composantes d'intérêt général, plus précisément en mettant en évidence les avantages économiques à long terme des choix environnementaux.

Outre le SPASER, d'autres lois, telles que la loi EGALIM et la loi AGECE, favorisent également l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics⁵⁷⁴.

c. Lois EGALIM et AGECE, lois novatrices encourageant l'achat durable

À l'instar du SPASER, les lois EGALIM (i) et AGECE (ii) poursuivent également cette visée, bien qu'elles s'appliquent à des secteurs distincts des marchés publics.

i. La loi EGALIM, une loi novatrice encourageant la durabilité alimentaire

La Loi 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite loi « EGALIM » a été mise en place en vue d'encadrer la politique publique sectorielle relative à la qualité et la durabilité de l'alimentation⁵⁷⁵.

Dans l'optique de lutter contre le changement climatique, la politique mise en place à travers la loi « EGALIM » s'est renforcée avec la *Loi climat-résilience*⁵⁷⁶. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2022 au moins 50% des produits ont été acquis dans le respect des coûts imputés aux externalités environnementales, plus précisément en tenant compte de leur cycle de vie ou encore en fondant l'acquisition des produits « sur les performances en matière de protection de l'environnement et de

⁵⁷⁴Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine, durable et accessible à tous (EGALIM) ; Loi n° 2020-105 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (AGECE), 10 février 2020, JORF n°0035 du 11 février 2020, texte n° 2.

⁵⁷⁵*Id.*

⁵⁷⁶Loi n° 2021-1104, 22 août 2021, climat et résilience.

développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture » ou enfin bénéficiant d'un écolabel « pêche durable » ou d'une certification « environnementale »⁵⁷⁷.

Selon l'article L. 230-5-1 I du *Code rural* :

« I.-Au plus tard le 1er janvier 2022, les repas servis dans les restaurants collectifs dont les personnes morales de droit public ont la charge comprennent une part au moins égale, en valeur, à 50 % de produits répondant à l'une des conditions suivantes, les produits mentionnés au 2° du présent I devant représenter une part au moins égale, en valeur, à 20 % :

1° Produits acquis selon des modalités prenant en compte les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit pendant son cycle de vie ;

1° bis Produits dont l'acquisition a été fondée, principalement, sur les performances en matière de protection de l'environnement et de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, dans le respect des règles du code de la commande publique ;

2° Ou issus de l'agriculture biologique au sens du règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil du 28 juin 2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques et abrogeant le règlement (CEE) n° 2092/91, y compris les produits en conversion au sens de l'article 62 du règlement n° 889/2008 de la Commission du 5 septembre 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques en ce qui concerne la production biologique, l'étiquetage et les contrôles ;

3° Ou bénéficiant d'autres signes ou mentions prévus à l'article L. 640-2 dont l'utilisation est subordonnée au respect de règles destinées à favoriser la qualité des produits ou la préservation de l'environnement ;

3° bis Ou issus du commerce équitable défini à l'article 60 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ;

4° Ou bénéficiant de l'écolabel prévu à l'article L. 644-15 ;

5° Ou bénéficiant du symbole graphique prévu à l'article 21 du règlement (UE) n° 228/2013 du Parlement européen et du Conseil du 13 mars 2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union et abrogeant le règlement (CE) n° 247/2006 du Conseil, et dont l'utilisation est subordonnée au respect de règles destinées à favoriser la qualité des produits ou la préservation de l'environnement ;

6° Ou, jusqu'au 31 décembre 2026, issus d'une exploitation ayant fait l'objet de la certification prévue à l'article L. 611-6 et satisfaisant à un niveau d'exigences environnementales au sens du même article L. 611-6 ;

7° Ou, à compter du 1er janvier 2027, issus des exploitations ayant fait l'objet du plus haut niveau de certification prévu à l'article L. 611-6 ;

8° Ou satisfaisant, au sens de l'article 43 de 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, de manière équivalente, aux exigences définies par ces signes, mentions, écolabel ou certification.

Au plus tard le 1er janvier 2024, les viandes bovines, porcines, ovines et de volaille et les produits de la pêche répondant aux conditions prévues au présent I doivent représenter une part au moins égale, en valeur, à 60 % des viandes bovines, porcines, ovines et de volaille et des produits de la pêche servis, ce taux étant fixé à 100 % dans les restaurants collectifs gérés par l'État, ses établissements publics et les entreprises publiques nationales »⁵⁷⁸.

À la lecture de cet article, on constate clairement que le *Code rural* a fait irruption dans les marchés publics, et ce, en orientant les personnes morales de droit public en ce qui concerne la détermination de leurs besoins. De ce fait, lorsque les personnes morales déterminent la nature et l'étendue de

⁵⁷⁷Art. L. 611-6 du *Code rural* ; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.2 et suiv.

⁵⁷⁸Art. L. 230-5-1 I *Code rural*.

leur besoin à satisfaire dans le cadre d'un marché public de fournitures ou de services de produits agricoles et de denrées alimentaires, elles doivent prendre en compte les conditions de fraîcheur, la nécessité de respecter la saisonnalité et le niveau de transformation attendu des produits⁵⁷⁹.

En outre, il convient de préciser que cet article a mis en place un menu végétarien. Cette approche a fait couler beaucoup d'encre auprès du public, dans la mesure où elle visait la diminution de la consommation carnée⁵⁸⁰. Les mécanismes mis en place dans cette loi, s'inscrit dans la logique de l'article L. 3-1 du CCP, celle de l'atteinte des objectifs du développement durable⁵⁸¹.

À l'instar du *Code rural*, le *Code de l'environnement* a également fait une irruption sans précédent dans le CCP à travers l'article L. 110-7⁵⁸². Comme le précise d'ailleurs Hubert Delzangles :

« La portée de l'article L. 110-7 du *Code de l'environnement* est détaillée par le décret du 25 avril 2022 qui précise qu'on entend par « bien » tout produit, produit dérivé, produit transformé issu, ou produit à partir, des matières premières suivantes : bois, soja, huile de palme, cacao, bœuf et hévéa. Les secteurs d'achat concernés sont aussi limités : il s'agit des matériaux de construction et de rénovation, des combustibles, du mobilier, des véhicules y compris les équipements, des fournitures de bureau, des produits d'entretien et de la restauration »⁵⁸³. (Nous soulignons)

D'une manière générale, la loi EGALIM vise à réduire le gaspillage alimentaire dans tous les secteurs, y compris dans la restauration collective, la promotion de l'alimentation durable, la diversification des protéines en vue de favoriser une alimentation plus équilibrée et respectueuse de l'environnement⁵⁸⁴.

Partant de ce qui précède, la loi EGALIM s'inscrit dans la droite ligne de l'article L. 3, L.3-1 du CCP et de l'article 541-15-3 du *Code de l'environnement*. Il en est de même pour la loi AGECE⁵⁸⁵.

⁵⁷⁹ Art. II de l'article L. 230-5-1 *Code rural et de la pêche maritime*.

⁵⁸⁰ Art. L. 230-5-6 *Code rural*, est codifiée à l'article L. 230-5-6 du *Code rural* ; H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2 et suiv.

⁵⁸¹ Art. L. 3-1 CCP.

⁵⁸² Art. L. 110-7 *Code de l'environnement*.

⁵⁸³ H. DELZANGLES, « commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2 et suiv.

⁵⁸⁴ Les mesures de la Loi EGALIM ont été complétée par la *loi climat et résilience concernant la restauration collective*, conseil national de la restauration collective en septembre 2022, en ligne : « <https://ma-cantine.agriculture.gouv.fr> ».

⁵⁸⁵ *Loi n° 2020-105 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (AGEC)*, 10 février 2020, JORF n°0035 du 11 février 2020, texte n° 2.

ii. La loi AGECE, une loi prônant les marchés publics circulaires

La Loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, communément appelée loi AGECE, a instauré, à travers son article 58, une obligation qualifiée de nouvelle, imposant aux acheteurs de l'État et des collectivités territoriales de se procurer certains produits issus du réemploi ou de la réutilisation, ainsi que ceux contenant des matières recyclées, et ce, dans une proportion de 20 % à 100 % selon le type de produit⁵⁸⁶.

Il convient de préciser que cette loi ne s'applique pas aux établissements publics, qu'il s'agisse d'établissement public administratif (EPA) ou d'établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC). Cette situation a fait l'objet des vives critiques dans le rapport d'évaluation de l'article 58 de la loi anti-gaspillage pour une économie circulaire. Dans ce rapport, il est clairement énoncé que l'article 58 de la Loi AGECE pouvait être étendu afin d'inclure l'ensemble des acteurs de la commande publique, à l'exception des situations de contrainte opérationnelle liées à la défense nationale ou de contrainte technique significative liée à la nature de la commande publique⁵⁸⁷.

Si la proposition résultant de ce rapport vise à élargir le champ d'application de cette loi et à maintenir seulement l'exemption en cas de contrainte liée à la défense nationale ou de contrainte technique significative liée à la nature de la commande publique, il faudra noter que cette loi oblige les acheteurs de l'État et des collectivités territoriales à acquérir certains produits issus du réemploi ou de la réutilisation ou qui comportent des matières recyclées⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Art. 58 de la loi n° 2020-105 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (AGECE), 10 février 2020, JORF n°0035 du 11 février 2020 :

« i. - A compter du 1er janvier 2021, les biens acquis annuellement par les services de l'état ainsi que par les collectivités territoriales et leurs groupements sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit.

ii. - En cas de contrainte opérationnelle liée à la défense nationale ou de contrainte technique significative liée à la nature de la commande publique, le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à l'obligation prévue au i.

iii. - Un décret en conseil d'état fixe la liste des produits concernés et, pour chaque produit, les taux pouvant être issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage correspondant à ces produits ». Cette loi exclue de son périmètre les établissements publics (EPA ou EPIC).

⁵⁸⁷ RAPPORT D'ÉVALUATION ARTICLE 58 LOI ANTI-GASPILLAGE POUR UNE ÉCONOMIE CIRCULAIRE, en ligne : https://3a%2f%2fwwww.ecologie.gouv.fr%2fsites%2fdefault%2ffiles%2ffrapport_evaluation_article_58_loi_agec.pdf&usg=aovvaw2u9wof6qc082lbv82dzpyw&opi=89978449 consulté le 14/03/2024.

⁵⁸⁸ *Id.* ; voir aussi : Loi n° 2020-105 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (AGECE), 10 février 2020, JORF n°0035 du 11 février 2020, texte n° 2.

Globalement, cette obligation peut se décliner en cinq grands axes : « sortir du plastique jetable, mieux informer les consommateurs, lutter contre le gaspillage et pour le réemploi solidaire, agir contre l'obsolescence programmée et mieux produire »⁵⁸⁹. Parmi les exemples des objectifs fixés dans le cadre réglementaire en vigueur, on vise également l'achat de 20 % de téléphones reconditionnés, de 20 % de meubles de bureau de seconde main, de 5 % de mobilier urbain contenant de la matière recyclée et 15 % issue de la seconde main⁵⁹⁰. Cette loi vise à atteindre les objectifs suivants en matière de gestion et de collecte des déchets : 77% en 2025 puis 90% en 2029⁵⁹¹. Afin de faciliter l'application de la loi AGEC, il a été instauré un dispositif de responsabilité élargie des producteurs (REP) (ii.1), financé par les entreprises (ii.2).

ii.1. L'introduction de la responsabilité élargie des producteurs dans les marchés publics

L'introduction de la responsabilité élargie des producteurs (REP) dans les politiques publiques est un avantage non négligeable pour les municipalités, dans la mesure où elle permet à celles-ci d'effectuer des économies significatives des fonds publics. La mise en place de cette politique a généré 811 millions d'euros au profit des collectivités françaises⁵⁹². Cette somme ne doit pas occulter les quantités considérables de déchets devant faire l'objet d'une réduction⁵⁹³.

En effet, le principe de la REP peut s'expliquer en ces termes : « celui qui fabrique, qui distribue un produit ou qui importe un produit, doit prendre en charge sa fin de vie. Le producteur et le distributeur doivent ainsi financer, organiser et mettre en place les solutions de collecte, de

⁵⁸⁹*Id.*

⁵⁹⁰*Id.*

⁵⁹¹Art. 1.541.10-11-i 1°, 2°, 3° *Code de l'environnement*; INSTITUT NATIONAL DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE, la rep, quésaco ? la responsabilité élargie du producteur et la loi AGEC, préc., note 412.

⁵⁹²MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, décryptons : filières rep : qu'est-ce que c'est ? préc., note 408 ; MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, Le bonus réparation, qu'est-ce que c'est ? préc., note 408.

⁵⁹³*Id.* ; le nombre de tonnes de déchets recyclés en 2020 qui s'élève à 8,1 millions.

réutilisation ou de recyclage appropriées pour son produit »⁵⁹⁴. C'est en quelque sorte l'application du concept du pollueur payeur, dans la mesure où les producteurs et les distributeurs d'un produit doivent financer les coûts de sa fin de vie⁵⁹⁵.

Concrètement, la mise en place de la REP a donné aux fabricants la possibilité de créer les sociétés qu'on appelle : « éco-organismes » qui sont par la suite agréés par l'État pour une durée de 6 ans maximum, et ce, dans l'optique de respecter le cahier des charges fixant les objectifs de collecte et de recyclage⁵⁹⁶. Il faut préciser que le cahier des charges des éco-organismes doit impérativement respecter, sous peine de sanctions, tous les objectifs en matière de collecte, de recyclage des déchets, de réemploi, de réutilisation, de réparation et d'intégration de matière recyclée, de recyclabilité et de recyclage⁵⁹⁷.

À cet égard, il faut préciser que les sanctions découlant du non-respect de cette obligation en cette matière rentrent dans le cadre d'une obligation de résultat qu'il faut atteindre sous peine de sanction⁵⁹⁸. Parmi les sanctions mises en place en cas de non-atteinte de ces objectifs, il y a lieu de citer : les sanctions pénales de nature contractuelle, les sanctions pénales de nature délictuelle et des sanctions administratives⁵⁹⁹. Ces sanctions s'étendent également aux éco-organismes, dans la mesure où ceux-ci doivent allouer un montant financier en cas de manquements, et ce montant est majoré de moitié par rapport au coût moyen⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴*Id.*

⁵⁹⁵*Id.* ; MELCC, *Responsabilité élargie des producteurs, questions et réponses*, préc., note 411 ; OCDE, *responsabilité élargie du producteur*, préc., note 411 ; MELCC, *Projet de règlement sur la récupération et la valorisation de produits par les entreprises*, étude d'impact économique, préc., note 411.

⁵⁹⁶*Id.*

⁵⁹⁷Art. L.541.10 -I *Code de l'environnement* ; voir aussi, INSTITUT NATIONAL DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE, préc., note 412.

⁵⁹⁸*Id.*

⁵⁹⁹Art. L.541.46 *Code de l'environnement*; Art. R.543.206 *Code de l'environnement*, Art. L. 541-9-6.-II. 1° *Code de l'environnement*.

⁶⁰⁰*Id.*

Dans cette logique, il est important de souligner que l'État français a créé 25 filières REP regroupant les grandes familles de produits⁶⁰¹. Dans ce nombre, il convient de préciser qu'il existait depuis 1993 14 filières, qui couvraient :

« Les piles et accumulateurs, les équipements électriques et électroniques (EEE), les véhicules hors d'usage, les emballages ménagers, les médicaments non utilisés, les pneus, les papiers graphiques ménagers, les textiles et chaussures, les produits chimiques ménagers, les meubles, les bouteilles de gaz, les bateaux de plaisance et de sport hors d'usage, les objets perforants des patients en autotraitement (DASRI) et les fluides frigorigènes »⁶⁰².

La promulgation de la *Loi anti-gaspillage pour une économie circulaire* a eu le mérite d'avoir créé 11 nouvelles autres filières, en plus de ces 14 filières existantes. Ces filières concernent :

« Les produits du tabac, les jouets, les articles de sport et de loisirs, les articles de bricolage et de jardin, les produits ou matériaux de construction du bâtiment, les voitures, camionnettes, véhicules à moteur à deux ou trois roues et les quadricycles à moteur, les huiles minérales ou synthétiques, lubrifiantes ou industrielles, les pneus, les chewinggums, les textiles sanitaires à usage unique, y compris les lingettes préimbibées et les engins de pêche contenant du plastique »⁶⁰³.

Dans ce cadre, il convient de préciser qu'avec l'avènement de cette loi, la filière des emballages ménagers s'étend désormais aux emballages professionnels⁶⁰⁴. Si, à l'origine, l'objectif principal des filières REP était de prévenir et de gérer les déchets, la loi AGEC a élargi le champ de leurs missions. Désormais, les filières REP sont tenues d' :

« adopter une démarche d'écoconception des produits ; de favoriser l'allongement de la durée de vie desdits produits en assurant au mieux, à l'ensemble des réparateurs professionnels et particuliers concernés, la disponibilité des moyens indispensables à une maintenance efficiente ; soutenir les réseaux de réemploi, de réutilisation et de réparation tels que ceux gérés par les structures de l'économie sociale et solidaire ou favorisant l'insertion par l'emploi ; contribuer à des projets d'aide au développement en matière de collecte et de traitement de leurs déchets et de développer le recyclage des déchets issus des produits »⁶⁰⁵.

Ainsi, il se pose dès lors le problème lié au financement des éco-organismes qui procèdent à la collecte et au recyclage de ces produits.

⁶⁰¹ *Id.*; la réglementation en vigueur concernant les déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) trouve son origine dans une directive européenne. Le décret n° 2014-928 transpose en droit français la directive 2012/19/UE. Ce dispositif est parachevé par cinq arrêtés interministériels, publiés au journal officiel le 15 octobre 2014.

⁶⁰² *Id.*

⁶⁰³ *Id.*

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ Art. L.541.10 -I *Code de l'environnement* ; voir aussi : INSTITUT NATIONAL DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, préc., note 412.

ii.2. Le financement des éco-organismes, un financement privé profitant au public

Le financement des éco-organismes provient de l'écocontribution versée par les entreprises adhérentes⁶⁰⁶. En effet, il est important de savoir que, l'écocontribution finance « l'ensemble des obligations des fabricants et distributeurs (prévention, collecte, tri, recyclage des déchets...) »⁶⁰⁷.

Le financement de la gestion des déchets via l'écocontribution par les producteurs implique une protection de l'environnement, étant donné que ces derniers participent directement eux-mêmes à la réduction des déchets voire en les valorisant. Si donc, les producteurs produisent moins de déchets, ils dépenseront moins d'argent dans la collecte et le ramassage. Les producteurs sont donc appelés à proposer des solutions innovantes dans leur produit, telles que la facile réparation des objets afin de faciliter leur réutilisation, la durabilité des objets en éliminant par exemple l'obsolescence programmée, etc.

Pour mieux illustrer ces propos, il importe d'opérer une comparaison entre deux produits, dont l'un fait partie de la filière REP et l'autre sans filière REP⁶⁰⁸. Un produit avec filière REP, si par exemple un producteur vend un paquet de biscuit avec son emballage, ce dernier doit verser une écocontribution à l'éco-organisme. Ainsi, l'emballage du paquet de biscuit sera recyclé par les éboueurs lors de la collecte sélective des déchets et sera envoyé au centre de tri pour recyclage.

Suivant cet exemple, on peut déduire que l'éco-organisme soutient financièrement les municipalités en diminuant les coûts de ramassage des déchets. Cela va se répercuter au niveau du budget de la municipalité, qui pourrait entraîner une réduction d'impôts.

⁶⁰⁶ Art. L.541.10 -I *Code de l'environnement* ; Art. L.541.46 *Code de l'environnement* ; Art. R.543.206 *Code de l'environnement*, Art. L. 541-9-6.-II. 1° *Code de l'environnement*; voir aussi : INSTITUT NATIONAL DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE, préc., note 412.

⁶⁰⁷ *Id.*

⁶⁰⁸ *Id.*

En revanche, pour un produit sans filière REP, on peut prendre cet exemple : « un producteur met en vente une brosse à dents. Lorsque la brosse à dents est jetée, elle est prise en charge par les éboueurs. Les frais engagés par la collectivité pour prendre en charge et traiter ces déchets sont financés par les impôts locaux et donc le contribuable. Le producteur de la brosse à dents ne participe pas au traitement du produit en fin de vie »⁶⁰⁹.

Ainsi, le fait pour la municipalité de déboursier des frais supplémentaires dans le traitement et le ramassage des déchets peut entraîner l'augmentation d'impôts des contribuables, tout simplement parce que la municipalité doit passer des marchés publics de ramassage de déchets, afin de répondre à ce besoin en vue de protéger l'environnement municipal.

De manière globale, on peut comprendre que la REP est aussi un puissant outil de conciliation des intérêts économiques et de protection de l'environnement. Plus les entreprises s'inscrivent dans la logique du financement de la gestion des déchets via l'écocontribution, moins les municipalités dépenseront des fonds publics afin de répondre aux besoins en matière de ramassage de déchets. Dans cette perspective, les municipalités ont la possibilité d'inclure dans leurs appels d'offres des critères ou des clauses requérant des fournisseurs de soumettre des documents attestant de leur participation au financement de l'écocontribution.

À vrai dire, dans l'écocontribution, l'État ne perçoit rien et n'en fixe pas les montants, et aussi les consommateurs ne payent rien. Ceci fait en sorte que l'écocontribution n'est pas une taxe, mais bien évidemment une « contrepartie financière que le producteur verse à son éco-organisme pour que celui-ci s'occupe du traitement de ses déchets »⁶¹⁰. À cet effet, l'écocontribution est payée par le producteur, c'est donc une autre forme d'application du principe de pollueur-payeur⁶¹¹.

⁶⁰⁹*Id.*

⁶¹⁰MELCC, *Responsabilité élargie des producteurs, questions et réponses*, préc., note 411 ; OCDE, *responsabilité élargie du producteur*, préc., note 411 ; MELCC, *Projet de règlement sur la récupération et la valorisation de produits par les entreprises, étude d'impact économique*, préc., note 411.

⁶¹¹*Id.*

Conformément à la loi AGECE, le montant de l'écocontribution sera ajusté en fonction de l'intégration ou non des critères environnementaux. L'intégration de ces critères réduit le montant, car le coût de traitement de déchet sera moindre, alors que l'absence d'intégration l'augmente, parce que le coût de traitement de déchet sera plus cher. C'est ce qu'on qualifie d'éco-modulation⁶¹². De ce point de vue, l'éco-modulation s'entend comme une « variation du barème des écocontributions, souvent par le biais d'un bonus-malus, pour favoriser la production de produits plus facilement réemployables, réutilisables, démontables et recyclables, et ainsi contribuer à la prévention des déchets »⁶¹³.

Concrètement, le renforcement du principe de l'éco-modulation dans la loi AGECE consiste en « une évolution du prix du produit en fonction d'un bonus-malus selon certains critères environnementaux, tels que la quantité de matière utilisée, l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables, la durabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi ou de réutilisation, ou encore la recyclabilité »⁶¹⁴. C'est pourquoi il faudrait inciter, voire imposer aux producteurs de payer les frais liés à l'écocontribution, car cela réduit l'impôt local⁶¹⁵. Si les municipalités s'inscrivent dans cette logique, elles contribueront efficacement non seulement à la protection des intérêts des contribuables, mais aussi à l'atteinte des objectifs du développement durable, et ce, en utilisant les marchés publics.

Si l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics est obligatoire, il importe d'analyser le contrôle exercé par le juge administratif pour en vérifier sa légalité.

⁶¹²*Id.*

⁶¹³INSTITUT NATIONAL DE L'ECONOMIE CIRCULAIRE, préc., note 412.

⁶¹⁴*Id.* ; Art. L.541.10-3 *Code de l'environnement*.

⁶¹⁵MELCC, *Responsabilité élargie des producteurs, questions et réponses*, préc., note 411 ; OCDE, *Responsabilité élargie du producteur*, préc., note 411 ; MELCC, *Projet de règlement sur la récupération et la valorisation de produits par les entreprises*, étude d'impact économique, préc., note 411.

B. Le contrôle juridictionnel de l'obligation d'intégration des considérations environnementales par le juge administratif

Si l'inclusion des considérations environnementales en droit français est une obligation, il convient de souligner que cette obligation est susceptible de faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. Ce dernier peut examiner l'adéquation entre l'objet du marché public et la formulation des besoins, plus précisément en exerçant un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (EMA)⁶¹⁶.

Ce contrôle vise effectivement à s'assurer que les marchés publics répondent de manière précise et adéquate aux besoins pour lesquels ils ont été initiés, et ce, en évitant toute forme de distorsion entre la demande initiale et l'objet contractuel final⁶¹⁷.

Ce contrôle existe également en droit québécois des marchés publics. Il est exercé par l'Autorité des marchés publics (AMP), mais sous une autre forme⁶¹⁸. En effet, l'intervention de cette dernière en droit des marchés publics québécois est quasi-permanente, car elle contrôle également l'adéquation entre l'objet du contrat et la formulation des besoins⁶¹⁹. Le contrôle de l'AMP s'accompagne souvent des sanctions et/ou des recommandations à l'endroit des personnes publiques⁶²⁰.

À l'inverse du droit québécois, le contrôle de l'adéquation entre la définition des besoins et l'objet du marché, en droit français, est effectué par le juge des référés précontractuels⁶²¹. Ce dernier peut

⁶¹⁶Lire en ce sens, Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, §1129.

⁶¹⁷*Id.* ; voir aussi : M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, p. 273.

⁶¹⁸Art. 2 LCOP; Art. 21 LAMP; Voir aussi : AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics)*, numéro 2021-06; AMP, *Recommandations formulées au dirigeant du centre de santé Tulattavik de l'Ungava concernant le processus d'attribution identifié au SEAO sous le numéro de référence 1823318*; numéro 2021-06 ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la Loi sur l'autorité des marchés publics)*, numéro 2024-08; Pier- Olivier FRADETTE, préc., note 48, 5.

⁶¹⁹*Id.*

⁶²⁰*Id.*

⁶²¹CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412; CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement, autostrade per l'Italia spa*, n° 347720; CAA, Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19bx01864, CINOR ; TA, Toulouse, 13 juin 2024, n° 2104358 ; CAA, Nantes, 4e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon.

relever les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence dans le cadre d'un marché public, et ce, sans toutefois se prononcer sur les mérites respectifs des offres⁶²². Cependant, le contrôle exercé par le juge des référés précontractuels est limité, dans la mesure où ce dernier ne peut pas apprécier l'erreur manifeste d'appréciation commise par une commission d'appel d'offres, lors de la sélection des offres⁶²³. Son rôle est donc restreint à la vérification de la légalité des motifs invoqués par la commission pour écarter une candidature lors de la passation d'un marché public⁶²⁴.

Le contrôle de l'EMA permet au juge administratif de sanctionner les décisions manifestement déraisonnables ou gravement disproportionnées de l'administration publique en ce qui concerne la définition des besoins⁶²⁵. Une évaluation inexacte des besoins pourrait inévitablement entraîner une rectification du marché, soit au cours de la procédure d'attribution, soit pendant l'exécution du marché, par une modification de ce dernier⁶²⁶.

Au regard de ce qui précède, il appert que l'EMA revêt une importance particulière en droit des marchés publics. En effet, une définition inexacte des besoins par la personne publique peut conduire à des choix contractuels inappropriés, ce qui, à son tour, peut entraîner des conséquences néfastes telles que la détérioration de l'environnement et le gaspillage des fonds publics⁶²⁷. De cette manière, le juge administratif peut contrôler le respect de l'obligation d'inclusion des considérations environnementales dans le marché public, en vérifiant si ces considérations correspondent à l'objet du marché. Dans cette logique, le refus d'inclusion desdites clauses qui correspondent à l'objet du marché doit faire l'objet d'une justification⁶²⁸. Des justifications moins

⁶²²*Id.*

⁶²³CE, 28 avril 2006, *Sté Abraham bâtiment travaux publics*, n° 286443.

⁶²⁴ *Id.*

⁶²⁵*Id.*

⁶²⁶CE, 12 mars 2012, *Dynacité*, req. n° 354355, *RDI*, 2012, p.279, note S. BRACONNIER. ; voir aussi : Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, p. 273 et suiv.

⁶²⁷CAA, Nantes, 4^e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon.

⁶²⁸CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, Aff. c-513/99); CE, 23 novembre 2011, *communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, req. n° 351570; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience »), 24 août 2021; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « fiche – la

solides de la part des personnes publiques doivent être sanctionnées par le juge. À cet égard, le Conseil d'État a estimé qu'un critère d'attribution basé sur l'origine, l'implantation ou la proximité géographique des soumissionnaires contrevenait aux principes de la commande publique, dans la mesure où il discriminait les autres entreprises⁶²⁹.

Alors que l'inclusion des considérations environnementales en droit des marchés publics français est une obligation soumise au contrôle du juge administratif, il est pertinent de comparer cette situation avec le droit québécois des marchés publics, où cette inclusion n'est pas obligatoire pour les municipalités, mais fait l'objet d'un contrôle rigoureux par l'AMP.

Paragraphe II. L'inclusion des considérations environnementales en droit québécois, une inclusion facultative et contrôlée

Contrairement au droit des marchés publics français, où l'intégration des considérations environnementales est obligatoire, il faut noter que le droit municipal des marchés publics québécois n'impose pas formellement une telle obligation⁶³⁰. Les municipalités sont simplement incitées à intégrer les enjeux liés au développement durable, sans que cela ne constitue une obligation juridique⁶³¹. Toutefois, l'absence d'obligation ne s'étend pas aux organismes publics régis par la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP), pour lesquels la prise en compte des considérations environnementales revêt un caractère obligatoire⁶³².

Ainsi, nous démontrons que, si en droit municipal des marchés publics québécois, la prise en compte des considérations environnementales demeure facultative, il faut souligner que les

définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019; Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, p. 43.

⁶²⁹CE, 29 juillet 1994, req. n° 131562 ; CE, 14 janvier 1998, req. n° 168688.

⁶³⁰Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 de la LCMM ; voir aussi : Art. 106.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec* et Art. 103.2.0.1 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*; Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48, 18 ; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48. ; voir aussi : VILLE DE MONTRÉAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

⁶³¹*Id.*

⁶³²Art.14.6, 7 et 8 LCOP.

organismes publics soumis à la LCOP sont, quant à eux, obligés d'inclure ces considérations lors du processus de passation de leurs marchés publics (A). À cet égard, il convient de préciser que le contrôle qu'exerce l'AMP sur les marchés publics s'exerce principalement sur l'article 2 de la LCOP, alors que les municipalités ne sont pas en principe assujetties à cette loi en vertu de son article 4, sauf en ce qui concerne les chapitres V.1 et V.2 de la LCOP, qui d'ailleurs, ne concernent pas la définition des besoins ⁶³³(B).

A. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics québécois, entre incitation et obligation

Alors que le cadre juridique français relatif aux marchés publics est généralement uniforme pour toutes les personnes morales de droit public, en droit québécois, la réalité est différente. Les organismes publics et les organismes municipaux ne sont pas régis par le même cadre juridique⁶³⁴.

Partant de la pluralité de textes juridiques qui existent en droit des marchés publics québécois, il s'agira ici de démontrer que l'inclusion des considérations environnementales lors de la définition des besoins est facultative pour les organismes municipaux (1), ce qui n'est pas le cas pour les organismes publics soumis à la LCOP (2).

1. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux, une réelle incitation

L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux québécois se matérialise généralement à travers l'adoption d'une politique d'acquisition responsable (PAR). Cette politique n'est qu'une simple incitation visant à encourager les organismes municipaux à inscrire leurs achats publics dans une logique durable⁶³⁵. Elle peut être considérée comme une

⁶³³Au regard de l'Art. 4 LCOP, les organismes municipaux sont exclus de l'application de la LCOP, à l'exception des chapitres v.1 et v.2 de la LCOP et de l'Art. 2 LCOP.

⁶³⁴Art. 4 LCOP ; Art. 37 de LAMP ; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CMQ ; Art. 113.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal* ; voir aussi, Art. 106.2.1 de la *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec* et Art. 103.2.0.1 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*.

⁶³⁵*Id.*

feuille de route ou un document public faisant office de déclaration d'engagement d'une municipalité en matière d'achat public durable⁶³⁶. En tant que document, cette politique doit être accessible sur le site internet de la municipalité ou sur celui de la municipalité régionale de comté à laquelle elle fait partie⁶³⁷.

En effet, l'adoption de cette politique par la municipalité n'est pas obligatoire⁶³⁸. Pour s'en rendre compte, il convient de lire les articles 573.3.1.2.1 de la LCV et 938.1.2.0.1 du CM qui disposent ce qui suit :

« 573.3.1.2.1. Toute municipalité peut adopter une politique d'acquisition responsable qui tient compte des principes prévus à l'article 6 de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1). La municipalité rend cette politique accessible en la publiant sur son site Internet, ou si elle n'en a pas, sur celui de la municipalité régionale de comté dont le territoire comprend le sien »

« 938.1.2.0.1. Toute municipalité peut adopter une politique d'acquisition responsable qui tient compte des principes prévus à l'article 6 de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1). La municipalité rend cette politique accessible en la publiant sur son site Internet, ou si elle n'en a pas, sur celui de la municipalité régionale de comté dont le territoire comprend le sien »⁶³⁹.

(Nos soulignements)

À la lecture de ces articles, on comprend clairement que les municipalités peuvent adopter des politiques d'acquisitions responsables (PAR) qui s'inscrivent dans la logique des principes prévus à l'article 6 de la *Loi sur le développement durable* (LDD), mais elles n'y sont pas obligées⁶⁴⁰. Ce qui revient à dire que l'adoption de la politique d'achat responsable par une municipalité est une possibilité, voire une simple incitation, mais pas une obligation légale. Ceci sous-entend que les municipalités ne sont pas juridiquement obligées d'adopter les politiques d'acquisition responsable⁶⁴¹. L'emploi du mot « peut » aux articles 573.3.1.2.1 de la LCV et 938.1.2.0.1 du CM du Québec confirme notre point de vue⁶⁴². Dans cet ordre d'idées, le gouvernement du Québec

⁶³⁶*Id.* ; voir aussi : VILLE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 214 ; VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 214.

⁶³⁷*Id.* ; voir aussi : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale*, préc., note 59.

⁶³⁸SOUS-SECRETARIAT AUX MARCHÉS PUBLICS, *Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois : l'État donne l'exemple*, préc., note 314. p.56.

⁶³⁹Art. 573.3.1.2.1 LCV; Art. 938.1.2.0.1 CM; Art. 113.2.1 LCMM; voir aussi: Art. 106.2.1 LCMQ et Art. 103.2.0.1 LSTC.

⁶⁴⁰*Id.*

⁶⁴¹*Id.* ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale*, préc., note 59.

⁶⁴²Lire en ce sens, P-A. COTE et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, préc., note 460, p. 273 et suiv. ; Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, préc., note 460, p. 486 et suiv. ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., note 460, p. 791-792 ; Michel FILION, *dictionnaire du droit québécois*, préc., note 460, p. 591 et 215.

précise que, pour rendre cette adoption obligatoire, il faudrait attendre qu'une étude soit effectuée dans un horizon de trois à cinq ans⁶⁴³. Cette étude permettrait, selon le gouvernement du Québec, de déterminer le nombre d'organismes municipaux ayant adopté les politiques d'achats responsables⁶⁴⁴. À l'issue de cette étude, « le gouvernement déterminera la pertinence de nouvelles mesures – renforcement du volet formation pour promouvoir l'acquisition responsable ou modification législative pour rendre l'acquisition responsable obligatoire »⁶⁴⁵.

Si l'adoption d'une PAR n'est pas encore obligatoire, il n'en demeure pas moins que l'octroi d'un contrat par une municipalité doit se conformer strictement aux règles d'adjudication prévues par la *Loi sur les cités et villes*, le *Code municipal du Québec* et, plus récemment, la *Loi sur les contrats des organismes municipaux*⁶⁴⁶. De ce fait, les municipalités sont tenues d'adopter un règlement de gestion contractuelle afin d'encadrer leurs pratiques d'adjudication et de s'assurer du respect des règles applicables en matière de contrats municipaux⁶⁴⁷. L'objectif de ce règlement visait principalement à renforcer l'intégrité et la transparence du processus de gestion contractuelle des municipalités en vertu de l'article 938.1.2 du *Code municipal*⁶⁴⁸.

⁶⁴³GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

⁶⁴⁴*Id.*; SOUS-SECRETARIAT AUX MARCHÉS PUBLICS, Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois : L'État donne l'exemple, préc., note 314.

⁶⁴⁵*Id.*

⁶⁴⁶Art. 2 LCOP ; *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, préc., note 260, par. 39; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, recommandation 2021-25 ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la Loi sur l'autorité des marchés publics)*; AMP, *Recommandations formulées au dirigeant du centre de santé Tulattavik de l'Ungava concernant le processus d'attribution identifié au SEAO sous le numéro de référence 1823318, 2024-08*; AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la Loi sur l'autorité des marchés publics)*, 2021-06; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 11.

⁶⁴⁷Art. 938.1.2. CM; Art. 7 et suiv. *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4.

⁶⁴⁸Art. 7 et suiv. *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; Art. 938.1.2. CM : « Toute municipalité doit adopter un règlement sur la gestion contractuelle. Ce règlement s'applique à tout contrat, y compris à un contrat qui n'est pas visé à l'un des paragraphes du premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 935 ou à l'article 938.0.2. Ce règlement doit notamment prévoir:

- 1° des mesures favorisant le respect des lois applicables qui visent à lutter contre le truquage des offres;
- 2° des mesures visant à assurer le respect de la loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme ([chapitre t-11.011](#)) et du code de déontologie des lobbyistes ([chapitre t-11.011, r. 2](#)) adopté en vertu de cette loi;
- 3° des mesures ayant pour but de prévenir les gestes d'intimidation, de trafic d'influence ou de corruption;
- 4° des mesures ayant pour but de prévenir les situations de conflits d'intérêts;

Par ailleurs, en vertu de la loi instaurant *un nouveau régime d'aménagement dans les zones inondables des lacs et des cours d'eau*, octroyant temporairement aux municipalités des pouvoirs visant à répondre à certains besoins et modifiant diverses dispositions, les municipalités québécoises sont obligées « d'inscrire pendant trois ans dans leur règlement de gestion contractuelle des mesures favorisant l'achat québécois pour tous les types de contrats sous les seuils d'appel d'offres public »⁶⁴⁹.

Dans le prolongement de cette dynamique, l'article 8 de la nouvelle *loi sur les contrats des organismes municipaux* impose désormais aux municipalités l'obligation, par voie réglementaire, d'intégrer à leur règlement de gestion contractuelle des mesures visant à favoriser l'acquisition responsable⁶⁵⁰. Contrairement aux dispositions transitoires relatives à l'achat québécois, cette exigence s'applique sans référence à un seuil monétaire, ce qui témoigne d'une volonté normative de généraliser cette orientation à l'ensemble des contrats municipaux.

Si la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes municipaux* n'impose pas expressément la prise en compte des considérations environnementales dans les processus contractuels, elle en

5° des mesures ayant pour but de prévenir toute autre situation susceptible de compromettre l'impartialité et l'objectivité du processus de demandes de soumissions et de la gestion du contrat qui en résulte;

6° des mesures visant à encadrer la prise de toute décision ayant pour effet d'autoriser la modification d'un contrat;

7° des mesures pour favoriser la rotation des éventuels cocontractants à l'égard des contrats qui comportent une dépense de 25 000 \$ ou plus mais inférieure au seuil de la dépense d'un contrat qui ne peut être adjudgé qu'après une demande de soumissions publique en vertu de l'article 935 et qui peuvent être passés de gré à gré en vertu de règles adoptées en application du quatrième alinéa.

Ce règlement peut prévoir les règles de passation des contrats qui comportent une dépense d'au moins 25 000 \$ mais inférieurs au seuil de la dépense d'un contrat qui ne peut être adjudgé qu'après une demande de soumissions publique en vertu de l'article 935. Ces règles peuvent varier selon des catégories de contrats déterminées. Lorsque de telles règles sont en vigueur, l'article 936 ne s'applique pas à ces contrats.

Ce règlement de même que tout autre règlement portant sur la gestion contractuelle, notamment tout règlement déléguant le pouvoir de faire une dépense ou de passer un contrat au nom de la municipalité, doivent en tout temps être publiés sur le site internet où la municipalité publie la mention et l'hyperlien visés au deuxième alinéa de l'article 961.4. Le secrétaire-trésorier doit, au plus tard le 30e jour suivant celui de l'adoption d'un règlement en vertu du présent article, en transmettre une copie certifiée conforme au ministre des Affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire.

Au moins une fois l'an, la municipalité dépose, lors d'une séance du conseil, un rapport concernant l'application de ce règlement.

L'article 938.4 s'applique uniquement, en ce qui concerne le non-respect d'une mesure prévue dans ce règlement, dans le cas d'un contrat dont le processus de passation a commencé après la date à compter de laquelle la mesure y est prévue ».

⁶⁴⁹SOUS-SECRETARIAT AUX MARCHÉS PUBLICS, Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois : l'État donne l'exemple, préc., note 314.

⁶⁵⁰Art 6,7 et 8 de la *Loi sur les contrats des organismes municipaux*

conditionne indirectement l'intégration par l'entremise du pouvoir réglementaire municipal⁶⁵¹. Ce glissement normatif n'est nullement anodin, il manifeste une volonté implicite du législateur de conférer aux municipalités une latitude d'intervention, tout en les incitant à formaliser cette autonomie par l'adoption d'instruments juridiques contraignants à l'échelle locale, à l'image du règlement de gestion contractuelle.

Alors que la loi se limite à permettre l'intégration de considérations environnementales lors de l'évaluation des besoins, étape préparatoire à la passation du marché public, sans toutefois en faire une obligation, le règlement de gestion contractuelle, quant à lui, en fait une obligation normative⁶⁵². Autrement dit, la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux ne devient juridiquement contraignante que si elle est formalisée dans un règlement adopté par la municipalité elle-même, la loi se contentant de l'autoriser sans pour autant l'imposer. Cette articulation entre la norme législative et la norme réglementaire illustre bien la logique propre au droit municipal québécois en matière de marchés publics, dans la mesure où ce dernier confie aux municipalités la responsabilité de transposer, au moyen de leur réglementation interne, les orientations générales relatives aux achats durables. Ainsi, dans sa politique d'acquisition responsable, la ville de *Longueuil* a prévu de réduire l'empreinte écologique dans sa politique d'achat en diminuant par exemple : « L'utilisation de matières premières non renouvelables ; l'utilisation de substances toxiques et persistantes dans l'environnement ; la production de déchet non recyclable ; les émissions de gaz à effet de serre et la consommation d'eau »⁶⁵³. Par ailleurs, elle encourage également dans sa politique d'achat : « l'achat de produits faits à partir de matières recyclées ; l'achat de produits biodégradables ; l'achat de produits

⁶⁵¹*Id.* ; voir aussi : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 73; P. GARANT, Ph. GARANT, J. GARANT, préc., note 98; P. GARANT, Ph. GARANT et J. GARANT, préc., note 98; GOUVERNEMENT DU QUEBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

⁶⁵²*Id.*

⁶⁵³VILLE DE LONGUEUIL, *Politique d'approvisionnement durable*, 27 mars 2019 ; VILLE DE SAINT-JEAN-SUR-RICHELIEU, *Politique d'approvisionnement durable*, mai 2023.

équitable ; l'achat de produits recyclables ; la réutilisation des produits ; la réduction à la source du besoin d'acheter ; les économies financières »⁶⁵⁴.

Il en est de même pour la ville de Montréal, qui a prévu dans son cahier des clauses administratives générales pour son volet exécution de travaux, certaines dispositions obligatoires permettant de mieux protéger l'environnement⁶⁵⁵. Par exemple, lorsqu'on exécute les travaux publics dans la ville de Montréal, l'entrepreneur est obligé de mettre en place les mesures nécessaires pour protéger l'environnement et prévenir toute forme de pollution⁶⁵⁶. Cette protection s'étend également en matière de gestion des eaux, de nettoyage des bétonnières, de gestion du bruit, de contrôle de la poussière et de la protection de la couche d'ozone⁶⁵⁷.

Partant de ce qui précède, il est important de souligner que la détermination des besoins doit toujours être en adéquation avec l'objet du marché et respecter les principes fondamentaux régissant les marchés publics, à savoir l'égalité de traitement, la liberté d'accès aux marchés publics et la transparence des procédures⁶⁵⁸. Autrement dit, il est essentiel d'établir un lien fonctionnel entre la définition des besoins et le respect de la saine concurrence dans le processus de passation des marchés publics⁶⁵⁹. Pour les municipalités, l'objectif principal est d'obtenir les biens et services requis à un prix concurrentiel, tout en tenant compte des impératifs environnementaux⁶⁶⁰. Cette logique repose sur un équilibre nécessaire entre la protection des deniers publics et la prise en considération des considérations environnementales.

⁶⁵⁴*Id.*

⁶⁵⁵VILLE DE MONTRÉAL, *Cahier des clauses administratives générales : exécution de travaux*, révision 11 septembre 2023.

⁶⁵⁶*Id.*

⁶⁵⁷*Id.*

⁶⁵⁸Art. 2 LCOP ; art. 14, par. 6 à 8 LCOP (pour les organismes publics); Art. 8 et 18 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, recommandation 2021-25 ; Pier- Olivier FRADETTE, préc., note 48, p.18-20.

⁶⁵⁹Pier- Olivier FRADETTE, préc., note 48, p.18-20.

⁶⁶⁰Art. 8 et 18 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; Art. 2.4° et 4.1° LCOP.

Ainsi, un marché public qui inclut les considérations relatives à la maintenance et à la fin de vie sera réputé avoir un lien avec son objet, et ce, même lorsque les conditions ne portent pas sur l'une des caractéristiques intrinsèques dudit marché⁶⁶¹. En réalité, le lien entre les considérations environnementales et l'objet du marché est présumé exister lorsque les considérations environnementales relatives au cycle de vie sont intégrées à toutes les étapes du processus de passation du marché public. Pour s'inscrire dans cette logique, l'AMP recommande aux municipalités de se référer « aux outils disponibles, notamment ceux élaborés par le ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, qui permettent de mieux comprendre leurs obligations à cet égard et d'obtenir des conseils pratiques et des exemples »⁶⁶².

En somme, bien que l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux ne revête pas formellement, à ce jour, un caractère obligatoire, sa mise en œuvre demeure largement tributaire des mécanismes incitatifs que le gouvernement provincial choisit de déployer en soutien à l'action locale. Plus spécifiquement, elle suppose le renforcement d'une collaboration fonctionnelle entre les élus municipaux, porteurs de l'orientation politique, et l'administration municipale, chargée de la mise en œuvre contractuelle. Dans cette perspective, la présente étude soutient, d'une part, la nécessité d'intégrer explicitement les considérations environnementales au sein des règlements de gestion contractuelle des municipalités, et, d'autre part, l'instauration d'une obligation, pour l'ensemble des organismes municipaux, d'adopter une politique d'approvisionnement responsable. Toutefois, l'effectivité d'une telle mesure suppose l'adjonction de dispositifs juridiques contraignants, destinés à encadrer cette obligation nouvelle.

⁶⁶¹Art. 14 par.8 LCOP.

⁶⁶²AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité du canton de Potton concernant le processus identifié au SEAO* sous le numéro de référence 1732765.

Loin de se réduire à un engagement symbolique, l'adoption des PAR par les municipalités, devrait être accompagnée d'un régime normatif prévoyant l'application de sanctions juridiques positives ou négatives selon les cas de conformité ou de manquement⁶⁶³.

Ainsi, une sanction positive encouragerait, par exemple, le financement et la subvention de certains projets municipaux, tandis qu'une sanction négative pénaliserait les organismes municipaux refusant d'intégrer les considérations environnementales⁶⁶⁴. En d'autres mots, plus les municipalités adopteraient des politiques d'achats responsables, plus elles deviendraient éligibles aux programmes de financement gouvernementaux. À l'inverse, une moindre ou un refus de prise en compte des considérations environnementales réduirait leur éligibilité à ces financements. Dans cette perspective, il serait pertinent de conditionner l'octroi de subventions ou de financements de projets municipaux, tels que ceux relatifs à la construction ou à la fourniture, à l'intégration des considérations environnementales. D'ailleurs, la conditionnalité environnementale existe déjà au Québec dans d'autres domaines tels que l'agriculture⁶⁶⁵ et dans certains programmes gouvernementaux d'aides financières⁶⁶⁶. La transposition de cet outil dans les marchés publics municipaux œuvrerait à la protection efficace de l'environnement. Par voie de conséquence, l'utilisation des fonds publics aura donc une contrepartie : la protection de l'environnement.

S'il est vrai que la conditionnalité environnementale peut apparaître comme une forme d'incitation, elle peut également, et dans une certaine mesure, apparaître comme une forme de pression implicite à l'égard des municipalités⁶⁶⁷. Cela se justifie dans la mesure où, le financement de certains projets

⁶⁶³GOUVERNEMENT DU QUEBEC, Guide de référence sur l'éco-conditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux, Juin 2015 https://www.environnement.gouv.qc.ca/milieu_agri/ecoconditionnalite/guide-referenc-prog-finance.pdf; M. KAMTO, préc., note 99, 35 et suiv.; Nicolas DE SADELEER, « La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE », dans H. DELZANGLES et F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 6 et suiv.

⁶⁶⁴*Id.*

⁶⁶⁵GOUVERNEMENT DU QUEBEC, Guide de référence sur l'éco-conditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux, préc., note 663 ; voir aussi : M. KAMTO, préc., note 99 ; Nicolas et al. « La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE », préc., note 546.

⁶⁶⁶GOUVERNEMENT DU QUEBEC, Guide de référence sur l'éco-conditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux, préc., note 663.

⁶⁶⁷*Id.*

ou marchés publics municipaux sera conditionné par l'insertion des clauses environnementales. Soumises à cette forte tension budgétaire, les municipalités n'auront d'autres choix que d'être dociles, afin de se conformer aux politiques environnementales visant des achats publics responsables.

Ainsi, bien que l'adoption des politiques d'achats responsables ne soit pas obligatoire pour les organismes municipaux lors de la définition des besoins, il convient de souligner que les organismes publics soumis à la LCOP sont tenus d'intégrer les considérations liées au développement durable dans leurs marchés publics.

2. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés des organismes publics québécois, une obligation affirmée

Contrairement aux contrats des organismes municipaux, où l'inclusion des considérations environnementales dans leurs marchés publics n'est pas obligatoire, il convient de préciser que l'inclusion desdites considérations est obligatoire pour les marchés des organismes publics régis par la LCOP⁶⁶⁸. Cette différence s'explique par le fait que les cadres juridiques de ces deux types d'organismes sont distincts : les organismes municipaux sont principalement régis par la *Loi sur les cités et villes*, le *Code municipal du Québec*, la *loi sur les contrats des organismes municipaux* et leurs règlements afférents, tandis que les organismes publics sont régis par la LCOP et les règlements correspondants⁶⁶⁹. Cette distinction pourrait s'avérer artificielle, voire trompeuse dans certains cas, car l'AMP, lorsqu'elle exerce son contrôle sur la définition des besoins, intervient sans différencier les organismes, et ce, en se fondant généralement sur les articles 2 et 37 de la LCOP⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Art. 2, Art. 4.6, 7 et 8 LCOP; Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

⁶⁶⁹ Art. 4 LCOP ; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 du CM ; Art. 113.2.1 de la LCMM ; voir aussi : Art. 106.2.1 LCMQ et Art. 103.2.0.1 LSTC; Pier- Olivier FRADETTE, préc., note 48,18.

⁶⁷⁰ Art. 2 et 37 LCOP.

En effet, le fondement juridique de l'obligation de l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics se trouve aux articles 2, 14.6, 7 et 8 de la LCOP. Ces articles lisent comme suit :

« 2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir:

0.1° la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents;

1° la transparence dans les processus contractuels;

2° le traitement intègre et équitable des concurrents;

3° la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics;

3.1° l'utilisation des contrats publics comme levier de développement économique du Québec et de ses régions;

4° **la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui s'inscrive dans la recherche d'un développement durable au sens de la Loi sur le développement durable ([chapitre D-8.1.1](#));**

4.1° la recherche de la meilleure valeur dans l'intérêt public;

5° la mise en œuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics;

6° la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics.

Pour l'application de la présente loi, on entend par « accord intergouvernemental » un accord de libéralisation des marchés publics conclu entre le Québec et un autre gouvernement ou auquel le Québec, en application de la Loi sur le ministère des Relations internationales ([chapitre M-25.1.1](#)), s'est déclaré lié »⁶⁷¹.

« 14.6. Préalablement au processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat, un organisme public doit procéder à une évaluation des besoins qui s'inscrit dans la recherche d'un développement durable. Un organisme public assujéti à la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1) doit plus particulièrement tenir compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable, en plus des objectifs particuliers qu'il s'est fixés en application de cette loi et de ceux déterminés par le gouvernement dans la stratégie de développement durable adoptée en vertu de celle-ci.

14.7. Dans un souci d'amélioration constante, un organisme public doit privilégier l'inclusion, dans les documents d'appel d'offres ou le contrat, selon le cas, d'au moins une condition relative au caractère responsable de l'acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique. Une telle condition peut notamment prendre la forme d'une condition d'admissibilité, d'une exigence technique, d'un critère d'évaluation de la qualité ou d'une marge préférentielle.

14.8. Les conditions relatives au caractère responsable d'une acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique, doivent être liées à l'objet du contrat à moins qu'elles ne soient autrement autorisées par la loi.

Aux fins du premier alinéa, sont réputées liées à l'objet du contrat les conditions qui se rapportent aux biens, aux services ou aux travaux de construction à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, incluant notamment les stades de recherche, de développement, de production, de commercialisation, de prestation, de distribution, d'utilisation, de maintenance et de fin de vie, et ce, même lorsque de telles conditions ne portent pas sur l'une de leurs caractéristiques intrinsèques.

Le deuxième alinéa s'applique à toute catégorie de contrats, avec les adaptations nécessaires. »⁶⁷²

(Nos soulignements)

⁶⁷¹Id.

⁶⁷²Art.14.6, 7 et 8 LCOP.

En comparant ces articles avec les articles 573.3.1.2.1 de la *Loi sur les cités et villes* (LCV) et 938.1.2.0.1 du *Code municipal du Québec* (CM), on observe une différence entre le cadre juridique applicable aux organismes publics et celui des organismes municipaux en ce qui concerne l'inclusion des considérations relatives au développement durable. En effet, la LCOP oblige les organismes publics assujettis à elle à inclure au moins une condition relative au caractère responsable de l'acquisition, que ce soit sur le plan environnemental, social ou économique⁶⁷³. En revanche, cette obligation ne s'applique pas aux organismes municipaux régis par la *Loi sur les cités et villes*, le *Code municipal du Québec* ou encore la *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, pour lesquels l'inclusion des considérations environnementales demeure facultative et ne constitue pas une exigence juridique obligatoire⁶⁷⁴.

Il va de soi que les organismes publics assujettis à la LCOP sont légalement tenus d'intégrer les considérations environnementales dans la gestion de leurs contrats, et ce, conformément aux obligations découlant de l'article 14. 6 et 7 de ladite loi. Quant aux organismes municipaux, l'intégration des considérations environnementales dépend du contenu de leur règlement de gestion contractuelle, lequel détermine les modalités applicables en la matière. Ce règlement, adopté en vertu des pouvoirs conférés au conseil municipal, encadre les modalités d'adjudication des contrats municipaux et peut, à la discrétion des élus, prévoir l'intégration de critères environnementaux⁶⁷⁵.

⁶⁷³*Id.*; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 LCMM ; voir aussi, Art. 106.2.1 LCMQ et Art. 103.2.0.1 LSTC. « 573.3.1.2.1. toute municipalité peut adopter une politique d'acquisition responsable qui tient compte des principes prévus à l'article 6 de la loi sur le développement durable (chapitre d-8.1.1). la municipalité rend cette politique accessible en la publiant sur son site internet, ou si elle n'en a pas, sur celui de la municipalité régionale de comté dont le territoire comprend le sien » ; « 938.1.2.0.1. toute municipalité peut adopter une politique d'acquisition responsable qui tient compte des principes prévus à l'article 6 de la loi sur le développement durable (chapitre d-8.1.1). La municipalité rend cette politique accessible en la publiant sur son site internet, ou si elle n'en a pas, sur celui de la municipalité régionale de comté dont le territoire comprend le sien ».

⁶⁷⁴*Id.*

⁶⁷⁵9150-2732 *Québec Inc. c. ville de Montréal*, 2021 QCCS 2899, par.42-43 ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de saint-Fulgence concernant les contrats conclus pour le projet de réfection du sentier des battures et deux contrats pour l'acquisition de matériaux*, 2022-10; Jean HETU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le code civil et les contrats », (2020) vol. 122 *revue du notariat* 35 ; Voir aussi : art. 477.2 LCV; art. 956 CM.

Une telle distinction laisse entendre que, pour les organismes publics assujettis à la LCOP, la prise en compte des objectifs du développement durable lors de la passation des marchés constitue une exigence de nature impérative. Tel n'est pas nécessairement le cas des organismes municipaux, pour lesquels cette prise en compte relève essentiellement des choix opérés dans le cadre de leur règlement de gestion contractuelle. Il demeure toutefois que, dans les deux cas, la *Loi sur le développement durable* fournit un socle normatif commun, orientant les pratiques contractuelles vers une intégration accrue des considérations environnementales⁶⁷⁶.

B. La Loi sur le développement durable, une loi cruciale pour les achats publics

Il s'agira ici de démontrer que la *Loi sur le développement durable* (LDD) constitue une loi cruciale pour les achats publics des organismes québécois, dans la mesure où elle recommande aux organismes publics de placer le développement durable au centre de toutes les politiques d'achat public. Dans cette optique, les organismes municipaux et autres organismes publics doivent se référer à cette loi pour définir leurs besoins et orienter leurs politiques d'achat public.

En effet, en ce qui concerne l'achat des municipalités, les articles 573.3.1.2.1 de la *Loi sur les cités et villes* (LCV) et 938.1.2.0.1 du *Code municipal du Québec* (CM) disposent ce qui suit à ce sujet :

« 573.3.1.2.1. Toute municipalité peut adopter une politique d'acquisition responsable qui tient compte des principes prévus à l'article 6 de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1). La municipalité rend cette politique accessible en la publiant sur son site Internet, ou si elle n'en a pas, sur celui de la municipalité régionale de comté dont le territoire comprend le sien »

« 938.1.2.0.1. Toute municipalité peut adopter une politique d'acquisition responsable qui tient compte des principes prévus à l'article 6 de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1). La municipalité rend cette politique accessible en la publiant sur son site Internet, ou si elle n'en a pas, sur celui de la municipalité régionale de comté dont le territoire comprend le sien »⁶⁷⁷.

(Nos soulignements)

⁶⁷⁶Article 18 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4 ; p.4; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 11; DAJ, *Définition du besoin*, 01 avril 2019.

⁶⁷⁷Art. 573.3.1.2.1 LCV; art. 938.1.2.0.1 CMQ; art. 113.2.1 LCMM; Voir aussi : art. 106.2.1 LCMQ et art. 103.2.0.1 LSTC.

À la lecture de ces dispositions, il appert que la *Loi sur les cités et villes*, le *Code municipal du Québec*, ainsi que la *Loi sur les contrats des organismes municipaux* renvoient, de manière convergente, à l'article 6 de la *Loi sur le développement durable*, lequel énonce les principes devant guider l'action des organismes publics, sans toutefois créer d'obligation normative contraignante en matière environnementale. Il en va de même pour la LCOP, s'agissant des organismes publics assujettis en vertu de son article 4. Ainsi, l'article 2 de la LCOP énonce ce qui suit :

« 2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

0.1° la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents ;

1° la transparence dans les processus contractuels ;

2° le traitement intègre et équitable des concurrents ;

3° la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ;

3.1° l'utilisation des contrats publics comme levier de développement économique du Québec et de ses régions ;

4° la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui s'inscrive dans la recherche d'un développement durable au sens de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1);

4.1° la recherche de la meilleure valeur dans l'intérêt public ;

5° la mise en œuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics ;

6° la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics. »⁶⁷⁸ (Nos soulignements)

Dans cette perspective, l'article 14.6 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP) impose aux organismes publics qui y sont assujettis de tenir compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable ainsi que des stratégies qui s'y rapportent⁶⁷⁹. Cette prise en considération doit intervenir en amont du processus d'adjudication ou d'attribution du contrat⁶⁸⁰. Ainsi, les organismes publics soumis à la LCOP ont l'obligation d'évaluer leurs besoins en intégrant la recherche d'un développement durable, ce qui n'est pas

⁶⁷⁸Art. 2 LCOP.

⁶⁷⁹Art.14.6 LCOP : « 14.6. Préalablement au processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat, un organisme public doit procéder à une évaluation des besoins qui s'inscrit dans la recherche d'un développement durable. Un organisme public assujetti à la loi sur le développement durable (chapitre d-8.1.1) doit plus particulièrement tenir compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable, en plus des objectifs particuliers qu'il s'est fixé en application de cette loi et de ceux déterminés par le gouvernement dans la stratégie de développement durable adoptée en vertu de celle-ci ». (Nos soulignements)

⁶⁸⁰*Id.*

nécessairement le cas pour les organismes municipaux, dont la prise en compte des considérations environnementales dépend de l'adoption d'une politique d'acquisition responsable⁶⁸¹.

En imposant une telle obligation aux organismes publics québécois, le législateur cherche à s'assurer que les organismes publics prennent non seulement en compte les considérations économiques, mais aussi les considérations sociales et environnementales lors de leurs achats publics.

L'obligation de rechercher le développement durable lors de l'évaluation précontractuelle démontre qu'il s'agit d'une phase importante pour l'atteinte des objectifs du développement durable. L'importance de la prise en compte de ces objectifs lors de la définition des besoins, c'est-à-dire avant l'adjudication ou l'attribution des marchés publics démontre à quel point cette phase est déterminante lors de la passation des marchés publics, surtout si on veut prendre en compte les objectifs du développement durable.

Ainsi, il faut noter que les articles de la LCOP, de la LCV et du CM semblent tous faire référence à la *Loi sur le développement durable*. L'article 6 de cette loi précise ce qui suit :

« 6. Afin de mieux intégrer la recherche d'un développement durable dans ses sphères d'intervention, l'Administration prend en compte dans le cadre de ses différentes actions l'ensemble des principes suivants : a) « santé et qualité de vie » : les personnes, la protection de leur santé et l'amélioration de leur qualité de vie sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Les personnes ont droit à une vie saine et productive, en harmonie avec la nature; b) « équité et solidarité sociales » : les actions de développement doivent être entreprises dans un souci d'équité intra et intergénérationnelle ainsi que d'éthique et de solidarité sociales; c) « protection de l'environnement » : pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement; d) « efficacité économique » : l'économie du Québec et de ses régions doit être performante, porteuse d'innovation et d'une prospérité économique favorable au progrès social et respectueuse de l'environnement; e) « participation et engagement » : la participation et l'engagement des citoyens et des groupes qui les représentent sont nécessaires pour définir une vision concertée du développement et assurer sa durabilité sur les plans environnemental, social et économique; f) « accès au savoir » : les mesures favorisant l'éducation, l'accès à l'information et la recherche doivent être encouragées de manière à stimuler l'innovation ainsi qu'à améliorer la sensibilisation et la participation effective du public à la mise en œuvre du développement durable; g) « subsidiarité » : les pouvoirs et les responsabilités doivent être délégués au niveau approprié d'autorité. Une répartition adéquate des lieux de décision doit être recherchée, en ayant le souci de les rapprocher le plus possible des citoyens et des communautés concernées ; h) « partenariat et coopération intergouvernementale » : les gouvernements doivent collaborer afin de rendre durable le développement sur les plans environnemental, social et économique. Les actions entreprises sur un territoire doivent prendre en considération leurs impacts à l'extérieur de celui-ci; i) « prévention » : en présence d'un risque connu, des actions de prévention, d'atténuation et de

⁶⁸¹Art. 573.3.1.2.1 LCV; art. 938.1.2.0.1 CMQ; art. 113.2.1 LCMM; Voir aussi: art. 106.2.1 LCMQ et art.103.2.0.1 LSTC.

correction doivent être mises en place, en priorité à la source; j) « précaution »: lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement; k) « protection du patrimoine culturel »: le patrimoine culturel, constitué de biens, de lieux, de paysages, de traditions et de savoirs, reflète l'identité d'une société. Il transmet les valeurs de celle-ci de génération en génération et sa conservation favorise le caractère durable du développement. Il importe d'assurer son identification, sa protection et sa mise en valeur, en tenant compte des composantes de rareté et de fragilité qui le caractérisent ; l) « préservation de la biodiversité » : la diversité biologique rend des services inestimables et doit être conservée pour le bénéfice des générations actuelles et futures. Le maintien des espèces, des écosystèmes et des processus naturels qui entretiennent la vie est essentiel pour assurer la qualité de vie des citoyens; m) « respect de la capacité de support des écosystèmes »: les activités humaines doivent être respectueuses de la capacité de support des écosystèmes et en assurer la pérennité; n) « production et consommation responsables »: des changements doivent être apportés dans les modes de production et de consommation en vue de rendre ces dernières plus viables et plus responsables sur les plans social et environnemental, entre autres par l'adoption d'une approche d'écocoefficience, qui évite le gaspillage et qui optimise l'utilisation des ressources; o) « pollueur payeur »: les personnes qui génèrent de la pollution ou dont les actions dégradent autrement l'environnement doivent assumer leur part des coûts des mesures de prévention, de réduction et de contrôle des atteintes à la qualité de l'environnement et de la lutte contre celles-ci; p) « internalisation des coûts »: la valeur des biens et des services doit refléter l'ensemble des coûts qu'ils occasionnent à la société durant tout leur cycle de vie, de leur conception jusqu'à leur consommation et leur disposition finale »⁶⁸². (Nos soulignements)

Dans l'ensemble, on comprend clairement que la LDD est une loi cruciale en ce qui concerne la prise en compte des objectifs du développement durable dans les marchés publics des organismes publics et municipaux québécois. Ceci se constate non seulement à travers les décisions de l'AMP, mais également dans le contrôle que cette dernière exerce sur les organismes publics et municipaux du Québec.

Force est de constater qu'à la lecture des articles 3 et 4 de la LDD, il convient de souligner que plusieurs entités gouvernementales n'ont pas été incluses dans le champ d'application de ladite loi depuis 2006⁶⁸³. Ainsi, dans un essai présenté par Olivier Montreuil, il est mentionné ce qui suit :

⁶⁸²Art. 6 *Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1.

⁶⁸³Art. 3 et 4 LDD : « 3. Dans la présente loi, à moins que le contexte ne s'y oppose, il y a lieu d'entendre par l'«Administration», le gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, de même que les organismes du gouvernement visés par la Loi sur le vérificateur général ([chapitre V-5.01](#)).

Est assimilée à un organisme une personne nommée ou désignée par le gouvernement ou par un ministre, avec le personnel qu'elle dirige, dans le cadre des fonctions qui lui sont attribuées par la loi, le gouvernement ou le ministre. L'«Administration» ne comprend pas les tribunaux au sens de la Loi sur les tribunaux judiciaires ([chapitre T-16](#)), les organismes dont l'ensemble des membres sont juges de la Cour du Québec, le Conseil de la magistrature, le comité de la rémunération des juges, le comité de la rémunération des procureurs aux poursuites criminelles et pénales ainsi que, dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, les organismes de l'ordre administratif institués pour exercer de telles fonctions.

4. Le gouvernement peut déterminer à compter de quelles dates ou selon quel échéancier et, le cas échéant, avec quelles adaptations, une ou plusieurs des dispositions de la présente loi, applicables à l'Administration, s'appliquent également: 1° à l'un ou plusieurs des organismes municipaux visés par l'article 5 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels ([chapitre A-2.1](#));

« À ce titre, le législateur vise spécifiquement « le gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, de même que les organismes du gouvernement visés par la Loi sur le vérificateur général » (article 3), mais il permet au gouvernement d'étendre la démarche aux organismes municipaux, aux organismes scolaires et aux établissements de santé et de services sociaux (article 4). Depuis l'adoption de la Loi, le gouvernement n'a pas utilisé cette prérogative, un grand pan du secteur public québécois n'est ainsi pas soumis aux obligations de la LDD. Indéniablement, cela restreint sa portée, car ce serait ainsi seulement 40 % du budget du gouvernement qui serait soumis à ses principes (Le climat, 24 l'État et nous, 2018b). Le secteur de la santé notamment occupe une place importante et grandissante dans les livres comptables de l'État (Sioui, 2021), il peut donc être surprenant de constater que les sommes massives qui y sont dirigées ne soient pas mises à contribution dans le projet de société qu'est la *Loi sur le développement durable*. Même chose pour le réseau de l'éducation qu'il est difficile de ne pas voir comme un axe essentiel pour le développement durable, les écoles étant le lieu de prédilection pour sensibiliser les adultes de demain et intégrer les principes dans les milieux de travail à plus long terme. C'est plutôt une démarche d'adoption volontaire qui a été mise de l'avant, le ministère de l'Environnement, entre autres, s'efforçant de faire adhérer les différentes organisations aux travaux (ministère de l'Environnement, 2013).

Le CDD s'en est lui-même étonné dans plusieurs interventions :

Je me serais attendu, après près de 10 ans d'existence, à ce que la *Loi sur le développement durable* porte sur l'ensemble de l'Administration et toute la société québécoise, d'autant plus que certains des 16 principes qui y sont inscrits visent précisément la santé et la qualité de vie, l'accès au savoir et la subsidiarité. Étendre l'application de la loi serait une piste opportune et structurante pour la société québécoise. (CDD, 2015a, p.10)

Des cibles d'adhésion ont d'ailleurs été fixées, mais force est de constater qu'elles ne sont pas atteintes et que c'est possiblement l'approche qui est problématique (CDD, 2019). Il faut néanmoins noter que cela n'empêche pas les organismes en question de réaliser des travaux dans le domaine du développement durable »⁶⁸⁴.

Il faut préciser que lors des débats précédant l'adoption de la *Loi sur le développement durable*, le ministre avait exprimé clairement son intention de vouloir l'étendre graduellement à d'autres entités gouvernementales après son entrée en vigueur⁶⁸⁵. Cette approche prudente visait à éviter une mise en œuvre précipitée, susceptible de dépasser les capacités de réponse de l'administration⁶⁸⁶. L'Avant-projet de *Loi sur le développement durable* du Québec prévoyait que l'extension du champ d'application de la loi aux organismes municipaux et scolaires, ainsi qu'aux établissements de santé et de services sociaux, serait effectuée par décret⁶⁸⁷. Ce décret aurait pour objet de définir avec

2° à l'un ou plusieurs des organismes scolaires et des établissements de santé et de services sociaux respectivement visés par les articles 6 et 7 de cette même loi.

Les organismes et établissements sont consultés directement ou par l'entremise de leurs associations ou d'organismes régionaux compétents avant la prise de tout décret d'assujettissement les concernant ».

⁶⁸⁴Olivier Montreuil, *La Loi sur le développement durable du Québec : 15 ans après : historique, bilan et regard vers l'avenir*, Québec, Assemblée nationale du Québec, juillet 2021, p. 23-24.

⁶⁸⁵*Id.*; ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 37^e légis., 7 décembre 2005, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cte-37-1/journal-debats/CTE-051207.html>

⁶⁸⁶ *Id.*

⁶⁸⁷Art. 4 *Loi sur le développement durable* ; Voir aussi : Paule Halley, « L'Avant-projet de loi sur le développement durable du Québec », (2005) 16, *Revue de droit du développement durable de l'Université McGill*, CanLIIDocs ; Paule Halley et Denis Lemieux, « La mise en oeuvre de la Loi québécoise sur le développement durable : un premier bilan », en ligne : https://www.conferecedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/Atelier3-lamiseenoeuvredelaloiquebecoisuresurledeveloppementdurable.pdf&ved=2ahUKEwje7uSI2_CJAxUxF1kFHb6QMuvQFnoECBYQAQ&usq=AOvVaw0WfR61Jx4z6UNAqHkZ6WsD

précision les rôles et responsabilités de chaque organisme, dans une perspective d'efficacité et de cohérence institutionnelle⁶⁸⁸. L'avant-projet de cette loi prévoyait expressément que les organismes et établissements non assujettis par décret pouvaient, sur une base volontaire, se soumettre à la stratégie de développement durable du gouvernement, une disposition qui, à ce jour, est d'application⁶⁸⁹.

Bien que le cadre juridique applicable aux organismes publics régis par la LCOP soit distinct de celui des organismes municipaux en ce qui concerne la prise en compte des considérations relatives au développement durable, il convient de souligner que l'AMP exerce son contrôle de manière uniforme pour tous les organismes, en se fondant généralement sur les articles 2 et 37 de la LCOP⁶⁹⁰.

A. Le contrôle de la prise en compte des considérations environnementales par l'autorité des marchés publics (AMP)

Selon l'article 21 de la *Loi sur l'autorité des marchés publics* (LAMP), l'Autorité des marchés publics (AMP) est habilitée à examiner la gestion contractuelle d'un organisme public qu'elle désigne ou d'un organisme public désigné par le gouvernement⁶⁹¹. Cet examen couvre notamment la définition des besoins, les processus d'octroi des contrats, l'exécution des contrats et la reddition de comptes⁶⁹².

En examinant la définition des besoins des organismes, l'AMP se fonde principalement sur l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP) pour rendre ses recommandations à

⁶⁸⁸ *Id.*

⁶⁸⁹ *Id.*

⁶⁹⁰ Art. 2 et 37 LCOP.

⁶⁹¹ Lire en ce sens : Art. 21 LAMP.

⁶⁹² Art. 21 LAMP, par.4 ; Voir aussi : AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862* (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics), numéro 2021-06.

l'égard des municipalités⁶⁹³. Dans cette perspective, l'AMP exerce un contrôle approfondi de la définition des besoins des municipalités en s'appuyant principalement sur l'article 2 de la LCOP, et ce, peu importe l'organisme⁶⁹⁴. Cet article constitue le principal critère d'analyse de l'AMP en matière de définition des besoins et doit être interprété dans son intégralité.

Dans une recommandation formulée au dirigeant du Centre de santé Tulattavik de l'Ungava, l'AMP a rappelé ce qui suit : « le principe de transparence – tout comme les autres principes prévus à l'article 2 de la LCOP, telle la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics – doit être pris en compte dans le cadre du recours à l'exception du paragraphe 4 du premier alinéa de l'article 13 de la LCOP »⁶⁹⁵. Cela signifie en quelque sorte que l'article 2 de la LCOP ne vise pas seulement à promouvoir « la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui s'inscrit dans la recherche d'un développement durable au sens de la *Loi sur le développement durable* »⁶⁹⁶, mais aussi le principe de transparence, d'équité et de la saine concurrence durant le processus de passation des marchés publics⁶⁹⁷.

Ainsi, en interprétant l'article 2 de la LCOP dans sa globalité, cela permet de démontrer que la promotion de l'intégrité des marchés publics doit rimer, non seulement avec le respect des principes fondamentaux des marchés publics, mais aussi avec la prise en compte des objectifs du

⁶⁹³AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, Recommandation 2021-25; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé*, Recommandation n° 2021-01 ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de L'Île-d'Anticosti concernant le processus d'attribution d'un contrat de services lié à la préparation de la candidature de L'Île-d'Anticosti pour son inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco*, Recommandation n° 2022-08 ; Voir aussi : Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48,1.

⁶⁹⁴Art. 20, 21 et 29 LAMP; Pier- Olivier FRADETTE, préc., note 48, 5.

⁶⁹⁵AMP, *Recommandations formulées au dirigeant du centre de santé Tulattavik de l'Ungava concernant le processus d'attribution identifié au SEAO sous le numéro de référence 1823318*, n°2024-08.

⁶⁹⁶Art. 2 LCOP.

⁶⁹⁷AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics)* n° 2021-06.

développement durable. De cette manière, le contrôle exercé par l'AMP viserait, d'une part, à vérifier l'adéquation entre l'objet du marché public et les objectifs de développement durable et, d'autre part, à assurer le respect de l'intégrité et des principes de concurrence⁶⁹⁸. Dans cette perspective, ce contrôle viserait, en quelque sorte, à vérifier si les marchés publics atteignent les objectifs du développement durable.

À ce propos, il convient de noter que, le 15 octobre 2024, un protocole d'entente a été signé entre le ministère de l'Environnement, de la Lutte contre les changements climatiques, de la Faune et des Parcs (MELCCFP) et l'AMP⁶⁹⁹. Ce protocole s'inscrit dans le cadre du partage de renseignements entre les deux organisations pour leur permettre d'agir de manière concertée :

« D'une part, le MELCCFP pourra sévir contre des activités illégales qui ont cours dans les dossiers environnementaux et, d'autre part, l'AMP pourra intervenir auprès des entreprises qui ne satisfont pas aux exigences d'intégrité auxquelles la population est en droit de s'attendre, et pour assurer le respect de l'exécution des contrats prévus dans les documents d'appel d'offres.

Le protocole permettra également aux deux organisations de partager de l'information sur :

- Des individus, des groupes et des entreprises ayant ou non des liens avec le crime organisé;
- Des stratagèmes, des tendances ou de nouveaux phénomènes d'intérêt pour les deux organisations;
- Les bonnes pratiques touchant la cueillette de renseignements, les bases de données, les protocoles d'entente, les enquêtes, etc.

Ce partenariat s'inscrit dans une démarche du Contrôle environnemental du MELCCFP visant à combattre encore plus efficacement les infractions environnementales, dont la criminalité organisée et lucrative qui cause des dommages à l'environnement, particulièrement dans l'industrie des sols contaminés et des résidus de construction, de rénovation et de démolition (CRD). De son côté, l'AMP pourra exiger des entreprises qui bénéficient de contrats publics qu'elles mettent de l'avant des mesures correctives, les exclure des marchés publics pour une période de cinq ans ou encore leur imposer des sanctions administratives pécuniaires. »⁷⁰⁰

À la lecture de ce protocole, il est permis de considérer que les atteintes à l'environnement seront désormais reconnues comme des motifs d'exclusion des marchés publics au Québec. Cette orientation s'inscrit dans le prolongement des articles 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP) et 6 de la *Loi sur le développement durable* (LDD), qui posent les bases d'une commande publique plus responsable. Dans cette optique, notre étude propose la mise en place

⁶⁹⁸Lire en ce sens : P-O. FRADETTE, préc., note 48.

⁶⁹⁹Protocole d'entente conclu entre le ministère de l'environnement, de la lutte contre les changements climatiques, de la faune et des parcs (MELCCFP) et l'autorité des marchés publics (AMP), Québec, le 15 octobre 2024, en ligne : https://www.amp.quebec/fileadmin/documents/communiqués/communiqué_amp_melccfp_partenariat_2024-10-15.pdf&ved=2ahukewjw7oihzijaxuaddqihfwmbqiqfnoecbiqaa&usq=aovvaw1cjsdu_cjplwhavm6souzv

⁷⁰⁰*Id.*

d'un registre vert pour valoriser les entreprises respectueuses de l'environnement, et recommande que celles qui ne respectent pas ces exigences puissent être inscrites sur la liste noire de AMP.

Si, pour rendre ses décisions en matière de définition des besoins, l'AMP s'appuie principalement sur l'article 2 de la LCOP, il convient de souligner que les municipalités ne sont, en principe, pas assujetties à cette loi en vertu de son article 4, sauf en ce qui concerne les chapitres V.1 et V.2 de la LCOP, qui, d'ailleurs, ne traitent pas de la question concernant la définition des besoins⁷⁰¹. Il n'y a pas d'équivalent de l'article 2 de la LCOP dans les lois encadrant la gestion des organismes municipaux, y compris dans celle concernant les sociétés municipales⁷⁰².

Partant de ce qui précède, lors de la vérification de l'étape de la définition des besoins, l'AMP cherche à examiner l'impact de la définition des besoins sur la concurrence entre les entreprises ayant répondu à l'appel d'offres⁷⁰³.

Ainsi, dans une affaire portant sur la planification préalable des besoins, l'AMP a fait une recommandation intéressante à la municipalité de Saint-Hippolyte. En effet, l'AMP devait répondre à la question suivante : « est-ce que la Municipalité de Saint-Hippolyte a-t-elle correctement procédé à la planification des besoins préalablement à la publication de la demande de soumission publique ? ». À cette question, l'AMP a précisé ce qui suit :

« (...) La planification des besoins comprend trois éléments essentiels : la définition des besoins, l'analyse du marché et l'estimation des coûts. Ces éléments sont interreliés et contribuent notamment à choisir le bon mode de sollicitation, à rédiger une DDS conforme aux besoins exprimés et à assurer le respect des grands principes régissant les marchés publics.

Deux éléments seront abordés sous le thème de la planification des besoins, à savoir la définition des besoins et l'estimation des coûts.

Définition des besoins

L'étape de la définition des besoins doit être effectuée afin que l'ensemble des travaux requis soient exprimés à la DDS. Cet exercice rigoureux, qui doit être effectué en amont de la publication, a une incidence indéniable sur l'accessibilité des soumissionnaires potentiels au contrat, ainsi que sur l'égalité de traitement entre ceux-ci. Il a également une incidence sur l'exécution du contrat, puisqu'il

⁷⁰¹ Au regard de l'Art. 4 LCOP, les organismes municipaux sont exclus de l'application de la LCOP, à l'exception des chapitres v.1 et v.2 de la LCOP et de l'Art. 2 LCOP.

⁷⁰² *Id.* ; voir aussi : P-O. FRADETTE, préc., note 48.

⁷⁰³ *Id.*

contribue au respect de la valeur du contrat adjudgé et, conséquemment, à une saine gestion des deniers publics. Par ailleurs, conformément aux bonnes pratiques en gestion contractuelle, la documentation de la DDS doit être révisée et mise à jour avant la publication.

Estimation du contrat

L'article 961.2 du CMQ oblige la Municipalité à effectuer une estimation du contrat à octroyer lorsque la dépense prévue est de 100 000 \$ et plus, et ce, **préalablement** à l'ouverture des soumissions. Cette estimation doit également comprendre les options, tant pour le renouvellement que pour la fourniture de biens ou de services additionnels.

Il est indiqué, à l'article 8 a) de la Politique en gestion contractuelle de la Municipalité, qu'une estimation réaliste et raisonnable des dépenses doit avoir été faite pour tout contrat de biens ou de services qui engendre une dépense supérieure à 100 000 \$ et plus, incluant les taxes, pour que le contrat soit autorisé.

Cette estimation préalable permet également d'assurer le respect des dispositions concernant le régime des autorisations de contracter et de sous-contracter avec l'État auquel la Municipalité est assujettie, conformément à l'article 938.3.3 du CMQ et aux articles 21.17 et suivants de la Loi sur les contrats des organismes publics (la « LCOP ») qui s'appliquent (avec les adaptations nécessaires). L'AMP rappelle qu'une autorisation de contracter est requise pour les contrats de services comportant une dépense égale ou supérieure à 1 000 000 \$, incluant toute option prévue au contrat.

L'estimation du contrat est obligatoire et revêt un caractère primordial à plusieurs égards. Cet exercice permet notamment, lors de l'ouverture des soumissions, d'analyser l'écart entre les prix soumis et l'estimation. L'estimation sert également de référence au moment de l'adjudication du contrat par la Municipalité, qui peut, s'il y a un écart trop grand entre la plus basse soumission et l'estimation qu'elle a produite, rejeter toutes les soumissions et, ainsi, ne pas engager des fonds publics si la dépense est trop élevée. De plus, l'estimation est essentielle afin de déterminer si la Municipalité doit exiger des soumissionnaires qu'ils détiennent une autorisation de contracter ou de sous-contracter avec un organisme public, délivrée par l'AMP.

Tel que mentionné précédemment, les vérifications effectuées par l'AMP ont démontré qu'un élément essentiel n'a pas été considéré lors de la détermination des besoins, soit la fréquence de vidange des fosses de rétention. Cette omission a pour conséquence de créer une estimation du contrat lacunaire et de diminuer la valeur du contrat à conclure puisque l'ensemble des besoins n'y sont pas inclus.

Au surplus, dans le cadre de ses vérifications et suivant les informations obtenues du personnel de la Direction de l'environnement de la Municipalité, l'AMP a constaté que l'estimation des besoins par la Municipalité se résume à effectuer une indexation de 5 % des prix unitaires à partir des prix adjudgés lors d'appels d'offres précédents. Ainsi, le bordereau de prix est basé sur des assises incomplètes, et l'indexation est donc effectuée à partir d'une offre de prix lacunaire. L'AMP considère que cette estimation n'est pas réaliste ni raisonnable, selon la terminologie utilisée par la Municipalité, ce qui contrevient à sa propre Politique. (...)

À la lumière des lacunes constatées dans la définition des besoins, et de l'estimation inadéquate du contrat, l'AMP estime que la Municipalité doit faire preuve de plus de rigueur puisque ces éléments déterminent la valeur de la dépense du contrat, ainsi que les obligations auxquelles elle est assujettie.

Pour ces motifs, l'AMP considère que la Municipalité n'a pas respecté le cadre normatif en ce qui a trait à la planification de ses besoins »⁷⁰⁴. (Nos soulignements)

Dans la même veine, l'AMP a affirmé dans une autre recommandation faite à la municipalité de Saint-Léandre concernant l'estimation du prix ce qui suit :

« (...) L'article 961.2 du CM impose aux municipalités l'obligation d'effectuer une estimation pour les contrats qui comportent une dépense de 100 000 \$ ou plus. Les municipalités doivent se conformer à cette obligation avant l'ouverture des soumissions. Cette estimation a notamment pour objectif de confirmer la nécessité de procéder par voie d'appel d'offres public.

Par ailleurs, bien qu'il n'existe pas d'obligation formelle de procéder à l'évaluation du prix d'un contrat dont la dépense est inférieure à 100 000 \$, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une bonne pratique de procéder à une telle évaluation. L'établissement d'une estimation du prix d'un contrat présuppose une évaluation préalable rigoureuse des besoins de la municipalité et permet à celle-ci de s'assurer de choisir le bon mode de passation des contrats.

⁷⁰⁴AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568, recommandation 2021-25.*

L'article 961.3 du CM prévoit l'obligation de publier le prix d'un contrat qui comporte une dépense de 100 000 \$ ou plus, tel que préalablement estimé. Les obligations d'établir une estimation du prix d'un contrat comportant une dépense de 100 000 \$ ou plus, de même que celle de publier le prix estimé d'un tel contrat, s'inscrivent dans le cadre d'une saine administration des fonds publics et dans un objectif de transparence.

Or, la vérification menée par l'AMP a révélé que, considérant que la valeur du contrat conclut pour l'acquisition d'un tracteur usagé, la municipalité de Saint-Léandre ne s'est pas conformée au cadre normatif, notamment à l'égard des obligations susmentionnées prévues aux articles 961.2 et 961.3 du CM.

Cela étant, la municipalité de Saint-Léandre aurait également agi en contravention des règles applicables aux demandes de soumissions faites par voie d'invitation, à supposer que le contrat ait engendré une dépense se situant sous le seuil de la demande de soumissions publique »⁷⁰⁵. (Nos soulignements)

De même, à la question de savoir si une estimation du montant des services devait être établie par la Municipalité de l'Île-d'Anticosti avant la conclusion du contrat, l'AMP a conclu que :

« (...) une estimation du montant des Services devait être établie par la Municipalité avant la conclusion du contrat, puisque ce dernier comporte une dépense de 100 000 \$ ou plus.

En effet, le CMQ impose aux municipalités d'établir une estimation du prix de tout contrat qui comporte une dépense de 100 000 \$ ou plus. Cette estimation doit être réalisée par une municipalité avant la conclusion du contrat ou avant l'ouverture des soumissions, le cas échéant.

Une telle estimation doit inclure les montants liés aux options de renouvellement d'un contrat ainsi que celles relatives aux options pour la fourniture supplémentaire des mêmes services.

En l'espèce, la preuve recueillie par l'AMP révèle que la Municipalité n'a jamais effectué sa propre estimation des coûts des Services. Celle-ci a plutôt utilisé l'estimation des coûts effectuée par le Spécialiste dans deux offres de services lui ayant été transmises pour avoir une idée du coût des Services. (...) À la lumière de ce qui précède, l'estimation du contrat n'a pas été établie par la Municipalité, comme prescrit par le CMQ, bien qu'il ait été évident que le montant de ce dernier serait supérieur à 100 000 \$. L'AMP juge également qu'une telle estimation doit nécessairement être établie de façon sérieuse et être complète. »⁷⁰⁶ (Nos soulignements)

Si l'on doit passer en revue ces recommandations, on constaterait que la définition des besoins doit être préalable, adéquate et rigoureuse⁷⁰⁷. En effet, la définition des besoins est un « exercice rigoureux, qui doit être effectué en amont de la publication, car elle a une incidence indéniable sur l'accessibilité des soumissionnaires potentiels au contrat, ainsi que sur l'égalité de traitement entre ceux-ci »⁷⁰⁸. Cette incidence s'étend également à « l'exécution du contrat, puisqu'il contribue au respect de la valeur du contrat adjugé et, conséquemment, à une saine gestion des deniers

⁷⁰⁵ AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé*, recommandation 2021-01.

⁷⁰⁶ AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de L'Île-d'Anticosti concernant le processus d'attribution d'un contrat de services lié à la préparation de la candidature de L'Île-d'Anticosti pour son inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco*, recommandation 2022-08.

⁷⁰⁷ Art. 2, par. 3.1 et 4 et articles 14.1 à 14.9 LCOP.

⁷⁰⁸ AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, recommandation 2021-25.

publics »⁷⁰⁹. Dans ce cadre, la définition des besoins ne doit pas restreindre de la concurrence et doit tenir compte des objectifs du développement durable⁷¹⁰.

Pour ce faire, l'AMP doit faire passer les marchés publics au test de l'article 2 de la LCOP, et ce, dans l'optique de pouvoir mieux contrôler les marchés publics passés par tous les organismes publics du Québec, y compris les municipalités⁷¹¹. Dans cette optique, l'AMP pourrait se voir confier un rôle accru de contrôle quant à l'inclusion effective des considérations environnementales dans les marchés publics. La conclusion du protocole précité ouvre en ce sens une perspective nouvelle, en permettant d'utiliser les marchés publics comme un instrument concret de protection de l'environnement. La création d'un registre vert s'inscrirait dans cette logique : d'une part, en valorisant les entreprises qui adoptent des pratiques respectueuses de l'environnement, et d'autre part, en favorisant une responsabilisation mutuelle entre les municipalités et leurs cocontractants. Ce mécanisme contribuerait ainsi à renforcer la cohérence des politiques publiques en matière d'approvisionnement durable, tout en assurant une meilleure traçabilité des engagements environnementaux dans l'exécution contractuelle.

À cet égard, il convient de souligner qu'à l'issue de sa vérification ou de son enquête, l'AMP prend soit des décisions (l'ordonnance, la suspension de l'exécution d'un contrat public ou la résiliation), soit des recommandations⁷¹². Ces derniers peuvent viser l'adjudication, l'attribution ou l'exécution du marché public⁷¹³. En effet, à l'encontre des organismes publics, l'AMP peut prendre des

⁷⁰⁹*Id.* ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 5-11.

⁷¹⁰*Id.*

⁷¹¹*Id.*

⁷¹²Art. 20 LAMP.

⁷¹³Art. 29 LAMP : « au terme d'une vérification ou d'une enquête, l'autorité peut:

1° ordonner à l'organisme public de modifier, à la satisfaction de l'autorité, ses documents d'appel d'offres public ou d'annuler l'appel d'offres public lorsqu'elle est d'avis que les conditions de l'appel d'offres n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif;

2° ordonner à l'organisme public de ne pas donner suite à son intention de conclure de gré à gré un contrat public lorsqu'elle est d'avis qu'un plaignant ayant manifesté son intérêt est en mesure de réaliser ce contrat selon les besoins

recommandations ou des décisions, tandis qu'à l'égard des organismes municipaux, l'AMP ne peut que formuler des recommandations⁷¹⁴. La formulation de ces recommandations s'appuie généralement sur l'article 2 de la LCOP, lequel énonce les principes directeurs encadrant l'ensemble des pratiques contractuelles des organismes assujettis⁷¹⁵.

À ce stade, si l'on compare les textes juridiques français et québécois relatifs aux marchés publics, on observe qu'en matière de définition des besoins, les tribunaux judiciaires québécois ont cédé leur rôle à l'AMP et, pour la ville de Montréal, au Bureau de l'Inspecteur général (BIG). En droit québécois, ces deux organismes, chargés de veiller à l'intégrité des marchés publics, ne formulent que des recommandations à l'intention des municipalités, conformément à l'article 29, alinéa 6, de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics (LAMP)*⁷¹⁶.

et les obligations énoncés dans l'avis d'intention, l'organisme devant alors recourir à l'appel d'offres public s'il entend conclure ce contrat;

3° ordonner à l'organisme public de recourir à un vérificateur de processus indépendant pour les processus d'adjudication qu'elle indique;

4° désigner une personne indépendante pour agir à titre de membre d'un comité de sélection pour l'adjudication d'un contrat public qu'elle indique;

5° ordonner, malgré toute interdiction de divulguer des renseignements relatifs à l'identité d'un membre d'un comité de sélection ou permettant d'identifier ce membre comme tel, que l'organisme public lui transmette, pour approbation, la composition des comités de sélection pour les processus d'adjudication qu'elle indique;

5.1° ordonner à l'organisme public d'apporter des mesures correctrices, de réaliser des suivis adéquats ou de mettre en place toute autre mesure, telles des mesures de surveillance ou d'accompagnement, visant à s'assurer que l'exécution d'un contrat public est conforme aux exigences des documents d'appel d'offres ou des autres documents contractuels et requérir d'être informée par écrit, dans le délai indiqué, des mesures prises par l'organisme public pour donner suite à une telle décision;

6° suspendre, pour la durée qu'elle fixe, l'exécution de tout contrat public ou résilier un tel contrat si elle est d'avis que la gravité des manquements constatés justifie la suspension ou la résiliation ou si l'organisme public n'a pas donné suite à sa satisfaction à une ordonnance rendue en application du paragraphe 5.1°.

Les décisions de l'autorité sont publiques et elle doit les rendre disponibles sur son site internet. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue en vertu du paragraphe 4° du premier alinéa, l'identité de la personne désignée pour agir à titre de membre d'un comité de sélection ne doit pas être divulguée.

De plus, à la suite d'une décision rendue en vertu des paragraphes 1° ou 2° du premier alinéa, l'autorité requiert de l'exploitant du système électronique d'appel d'offres qu'il y inscrive, sans délai, une mention décrivant sommairement cette décision.

Malgré le premier alinéa, lorsque la vérification ou l'enquête concerne un organisme municipal, toute décision de l'autorité prend la forme d'une recommandation au conseil de l'organisme»; L. DESJARDINS, M. ALBERT, S. BOISSONNEAULT et D. TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », préc., note 57, 103.

⁷¹⁴*Id.*

⁷¹⁵Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48, 1.

⁷¹⁶Art. 20 et 29 LAMP ; L. DESJARDINS, M. ALBERT, S. BOISSONNEAULT et D. TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », préc., note 57, 103.

Dès lors, il convient de rappeler qu'en droit administratif, une recommandation se distingue clairement d'une décision⁷¹⁷. Contrairement aux décisions, les recommandations ne constituent pas des actes finaux de l'administration⁷¹⁸. Elles découlent généralement d'enquêtes menées selon une procédure inquisitoire, qui ne visent pas à établir une responsabilité pénale ou civile d'une personne ou d'un organisme⁷¹⁹. Autrement dit, « recommander n'équivaut pas à décider »⁷²⁰.

En effet, l'absence de force contraignante est une caractéristique essentielle des recommandations⁷²¹. Cependant, si une recommandation venait à produire des conséquences juridiques pour son destinataire, elle s'apparenterait alors davantage à une décision⁷²². Dans cette perspective, le contrôle judiciaire des recommandations devrait, en principe, se limiter à des situations exceptionnelles, comme un excès de compétence ou l'exercice d'un pouvoir à des fins illégales⁷²³. Une recommandation, sauf excès de compétence, ne saurait donc faire l'objet d'une révision par la Cour supérieure⁷²⁴. À l'instar des conclusions factuelles, une telle révision sera donc rarement possible⁷²⁵.

En outre, il importe également de noter que la question de la définition des besoins est rarement abordée par les tribunaux judiciaires, excepté l'AMP qui, depuis 2019, en fixe solidement le cadre juridique⁷²⁶. En droit français en revanche, en cas de plainte, la prérogative de contrôle au stade de

⁷¹⁷L. DESJARDINS, M. ALBERT, S. BOISSONNEAULT et D. TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », préc., note 57, 103 ; voir aussi : *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385 ; *11073192 Canada inc. c. Inspectrice générale de la ville de Montréal*, 2021 QCCS 3868, par. 23 et 24 ; *Omnitech Labs inc. c. Autorité des marchés publics*, 2022 QCCS 3016, par. 37 ; Larousse Web, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/recommandation/67085> ; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2023, consulté en ligne, sur le site du CAIJ : <https://espace.caij.qc.ca/>

⁷¹⁸*Id.*

⁷¹⁹*Id.*

⁷²⁰*Id.*

⁷²¹*Id.* ; L. DESJARDINS, M. ALBERT, S. BOISSONNEAULT et D. TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », préc., note 57, 103

⁷²² *Id.*

⁷²³L. DESJARDINS, M. ALBERT, S. BOISSONNEAULT et D. TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », préc., note 57, 93 et suiv.

⁷²⁴*Id.* ; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 399 ; *11073192 Canada inc. c. Inspectrice générale de la ville de Montréal*, 2021 QCCS 3868, par. 23 et 24 ; *Omnitech Labs inc. c. Autorité des marchés publics*, 2022 QCCS 3016, par. 37.

⁷²⁵L. DESJARDINS, M. ALBERT, S. BOISSONNEAULT et D. TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », préc., note 57, 93 et suiv.

⁷²⁶*Services sanitaires Morin Inc. c. Terrebonne (ville)*, 2010 QCCS 2822 ; Appel rejeté ; *Uniroc c. Ville de saint Jérôme*, 2020 QCCQ 240, par. 57 et suiv. ; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 5-11 ; Ces affaires ont tout de même effleuré la question

la définition des besoins relève généralement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, selon le cas.

Par ailleurs, l'AMP intervient également dans le processus de délivrance de l'autorisation pour participer au processus de passation des marchés publics au-delà d'un certain seuil, conformément aux articles 21.17 et suivants de la LCOP. Cette autorisation vise à vérifier en amont si l'entreprise souhaitant contracter ou sous-contracter avec l'État répond aux normes élevées d'intégrité attendues du public à l'égard d'une partie engagée dans un contrat ou un sous-contrat public⁷²⁷.

En somme, si l'inclusion des considérations environnementales lors de la définition des besoins s'impose en droit français comme une obligation juridique dans le cadre des marchés publics, tel n'est pas nécessairement le cas en droit municipal québécois, où cette exigence demeure facultative, à l'exception de certains organismes publics pour lesquels elle est obligatoire. Cela étant, il existe des mécanismes alternatifs susceptibles de favoriser une intégration effective de ces considérations, tout en atténuant les tensions entre les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général.

de la définition des besoins, mais sans pour autant toucher à l'article 2 de la LCOP ; *Paratonnerres Montréal inc. C. Corporation d'hébergement du Québec*, 2002 CanLII 20158 (QC CQ) ; *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*, [1993] 1 R.C.F. 371.

⁷²⁷Art. 938.3.3 CMQ et aux articles 21.17 et suivants de la LCOP ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-alphonse-de-Granby concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1613594*, recommandation 2022-11.

Section III. Approche alternative de la prise en compte des considérations environnementales en droit français et québécois

L'objet du présent chapitre est de mettre en lumière la complexité inhérente à l'intégration des considérations environnementales dans le cadre des marchés publics, notamment en raison de la tension persistante entre les composantes économiques et les composantes environnementales. Cette difficulté, bien que réelle, n'est pas insurmontable. Le droit des marchés publics, tant en France qu'au Québec, recèle en effet des mécanismes juridiques alternatifs permettant de concilier, dans une certaine mesure, ces deux logiques parfois perçues comme antagonistes.

En dépit des difficultés rencontrées lors de la définition des besoins, notamment pour les marchés complexes ou innovants, certaines techniques éprouvées du droit des marchés publics permettent aux municipalités de mieux encadrer cette étape cruciale. C'est le cas, en particulier, de la technique du sourçage (ou sourcing) (paragraphe I), qui autorise une collecte d'information préalable auprès des opérateurs économiques, et du parangonnage (ou benchmarking) (paragraphe II), qui facilite l'évaluation comparative des offres disponibles. Ces outils, lorsqu'ils sont mobilisés de manière conforme aux droits des marchés publics, offrent aux municipalités la possibilité de mieux concilier les impératifs budgétaires et les exigences environnementales. Ils constituent ainsi des leviers pertinents pour réduire la tension entre composante économique et composante environnementale, au moment même où se déploie la stratégie contractuelle, notamment lorsqu'elles doivent inclure des spécifications techniques à caractère environnemental (paragraphe III).

Paragraphe I. Le sourçage en droit français et québécois : un instrument d'inclusion des considérations environnementales

En règle générale, la détermination des besoins d'une personne publique est effectuée par son administration. Toutefois, cette démarche peut être précédée de rencontres et d'études préalables entre cette administration publique et les entreprises intéressées par la satisfaction de ces besoins⁷²⁸. En droit français, ces rencontres préalables à la passation des marchés publics sont rigoureusement encadrées par un cadre juridique clair et précis (A). En revanche, le droit québécois présente une lacune en ce qui concerne l'encadrement juridique de ces rencontres (B).

A. Le sourçage en droit français, un outil juridique encadré

En droit français, les échanges préalables à la passation d'un marché public sont appelés « sourçage » (sourcing). Ce dernier fait l'objet d'un encadrement juridique strict à cause des risques qu'il peut entraîner sur le processus de passation des marchés publics. En effet, en droit français, cette question est abordée à l'article R.2111-1 du CCP, lequel énonce ce qui suit :

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 »⁷²⁹. (Nos soulèvements)

Si l'on en croit cet article, les échanges préalables entre l'acheteur public et les entreprises potentielles peuvent se faire dans le respect strict des règles de concurrence et des principes fondamentaux de la commande publique⁷³⁰. Ces échanges doivent permettre aux personnes publiques d'affiner non seulement leurs besoins, mais aussi de donner aux entreprises la possibilité de proposer des solutions innovantes en matière environnementale, telles que le recyclage, la réduction de la consommation d'eau ou l'optimisation du coût du cycle de vie des produits, etc.⁷³¹

⁷²⁸F. AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 241.

⁷²⁹Art. R.2111-1CCP.

⁷³⁰Art. L.3 CCP.

⁷³¹F. AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p.242 ; L. SOURZAT, préc., note 120, p. 380.

Ces propositions innovantes peuvent également être intégrées dans les marchés publics via les variantes à caractère environnemental⁷³². De manière concrète, ces échanges préalables doivent normalement faciliter la rencontre entre l'idéal juridique et l'idéal économique, c'est-à-dire que ces rencontres doivent finalement conduire à la recherche d'un équilibre contractuel entre les parties qui se lancent dans la course en vue de l'obtention de l'appel d'offres⁷³³.

Dans cette logique, l'équilibre contractuel doit nécessairement découler des informations égales dont les candidats ayant répondu à l'appel d'offres auraient bénéficié⁷³⁴. Cependant, le candidat ou le soumissionnaire qui aurait eu accès à des informations ignorées lors de ces échanges par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure peut entraîner son exclusion à la procédure de passation des marchés publics⁷³⁵. Son exclusion à la procédure de souçage ne pourra être possible que lorsqu'on sera dans l'impossibilité de remédier à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 2141-8 du CCP⁷³⁶.

Dans ce contexte, l'objectif de l'administration publique est de rétablir l'équilibre perturbé par l'accès privilégié à des informations dont les autres concurrents n'auraient pas bénéficié avant la

⁷³²MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Guide de l'achat public : oser les variantes dans les marchés publics de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat*, décembre 2020, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/guide_oser_les_variantes_dans_les_mp_web.pdf&ved=2ahukewinxl3xjjjxwwftqihv93mj0qfnoecc0qaq&usg=aovvaw1cgmlpohtzqxvdmklr6ulc

⁷³³*Id.*

⁷³⁴Art. R.2111-1 CCP.

⁷³⁵Art. R.2111-2 CCP.

⁷³⁶Art. L. 2141-8 CCP : « L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui : 1° soit ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ; 2° soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ». ; voir aussi, DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019, p.10.

passation du marché public⁷³⁷. Le respect de cet équilibre est d'une importance capitale, car cela permet d'éviter tout risque de rupture d'égalité de traitement entre les candidats, et par voie de conséquence, toute suspicion d'une éventuelle commission d'infraction ou de délit d'octroi d'avantage injustifié⁷³⁸.

À la lumière de ce qui précède, on peut sans doute affirmer que le sourçage est un couteau à double tranchant dans la mesure où il permet d'une part à l'acheteur public de mieux affiner ses besoins, notamment en prenant en compte les considérations environnementales, et d'autre part, il peut engendrer des risques juridiques pouvant entraîner l'annulation ou à la résiliation du marché, s'il est mal utilisé⁷³⁹. C'est pourquoi les municipalités doivent se montrer prudentes et exigeantes lors de son utilisation pour éviter de miner l'intégrité du processus de l'appel d'offres et de porter atteinte, au cas échéant, aux principes fondamentaux de la commande publique.

Tout comme en droit français, il existe en droit québécois des mécanismes d'échanges et de discussions préalables avant la passation des marchés publics qu'il convient d'analyser, bien qu'ils ne fassent pas encore l'objet d'un encadrement juridique précis et strict comme en droit français.

B. Le sourçage en droit québécois, un outil juridique imprécis

Si, en droit français, les discussions et rencontres préalables à la passation des marchés publics s'inscrivent dans un cadre juridique clair, précis et strictement encadré, le droit québécois, en revanche, se caractérise par un encadrement imprécis et lacunaire à cet égard⁷⁴⁰.

⁷³⁷CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, req. n° 351570; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience »), 24 août 2021; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « fiche – la définition du besoin » mise à jour le 1er avril 2019, p. 10; Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, 43 ; voir aussi : S. BRACONNIER, préc., note 12 ; S. BRACONNIER, 7^e éd, préc., note 200.

⁷³⁸DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019, p.10.

⁷³⁹Voir aussi : S. BRACONNIER, préc., note 12 ; S. BRACONNIER, préc., note 200.

⁷⁴⁰CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

Si l'on peut relever l'absence, en droit québécois, d'un cadre juridique strictement défini encadrant le dialogue préalable à la passation des marchés publics, cette absence ne saurait être interprétée comme une interdiction. Bien au contraire, la nouvelle *loi sur les contrats des organismes publics*, récemment adopté, marque une première étape en instaurant un mécanisme permettant aux organismes municipaux de solliciter des renseignements en amont de la procédure contractuelle, notamment dans la phase de définition des besoins⁷⁴¹. Autrement dit, le recours au sourçage est possible pour les personnes publiques québécoises, sous réserve toutefois du respect des normes applicables, notamment celles prévues à l'article 2 de la LCOP⁷⁴².

En effet, avant le lancement d'un appel d'offres en droit québécois, la personne publique peut mener des échanges directs avec les éventuelles entreprises qui répondront à cet appel d'offres. Ces échanges peuvent être menés soit à travers l'avis d'appel d'intérêt, soit à travers l'avis d'intention⁷⁴³.

Dans cette perspective, l'avis d'appel d'intérêt est généralement utilisé lorsque la personne publique souhaite obtenir des commentaires et des informations pertinents sur le marché public qu'elle envisage passer, souvent dans un secteur d'activité où elle n'a pas une expertise approfondie⁷⁴⁴. Cet instrument permet donc à la personne publique de pouvoir mieux préciser ses besoins en vue de la conclusion d'un éventuel contrat. Bien qu'il soit coûteux, ce processus permet aux entreprises ayant répondu à cet avis de bénéficier d'une visibilité accrue dans le secteur des achats publics⁷⁴⁵. En revanche, l'avis d'intention est fréquemment utilisé lorsqu'on envisage

⁷⁴¹ Art. 21 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; *Montréal (Ville de) c. Organisation internationale Nouvelle Acropole Canada*, 2010 QCCA 1341, par. 12 et 31 ; Lire aussi : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *Action gouvernementale : précis des droits des institutions administratives*, préc., note 73 ;

⁷⁴² Art. 961.2 CM; Art. 477.4 LCV; CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

⁷⁴³ Art. 21 et 34 et suiv. *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INNOVATION ET DE L'ÉNERGIE, en ligne : <https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/guides-et-outils/marches-publics/les-etapes-dun-appel-au-marche-public> consulté le 25/04/2024. ; Voir aussi : J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p. 43 et suiv.

⁷⁴⁴ *Id.*

⁷⁴⁵ *Id.*

d'attribuer un marché public sans procédure de mise en concurrence, c'est-à-dire de gré à gré⁷⁴⁶. Cette procédure vise à restreindre l'attribution des marchés à un nombre déterminé d'entreprises, et ce, sans créer d'obligation contractuelle⁷⁴⁷.

Tout comme en droit français, l'utilisation de ce type de dialogue présente des risques juridiques énormes. Les municipalités qui choisissent cette voie s'exposent à des risques pénaux et civils. C'est la raison pour laquelle, les entreprises privées hésitent très souvent à s'engager dans ce genre de processus, de peur que des informations confidentielles, voire commerciales, ne soient divulguées et potentiellement exploitées lors d'appels d'offre ultérieurs⁷⁴⁸.

Dans cette logique, on peut sans doute déduire que l'avis d'intérêt ne peut pas être considéré comme un cadre approprié ou suffisant en vue de créer le contexte d'un vrai dialogue entre les municipalités et les entreprises. Cela peut se comprendre, si l'on doit considérer le dialogue comme un « appel d'intérêt, expressément prévu et qui fait l'objet d'une publication dans le système électronique d'appel d'offres »⁷⁴⁹. Force est de constater qu'en droit québécois, le dialogue ne crée aucune obligation de continuer le processus au-delà de la collecte de renseignements par l'organisme concerné⁷⁵⁰. Néanmoins, il existe au Québec des balises pouvant mesurer la bonne pratique, et cela s'effectue souvent sur base d'une analyse de marché de qualité dans le domaine de la construction, santé et technologie de l'information⁷⁵¹.

⁷⁴⁶*Id.* ; Art. 34 et suiv. *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4.

⁷⁴⁷*Id.*

⁷⁴⁸CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41; Voir aussi : J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p. 43 et suiv.

⁷⁴⁹*Id.* ; Art. 34 et suiv. *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4.

⁷⁵⁰*Id.*

⁷⁵¹*Id.*

Dans tous les cas, le recours au dialogue avant la passation des marchés publics doit impérativement se faire dans le respect des règles de la concurrence, malgré l'imprécision du cadre juridique⁷⁵².

Dans ses recommandations adressées au conseil des commissaires de la Commission scolaire Eastern Townships concernant le processus d'adjudication, l'AMP a précisé ce qui suit au sujet des rencontres et des échanges préalables au lancement de l'appel d'offres :

« Communication en amont de la publication de l'appel d'offres

Dans le cadre de sa vérification, l'AMP a pu constater des rencontres et des échanges fréquents entre le manufacturier Cisco et la Commission scolaire en amont du lancement de l'appel d'offres en cause, certains de ces échanges ayant d'ailleurs pris place très peu de temps avant la publication des documents d'appel d'offres. Par ailleurs, l'AMP note que Cisco est le seul manufacturier avec lequel la Commission scolaire a eu de tels échanges.

Il est opportun de rappeler que, dans le cadre des travaux d'évaluation de ses besoins et d'élaboration de ses documents d'appel d'offres, un organisme public doit préserver l'équité entre les soumissionnaires et ne doit pas partager de renseignements qui, une fois l'appel d'offres publié, pourraient nuire à une saine compétition. En effet, un avantage informationnel consenti à une entreprise pourrait avoir pour effet de rompre l'équité entre les soumissionnaires et de rendre nul le processus d'adjudication.

De plus, ces travaux préalables doivent être menés de manière transparente et être documentés, de façon à ce que l'organisme public puisse en démontrer l'objectivité et s'assurer qu'aucun avantage indu n'a été consenti dans le cadre de son approche.

Par ailleurs, l'AMP rappelle qu'un organisme public qui a besoin d'aide dans l'élaboration de ses documents d'appel d'offres ou qui estime préférable de faire réaliser ceux-ci par un tiers indépendant et désintéressé peut conclure un contrat de service à cette fin. Le cas échéant, l'entité ayant participé à l'élaboration des documents d'appel d'offres ne pourra prendre part à l'appel d'offres »⁷⁵³.

(Nos soulignements)

À l'analyse de cette recommandation, il apparaît que l'AMP souligne de manière explicite l'importance du respect des principes fondamentaux dans la phase préalable à la passation d'un marché public⁷⁵⁴. En effet, l'AMP insiste sur le fait que cette étape doit impérativement se conformer aux principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires, ces derniers étant essentiels pour garantir une concurrence équitable et préserver l'intégrité du processus d'adjudication⁷⁵⁵. Dans le cadre de la définition des besoins, l'AMP rappelle qu'un organisme

⁷⁵² *Id.* ; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DE L'INNOVATION, « Les grandes étapes d'un appel au marché public », en ligne : « <https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/outils/comprendre-les-enjeux-lies-aux-marchespublics/les-grandes-etapes-dunappel-au-marche-public/> » ; Charlotte DESLAURIERS-GOULET, « Fresque contemporaine de l'obligation de renseignement dans le contrat public », dans service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 549, *Développements récents en matière d'intégrité publique* (2022), Montréal, Editions Yvon Blais, 44-45

⁷⁵³ AMP, *Recommandations formulées au conseil des commissaires de la Commission scolaire Eastern Townships concernant le processus d'adjudication identifié sous le numéro de référence 1365680*, Recommandation 2021-20, 27 mai 2021, p. 4-5.

⁷⁵⁴ *Id.*

⁷⁵⁵ *Id.*

public peut faire appel à une entité tierce pour l'élaboration des documents d'appel d'offres⁷⁵⁶. Toutefois, une telle collaboration est conditionnée par une exigence fondamentale : l'interdiction pour cette entité tierce de participer à la procédure subséquente⁷⁵⁷. Cette restriction vise à prévenir tout conflit d'intérêts ou avantage indu. Autrement dit, cette restriction renforce la transparence et l'objectivité de la phase précontractuelle de la passation d'un marché public⁷⁵⁸.

Dans cette perspective, la ville du Québec a lancé le 24 avril 2024 sa vitrine inversée consistant à présenter un aperçu des projets d'appels d'offres et d'appels d'intérêt à l'étape de planification, compte tenu de la spécificité de ses besoins en matière d'achat public⁷⁵⁹. Généralement, lorsque les villes ont des besoins très spécifiques, seuls quelques fournisseurs sont en mesure de proposer le produit ou le service recherché. La vitrine inversée pourrait encourager et motiver ces types de fournisseurs. Cela encouragerait la concurrence et les échanges avec de nouveaux potentiels fournisseurs, et plus particulièrement les fournisseurs locaux⁷⁶⁰.

En dehors des marchés publics, cette forme de dialogue existe également dans le secteur universitaire québécois sous la forme de ce qu'on appelle : recherche et développement (R et D)⁷⁶¹. L'application de ce mécanisme de dialogue en amont du processus de passation des marchés, dans le contexte québécois, ne saurait avoir pour effet d'évincer des concurrents potentiels ayant accepté de participer aux échanges visant à affiner la définition des besoins⁷⁶². Une telle dérive

⁷⁵⁶ *Id.* ; Voir aussi : J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91; Sébastien LAPRISE, François Emond, Jean-Benoît POULIOT et Gilles ST-LAURENT, *Contrats des organismes publics-manuel sur les meilleures stratégies*, Wolters Kluwer, Québec ltée, 2016, p. 81 et suiv.

⁷⁵⁷ *Id.*

⁷⁵⁸ *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, RLRQ, c. T-11.011, art. 5, par. 5; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DE L'INNOVATION, « Les grandes étapes d'un appel au marché public », préc., note 752 ; S. LAPRISE, F. EMOND, J-B. POULIOT, *Contrats municipaux : manuel sur les meilleures stratégies*, préc., note 86, p. 217.

⁷⁵⁹ Ville de Québec, « Vitrine inversée : la ville innove en présentant ses appels d'offres et appels d'intérêt projetés », com-2024-151, en ligne : https://www.ville.quebec.qc.ca/apropos/espace-presse/actualites/fiche_autres_actualites.aspx?id=31094 consulté le 25/04/2024.

⁷⁶⁰ *Id.*

⁷⁶¹ CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

⁷⁶² *Id.*

compromettrait le respect des principes fondamentaux des marchés publics que sont l'égalité de traitement et la transparence. Au contraire, ce dialogue doit être envisagé comme un outil destiné à atténuer les tensions entre les composantes économiques et les considérations environnementales, en favorisant une définition plus éclairée, plus réaliste et plus équilibrée des besoins dans le cadre des achats publics

À la lumière de ce qui précède, il a été recommandé au Québec de bien vouloir s'inspirer du partenariat public-privé d'innovation ou d'adapter son cadre juridique en ce qui concerne les échanges et discussions préalables à la passation d'un marché public⁷⁶³. Ce dialogue préalable aura par exemple pour objectif d'informer les municipalités sur les innovations environnementales visant, par exemple, à réduire les émissions de CO₂ ou la consommation d'eau, etc.⁷⁶⁴

Dans l'ensemble, il convient toutefois de souligner que la *loi sur les contrats des organismes municipaux* établit un cadre juridique encadrant certaines pratiques précontractuelles, bien que celui-ci demeure lacunaire s'agissant des conditions et des limites entourant le dialogue préalable à la passation d'un marché public, particulièrement au stade de la définition et de l'évaluation des besoins. Face à l'insécurité juridique entourant son utilisation, les entreprises craignent de participer à ce type de dialogue de peur d'être exclues de la passation du marché public en raison des possibles violations des règles de concurrence, ce qui pourrait compromettre l'intégrité du marché public⁷⁶⁵. Toutefois, l'absence d'un cadre juridique précis et complet encadrant le dialogue préalable à la passation d'un marché public en droit québécois peut limiter l'accès à certains fournisseurs capables de mieux répondre aux besoins et aux exigences techniques⁷⁶⁶.

Somme toute, le recours au sourçage, tant en droit français qu'en droit québécois, permet aux municipalités de mieux comprendre les caractéristiques du marché dans lequel elle souhaite intégrer

⁷⁶³ *Id.*

⁷⁶⁴ *Id.*

⁷⁶⁵ *Id.*

⁷⁶⁶ *Id.*

des considérations environnementales. En consultant les entreprises en amont, elle est en mesure d'identifier celles qui proposent des solutions innovantes, adaptées aux objectifs de développement durable. L'apport significatif de ces entreprises dans le cadre des marchés publics permet ainsi de repenser la définition des besoins et de concevoir des marchés mieux adaptés à la réalité des municipalités. Ce dialogue contribuerait ainsi à réduire les tensions entre les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général, en favorisant des choix contractuels plus équilibrés et réalistes. Cependant, l'état actuel du droit n'exclut pas le recours à d'autres pratiques susceptibles de favoriser une meilleure prise en compte des considérations environnementales et économiques lors de la passation des marchés publics.

Paragraphe 2. Le benchmarking en droit français et québécois, un instrument privilégié pour insérer les considérations environnementales

Face aux risques juridiques entourant l'utilisation du *sourçage*, le *benchmarking* (le parangonnage) se présente comme l'instrument privilégié aux mains des personnes publiques pour une définition des besoins complexes. Le *benchmark* (parangonnage) est une démarche complémentaire au *sourcing*, dans la mesure où il a pour objectif d'améliorer, voire d'augmenter l'efficacité et l'efficacité d'un marché public⁷⁶⁷. Concrètement, le *benchmark* consiste à « identifier, auprès d'autres acheteurs, les bonnes pratiques et leviers d'action dont on peut s'inspirer pour l'élaboration de son marché »⁷⁶⁸.

Si l'on doit comparer le *benchmark* au *sourcing*, on constatera que ce dernier comporte beaucoup de risques juridiques. Ces risques peuvent être liés, par exemple, à l'octroi injustifié d'un contrat en violation flagrante des principes fondamentaux des marchés publics⁷⁶⁹. En réalité, c'est l'administration qui recourt au *sourcing*. À cet effet, l'administration entre directement en contact

⁷⁶⁷Olivier NYS et Bruno DALLER, « Les enjeux de la maîtrise du fonctionnement dans l'environnement financier des collectivités territoriales », (février 2019) 145 *RFFP*, p. 16-18 ; F. AKOKA, préc., note 5, p. 242-245.

⁷⁶⁸*Id.*

⁷⁶⁹*Id.* ; M. VALOIS, préc., note 29, 745.

avec les entreprises susceptibles de répondre à l'appel d'offres⁷⁷⁰. Ce contact direct avec les entreprises peut soulever des préoccupations juridiques en matière de concurrence, en particulier s'il est perçu comme un avantage concurrentiel indu. En effet, le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, consacré par le droit des marchés publics, impose que toutes les entreprises aient accès aux mêmes informations et opportunités dans la procédure de passation, sous peine de remise en cause de la validité du marché⁷⁷¹.

Contrairement au sourçage, le benchmarking ne présente pas les mêmes risques, dans la mesure où, c'est l'administration d'une municipalité qui échange avec une autre administration municipale⁷⁷². Ce type de communication, fondé sur le partage d'expériences et de bonnes pratiques, ne crée pas d'inégalité entre les soumissionnaires potentiels, puisqu'il ne confère aucun avantage informationnel exclusif à l'une des parties, respectant ainsi les principes de transparence et de concurrence équitable dans le processus de passation des marchés publics⁷⁷³.

Ainsi, dans le cadre d'un parangonnage, il est difficile que l'on puisse commettre un délit de favoritisme ou d'une atteinte à la concurrence, parce qu'il n'y a pas d'entreprise privée en face⁷⁷⁴. C'est peut-être la raison pour laquelle il n'a été codifié ni en droit français ni en québécois⁷⁷⁵. À ce sujet, la Chambre de commerce du Montréal métropolitain souligne que, dans le domaine des marchés publics au Québec, le partage d'expériences est particulièrement difficile en raison de la nécessité de protéger les secrets d'affaires⁷⁷⁶.

Le benchmarking, en tant qu'outil de comparaison et de mutualisation des bonnes pratiques contractuelles, peut également jouer un rôle clé dans la réduction des tensions entre les composantes

⁷⁷⁰*Id.*

⁷⁷¹Lire en ce sens : art. L3 CCP et art. 2 LCOP.

⁷⁷²*Id.*

⁷⁷³Art. L. 3 CCP et art. 2 LCOP.

⁷⁷⁴*Id.*

⁷⁷⁵O. NYS, B. DALLER, « Les enjeux de la maîtrise du fonctionnement dans l'environnement financier des collectivités territoriales », préc., note 767 ; F. AKOKA, préc., note 5, p. 242-245.

⁷⁷⁶Voir : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41.

environnementale et économique de l'intérêt général. En permettant aux municipalités de s'inspirer de solutions déjà expérimentées et validées par d'autres acteurs publics, il limite les incertitudes associées à l'innovation environnementale dans les marchés publics. De ce fait, la répliquabilité de modèles contractuels équilibrés, conciliant performance environnementale et maîtrise des coûts, permet aux personnes publiques d'opérer des choix plus éclairés et mieux proportionnés dans le cadre des marchés publics. Cela dit, le benchmarking contribue non seulement à la sécurisation juridique et économique des procédures, mais aussi à la légitimation des considérations environnementales, en démontrant qu'elles peuvent coexister de manière harmonieuse avec les contraintes budgétaires. Cette dynamique d'apprentissage collectif renforce ainsi la capacité des municipalités à intégrer de manière stable et opérationnelle les objectifs de durabilité dans leur stratégie d'achat. Le recours au benchmarking contribue également à une amélioration substantielle de la formulation des spécifications techniques à caractère environnemental dans les marchés publics.

Paragraphe 3. La formulation des spécifications techniques à caractère environnemental en droit français et québécois, une formulation à risque

La formulation des spécifications techniques dans le cadre d'un processus de passation des marchés publics se matérialise par l'élaboration de clauses techniques, généralement regroupées dans des documents contractuels spécifiques tels que les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP) ou les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP)⁷⁷⁷. Ces documents, indispensables à la conformité du marché, visent à encadrer les obligations techniques des cocontractants, tout en respectant les exigences de transparence et de concurrence imposées par le droit des marchés publics⁷⁷⁸. En effet, le respect des spécifications techniques fait l'objet d'un contrôle rigoureux par

⁷⁷⁷Art. L. 2112-3 CCP; art. R. 2112-2 CCP; art. R. 2112-3 CCP; art. R. 2112-2 CCP; art. 16.2 CCAG FCS ; art. 17.2 CCAG-MI ; art. 16.2 CCAG-PI ; art. 16.2 CCAG -TIC ; art. 20.2 CCAG -Travaux ; art. 18.2 CCAG-MOE ; art. 20.2.1 du CCAG travaux 2021 ; F. STEPHAN, « CCAG-travaux 2021 : simplification ou complexité ? », (2021) dossier 5 *contrats-marchés publics* ; art. 14.1.1 CCAG-Tic 2021; A. MAUREL, « CCAG-Tic 2021 : une avancée vers plus de clarté et de sécurité dans l'exécution des marchés », (2021) dossier 7 *contrats-marchés public* ; R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

⁷⁷⁸*Id.*

les personnes publiques lors de l'exécution du marché, car en cas de manquement, l'entreprise peut être soumise à des sanctions⁷⁷⁹.

Dans cette optique, lors de la passation des marchés publics, il est courant de procéder à une évaluation de la capacité technique des entreprises candidates à l'appel d'offres⁷⁸⁰. Dans ce cadre, il convient de s'assurer que ces entreprises possèdent non seulement la capacité de respecter les clauses environnementales stipulées dans le contrat, mais également un potentiel d'innovation qui pourrait renforcer leur conformité et leur performance dans ce domaine⁷⁸¹. Cette démarche est essentielle pour garantir que les objectifs environnementaux du marché soient atteints et pour promouvoir une concurrence saine et équitable parmi les soumissionnaires⁷⁸².

Bien que la formulation des spécifications techniques en droit français et québécois relève essentiellement de la compétence de la personne publique, il est important de souligner que ces spécifications, même si elles sont à caractère environnemental, doivent non seulement avoir un lien avec l'objet du marché public en question, mais aussi respecter les principes fondamentaux de la concurrence⁷⁸³. En sens, la formulation des spécifications techniques peut comporter des risques juridiques pour la personne publique qui les insère, si les spécifications techniques à caractère environnemental ne respectent pas les principes de concurrence et si elles ne sont pas en lien avec l'objet du marché public⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹*Id.*

⁷⁸⁰R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

⁷⁸¹Art. L. 2112-2, Art. L. 2152-7 CCP ; Voir aussi : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, préc., note 41 ; Florian LINDITCH et al, *Cahier des charges*, guide de l'achat public, LexisNexis, 2013, p.165 ; Voir aussi : Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 299.

⁷⁸²*Id.*

⁷⁸³Art. L. 3 CCP et 2 LCOP ; Voir aussi : J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.108 et suiv.

⁷⁸⁴CAA, Nantes, 4e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon ; CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412 ; CE, 24 juin 2011, *ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement, autostrade per l'Italia spa*, n° 347720 ; CAA, Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19bx01864, cinor ; TA, Toulouse, 13 juin 2024, n° 2104358 ; Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., note 54, p. 273 et suiv. ; En droit québécois, ce type de contrôle est exercé par l'AMP, voir : AMP, *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le CHU de Québec-université Laval*, décision

Par ailleurs, la conformité des spécifications techniques aux principes fondamentaux des marchés publics garantit l'équité et la transparence du processus d'adjudication, dans la mesure où, toutes les entreprises seront sur un pied d'égalité⁷⁸⁵. Cette exigence assure que les spécifications techniques ne créent pas de barrières injustifiées à la concurrence et soutiennent ainsi les objectifs d'un marché public ouvert et compétitif⁷⁸⁶. Ainsi, il s'avère parfois difficile pour les personnes publiques de rédiger des spécifications intégrant ces considérations, en raison de la complexité inhérente aux marchés publics et d'une formation des agents administratifs qui peut s'avérer insuffisante⁷⁸⁷. Cette situation peut compromettre la qualité des documents contractuels, entravant ainsi la mise en œuvre effective des objectifs de durabilité.

Ainsi, on peut déduire que les spécifications techniques, qu'elles soient générales ou spécifiquement environnementales, jouent un rôle similaire, tant en droit français (A), qu'en droit québécois (B), dans la mesure où elles permettent de concilier les composantes économiques et environnementales tout en respectant les règles de concurrence.

A. L'utilisation respectueuse des spécifications techniques à caractère environnemental en droit français

Les spécifications techniques permettent aux municipalités de formaliser techniquement leurs besoins en vue d'une éventuelle passation de marché⁷⁸⁸. Ces spécifications se présentent sous la forme de clauses techniques et revêtent une valeur réglementaire en droit français⁷⁸⁹.

2019-01 ; AMP, *Décision ordonnant à la commission scolaire crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348*, décision 2019-02; L. DESJARDINS, A. FORREST, C. LAFOND-CHRETIEN, K. RIVARD et M. ROYER, « Organismes publics et municipaux : défenseurs de première ligne en intégrité contractuelle », préc., note 24, 22 ; Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48, 18.

⁷⁸⁵ Art. L. 3 CCP et 2 LCOP.

⁷⁸⁶ *Id.*

⁷⁸⁷ Le PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025 met un accent particulier sur la formation des agents en matière d'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics, notamment en ce qui concerne l'analyse du coût du cycle de vie des biens dans les principaux segments d'achat. Voir aussi : CE, Avis 4 février 2021, n° 401933, point 25.

⁷⁸⁸ Art. L. 2111-2 CCP.

⁷⁸⁹ Art. L. 2112-2, art. L. 2152-7 CCP ; Florian LINDITCH et al, *Cahier des charges*, guide de l'achat public, LexisNexis, 2013, p.165 ; Voir aussi : Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 299 ; R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315; Voir aussi : Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de Doctorat, Université Montpellier, 2015, p. 517 et suiv.

Si les travaux, les fournitures et les services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence aux spécifications techniques, ces dernières doivent nécessairement prendre en compte les objectifs du développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale⁷⁹⁰. Cependant, cette prise en compte peut également être satisfaite à travers les labels⁷⁹¹, les normes écologiques, les clauses d'exécution, etc.⁷⁹²

En effet, dans l'hypothèse où, la personne publique impose aux opérateurs économiques de recourir à un label, il faudra que ce dernier soit en lien avec l'objet du marché au sens de l'article L. 2112-3 du CCP. De plus, il faudra également que les marchés publics en question soient clairement définis, et la personne publique est tenue d'accepter tout label qui remplirait des exigences équivalentes au label particulier exigé⁷⁹³.

Ainsi, dans le but de préserver la saine concurrence et le respect des principes fondamentaux du CCP entre les entreprises ayant postulé à l'appel d'offres, les spécifications techniques ne doivent pas mentionner le nom d'une marque ou d'un brevet⁷⁹⁴. La personne publique peut toutefois y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de déterminer autrement une description technique précise de l'objet d'un marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent »⁷⁹⁵.

Il importe de souligner que l'article R.2111-11 du CCP permet au candidat de prouver par tous les moyens que les spécifications techniques, les documents et exigences fonctionnelles qu'il propose,

⁷⁹⁰Art. L. 2111-1 CCP qui entrera en vigueur le 22 août 2026.

⁷⁹¹Les labels s'entendent comme « tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences. les écolabels quant à eux sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement » ; Art. R.2111-14 et R.2111-15 CCP ; CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; Lire aussi : DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019. p.4 ; E. MULLER, « *Le besoin : une notion aux enjeux multiples* », (2020), *Contrats- marchés public*, repère 3.

⁷⁹²Art. R.2111-14 et R.2111-15 CCP ; DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019. p.4.

⁷⁹³*Id.*

⁷⁹⁴CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; Lire aussi : DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019. p.4. ; Hubert DELZANGLES, « *Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ?* », préc., note 7, p.13-40 ; E. MULLER, « *Le besoin : une notion aux enjeux multiples* », préc., note 791 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 304.

⁷⁹⁵DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019. p.3 ; Voir aussi : Chapitre 19 de l'AECG ; voir aussi : article R. 2111-11 CCP

même sans correspondre à ceux annoncés par la personne publique, répondent de manière équivalente à ses attentes⁷⁹⁶.

Pour démontrer que les spécifications techniques peuvent concilier les composantes économiques et environnementales, il convient de prendre l'exemple de l'achat d'un véhicule. Dans ce type d'achat, il est nécessaire que la personne publique prenne en compte les impacts énergétiques et environnementaux du véhicule tout au long de sa durée de vie. L'intégration des considérations environnementales doit être effectuée au moment de la définition des besoins, car c'est à cette étape cruciale que se posent les fondements juridiques permettant d'orienter les choix contractuels des personnes publiques vers des options durables et respectueuses de l'environnement⁷⁹⁷. Afin d'assurer une protection efficace de l'environnement, il sera donc impératif d'évaluer préalablement le niveau d'énergie que le véhicule émettra durant son cycle de vie⁷⁹⁸. Ainsi, l'intérêt général lié à la protection de l'environnement doit orienter la personne publique dans une définition plus rigoureuse et précise de ses besoins en la matière. En droit français, la personne publique doit prendre en compte les incidences énergétiques et environnementales lors de l'achat de véhicules à moteur relevant des catégories M et N, telles que définies à l'article R. 311-1 du *Code de la route*, lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, et ce, durant toute la durée de vie du véhicule⁷⁹⁹. Plus précisément, les incidences énergétiques et environnementales à prendre en compte lors de la passation de ce type de marché public concernent généralement : la consommation d'énergie, les émissions de dioxyde de carbone (CO₂), les émissions de composés d'oxyde d'azote (NO_x), de composés hydrocarbonés non méthaniques (HCNM) et de particules⁸⁰⁰. C'est ainsi qu'il est nécessaire de rédiger avec une attention particulière les clauses techniques à caractère environnemental, notamment celles qui concernent

⁷⁹⁶S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 304.

⁷⁹⁷Art. L. 110-1 *Code de la route*.

⁷⁹⁸G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239, p. 37 ; DAJ, notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, groupe d'étude des marchés développement durable, préc., note 359 ; P. COSSALTER, préc., note 7.

⁷⁹⁹Art. R.2172-35 CCP.

⁸⁰⁰Art. 1 de l'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics.

le coût de la consommation énergétique du véhicule, le coût des émissions de CO₂ et le coût des émissions de polluants sur toute la durée de vie du véhicule⁸⁰¹.

Dans une perspective économique, l'intégration de clauses environnementales dans l'acquisition de ce type de véhicule a un effet favorable sur les finances municipales, en particulier par la réduction des dépenses⁸⁰². Ce bénéfice économique permettrait d'établir une corrélation optimale entre l'intérêt général de nature économique et l'intérêt général de nature environnementale. Cette corrélation contribue à l'atténuation des impacts environnementaux négatifs pouvant résulter de la passation d'un marché public. Par conséquent, il apparaît impératif que la définition des besoins soit conduite en amont du processus de passation des marchés publics, de manière rigoureuse et éclairée. Cette étape préparatoire constitue un levier essentiel pour atténuer les tensions susceptibles d'émerger entre les composantes environnementale et économique de l'intérêt général.

Par ailleurs, il faut noter que l'achat public de certains véhicules échappe à l'obligation de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales, dont notamment :

« De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires, de véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre et de machines mobiles »⁸⁰³.

Néanmoins, cette exception ne doit pas être un prétexte pour éluder la prise en compte des considérations environnementales lors des achats publics des véhicules. Il est vrai que cette prise en compte peut sembler, à un certain moment, difficile. Toutefois, cette difficulté peut se manifester particulièrement lorsque la personne publique se trouve dans l'incapacité de définir ses besoins en matière d'achat responsable ou fait face à une impossibilité matérielle de procéder à une telle

⁸⁰¹*Id.*; art. 3, 4 et 5.

⁸⁰²COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59 ; L. LEBON, préc., note 37, p. 618 ; UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.5 et suiv. ; M. EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », préc., note 380.

⁸⁰³Art. R. 2172-35 CCP.

définition. Dans ce cas, la personne publique peut recourir aux diverses formules prévues par le CCP qui lui permettent, soit de confier à un tiers la définition des besoins, soit de passer un marché comportant une définition variable du besoin⁸⁰⁴. Dans cette optique, la personne publique peut procéder au dialogue compétitif⁸⁰⁵. Ces techniques d'achat permettent également de mieux intégrer les considérations environnementales et économiques lorsque le marché public présente une certaine complexité. En outre, lorsqu'on veut procéder à l'achat des biens dont les caractéristiques techniques et le prix sont susceptibles de connaître de fortes variations, ou encore des achats qui, dans l'intérêt de la personne publique, ne devraient pas être confiés à un seul fournisseur, la multi-attribution est toujours possible, dans le cadre d'un accord-cadre ou d'un marché à bons de commande⁸⁰⁶.

Dès lors, il est important de préciser que la recherche des spécifications techniques adaptées aux marchés est une occasion de pouvoir inciter les personnes publiques à innover en la matière, par exemple en optant pour les spécifications techniques moins énergivores, notamment en tenant compte du coût du cycle de vie ou de spécifications qui favorisent l'économie circulaire.

En tout état de cause, si les spécifications techniques peuvent concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général dans le cadre des marchés publics, il est impératif que ces spécifications respectent les principes fondamentaux de la commande publique. Outre ce respect, lesdites spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché, sinon elles seront sans objet, et le droit québécois s'inscrit dans cette même logique⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴S. BRACONNIER, préc., note 200, p. 303.

⁸⁰⁵*Id.*; Voir aussi : Art. R. 2172-35 CCP.

⁸⁰⁶*Id.*

⁸⁰⁷Art. L. 3 CCP ; CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, Aff. c-513/99, considérant n° 57 ; CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, rép. min. n°25167 JO, n° 351570, Sénat, 11 janvier 2007 ; Voir aussi : S. BRACONNIER, préc., note 200.

B. L'utilisation des spécifications techniques à caractère environnemental en droit québécois, une utilisation quasi-semblable au droit français

Comme en droit français, les spécifications techniques peuvent, dans le contexte québécois, servir de levier pour favoriser la protection de l'environnement, à la condition qu'elles demeurent conformes aux exigences de concurrence et qu'elles soient étroitement liées à l'objet du contrat⁸⁰⁸. Cette obligation figure aux articles 19.9.6 de l'AECG, 573.1.0.14 de la LCV, 936.0.14 du CM et 14.8 de la LCOP⁸⁰⁹.

En effet, au Québec, comme en France, il est possible de prendre en compte les spécifications techniques à travers les labels et les normes (par exemple, les normes, notamment l'ISO 14000 sur la gestion environnementale), tout en respectant le principe de concurrence et de liaison avec l'objet du marché⁸¹⁰.

Dans cette perspective, la ville de Saint-Jean-sur-Richelieu précise dans sa politique d'achat que les spécifications techniques d'un bien peuvent, par exemple, être définies en termes de :

« normes techniques durables (le papier doit être à 100 % recyclé), critères reliés aux étiquettes écologiques reconnues au Canada (le papier doit être conforme aux normes « Éco Logo » et porter la certification FSC) ; exigences de performance (Exemple : compatibilité avec les équipements selon certaines normes) ; méthodes et processus de production (Exemple : le papier doit être produit sans utilisation de chlore ; utilisation d'équivalences basées sur des spécifications minimales ou des

⁸⁰⁸Art. 2 LCOP ; art.14.6, 7 et 8 LCOP; art. 573.3.1.2.1 LCV ; art. 938.1.2.0.1 CMQ ; art. 113.2.1 LCMM ; voir aussi : art. 106.2.1 LCMQ et art. 103.2.0.1 LSTC ; P-o. FRADETTE, préc., note 48, 18-20; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, , préc., note 48 ; VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUEBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59 ; Jean-Benoît POULIOT, Sébastien LAPRISE, François EMOND, Marie-lise GAUDET et Virginie BEAUCHEMIN, *Contrats des organismes publics - manuel sur les meilleures stratégies*, 2e éd., wolters kluwer, Montréal, 1^{er} février 2022; Sébastien LAPRISE, François EMOND, Jean-Benoît POULIOT, *Contrats municipaux : manuel sur les meilleures stratégies*, préc., note 86, p.188 et suiv.; J. PERREAULT, *appels d'offres municipaux*, préc., note 91,

⁸⁰⁹Chapitre 19 relatif aux marchés publics, plus particulièrement l'article 19.9.6 de l'AECG ; Article 14.8 de la LCOP : « les conditions relatives au caractère responsable d'une acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique, doivent être liées à l'objet du contrat à moins qu'elles ne soient autrement autorisées par la loi. aux fins du premier alinéa, sont réputées liées à l'objet du contrat les conditions qui se rapportent aux biens, aux services ou aux travaux de construction à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, incluant notamment les stades de recherche, de développement, de production, de commercialisation, de prestation, de distribution, d'utilisation, de maintenance et de fin de vie, et ce, même lorsque de telles conditions ne portent pas sur l'une de leurs caractéristiques intrinsèques.

Le deuxième alinéa s'applique à toute catégorie de contrats, avec les adaptations nécessaires. » (Nos soulignements).

⁸¹⁰Art. 573.1.0.14 LCV ; art. 936.0.14 CM.

spécifications environnementales additionnelles (Exemple : le papier est conforme à d'autres normes non spécifiées, mais équivalentes) »⁸¹¹.

Dans le même ordre d'idées, la ville de Saint-Jean-sur-Richelieu a également indiqué dans sa politique d'achat ce qui suit :

« les spécifications techniques durables pour un service peuvent aussi être définies en termes de : a) capacité technique (Exemple : possession des équipements adaptés aux exigences environnementales) ; b) éléments d'expérience du fournisseur et des intervenants (Exemple : réalisation de projets pertinents) ; c) éléments de certification du fournisseur ou des intervenants (Exemple : exigence d'une certification adaptée aux particularités du mandat) ; d) éléments sur les mesures de gestion environnementales du projet (Exemple : mise en place de mesures temporaires pour réduire les impacts environnementaux du projet) »⁸¹².

Partant de ce qui précède, l'Autorité des marchés publics (AMP) a eu à préciser dans une décision annulant l'appel d'offres du CHU de Québec-Université Laval ce qui suit :

« À ce titre, lorsqu'il rédige des spécifications techniques, le CHU doit notamment respecter les règles de l'article 5093 de l'ALEC, reproduit ci-dessous :
 « 1. Une entité contractante n'établit, n'adopte ni n'applique de spécifications techniques ni ne prescrit de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.
 À la lecture de ces articles, l'AMP considère qu'un organisme public doit privilégier la rédaction des spécifications techniques en termes de performance et d'exigences fonctionnelles, puisque l'utilisation d'un nom commercial à laquelle la mention « ou l'équivalent » est ajoutée n'est permise qu'à titre d'exception seulement.
 Pour recourir à ce type de libellé, il faut démontrer qu'il n'y a aucun moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire autrement les exigences du contrat. Cette approche appuie les principes fondamentaux de la LCOP et des accords de libéralisation. En effet, elle permet d'éviter que des concurrents potentiels ne soient dissuadés de soumissionner en raison de la charge de travail additionnelle et des coûts liés à la préparation d'une soumission équivalente. En bref, cette approche favorise l'accès aux contrats publics à un plus grand bassin de soumissionnaires. Considérant ce qui précède, le CHU n'a pas fait la démonstration que l'utilisation d'un nom commercial à titre de spécifications techniques était justifiée »⁸¹³. (Nos soulignements).

Dans une autre décision qui ordonnait l'annulation d'un appel d'offres public de la Commission scolaire Crie, l'AMP a affirmé ce qui suit :

« Il est généralement reconnu que l'organisme public jouit d'une grande discrétion au moment d'élaborer le contenu de l'appel d'offres et notamment lorsqu'il détermine les spécifications techniques et les exigences propres à ses besoins. Ce faisant, la CS Crie bénéficie de la latitude nécessaire afin de préciser aux soumissionnaires potentiels tous les impératifs de robustesse, de fiabilité, de durabilité qu'elle estime nécessaires, compte tenu de sa situation particulière, ainsi que la nécessité de pouvoir obtenir un soutien technique adéquat.
 L'AMP reconnaît que la CS Crie fait face à des besoins particuliers en raison de sa localisation et de son isolement, et comprend des prétentions soumises par cette dernière que les produits et le service client HPE répondent à ses besoins.

⁸¹¹VILLE DE SAINT-JEAN-SUR-RICHELIEU, *Politique d'approvisionnement responsable*, mai 2023 ; *Politique d'approvisionnement responsable de la ville de Montréal*, préc., note 214 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale*, préc., note 59.

⁸¹²*Id.*

⁸¹³AMP, *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le chu de Québec-université Laval*, préc., note 784.

Cependant, l'AMP est d'avis que ceux-ci auraient pu et auraient dû être décrits en termes objectifs afin de permettre à un plus grand bassin de soumissionnaires de répondre à l'appel d'offres et de faire jouer la concurrence dans un marché ouvert.

Un organisme public peut recourir à l'utilisation d'un nom commercial et spécifier des produits dans ses documents d'appels d'offres, bien que cela ne soit pas la première approche à privilégier en matière de passation des marchés publics. Cependant, lorsqu'il le fait, c'est à titre d'indication et il doit d'accepter les équivalences, principe auquel la CS Crie a fait défaut de se conformer.

Les réponses fournies par la CS Crie ne permettent pas de démontrer que seule HPE est en mesure de répondre à ses besoins. En effet, aucune démarche n'a été portée à l'attention de l'AMP afin de confirmer que la CS Crie s'était souciée de ne pas restreindre indûment le marché. Sur la base des faits et arguments présentés, l'AMP ne peut que conclure que la CS Crie n'a pas examiné le recours possible à d'autres fournisseurs de façon objective et qu'elle fonde son appréciation qu'HPE est le seul fournisseur à pouvoir répondre à ses besoins sur la base d'une longue relation d'affaires positive avec ce dernier.

Par ailleurs, la CS Crie semble également justifier le refus d'accepter les équivalences sur la base d'enjeux de compatibilité et d'intégrité du système en place. Encore une fois, la CS Crie n'a pas démontré à l'AMP qu'elle avait effectué des démarches sérieuses pour appuyer ses prétentions voulant qu'aucun autre produit ne soit compatible.

Enfin, il est vrai que les changements d'équipements peuvent engendrer des besoins en matière de formation des effectifs. Toutefois, cette considération ne saurait justifier le recours à un appel d'offres dirigé.

L'AMP est d'avis que la CS Crie aurait minimalement dû permettre la reconnaissance d'équivalences, en l'absence de démarches sérieuses préalables justifiant une telle fermeture du marché aux seuls fournisseurs de produits HPE.

D'autres joueurs auraient ainsi pu être en mesure de soumissionner et de proposer leurs produits »⁸¹⁴.

(Nos soulèvements).

Il ressort de ce qui précède que, dans la rédaction des spécifications techniques, la personne publique doit privilégier la formulation des spécifications en termes de performance et d'exigences fonctionnelles, et elle ne doit recourir à l'utilisation d'un nom commercial que de manière exceptionnelle⁸¹⁵. Il en est de même, en droit français, lorsqu'une municipalité fait référence à un produit quelconque, elle doit aussi accepter les équivalents dans le but d'ouvrir le marché à la concurrence, et plus généralement aux PME. Toutefois, les spécifications techniques sous forme de label ou de normes sont également permises à condition qu'elles ne faussent pas la concurrence⁸¹⁶.

Concernant l'utilisation du terme « ou équivalent » lorsque la personne publique se réfère à une marque précise, l'AECG précise ce qui suit :

« 3. Si la conception ou les caractéristiques descriptives sont utilisées dans les spécifications techniques, une entité contractante devrait indiquer, s'il y a lieu, qu'elle prendra en considération les soumissions portant sur des marchandises ou des services équivalents dont il peut être démontré qu'ils

⁸¹⁴AMP, *Décision ordonnant à la commission scolaire crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348*, décision 2019-02.

⁸¹⁵AMP, *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le CHU de Québec-université Laval*, préc., note 784.

⁸¹⁶*Id.* ; AMP, *Décision ordonnant à la commission scolaire crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348*, préc., note 784 ; L. DESJARDINS, A. FORREST, C. LAFOND-CHRETIEN, K. RIVARD et M. ROYER, « Organismes publics et municipaux : défenseurs de première ligne en intégrité contractuelle », préc., note 24, 22.

satisfont aux prescriptions du marché, en utilisant des termes tels que « ou l'équivalent » dans la documentation relative à l'appel d'offres.

4. Une entité contractante ne prescrit pas de spécifications techniques qui exigent ou mentionnent une marque ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un dessin ou un modèle, un type, une origine déterminée, un producteur ou un fournisseur déterminé, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que, dans de tels cas, des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres »⁸¹⁷. (Nos soulignements)

Ainsi, le refus de se conformer à cette politique peut engendrer des suspicions sur l'intégrité globale du marché public devant être passé⁸¹⁸. C'est pourquoi, lorsque les personnes publiques peinent dans la définition de leurs besoins lors d'un achat public, elles peuvent toujours recourir au *sourcing* ou au *benchmark* afin de pallier cette carence.

Après avoir mis en lumière les tensions susceptibles de surgir lors de l'intégration des considérations environnementales au stade de la définition des besoins, il convient désormais d'analyser les effets juridiques de leur insertion au moment de la passation des marchés. Cette étape est déterminante, car elle permet d'apprécier les modalités concrètes de sélection des candidatures et des offres lorsque des considérations environnementales sont introduites. L'objectif est donc de comprendre comment ces considérations environnementales peuvent influencer les critères d'admissibilité des candidatures et d'évaluation des offres, tout en respectant les principes fondamentaux des marchés publics.

⁸¹⁷Art. 19.9.6 de l'AECG.

⁸¹⁸AMP, *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le chu de Québec-université Laval*, préc., note 784 ; AMP, *Décision ordonnant à la commission scolaire crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348*, préc., note 784 ; L. DESJARDINS, A. FORREST, C. LAFOND-CHRETIEN, K. RIVARD et M. ROYER, préc., note 676.

PARTIE II. LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS INTÉGRANT LES CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES EN DROIT FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS

L'objet de cette partie consiste à démontrer que l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics peut se heurter à deux obstacles majeurs, à savoir : l'objet du marché et les principes fondamentaux des marchés publics. Bien que ces deux éléments fixent les balises de la prise en compte des considérations environnementales, ils peuvent constituer des obstacles internes au contrat. Néanmoins, lorsque ces considérations sont effectivement prises en compte dans un marché public, elles influencent de manière significative la sélection des candidatures et des offres lors de la passation des marchés.

Au-delà de ces obstacles internes aux marchés publics, il existe des obstacles externes à l'utilisation des marchés publics comme instrument juridique de protection de l'environnement. Ces obstacles sont liés à l'absence de sanctions effectives à l'encontre des personnes publiques, lorsqu'elles refusent d'inclure lesdites considérations dans leurs marchés.

En effet, l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics ne se fait pas de manière systématique, c'est-à-dire qu'elle dépend des types des marchés publics, car les considérations environnementales ne peuvent pas être prises dans tous les marchés, ce qui constitue un réel obstacle, sinon une limite à leur inclusion.

Bien que les marchés publics en droit français et québécois connaissent des obstacles juridiques internes et externes, la prise en compte des considérations environnementales permet aux personnes publiques d'exclure ou de sélectionner l'entreprise disposant des capacités requises pour exécuter le marché public (chapitre 1). Toutefois, il convient de noter que les obstacles juridiques internes et externes à la prise en compte de ces considérations, (chapitre 2), permettent d'effectuer un regard croisé sur la jurisprudence européenne, française, québécoise et canadienne sur l'ensemble de ces questions (chapitre 3).

Chapitre 1. La sélection des candidatures et des offres d'entreprises en droit français et québécois

Dans ce chapitre, il sera question d'analyser l'impact de la prise en compte des considérations environnementales sur les marchés publics français et québécois. À cet effet, nous démontrerons que cette prise en compte influence non seulement le choix des personnes publiques dans la sélection des candidatures des entreprises les plus qualifiées, mais également la détermination des meilleures offres.

Ainsi, nous démontrerons, dans un premier temps, que le droit français et le droit québécois ne prévoient pas expressément de motifs d'exclusion des entreprises fondés sur des critères environnementaux au stade de la sélection des candidatures (section I). Dans un second temps, nous analyserons les modalités selon lesquelles, en l'absence de tels motifs, les entreprises sont sélectionnées dans le cadre des marchés publics en droit français et québécois (section II).

Section I. La sélection des candidatures en droit français et québécois, une sélection marquée par l'absence d'exclusion pour motif environnemental

Dans cette section, nous démontrerons que la procédure de sélection des candidatures d'entreprises en droit français et québécois se caractérise par l'absence de motifs d'exclusion fondé sur l'atteinte à l'environnement.

Dans ce contexte, le législateur français a introduit un motif d'exclusion reposant sur l'absence de mise en œuvre d'un plan de vigilance, traduisant ainsi une volonté d'encadrer les obligations environnementales et sociales des entreprises (paragraphe I). Si, à ce jour, aucun motif d'exclusion fondé explicitement sur des considérations environnementales n'est prévu, ni en droit français ni en droit québécois, il convient toutefois de relever que le droit québécois ne s'est pas encore doté d'un dispositif équivalent à celui du plan de vigilance instauré en droit français, témoignant ainsi d'un décalage normatif entre les deux systèmes juridiques (paragraphe II).

Paragraphe I. Les mécanismes palliatifs à l'absence de critères d'exclusion fondés sur des motifs environnementaux en droit français

Bien qu'il n'existe pas encore en droit français des marchés publics, un motif exprès d'exclusion de candidature des entreprises fondé sur l'atteinte à l'environnement, il est néanmoins possible d'exclure une entreprise, si elle a déjà fait l'objet d'une condamnation à une peine d'exclusion des marchés publics (A). Il convient de souligner que ce motif d'exclusion relève, non pas du droit des marchés publics, mais du droit pénal. En dehors de ce motif d'exclusion, il existe, en droit français, un nouveau motif d'exclusion pour manque ou absence de plan de vigilance environnementale (B).

A. L'absence en droit des marchés publics français d'un motif d'exclusion de candidature fondé sur le motif environnemental

À l'exception des critères d'exclusion de plein droit et des motifs laissés à l'appréciation de l'autorité publique compétente, le droit français des marchés publics ne prévoit actuellement aucun motif explicite d'exclusion d'une candidature fondé sur l'atteinte à l'environnement⁸¹⁹.

Néanmoins, il demeure possible d'exclure d'un marché public une entreprise ayant été expressément condamnée à une peine d'exclusion des marchés publics⁸²⁰. Il convient toutefois de souligner que ce motif d'exclusion ne relève pas directement du CCP, mais trouve plutôt son fondement dans le Code pénal, illustrant ainsi l'articulation entre le droit de la commande publique et le droit pénal⁸²¹. En effet, les infractions dont la condamnation est définitive à l'encontre d'une entreprise peuvent entraîner l'exclusion de « plein droit » à une procédure de passation de marché public. Parmi ces infractions, il convient de citer : la corruption, la prise illégale d'intérêt,

⁸¹⁹Art. L.2141-1 - L.2141-6, art. L.2141-7 à L.2141-11 CCP ; Arnaud D'ARGOUBET RAYBAUD, « Commande publique et droit de vivre dans un environnement sain », (2021) *AJDA*, 2332. Les motifs d'exclusions sont prévus aux articles L. 2141-1 à L.2141-6 CCP, il s'agit d'une « exclusion de plein droit ». Elle vise principalement les soumissionnaires dont la condamnation est de moins de 5 ans, notamment pour les infractions suivantes : blanchiment d'argent, abus de confiance, escroquerie, corruption, prise illégale d'intérêt, etc. Il existe aussi les motifs d'exclusions facultatifs basés les articles L.2141-7 à L.2141-11CCP.

⁸²⁰*Id.*

⁸²¹Art.131-39 au 5° du *Code pénal*.

l'escroquerie, le favoritisme, le trafic d'influence, l'abus de confiance, le manquement au devoir de probité, etc.⁸²² La liste des motifs d'exclusion des candidatures aux marchés publics fixée par le CCP est exhaustive⁸²³.

Par ailleurs, s'agissant d'autres motifs d'exclusion des candidatures, l'article L. 173-8 du *Code de l'environnement* dispose à ce sujet ce qui suit:

« Les personnes morales reconnues pénalement responsables dans les conditions prévues à l'article 121-2 du Code pénal des infractions délictuelles prévues au présent code encourent, outre l'amende dans les conditions fixées à l'article 131-38 du Code pénal, **les peines prévues aux 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9° et 12° de l'article 131-39 du même code, ainsi que celle prévue au 2° de ce même article, qui, si elle est prononcée, s'applique à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise** »⁸²⁴. (Nos soulignements)

Ainsi, la lecture croisée de cet article avec l'article 131-39, 5° du *Code pénal français* permet de déduire que, outre les amendes et/ou les peines de prison, le juge pénal peut également prononcer l'exclusion des marchés publics, soit à titre définitif, soit pour une durée maximale de cinq ans, à l'encontre d'une entreprise ayant enfreint les règles en matière environnementale⁸²⁵. Dans cette logique, il est possible d'exclure un candidat ayant répondu à un appel d'offres en vertu du 3° de l'article L. 2141-4 du CCP.

À cet égard, il convient d'observer si, dans le cadre de la nouvelle *Loi Climat-Résilience*, le juge pénal pourrait accompagner ses sanctions d'une éventuelle exclusion d'une entreprise aux marchés publics⁸²⁶. Dans cet ordre d'idées, il serait pertinent que les juridictions pénales et administratives

⁸²²Voir : art. 432-12 et suiv. du *Code pénal Français* ; Art. L.2141-1 à 5 CCP.

⁸²³CE, 31 octobre 2017, req. N° 410496 ; selon le Conseil d'Etat dans l'affaire *Métropole Aix-Marseille-Provence*. Il s'agissait de se demander si la banqueroute pouvait être considérée comme motif d'exclusion d'un candidat, le Conseil d'Etat a estimé que cette liste était exhaustive, et par voie de conséquence, le délit de banqueroute n'est pas considéré comme motif d'exclusion d'un candidat lors de la passation d'un marché public.

⁸²⁴Art. L. 173-8 *Code de l'environnement*, T. corr. Lorient, 5 mars 2009, eau et rivières de Bretagne, n° 20090305 ; Bordeaux, ch. corr., 4 mai 2010: Envir. 2011. pan. 1, obs. Jean.

⁸²⁵Art. 131-39 *Code de l'environnement* : « Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : (...) 5° l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus (...) ».

⁸²⁶CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, req. n° 351570; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des affaires juridiques, « les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience »), 24 août 2021; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, « fiche – la définition du besoin » mise à jour le 1er avril 2019; Marie-Hélène PACHEN-

coopèrent étroitement afin d'exclure des procédures d'appel d'offres les entreprises ayant porté atteinte à l'environnement.

Si l'on doit comparer les motifs d'exclusion des candidatures lors de la passation d'un marché public, on peut globalement constater qu'il existe deux motifs d'exclusion : d'une part, les motifs d'exclusions basés sur les critères économiques, et d'autre part, les motifs d'exclusions basés sur les infractions environnementales antérieures, bien que ces derniers ne soient pas explicitement clairs dans le CCP.

De cette comparaison, il résulte que les motifs d'exclusion fondés sur les critères économiques (ex. absence d'attestation fiscale, impôts, etc.) sont plus sévères que les motifs d'exclusions basés sur les critères environnementaux, dans la mesure où les motifs d'exclusions des premières sont de plein droit, alors que les motifs d'exclusions des seconds ne les sont pas, sauf en ce qui concerne les personnes morales exclues des marchés publics⁸²⁷. Aussi, il appert que les motifs d'exclusions basés sur les critères sociaux ou fiscaux sont plus contraignants que les motifs d'exclusions environnementales⁸²⁸.

De ce qui précède, il est important de noter que l'article L.3 du CCP vise non seulement à protéger les deniers publics des contribuables, mais également à promouvoir les objectifs de développement durable. D'après cet article, la protection des deniers publics des contribuables et la promotion des objectifs de développement durable sont envisagées comme étant d'une importance équivalente⁸²⁹. Dans ce contexte, il convient de noter que les infractions relatives à la corruption et à la prise illégale d'intérêts entraînent une exclusion de plein droit des candidats, alors que les infractions à

LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », préc., note 327, p. 43.

⁸²⁷Arnaud D'ARGOUBET RAYBAUD, « Commande publique et droit de vivre dans un environnement sain », préc., note 819.

⁸²⁸*Id.* ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 214.

⁸²⁹H. HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », préc., note 11 ; Anne Maria SMOLINSKA, préc., note 51, 32.

caractère environnemental ne bénéficient pas d'un traitement équivalent. Cette disparité semble aller en contradiction avec les dispositions de l'article L.3 du CCP. Dès lors, il devient intéressant d'analyser le nouveau motif d'exclusion fondé sur l'absence de plan de vigilance.

B. L'introduction en droit français d'un motif d'exclusion basé sur l'absence d'un plan de vigilance

Si l'exclusion d'une candidature pour atteinte environnementale ne figure pas encore dans le CCP, il faut néanmoins reconnaître que le législateur français a essayé de se rattraper en incorporant dans la liste des motifs d'exclusion, non seulement les règles de droit pénal, mais aussi les règles résultant de l'absence de plan de vigilance⁸³⁰.

Ainsi, selon l'article L. 2141-7-1 du CCP, on peut d'abord constater que le plan de vigilance ne peut être établi et mis en œuvre que par une « société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger »⁸³¹. Ce plan de vigilance doit alors comprendre : « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement (...) »⁸³².

La mise en place d'un plan de vigilance démontre la liaison possible entre les activités économiques d'une entreprise et la protection de l'environnement dans le cadre des marchés publics, car

⁸³⁰Le plan de vigilance est prévu à L. 2141-7-1 CCP : « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L. 225-102-4 du *Code de commerce* qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L. 225-102-4, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. Une telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation ».

⁸³¹Art. L.225-102-4 *Code de commerce français*.

⁸³²Art. L.225-102-4 *Code de commerce français* ; F. AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 67.

l'entreprise qui exerce une activité économique est désormais tenue d'identifier les risques des possibles atteintes à l'environnement, et au cas échéant, les prévenir à travers un plan clair et explicite pour qu'elle réponde à un marché public. Dans cette logique, l'entreprise n'ayant pas de plan de vigilance peut se voir exclure d'une procédure de passation des marchés publics⁸³³.

Il faut noter que, l'exclusion d'une entreprise à la procédure de passation des marchés publics sur base de l'absence d'un plan de vigilance ne constitue pas une obligation mais une faculté⁸³⁴. Les personnes publiques détiennent, en quelque sorte, un pouvoir discrétionnaire pour exclure ou non une entreprise lors de la procédure de passation des marchés publics⁸³⁵. Ainsi, l'exclusion d'une entreprise en raison de l'absence de ce plan constitue pour la municipalité une obligation de moyen⁸³⁶.

Dès lors, si l'on doit comparer ce motif d'exclusion (le manque de plan de vigilance) aux motifs d'exclusion basés sur des considérations économiques (par exemple, l'absence de souscription aux déclarations fiscales ou sociales, le non-paiement d'impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales), il apparaît que les seconds motifs d'exclusion sont de plein droit et contraignants, ce qui n'est pas le cas pour le premier motif, qui demeure facultatif⁸³⁷.

En outre, il faut souligner que la mise en place de ce plan de vigilance est limitée, parce qu'il ne concerne qu'une catégorie d'entreprises remplissant certains critères⁸³⁸. Ainsi, pour qu'une entreprise rentre dans cette catégorie, elle doit employer, « à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont

⁸³³*Id.*

⁸³⁴Art. L.2141-7-1 CCP.

⁸³⁵Lire en ce sens : S. BRACONNIER, préc., note 12; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2 et suiv.

⁸³⁶Art. L.2141-7-1 CCP.

⁸³⁷Exclusions de plein droit, voir : Art. L. 2141-1 à L2141-6-1 CCP.

⁸³⁸Art. L.225-102-4 du *Code de commerce français*.

le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger »⁸³⁹.

Par conséquent, on peut déduire que les entreprises de moins de 5000 ou de moins de 10 000 salariés selon que le siège de l'entreprise se trouverait sur le territoire français ou non, ne sont pas concernées par cette exclusion, pourtant les préventions et les risques environnementaux concernent la quasi-totalité d'entreprises tant en France qu'à l'étranger. À cet effet, il devient nécessaire d'étendre le champ des entreprises susceptibles d'être exclues de la procédure des marchés publics, ce qui pourrait augmenter le niveau de prévention des risques environnementaux associés à l'exercice de leurs activités.

Ainsi, l'instauration d'une mesure d'exclusion d'entreprise ayant candidaté aux marchés publics sur base de l'absence de mise en œuvre d'un plan de vigilance ne peut que relever d'une « pure opportunité »⁸⁴⁰. Il convient donc d'analyser le droit québécois à l'égard de la sélection des candidatures d'entreprises lors de la passation des marchés publics.

⁸³⁹Art. L.225-102-4 du *Code de commerce français*.

⁸⁴⁰François LICHERE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », (2022) *AJDA*, 142.

Paragraphe II. Sélection des candidatures d'entreprises en droit québécois, une sélection caractérisée par l'absence des motifs d'exclusion fondée sur l'atteinte à l'environnement

Si la LCOP arrive à distinguer formellement les conditions d'admissibilité des conditions de conformité, tel n'est pas le cas de la LCV et du CM, qui demeurent muets à ce sujet, notamment en ce qui concerne les conditions d'admissibilité⁸⁴¹. Celles-ci peuvent se définir comme des conditions rattachées au soumissionnaire et exigées de sa part, afin de lui permettre de présenter une soumission⁸⁴². Plus précisément, « les exigences d'admissibilité sont celles qui s'appliquent au soumissionnaire lui-même, alors que les exigences de conformité sont celles qui visent le produit ou le service qui fera l'objet du contrat B »⁸⁴³.

Les conditions d'admissibilité peuvent, par exemple, viser : « le lieu d'établissement d'un soumissionnaire, l'inscription au Registre des entreprises non admissibles (« RENA »), la détention d'autorisations ou de licences comme l'attestation de Revenu Québec (« ARQ »), l'autorisation de contracter par l'AMP, les licences de la Régie du bâtiment du Québec (« RBQ »), la certification en vertu de certaines normes ISO et le fait de posséder une expérience particulière »⁸⁴⁴.

En outre, il convient de préciser que l'annexe 1 de la LCOP ainsi que d'autres textes juridiques encadrant les marchés publics énoncent, parmi les motifs d'exclusion d'une entreprise à la passation des marchés publics : la commission d'un acte de corruption dans le cadre des affaires municipales, le vol dans le contexte d'affaires commerciales, professionnelles, industrielles ou financières, la manipulation d'offres, la fabrication d'une fausse attestation de Revenu Québec, etc.⁸⁴⁵.

⁸⁴¹Voir : Art. 573 et suiv. LCV; Art. 935 et suiv. CMQ ; Bruno G. MÉNARD, préc., note 91, 99; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p.106-107.

⁸⁴²*Id.*

⁸⁴³N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 41-81.

⁸⁴⁴Bruno G. MÉNARD, préc., note 91, 99 ; Sébastien LAPRISE, François ÉMOND et Jean-Benoît POULIOT, *Contrats des organismes municipaux – Manuel sur les meilleures stratégies*, 2^e éd., Brossard, Wolters Kluwer, 2018, p. 89; J. PERREAULT, « Appels d'offres municipaux », préc., note 91, p. 106 et suiv.

⁸⁴⁵Voir : annexe 1 de la LCOP; Art. 6 *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ c. C-65.1, r. 5. Il s'agit, plus précisément, de l'attestation délivrée par Revenu Québec, laquelle certifie que l'entreprise concernée est en règle à l'égard de ses obligations fiscales.

Bien qu'en droit québécois, les motifs d'exclusion des entreprises des marchés publics fondés sur des atteintes à l'environnement n'aient pas encore été explicitement prévus dans le cadre juridique, comme c'est le cas en droit français, les personnes publiques québécoises ont la faculté d'ajouter dans les documents d'appels d'offres les conditions qu'elles jugent nécessaires⁸⁴⁶.

Cette faculté a été confirmée par la Cour d'appel dans l'affaire *Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)* :

« [33] Règle générale, le donneur d'ouvrage, même lorsqu'il s'agit d'un organe gouvernemental, peut inclure aux documents d'un appel d'offres les exigences qu'il juge nécessaires. Dans *Construction Yvan Boisvert inc. c. Drummondville (Ville)*, la Cour reprend ce principe dans le cadre d'un appel d'offres lancé par une municipalité, en y apportant une précision :

[1] Lorsqu'il adjuge un contrat par voie d'appel d'offres, un organisme public a la faculté de déterminer les conditions du cahier des charges en autant que ce choix repose sur l'intérêt de la collectivité tout en respectant la saine concurrence et, conséquemment, la liberté de commerce.

[34] C'est au nom de cet « intérêt de la collectivité » que l'article 573 de la *Loi sur les cités et villes* restreint la liberté des municipalités québécoises d'établir d'autres critères de sélection entre les soumissions conformes que le plus bas prix. »⁸⁴⁷ (Nous soulignons).

Même si la personne publique peut ajouter les conditions d'admissibilités contractuelles, celles-ci doivent néanmoins respecter les principes fondamentaux de l'article 2 de la LCOP. À ce sujet, Stéphane Lépine et Chidiac Marc pensent qu' :

« Il est donc clair que la discrétion du donneur d'ouvrage par rapport à l'ajout de conditions d'admissibilité « contractuelles » n'est pas illimitée. Le donneur d'ouvrage doit exercer sa discrétion dans le respect de certaines balises pour éviter une intervention des tribunaux ou de l'AMP : l'effet sur la concurrence doit être évalué, la clause doit être soigneusement rédigée et, surtout, le donneur d'ouvrage doit être en mesure de justifier la présence de la condition par ses besoins. Dans le jugement *Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)* précité, la Cour d'appel mentionnait d'ailleurs que le donneur d'ouvrage peut inclure aux documents d'appel d'offres les exigences « qu'il juge nécessaires ». Nous sommes d'avis que l'utilisation par la Cour d'appel des mots « qu'il juge nécessaires » est significative ici et fait référence à l'analyse effectuée par le donneur d'ouvrage avant l'émission de l'appel d'offres. »⁸⁴⁸

Outre les motifs d'exclusion énumérés dans l'annexe 1 de la LCOP, d'autres motifs d'exclusion peuvent être insérés, et ce, en fonction des spécificités de l'objet du marché public ou encore d'une

⁸⁴⁶*Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617.

⁸⁴⁷*Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617, par. 33-34 ; Voir aussi : Stéphane LÉPINE et Chidiac MARC, « La discrétion du donneur d'ouvrage public dans le cadre d'un processus d'adjudication », dans Service de la qualité de la profession du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Vol 510, Montréal, Éditions Yvon Blais, 239-285.

⁸⁴⁸S. LÉPINE et C. MARC, « La discrétion du donneur d'ouvrage public dans le cadre d'un processus d'adjudication », préc., note 847, 239-285.

municipalité à l'autre. Par exemple, il est possible d'inclure comme motif d'exclusion l'absence d'expérience dans un domaine qui touche à l'objet du marché public à passer⁸⁴⁹. En effet, l'inclusion d'une telle clause d'expérience doit respecter le principe d'égalité entre soumissionnaire⁸⁵⁰.

Dans cette logique, il est important de noter que les municipalités sont obligatoirement tenues de consulter le Registre des entreprises non admissibles aux contrats publics (RENA) avant la passation d'un marché public. Cette consultation est obligatoire, dans la mesure où, elle consiste à vérifier si l'entreprise ayant répondu à l'appel d'offres figure sur ce registre⁸⁵¹. Si l'entreprise ayant postulé à cette offre y figure, elle sera automatiquement exclue du processus de passation⁸⁵². Il en est de même en ce qui concerne les sous-contrats à passer⁸⁵³.

Concrètement, le Registre des entreprises non admissibles (RENA) recense les entreprises ayant été déclarées coupables d'une infraction énumérée à l'annexe 1 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (RLRQ, c. C-65.1), ainsi que celles liées à une personne coupable d'une telle infraction. Sont également inscrites les entreprises contrôlées par une entité devenue inadmissible aux contrats publics en raison d'une telle infraction, celles ayant vu leur autorisation de contracter refusée ou révoquée, ainsi que celles déclarées inadmissibles par l'AMP à la suite d'un examen de leur intégrité⁸⁵⁴.

⁸⁴⁹*Id.* ; *Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617, par. 44 ; Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Contrat des organismes publics québécois*, Brossard, Publications CCH ltée, 2010, p. 937 ; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale*, préc., note 59.

⁸⁵⁰*Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617, par. 44 ; P. GIROUX et D. LEMIEUX, *Contrat des organismes publics québécois*, préc., note 849, p. 937

⁸⁵¹Voir : Art. 21.17 et suiv. LCOP ; AMP, *Décision concernant deux processus contractuels du ministère du tourisme identifiés au SEAO sous les numéros 1585661 et 1626152*, Ordonnance 2023-03, du 19 juin 2023 ; 9150-0124 Québec Inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (ministère des transports, de la mobilité durable et de l'électrification des transports), 2018 QCCS 5957, par. 30, confirmé par la Cour d'appel, 2019 QCCA 879 ; *Entreprise QMD Inc. c. ville de Montréal*, 2020 QCCS 3, par. 57 ; Voir aussi : <https://amp.quebec/rena/> consulté le 16/02/2024 à 20h.

⁸⁵²*Id.*

⁸⁵³*Id.*

⁸⁵⁴*Id.* ; Voir aussi : Protocole d'entente conclu entre le ministère de l'environnement, de la lutte contre les changements climatiques, de la faune et des parcs (MELCCFP) et l'autorité des marchés publics (AMP), préc., note 574.

Pour renforcer l'intégrité des marchés publics, les organismes municipaux sont tenus d'exiger de l'entrepreneur, désireux de conclure un contrat de construction impliquant une dépense de 25 000 \$ ou plus, une attestation de conformité fiscale émise par l'Agence du revenu du Québec⁸⁵⁵. En outre, toute entreprise souhaitant conclure un contrat ou sous-contrat public municipal d'une valeur égale ou supérieure à un million de dollars pour les contrats de services, ou égale ou supérieure à cinq millions de dollars pour les contrats de travaux de construction, doit solliciter une autorisation auprès de l'AMP pour ce faire⁸⁵⁶. Il faut noter que la demande d'autorisation est d'ordre public⁸⁵⁷.

À ce stade, si l'on doit comparer le droit français et québécois des marchés publics, on peut clairement constater que dans les deux droits, il n'existe pas encore des critères d'exclusion de candidatures propres à l'encontre des entreprises ayant commis les infractions à caractère environnemental.

Ainsi, l'introduction d'un motif d'exclusion d'entreprise fondé sur le non-respect des exigences environnementales en droit des marchés publics pourrait constituer un levier normatif incitatif important, susceptible d'encourager les entreprises, en particulier celles régulièrement engagées dans les appels d'offres publics, à adopter des pratiques plus responsables.

Dans cette perspective, la création d'un registre vert, complémentaire aux outils existants de l'AMP que sont le Registre des entreprises autorisées (REA) et le Registre des entreprises non admissibles (RENA), permettrait d'enrichir le dispositif québécois de gestion contractuelle publique par une approche incitative.

⁸⁵⁵ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59, Mécanismes de surveillance et d'intégrité dans l'octroi des contrats municipaux, en ligne : <https://www.quebec.ca/gouvernement/gestion-municipale/gestion-contrats-municipaux/surveillance-integrite#c254865> ; Voir aussi : J. PERREAULT, « Appels d'offres municipaux », préc., note 91, p. 107.

⁸⁵⁶ *Id.*

⁸⁵⁷ 9150-0124 *Québec Inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports)*, 2018 QCCS 5957, par. 30 (confirmé par la Cour d'appel, 2019 QCCA 879) ; Voir aussi : *Entreprises QMD Inc. c. Ville de Montréal*, 2020 QCCS 3.

Tandis que le REA vise à assurer que les entreprises remplissent les conditions d'honorabilité et d'intégrité pour contracter avec les organismes publics et municipaux, et que le RENA écarte celles ayant commis des manquements graves, le « registre vert » aurait pour fonction de recenser les entreprises qui se distinguent par la qualité environnementale de l'exécution de leurs contrats. Ce registre permettrait ainsi de mettre en lumière les comportements exemplaires et d'encourager l'adoption de pratiques durables au sein des marchés publics. En agissant en complémentarité avec les mécanismes de contrôle existants, il contribuerait à instaurer une culture de la performance environnementale partagée entre les municipalités et leurs partenaires contractuels.

Contrairement au droit québécois où l'AMP joue un rôle omnipotent dans l'exclusion des entreprises, en droit français des marchés publics, le juge pénal a fait irruption pour combler l'absence de ce motif d'exclusion fondé sur le motif environnemental, et ce, en excluant les entreprises ayant porté atteinte à l'environnement. Néanmoins, le droit français à travers la *Loi climat et résilience* a innové en introduisant un nouveau motif d'exclusion basé sur l'absence d'un plan de vigilance, ce qui n'existe pas encore en droit québécois.

Après avoir analysé le droit français et québécois concernant la sélection des candidatures d'entreprises répondant aux marchés publics, il convient d'examiner comment les critères environnementaux sont pris en compte dans le processus de sélection des offres des entreprises.

Section II : La sélection des offres : un levier d'incitation à l'innovation et au développement durable en droit français et québécois

En droit français, la sélection des offres par les municipalités dans le cadre des marchés publics repose sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article L. 2152-7 du CCP⁸⁵⁸. Ce critère autorise l'acheteur public à prendre en considération, outre le prix, des éléments qualitatifs tels que la performance environnementale, la qualité technique ou encore l'innovation. À l'inverse, en droit québécois, les municipalités bénéficient, en règle générale, d'une certaine marge de manœuvre leur permettant d'attribuer le contrat à la plus basse soumission conforme, bien que les réformes récentes tendent à orienter les pratiques vers une prise en compte plus large de critères non strictement économiques, notamment ceux liés au développement durable⁸⁵⁹.

Ainsi, il sera d'abord question d'analyser comment, en droit français, le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse incite les entreprises à intégrer des pratiques de développement durable (paragraphe I). Ensuite, nous analyserons le cadre juridique applicable aux municipalités québécoises, où le critère du plus bas soumissionnaire demeure dominant, tout en soulignant les réformes qui tendent à élargir ce critère aux enjeux environnementaux et sociaux (paragraphe II).

Paragraphe I. La sélection des offres d'entreprise en droit français : une sélection marquée par la recherche de l'équilibre entre prix et qualité

Dans ce paragraphe, il s'agira de démontrer que la conciliation des composantes économiques et environnementales, dans le cadre d'un appel d'offres, requiert de la part des municipalités une évaluation fondée sur deux axes complémentaires : le prix et la qualité des offres (A).

⁸⁵⁸Art. L. 2152-7 CCP.

⁸⁵⁹G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10; P-O. FRADETTE, préc., note 48,18-20.

De ce fait, il importe de rappeler que le critère du prix demeure un élément central, dans la mesure où il conditionne l'analyse de la rentabilité du contrat et participe aux objectifs de saine gestion des fonds publics (B). Ainsi, l'intégration de variantes à caractère environnemental, lorsque celle-ci est expressément prévue dans les documents d'appel d'offres, constitue un levier stratégique non seulement pour favoriser l'innovation au sein de la commande publique, mais également pour atténuer les tensions inhérentes à la coexistence des composantes économiques et environnementales. De telles variantes permettent, en effet, de proposer des solutions techniques ou organisationnelles plus durables, en adéquation avec les besoins réels exprimés par la personne publique (C).

Ainsi, notre analyse portera principalement sur l'articulation de ces trois aspects, tout en mettant en lumière l'influence du rapport qualité-prix et des critères environnementaux sur la sélection finale des offres.

A. La sélection des offres d'entreprise en droit français, une sélection combinant le prix et la qualité

En droit français des marchés publics, la sélection des offres des entreprises repose non seulement sur le critère du prix, mais également sur d'autres critères inhérents à la qualité de l'offre (A). Ce principe trouve sa source à l'article L. 2152-7 du CCP, lequel impose aux personnes publiques de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, en tenant compte de plusieurs éléments d'appréciation, notamment la qualité. Il convient toutefois de préciser que le critère du prix conserve un poids déterminant, en particulier lorsqu'il s'agit de garantir la rentabilité économique du marché public (B).

1. Les critères de sélections des offres basés sur le rapport qualité-prix

En droit français des marchés publics, la sélection des offres s'effectue conformément aux critères fixés dans les documents de consultation, à l'issue de laquelle la municipalité choisira l'offre

économiquement la plus avantageuse⁸⁶⁰. Durant cette procédure, c'est le soumissionnaire ayant 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. (...) » qui sera sélectionné⁸⁶¹.

Concrètement, la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse vise à établir le meilleur rapport qualité-prix⁸⁶². Cette approche s'inscrit dans la logique de l'article 3 du CCP.

À cet effet, il convient de noter qu'avec l'entrée en vigueur de la *Loi climat et résilience*⁸⁶³, cet article se lira ainsi à partir de 2026 :

« 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. Au moins un de ces critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre »⁸⁶⁴. (Nos soulignements).

Au regard de ce qui précède, on peut déduire que lors de la passation d'un marché public, les municipalités françaises doivent impérativement prévoir d'ici 2026 au moins un critère prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre⁸⁶⁵. Cette obligation paraît éloquente et encourageante, sauf qu'elle doit être objective, précise et liée à l'objet du marché, et de surcroît respecter les principes fondamentaux de la commande publique⁸⁶⁶.

L'inclusion des critères environnementaux dans un marché public ne peut pas se faire sans l'évaluation du prix du marché, car il s'agit de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse

⁸⁶⁰Art. L. 2152-7 CCP ; Voir aussi : S. BRACONNIER, préc., note 12.

⁸⁶¹*Id.*

⁸⁶²*Id.* ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

⁸⁶³Version en vigueur au 22 août 2026.

⁸⁶⁴Art. L. 2152-7 CCP, version en vigueur au 22 août 2026.

⁸⁶⁵Version en vigueur au 22 août 2026.

⁸⁶⁶CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, Aff. C-513/99 ; CE, avis, 4 févr. 2021, n° 401933 ; Voir aussi, DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019, p.4. ; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, p.13-40 ; Vincent BRIDOUX, *Droit de la commande publique et le droit de l'Union européenne : étude sur une dynamique commune*, Thèse de doctorat, Paris, faculté de droit, Université Paris 1, soutenue le 9 décembre 2019, p. 149 et suiv. ; Isabelle HASQUENOPH, « Prises en compte des considérations environnementales dans les marchés publics », (2021) *Alerte 19 Contrats-Marchés publics* ; R. MICALEF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

selon l'article R.2152-7 du CCP⁸⁶⁷. Sous cet angle, le critère du coût du cycle de vie se révèle être l'outil le plus approprié pour concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général⁸⁶⁸. En effet, le critère du coût du cycle de vie permet d'évaluer non seulement le prix d'acquisition d'un bien ou d'un service, mais également les coûts engendrés tout au long de sa durée de vie, y compris les impacts environnementaux associés⁸⁶⁹. Ainsi, l'adoption de ce critère contribue à une prise de décision éclairée qui intègre pleinement les considérations économiques et écologiques, conformément aux exigences de durabilité définies par les textes encadrant le droit des marchés publics⁸⁷⁰.

Ainsi, à compter du 21 août 2026, date d'entrée en vigueur de la présente version du CCP, le critère unique basé sur le prix sera définitivement supprimé, pour laisser la place au critère du coût global, à condition que ce dernier tienne compte des caractéristiques environnementales de l'offre, ou à une pluralité de critères pertinents à l'objet du marché⁸⁷¹. Cela sous-entend que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ne serait plus seulement basé sur le critère unique prix, mais

⁸⁶⁷F. LICHÈRE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », préc., note 840, 142 ; P. VILLENEUVE, « Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public », 2021. 579 *AJCT* ; CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, Aff. c-368/10, pt 86; CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, req. N° 334279, Lebon « Loi climat et résilience, conseils et méthodes pour les acheteurs publics »; Pierre VILLENEUVE, « La semaine juridique - administrations et collectivités territoriales », (17 janvier 2022) 2 ; CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n°405787 ; CE sect. 30 janvier 2009, ANPE, req. n°290236, au recueil.

⁸⁶⁸ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », préc., note 359 ; P. COSSALTER, préc., note 7 ; G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239, p. 37 ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, Groupe d'étude des marchés développement durable, préc., note 359.

⁸⁶⁹*Id.*

⁸⁷⁰CE, Avis 4 février 2021, n° 401933; MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des Affaires Juridiques, « Fiche – La définition du besoin » mise à jour le 1er avril 2019 ; Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER) 2022-2025 de l'ASP, en ligne : « <https://www.asp-public.fr/actualites/le-schema-de-promotion-des-achats-socialement-et-ecologiquement-responsables-fixe-un-nouveau-cap> » ; DAJ, Le schéma de promotion des achats publics socialement responsables, 26/08/2016. p.1 ; Art. L. 2111-3 CCP; *Loi Climat Résilience du 22 août 2021 et son décret d'application* n°2022-767; Art. L. 2111-3 et D. 2111-3 du CCP ; Art. D. 2111-3 CCP; Art. L. 2111-3 et D. 2111-3 CCP; H. DELZANGLES, « Commande publique - Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 2 et suiv.; Art. L. 2111-3 CCP; Julien BOSQUET, « Loi Climat et Résilience : renforcement du SPASER », (Décembre 2021) 226 *Revue contrats publics*, Dossier -La commande publique à l'aune du développement durable; Voir aussi : PLAN NATIONAL POUR DES ACHATS DURABLES (PNAD) 2022-2025.

⁸⁷¹Cette nouvelle rédaction de l'article R.2152- 7 CCP entrera en vigueur le 21 août 2026 ; Voir aussi : CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, préc., note 329, p. 47.

également sur base d'une pluralité des critères permettant de concilier les composantes économiques et environnementales. Cette conciliation peut s'opérer soit par le biais d'un critère unique, soit par la combinaison de plusieurs critères. À ce propos, il faut souligner que l'entrée en vigueur de la *Loi climat résilience* permettra à l'administration municipale de pouvoir se baser soit sur un seul critère ou sur une pluralité des critères en vue de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse⁸⁷².

Si l'on doit s'appuyer sur la pluralité des critères pour sélectionner l'offre d'une entreprise, on peut se baser sur les critères tels que :

« le prix, la performance en matière environnementale, les performances en matière de développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, la biodiversité, le bien-être animal, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité, les caractéristiques opérationnelles, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel »⁸⁷³.

Par conséquent, pour attribuer un marché public à un opérateur économique, on peut à la fois combiner le critère prix avec le critère basé sur la performance environnementale. En d'autres termes, il s'agit d'évaluer économiquement la performance environnementale d'un marché public, en mettant particulièrement l'accent sur le coût du marché et sur les externalités environnementales. En outre, on peut encore se baser sur le critère unique du coût du cycle de vie comme critère unique d'attribution d'un marché public, le tout dépendant des besoins de la municipalité⁸⁷⁴.

⁸⁷²CE, Avis 4 février 2021, n° 401933; *Loi Climat Résilience du 22 août 2021 et son décret d'application* n°2022-767; R. MICALEF, « l'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

⁸⁷³Art. R.2152-7 CCP. En vertu de l'article L.2152-7 1° du CCP, qui circonscrit le recours au critère unique du prix aux marchés de fournitures et de services. Le critère unique du prix étant interdit dans les marchés de travaux; art. L.3 CCP, art. L.2152-7, art. L. 2112-2 à L. 2112-4 CCP; CJCE, *Concordia bus Finland*, 17 septembre 2002, point 64, J-L. PISSALOUX, *Dictionnaire de collectivités territoriales et développement durable*, préc., note 1, p.118.

⁸⁷⁴DAJ, *Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, groupe d'étude des marchés développement durable*, préc., note 359; Voir aussi : D. NORMANDIN et M. MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, préc., note 51 ; G. GAUCH et R. MILLARD, « utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239.

Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Concordia Bus Finland*, la Cour de justice des Communautés européennes a clarifié les modalités d'attribution d'un marché public au soumissionnaire dont l'offre est économiquement la plus avantageuse, en précisant ce qui suit :

« lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination. »⁸⁷⁵.

(Nos soulignements)

À la lumière de cette affaire, il est évident que les critères environnementaux peuvent être pris en compte lors de l'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais il faudrait que ces critères soient en lien avec l'objet du marché et qu'ils respectent les principes fondamentaux des marchés publics de l'article L.3 du CCP. Autrement dit, la personne publique a la faculté d'inclure tout critère de nature environnementale dans un marché public, à condition que celui-ci soit directement lié à l'objet du marché et qu'il respecte les principes fondamentaux des marchés publics.

Il ressort clairement de ce qui précède que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ne repose pas sur les critères de sélection des candidatures, lesquels se limitent généralement à évaluer si les soumissionnaires remplissent certaines conditions de participation au processus de passation d'un marché public⁸⁷⁶. Ce choix s'opère plutôt sur la base des critères d'attribution du marché, lesquels visent à comparer et à évaluer les offres selon des paramètres spécifiques, tels que le prix, la qualité des prestations, ou encore des considérations environnementales et sociales, afin d'identifier celle offrant le meilleur rapport qualité-prix ou répondant de manière optimale aux besoins exprimés par l'acheteur public⁸⁷⁷. En d'autres termes, il s'agit concrètement « de choisir une offre, pas une entreprise »⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵CJCE, *Concordia bus Finland*, 17 septembre 2002 ; J-L. PISSALOUX, *Dictionnaire de collectivités territoriales et développement durable*, préc., note 1, p.118.

⁸⁷⁶S. BRACONNIER, préc., note 12, p.331 et suiv.

⁸⁷⁷Art. L. 2152-7 CCP; Art. R.2152-7 CCP; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.330 et suiv.; Voir aussi : CJCE, Emm. G. *Lianakis AE, c/Dimos Alexandroupolis*, affaire C-532/06, 24 janvier 2008; CE, *Parc naturel régional des grands causses / société PK-ENR*, recueil Lebon, 2 août 2011, n° 348254.

⁸⁷⁸S. BRACONNIER, préc., note 12, p.331.

Bien que la sélection des offres repose principalement sur l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient de souligner que le critère du prix ou du coût représente un élément fondamental dans l'évaluation de la rentabilité économique ainsi que de la validité juridique d'un marché public.

2. Le critère du prix, un élément fondamental dans l'évaluation de la rentabilité économique d'un marché public

Si les personnes publiques doivent respecter le principe d'égalité de traitement, de liberté d'accès et de transparence des procédures, il faut noter que ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics⁸⁷⁹.

En effet, la bonne utilisation des deniers publics se matérialise dans les marchés publics sur la base du prix ou du coût global fixé par la municipalité. Cela veut dire que, la passation d'un appel d'offres s'effectue en fonction du prix du marché. Même si le critère du prix peut être intégré en conjonction avec des clauses et critères environnementaux dans un appel d'offres, l'absence des critères environnementaux dans un marché public ne saurait, entraîner l'illégalité de ce marché⁸⁸⁰. Autrement dit, le critère du prix constitue une condition impérative de validité d'un marché public. Dans cette optique, le prix représente un critère fondamental dans les marchés publics, puisqu'il assure à la fois la transparence et la concurrence effective entre les soumissionnaires, tout en permettant aux municipalités d'optimiser leurs dépenses. Ainsi, l'inclusion du critère prix est impérative pour garantir la légalité et la validité d'un marché public⁸⁸¹.

Si l'on doit pousser le raisonnement plus loin, plus exactement en substituant le prix par un équivalent quelconque lors de la définition des besoins d'un marché public, l'équivalent ne serait pas une considération environnementale, car le marché public a d'abord et avant tout une portée

⁸⁷⁹Art. L.3 CCP.

⁸⁸⁰CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, Aff. C-513/99 ; CE, avis, 4 févr. 2021, n° 401933 ; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Direction des Affaires Juridiques, « Fiche – La définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019 ; Voir aussi : S. BRACONNIER, préc., note 12.

⁸⁸¹*Id.*

économique au terme de sa définition, qui du reste se matérialise à travers le prix ou le coût⁸⁸². On peut toutefois affirmer à cet égard que les critères environnementaux dans un marché public sont des critères accessoires, alors que le critère prix est un critère principal, voire impératif pour la validité d'un marché public⁸⁸³.

Il ressort de ce qui précède que l'insertion du critère du prix dans un marché public constitue une obligation de résultat, tandis que la recherche de la rentabilité économique du marché relève d'une obligation de moyens⁸⁸⁴. En effet, si l'insertion du critère prix est obligatoire, l'idée de rentabilité économique peut être absente, voire sacrifiée au profit de la protection de l'environnement.

La recherche de l'intérêt économique est accentuée dans la mesure où, les marchés publics sont des contrats qui impliquent les dépenses publiques. À cet effet, les municipalités doivent rechercher le meilleur prix au profit des contribuables. En d'autres termes, les municipalités doivent rentabiliser leurs achats à travers un retour sur investissement⁸⁸⁵. Dans ce cadre, la Commission européenne précisait déjà que les critères d'attribution d'un marché public « doivent comporter un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur »⁸⁸⁶.

⁸⁸²Art. 2 CCP, art. 1.1111-1 CCP; CJCE, 17 Septembre 2002, *Concordia bus Finland*, Aff. C-513/99, considérant n° 52 et suiv. ; Nyl SYMCOVITCH, *Développement durable et code de la commande publique* ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, Recommandation : 2021-25; AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé*, recommandation 2021-01; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de L'Île-d'Anticosti concernant le processus d'attribution d'un contrat de services lié à la préparation de la candidature de L'Île-d'Anticosti pour son inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco*, recommandation 2022-08.

⁸⁸³F. MARTY, « Les clauses environnementales dans les marchés publics : perspectives économiques », préc., note 407, 24.

⁸⁸⁴CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; Voir aussi, DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019. p.4. ; Hubert DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 7, 13-40.

⁸⁸⁵V. BRIDOUX, *Droit de la commande publique et le droit de l'Union européenne : étude sur une dynamique commune*, préc., note 866, p. 149 et suiv.

⁸⁸⁶CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus Finland*, Aff. C-513/99, considérant n° 52.

Bien que les enjeux économiques et environnementaux soient sur le pied d'égalité, la recherche accrue des avantages économiques ne doit pas se faire au détriment de l'environnement⁸⁸⁷. En effet, l'absence de hiérarchisation entre les deux enjeux signifie que les dépenses publiques doivent être rentables aussi bien sur le plan économique que sur le plan environnemental. De cette manière, les marchés publics seront doublement satisfaisants, car elle permettra à la fois de satisfaire aux objectifs de protection de l'environnement et augmentera la performance en termes d'utilisation des deniers publics⁸⁸⁸.

Par conséquent, il est essentiel de mentionner que la recherche de la rentabilité est intimement liée à la hauteur des dettes des municipalités, car « plus le coût de la dette publique sera élevé, plus les acheteurs publics seront conduits à arbitrer en faveur de considérations financières de court terme au détriment d'objectifs environnementaux de moyen ou de long terme »⁸⁸⁹.

Bien que le critère du prix joue un rôle central dans la quête de rentabilité économique, il convient de préciser que les critères d'attribution des marchés publics peuvent être pondérés, hiérarchisés, ou intégrés sous forme de variantes.

B. La hiérarchisation et la pondération des critères environnementaux à la passation des marchés publics

Dans le cadre d'un appel d'offres, les critères de sélection des offres peuvent faire l'objet d'une pondération, ou encore d'une hiérarchisation⁸⁹⁰. Toutefois, si la personne publique envisage de recourir à ces deux méthodes de sélections des offres, elle doit nécessairement les indiquer expressément dans le règlement de consultation ou dans l'avis d'appel à la concurrence⁸⁹¹. Ainsi,

⁸⁸⁷CE, avis, 4 févr. 2021, n° 401933; I. HASQUENOPH, « Prises en compte des considérations environnementales dans les marchés publics », préc., note 866; R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

⁸⁸⁸F. MARTY, « Les clauses environnementales dans les marchés publics : perspectives économiques », préc., note 407, 24.

⁸⁸⁹*Id.* ; Voir aussi : Alvès CARLOS, « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique...tout contre ? », (2010) 2010/1 *Aménagement et Environnement*, 3-12.

⁸⁹⁰La hiérarchisation consiste à « indiquer les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance ». La pondération « représente l'importance relative accordée à chaque critère par rapport à l'ensemble des critères. Elle consiste à affecter à chacun des critères d'un coefficient chiffré (par exemple 0,6) ou un pourcentage (par exemple 60%), ou un nombre de points (par exemple 60 points sur 100) »; Art. R.2152-12 CCP ; A. HOURCABIE, C. FONTAINE, A-C. BÉRARD-WALSH, *Passation des marchés publics*, Le moniteur, 2016, p.260 et suiv.

⁸⁹¹S. BRACONNIER, préc., note 12. p. 333.

dans le cas où la pondération des critères d'attribution est impossible, l'administration peut les hiérarchiser⁸⁹². Dans cette logique, la hiérarchisation des critères ne pourra se faire qu'en ordre croissant ou décroissant d'importance⁸⁹³. La pondération des critères des offres peut apparaître comme un principe dans la sélection des offres, et la hiérarchisation comme une exception⁸⁹⁴. Il convient de noter que, la pondération peut également prendre la forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié⁸⁹⁵.

La hiérarchisation des critères dans le cadre d'un marché public vise à indiquer les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance lors de la passation d'un marché public⁸⁹⁶. À l'inverse, la pondération d'un critère consiste à accorder de l'importance à chaque critère par rapport à l'ensemble des critères contenus dans le marché public⁸⁹⁷. Ainsi, la pondération consiste à assigner à chaque critère un coefficient chiffré (par exemple, 0,6), un pourcentage (par exemple, 60 %), ou un nombre de points (par exemple, 60 points sur 100)⁸⁹⁸.

Partant de ce qui précède, l'attribution de points ou de pourcentages équivalents aux critères environnementaux et au critère prix permettrait aux entreprises répondant à l'appel d'offres de participer, à l'égal des personnes publiques, à la conciliation des composantes économiques et environnementales de l'intérêt général lors de ce processus⁸⁹⁹. Cependant, il convient de souligner que le critère prix ne doit pas totalement supplanter le critère environnemental, et réciproquement lors de la passation d'un marché public⁹⁰⁰. Dans cette optique, la municipalité doit faire en sorte

⁸⁹²*Id.*

⁸⁹³*Id.*

⁸⁹⁴*Id.*

⁸⁹⁵Art. R. 2152-12 CCP.

⁸⁹⁶A. HOURCABIE, C. FONTAINE, A-C. BÉRARD-WALSH, *Passation des marchés publics*, préc., note 890, p.260 et suiv.

⁸⁹⁷*Id.*, p. 261 ; S. BRACONNIER, préc., note 12. p. 330.

⁸⁹⁸*Id.*

⁸⁹⁹Art. L.3 CCP ; CJCE, *Concordia bus finland*, 17 septembre 2002, point 64.

⁹⁰⁰CE, 10 juin 2020, n° 431194, *ministère de la Défense - marché de prestations de formation professionnelle*). Le CE admet un critère fondé sur la valeur technique pondéré à 90 % et un critère de prix pondéré à 10 %. [Annule l'arrêt de la CAA, Nantes, 29 mars 2019, n° 17Nt01869].

que le critère environnemental ne soit pas « trop faible au risque d'être neutralisé par le critère du prix, et ce, en contradiction apparente avec l'article L. 2152-7 du CCP »⁹⁰¹.

Dans ce contexte, il sera difficile pour le juge administratif d'adopter une position très rigide en matière de pondération des critères des offres⁹⁰². Il est donc essentiel de trouver un équilibre entre ces deux critères, en tenant particulièrement compte de l'objet du marché public et des principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, dans le cadre des procédures formalisées pour lesquelles sont généralement prévus plusieurs critères, ceux-ci doivent en principe être pondérés. Si cette pondération est impossible, ils pourront alors faire l'objet d'une hiérarchisation⁹⁰³.

Il est important de noter que la pondération ou la hiérarchisation des critères à caractères environnementaux ou économiques doit faire l'objet d'une indication claire et précise dans le règlement de consultation ou l'avis d'appel à la concurrence⁹⁰⁴. Ces critères, bien que déterminés par la personne publique avec une certaine marge de liberté pour répondre aux objectifs spécifiques du marché, doivent néanmoins respecter les principes fondamentaux des marchés publics⁹⁰⁵.

Ainsi, dans une perspective de meilleure conciliation entre les considérations économiques et environnementales, il appartient à la personne publique de rechercher un juste équilibre dans la pondération des critères de prix et de performance environnementale, dès la phase de définition des besoins. Pour ce faire, l'administration peut utilement s'appuyer, lorsque cela est possible, sur des outils tels que le sourçage ou le parangonnage, lesquels permettent atténuer les tensions susceptibles de surgir entre ces deux composantes de l'intérêt général, en orientant la commande publique vers des choix plus cohérents et mieux informés. Cependant, cette démarche doit non seulement tenir

⁹⁰¹F. LICHERE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », préc., note 840, 142 ; P. VILLENEUVE, « Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public », préc., note 50.

⁹⁰²*Id.*

⁹⁰³Art. R.2152-12 CCP, art. L. 2152-7 CCP; CE, 18 mai 2021, n° 448618, *SNBTP*; CE, 18 juin 2010, n° 337377, *Commune de Saint Pal de Mons*, publié au recueil Lebon; CJCE, 24 janvier 2008, Affaire C-532/06, *Emm. G. Lianakis ae, c/ Dimos Alexandroupolis*.

⁹⁰⁴*Id.* ; S. BRACONNIER, préc., note 12. p. 333.

⁹⁰⁵*Id.* ; Art. L.3 CCP.

compte de l'objet du marché, mais aussi des principes fondamentaux régissant la commande publique⁹⁰⁶.

Dès lors, il incombe à la personne publique de faire preuve d'une ingéniosité remarquable pour s'assurer que les intérêts économiques qu'elle poursuit lors de la passation des marchés publics ne compromettent pas la protection de l'environnement. Il est vrai que la réalisation de cet équilibre peut parfois être ardue. Néanmoins, la mise en place des variantes à caractère environnemental pourrait s'avérer efficace pour y parvenir, notamment pour favoriser l'innovation en matière environnementale.

C. L'utilisation des variantes, un moyen de stimulation des innovations environnementales dans les marchés publics

À l'instar de la pondération et de la hiérarchisation des critères des offres lors de la passation des marchés publics, le recours aux variantes à caractère environnemental dans le cadre d'un appel d'offres vise également à promouvoir les innovations environnementales capables de diminuer, voire d'éliminer dans les meilleures des cas, les externalités environnementales négatives. En effet, le recours aux variantes peut entraîner la stabilisation du prix global du marché public⁹⁰⁷.

Il sied de noter que le CCP ne définit pas explicitement la notion de variante. Toutefois, celle-ci peut se définir comme une modification des spécifications initialement prévues dans les documents de la consultation, tout en constituant la solution de base⁹⁰⁸. Une offre variante dans le cadre d'un marché public implique donc la modification de certaines spécifications des prestations décrites

⁹⁰⁶CAA Douai, 31 mars 2005, n° 02DA00889, *Société Thermotique Sa*; CE 12 mars 2012, n°353826, *Société Clear Channel France*.

⁹⁰⁷MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Guide de l'achat public : oser les variantes dans les marchés publics de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat*, préc., note 598.

⁹⁰⁸CE, 12 mars 2012, n°353826, *Société Clear Channel France* ; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Guide de l'achat public, oser les variantes dans les marchés publics : de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat*, décembre 2020, p.5.

dans les cahiers des charges d'une personne publique⁹⁰⁹. Par exemple, dans le cadre d'un marché public de travaux de terrassement, la proposition des variantes peut viser un meilleur traitement des déblais produits, favorisant ainsi leur réutilisation ou incitant à l'utilisation de matériaux moins néfaste sur l'environnement⁹¹⁰. En d'autres termes, au lieu d'évacuer les déblais vers des sites de décharge, la variante environnementale pourrait prévoir leur réutilisation sur place pour le remblaiement ou leur transport vers des centres de recyclage appropriés.

De ce qui précède, la variante permet, en quelque sorte, de modifier une spécification technique énoncée dans l'appel d'offres. Elle confère, à cet effet, aux soumissionnaires la possibilité d'ajuster leurs propositions techniques afin de les rendre plus performantes, ou d'optimiser leurs offres financières, tant en termes de prix que de coût total, par rapport aux attentes initiales de l'acheteur public⁹¹¹. En outre, il convient de souligner que la variante peut être proposée soit par le candidat au marché public, soit par la personne publique elle-même⁹¹².

En tout état de cause, l'emploi des variantes dans le cadre des marchés publics constitue un outil juridique incontournable pour promouvoir l'innovation, particulièrement lorsque celle-ci vise à intégrer des considérations environnementales⁹¹³. Dans ce cadre, les variantes offrent aux entreprises soumissionnaires la possibilité de proposer librement les meilleures méthodes de protection de l'environnement⁹¹⁴. Il n'est pas exclu que les variantes puissent également porter sur des aspects tels que le prix, les pénalités, ou encore l'échéancier de paiement⁹¹⁵. Dans cette optique,

⁹⁰⁹*Id.*; CE, 5 janvier 2011, n° 343206, *Société Technologie Alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-arc* ; CE, 21 octobre 2015, *Communauté urbaine du Grand Dijon*. req. n°391311 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 335.

⁹¹⁰MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Guide de l'achat public, oser les variantes dans les marchés publics : De l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat, décembre 2020, p.9.

⁹¹¹*Id.*; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 335.

⁹¹²MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Guide de l'achat public, oser les variantes dans les marchés publics : de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat, décembre 2020, p.5.

⁹¹³Lire en ce sens : CE, 12 mars 2012, n°353826, *Société Clear Channel France* ; CE, 5 janvier 2011, n° 343206, *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-arc*. Elles peuvent également être appelées variantes « orientées ».

⁹¹⁴MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Guide de l'achat public, oser les variantes dans les marchés publics : De l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat, décembre 2020, p.5 et suiv.

⁹¹⁵DAJ, Guide pratique : « le prix dans les marchés publics », 2023 OECP, en ligne :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeep/guide_prix/Guide_prix_marches_publics.pdf.

il n'est nullement interdit de concilier les variantes environnementales avec les exigences de performance et de coût du marché⁹¹⁶.

Cependant, l'utilisation des variantes ne s'applique pas à tous les marchés publics. Son utilisation doit être en lien avec l'objet du marché et doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique⁹¹⁷. Ainsi, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer dans l'avis de marché ou dans les documents de consultation, s'il autorise ou non les variantes⁹¹⁸. En cas de silence de ces documents, les variantes sont interdites⁹¹⁹. En revanche, dans les appels d'offres des entités adjudicatrices ou pour les marchés passés en procédure adaptée, les variantes sont, en principe, admises⁹²⁰.

Si l'innovation environnementale est actuellement au cœur des préoccupations des personnes publiques, notamment en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de lutte contre le réchauffement climatique, il importe de souligner que ces préoccupations peuvent orienter les personnes publiques vers la sélection des entreprises innovantes lors de la passation des marchés publics.

Après avoir examiné les critères de sélection des offres en droit des marchés publics français, il convient d'analyser les modalités de sélection des offres des entreprises en droit québécois.

⁹¹⁶DAJ, Guide d'aide à la prise en compte du coût global de possession dans les marchés publics : direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises section matériels, équipements et tic de sécurité civile, 2012, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/cout_global/cout_global.pdf&ved=2ahUKewj32-ysgZmJAxWGJNAFHasUD5AQFnoECA8QAQ&usg=AOvVaw2rezX8OW3xBp16ybH9rr5D

⁹¹⁷MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, Guide de l'achat public, oser les variantes dans les marchés publics : de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat, décembre 2020, p.5; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 335.

⁹¹⁸*Id.*; DAJ, Guide d'aide à la prise en compte du coût global de possession dans les marchés publics : direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises section matériels, équipements et tic de sécurité civile, préc., note 916.

⁹¹⁹*Id.*

⁹²⁰Lire en ce sens : Art. R. 2151-8, art. R. 2151-9, art. R. 2151-10, art. R2151-11 CCP.

Paragraphe II. La sélection des offres en droit québécois, une sélection dominée par le critère prix

En droit québécois, les conditions de conformité se rapportent à la soumission en tant que telle, tandis que les conditions d'admissibilité visent le soumissionnaire lui-même⁹²¹. Ainsi, « pour être parfaitement conforme, une soumission doit respecter l'ensemble des exigences de l'appel d'offres quant à sa présentation, à son contenu et aux spécifications ou caractéristiques des produits, travaux ou services à fournir »⁹²². En effet, l'analyse de conformité s'apparente en droit français, à ce qu'on appelle : la procédure de sélection des offres⁹²³. À cet égard, il convient de préciser qu'en droit français, la sélection des offres par les municipalités dans le cadre des marchés publics repose sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, alors qu'en droit québécois, cela repose généralement sur le plus bas soumissionnaire conforme⁹²⁴.

Dans cette optique, nous analyserons les critères de sélection appliqués par les municipalités québécoises afin de démontrer que le critère du plus bas soumissionnaire demeure prépondérant et, par conséquent, peut compromettre l'inclusion des considérations environnementales (A). À cet effet, tant en droit français qu'en droit québécois, il est essentiel de souligner que le prix constitue le principal vecteur de rentabilisation économique d'un marché public (B).

⁹²¹Bruno G. MÉNARD, préc., note 91, 99; Sébastien LAPRISE, François ÉMOND et Jean-Benoît POULIOT, *Contrats des organismes municipaux—Manuel sur les meilleures stratégies*, 2^e éd., Brossard, Wolters Kluwer, 2018, p. 89; J. PERREAULT, « Appels d'offres municipaux », préc., note 91, 106-107; N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 41-81.

⁹²²Bruno G. MÉNARD, préc., note 91, 101.

⁹²³Voir: Art. L. 2124-2 CCP, art. R. 2151-6 CCP; François-Xavier BRÉCHOT, « À la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse: le contrôle de la pondération des critères de sélection des offres », (2019) *AJDA*, 1503; BRACONNIER, préc., note 12; CE, 17 déc. 2008, n° 282178, *Office public d'habitations Nice et Alpes-Maritimes* : *JurisData* n° 2008-074660.

⁹²⁴Art. 573 LCV, Art. 935 CMQ ; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91 , G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10; P-O FRADETTE, préc., note 48, 18-20.

A. Les critères de sélection des offres en droit québécois, critères fondamentalement axés sur le plus bas prix

Comme en droit français, la sélection des offres permet à la personne publique de choisir les entreprises en fonction des critères qu'elle établit pour le marché. Ces critères peuvent inclure le prix, le coût du cycle de vie, la protection de l'environnement, etc. Toutefois, dans le cadre des appels d'offres publics municipaux québécois, le critère du prix reste prépondérant par rapport à d'autres critères relatifs à la qualité ou aux considérations environnementales⁹²⁵.

La prépondérance du critère du prix dans la sélection des offres au sein des marchés publics québécois découle d'une approche globale centrée sur le coût des soumissions, car les entités publiques s'efforcent d'assurer que l'exécution d'un marché public se réalise au meilleur coût pour les contribuables⁹²⁶. Il est évident que la préférence marquée du critère prix par les municipalités peut entraver l'émergence des critères environnementaux lors des procédures de passation des marchés publics⁹²⁷. Cependant, lorsque les dépenses d'une municipalité atteignent ou dépassent le seuil imposant le recours à l'appel d'offres public, les municipalités sont tenues d'offrir diverses alternatives, afin de favoriser la meilleure passation des marchés publics⁹²⁸. Dans cette optique, les municipalités peuvent opter pour le choix du plus bas soumissionnaire conforme, soit utiliser le mode d'adjudication des contrats à deux étapes, ou encore appliquer une grille de pondération intégrant le prix (avec ou sans discussion et négociation) pour tout contrat attribué par appel

⁹²⁵*Id.*

⁹²⁶*Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219, par. 17, 18, 19 ; Voir aussi : A. PELLERIN, préc., note 10.

⁹²⁷G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59 ; Voir aussi : A. PELLERIN, préc., note 10.

⁹²⁸Art. 573 LCV, Art. 935 CMQ ; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRES DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics, Août 2019, en ligne : https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/affaires-municipales/publications/plainte_gestion_contractuelle/gestion_contractuelle/guide_modes_adjudication.pdf&ved=2ahukewi-2st9_fugaxwdhdqihroycj8qfnoecbsqaa&usq=aovvawlhnx7147uimxqck-glv6v

d'offres⁹²⁹. À ce sujet, les contrats de services professionnels ne peuvent pas faire l'objet d'une attribution selon la procédure du plus bas soumissionnaire conforme⁹³⁰.

De manière générale, la technique du plus bas soumissionnaire conforme vise à privilégier le critère prix dans les offres proposées⁹³¹. Le désavantage de cette technique réside dans la restriction des offres les plus innovantes en matière de protection de l'environnement ou de réduction des coûts⁹³². L'avantage de cette technique réside dans sa pertinence pour des besoins simples ou récurrents, pouvant être définis de manière claire et précise par les municipalités⁹³³.

Contrairement à la technique du plus bas soumissionnaire conforme, les modes d'adjudication intégrant le système de pondération et d'évaluation des offres se distinguent par leur capacité de privilégier la soumission ayant obtenu la qualité optimale compte tenu du prix⁹³⁴. Parmi ces modalités, on retrouve notamment le mode d'adjudication à deux étapes, qui combine l'évaluation de la qualité et du prix⁹³⁵. Dans ce cadre, la municipalité doit établir un minimum de quatre critères autres que le critère prix qui serviront d'évaluer la qualité d'une soumission en fonction de son projet. Autrement dit, selon cette méthode, avant de procéder à la demande de soumission, la municipalité doit déterminer et consigner un facteur compris entre 0 et 50⁹³⁶. Ce dernier démontre l'importance que la municipalité accorde au critère prix dans le cadre d'un appel d'offres public⁹³⁷.

⁹²⁹GOUVERNEMENT DU QUEBEC, MINISTÈRES DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928.

⁹³⁰Art. 573 LCV, Art. 935 CMQ ; GOUVERNEMENT DU QUEBEC, MINISTÈRES DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928 ; N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 41-81.

⁹³¹*Id.* ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

⁹³²*Id.*

⁹³³*Id.*

⁹³⁴GOUVERNEMENT DU QUEBEC, MINISTÈRES DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928.

⁹³⁵Art. 573.1.0.1.1 LCV ; Art. 936.0.1.1 CMQ.

⁹³⁶*Id.*

⁹³⁷*Id.*, J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91 ; GOUVERNEMENT DU QUEBEC, MINISTÈRES DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928.

Concernant le mode de sélection des offres avec grille de pondération incluant le prix (une seule étape)⁹³⁸, on évalue les offres en fonction des nombres des points basés, outre le prix, sur des critères de qualité ou tout autre critère en lien avec l'objet du marché⁹³⁹. Le contrat est donc octroyé au soumissionnaire conforme dont la soumission a obtenu le meilleur pointage⁹⁴⁰.

Si l'on doit comparer le mode à deux étapes et le mode avec grille de pondération incluant le prix, on remarquera que dans le premier mode, on évalue indépendamment et séparément le critère qualité et le critère prix soumis, alors que dans le second mode, on évalue les deux critères simultanément⁹⁴¹. Ainsi, dans le mode avec grille de pondération incluant le prix, il est possible de prévoir par exemple 80 points au critère prix en vue de l'octroi d'un marché public, et 20 points pour le critère lié à la protection de l'environnement ou au développement durable, et ce, en tenant compte du rapport qualité/prix⁹⁴².

De ce qui précède, le mode de sélection des offres avec grille de pondération incluant le prix avec discussion et négociation⁹⁴³ semble être identique au mode avec grille de pondération incluant le prix, à la seule différence qu'il y a une dimension discussion et négociation qui est ajoutée, et qui doit respecter les principes fondamentaux des marchés publics prévus à l'article 2 de la LCOP⁹⁴⁴. Ce mode concerne généralement les marchés publics complexes et de grande envergure, dont la négociation des droits et obligations demeure capitale⁹⁴⁵.

⁹³⁸ Art. 573.1.0.1.1 LCV; Art. 936.0.1.1 CMQ.

⁹³⁹ *Id.*

⁹⁴⁰ Art. 573 LCV, Art. 935 CMQ ; Art. 50 *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91 ; N. JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », préc., note 91, 41-81 ; G. DUFOR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUEBEC, ministères des affaires municipales et de l'habitation, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928.

⁹⁴¹ GOUVERNEMENT DU QUEBEC, ministères des affaires municipales et de l'habitation, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928 ; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91.

⁹⁴² *Id.*

⁹⁴³ Art. 573.1.0.5 LCV; Art. 936.0.5 CMQ.

⁹⁴⁴ Art. 2 LCOP

⁹⁴⁵ GOUVERNEMENT DU QUEBEC, Ministères des affaires municipales et de l'habitation, *Gestion contractuelle municipale : guide sur les modes d'adjudications des contrats par appels d'offres publics*, préc., note 928.

Dans l'ensemble, on comprend que le système de sélection des offres en droit des marchés publics québécois est dominé par la prépondérance du critère prix. Cette prépondérance a tendance à inciter les soumissionnaires à privilégier l'offre la moins coûteuse au détriment d'une offre privilégiant les critères environnementaux, la qualité ou l'innovation, qui sont généralement plus onéreuses⁹⁴⁶.

Il est vrai que la prépondérance du plus bas prix lors de la passation d'un marché public peut diminuer au maximum la marge du profit du soumissionnaire, mais en augmentant celle de la municipalité. À ce titre, il convient de souligner que la survenance d'un imprévu durant l'exécution d'un marché public peut avoir de lourdes conséquences sur le soumissionnaire, car à cause de la réduction de son profit pour gagner le marché public, il peut se retrouver dans une situation financière préjudiciable⁹⁴⁷.

En outre, la prépondérance du critère prix (le plus bas prix) peut également limiter la participation des petites et moyennes entreprises (PME) à certains marchés publics, dans la mesure où celles-ci seraient moins compétitives par rapport aux multinationales, surtout que les municipalités québécoises sont parties à l'AECG et à d'autres accords relatifs aux marchés publics⁹⁴⁸. Dans cette situation, il est nécessaire de privilégier l'allotissement de certains marchés publics, c'est-à-dire subdiviser les marchés publics en lot sans pour autant que cela soit un moyen pour éluder l'obligation d'émettre un appel d'offres ou un appel d'offres public⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ Voir par exemple : Article 19.14(5) de l'AECG. Voir aussi : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, préc., note 41.

⁹⁴⁷ *Id.*

⁹⁴⁸ *Id.*

⁹⁴⁹ Voir : J. PERREAULT, préc., note 91; voir aussi : Jean-Benoît POULIOT, Sébastien LAPRISE, François EMOND, Marie-lise GAUDET et Virginie BEAUCHEMIN, *Contrats des organismes publics - manuel sur les meilleures stratégies*, 2e éd., préc., note 808; S. LAPRISE, F. EMOND, J-B. POULIOT, *Contrats municipaux : manuel sur les meilleures stratégies*, préc., note 86, p.188 et suiv. ; CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, préc., note 41.

Au regard de ce qui précède, il apparaît important d'incorporer en droit des marchés publics municipaux québécois une méthode unique de sélection des offres prenant en compte à la fois le critère prix et le critère qualité⁹⁵⁰. C'est pourquoi il a été recommandé aux personnes publiques québécoises de pouvoir recourir, comme en France, aux choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, car ce mode de sélection des offres prend en compte la qualité et le prix⁹⁵¹. Concrètement, ce mode de sélection se base « sur un rapport coût/efficacité en prenant en considération le cycle de vie et le rapport qualité/prix évalué sur la base de critères comprenant des aspects économiques, qualitatifs, environnementaux et sociaux liés à l'objet du marché »⁹⁵².

Il est important de souligner que les textes juridiques encadrant les marchés publics au niveau municipal ne prévoient pas de « pondération minimale ou maximale pour le critère du prix, le choix de cette pondération est à la discrétion de l'organisme municipal, avant l'émission de l'appel d'offres »⁹⁵³.

Par ailleurs, il convient de noter qu'en droit québécois des marchés publics, les variantes n'existent pas juridiquement, mais le recours à celles-ci lors de la passation d'un marché public n'est pas formellement interdit⁹⁵⁴. Les offres alternatives ou variantes sont parfois permises dans les appels d'offres publics au Québec, notamment dans le cadre des partenariats public-privé pour les grands projets d'infrastructures⁹⁵⁵. Toutefois, il n'est pas clairement établi si ces variantes sont

⁹⁵⁰G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10.

⁹⁵¹Voir : Art. 19.14(5) de l'AECG ; Voir aussi : CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, préc., note 41.

⁹⁵²G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10.

⁹⁵³Marc CHIDIAC, « Système de pondération et d'évaluation des offres à une enveloppe : un mode d'adjudication intéressant pour les organismes municipaux... et publics? », (28 mars 2022), *Secteur-organismes-publics*, en ligne : <https://edilexpert.edilex.com/2022/03/28/systeme-de-ponderation-et-devaluation-des-offres-a-une-enveloppe-un-mode-dadjudication-interessant-pour-les-organismes-municipaux-et-publics/>

⁹⁵⁴CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, préc., note 41, 140-141.

⁹⁵⁵*Id.*

effectivement prises en compte dans l'évaluation des soumissionnaires ni de quelle manière elles sont mises en œuvre à la suite de la sélection d'un soumissionnaire⁹⁵⁶.

À l'instar du droit français, l'utilisation des variantes en droit des marchés publics québécois peut accroître l'innovation. D'ailleurs, la LCOP consacre un chapitre à l'innovation dans les marchés publics⁹⁵⁷. Dans cette perspective, l'innovation peut être utilisée dans les marchés publics afin de :

- « 1° accroître les acquisitions ayant un caractère responsable par les organismes publics;
- 2° réduire les impacts environnementaux négatifs, réels et potentiels, des biens, des services et des travaux de construction acquis par les organismes publics, notamment au niveau de l'empreinte carbone et des émissions de gaz à effet de serre, et accroître la durabilité de ces acquisitions;
- 3° utiliser les marchés publics comme vecteur d'influence en matière de lutte contre les changements climatiques; (...)
- 6° soutenir le développement de biens, de services et de travaux de construction innovants. (...))»⁹⁵⁸.

Si les marchés publics québécois reposent essentiellement sur la recherche du plus bas soumissionnaire conforme, il est important de souligner que le critère du prix permet aux municipalités de rentabiliser leurs marchés publics. Cependant, cette approche peut souvent se faire au détriment d'autres critères, notamment ceux liés à la protection de l'environnement.

B. Le critère prix, un moyen de rentabilisation économique d'un marché public

Tout comme en droit français des marchés publics, la recherche de la rentabilité est une notion profondément ancrée en droit des marchés publics québécois. Cette idée est non seulement affirmée à l'article 2(6) de la LCOP, qui prône le principe de reddition de comptes des dirigeants d'organismes publics et le principe de bonne utilisation des fonds publics, mais aussi par la jurisprudence⁹⁵⁹.

La notion de rentabilité économique sous-jacente aux marchés publics se matérialise lors de leur passation, dans la mesure où la personne publique se doit de les passer en tenant compte de l'intérêt supérieur des contribuables, c'est-à-dire en recherchant le meilleur prix dans l'intérêt de la

⁹⁵⁶ *Id.*

⁹⁵⁷ Chapitre II.1 LCOP.

⁹⁵⁸ Art. 14. 10 LCOP.

⁹⁵⁹ Art. 2 LCOP ; *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, par. 30 ; *Couillard construction limitée c. Procureur général du Québec (ministère des transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069.

municipalité⁹⁶⁰. Pour y arriver, l'administration est tenue d'évaluer ses besoins de manière préalable, adéquate et rigoureuse, et en prenant en compte les objectifs du développement durable⁹⁶¹.

Si l'on doit s'inscrire dans cette logique, les municipalités pourraient tirer profit des marchés publics qu'ils passent, notamment à travers la réduction des coûts que peuvent occasionner certains marchés pour faire des économies intelligentes, en termes de consommation d'eau, d'électricité, de ramassage de déchets, de recycle, etc. Ceci démontre que la détermination des besoins en droit des marchés publics est un élément crucial pour les municipalités, surtout lorsqu'elles cherchent à obtenir des bénéfices économiques⁹⁶².

À ce sujet, l'AMP a formulé une recommandation intéressante au *CIUSSS de l'Est-de-l'Île-de-Montréal* en précisant ce qui suit : « l'évaluation préalable des besoins adéquate, rigoureuse et détaillée contribue également à la saine gestion administrative des organismes publics en minimisant leur vulnérabilité face aux risques de dépassement de coûts et aux délais additionnels »⁹⁶³. Cette recommandation démontre de manière suffisante que, si les besoins sont correctement définis lors de la passation des marchés publics, cela permettrait de réduire les risques de dépassement des coûts, assurant ainsi une meilleure protection des fonds publics. Dans cette logique, il a été rappelé dans l'affaire *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée* que « l'adjudication des contrats municipaux par voie de soumissions publiques vise à assurer l'exécution des travaux au meilleur coût pour les contribuables, mais aussi à garantir le respect du principe fondamental de l'égalité des soumissionnaires »⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰Lire en ce sens, *Forcier & frères ltée c. Ville de Malartic*, 2023 QCCA 746 ; Sébastien LAPRISE, François EMOND, Jean-Benoît POULIOT et Gilles ST-LAURENT, *Contrats des organismes publics-manuel sur les meilleures stratégies*, Wolters Kluwer, Québec ltée, 2016, p. 152-153.

⁹⁶¹Art. 2 LCOP.

⁹⁶²P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20 ; *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, par. 30 ; *Couillard construction limitée c. procureur général du Québec (ministère des transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069.

⁹⁶³AMP, *Recommandation formulée au dirigeant du CIUSSS de l'est-de-l'île-de-Montréal concernant le processus d'adjudication 1232604*, décision 2019-04.

⁹⁶⁴*Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, par. 30.

On peut donc soutenir que, dans le cadre des marchés publics et en répondant aux besoins de leurs administrés, les municipalités poursuivent, sur le plan économique (objectif principal), deux objectifs essentiels : d'une part, protéger les intérêts des contribuables en assurant une gestion saine et responsable des deniers publics, et, d'autre part, garantir une concurrence libre et équitable entre les soumissionnaires, dans le respect strict des principes fondamentaux des marchés publics⁹⁶⁵. Sur le plan environnemental (objectif secondaire), le marché public constitue également un instrument juridique stratégique permettant de promouvoir des pratiques respectueuses de l'environnement, notamment par l'intégration de critères environnementaux dans les appels d'offres. Dans cette logique, les municipalités doivent inciter les entreprises qui répondent aux appels d'offres à proposer des produits et des solutions durables qui contribuent à la protection et à la préservation de l'environnement. Il ne s'agit pas ici d'éliminer toutes les empreintes environnementales inhérentes à l'acte d'achat, mais de les réduire autant que possible tout en favorisant des comportements écoresponsables.

Partant de ce qui précède, la recherche de la rentabilité économique lors d'un appel d'offres doit tenir compte de la protection de l'environnement. C'est ce qu'on peut qualifier d'économie intelligente.

Par conséquent, la protection des intérêts économiques des contribuables doit être visée à chaque processus de passation des marchés publics. Il s'agit là de l'essence même du processus d'un appel d'offres, dans la mesure où il permet « aux autorités publiques de conclure, au meilleur prix possible, les contrats soumis par soumission »⁹⁶⁶. C'est une question d'intérêt public que doit impérativement défendre chaque personne publique⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ Art 2 LCOP.

⁹⁶⁶ *Couillard construction limitée c. procureur général du Québec (ministère des transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069.

⁹⁶⁷ *Id.*

Si les municipalités québécoises accordent souvent une priorité à la préservation de la composante économique de l'intérêt général lors de la sélection des offres des entreprises, cette préoccupation ne doit toutefois pas compromettre une autre composante tout aussi cruciale de l'intérêt général, à savoir la composante environnementale, qui relève également de leurs responsabilités⁹⁶⁸. Par conséquent, l'intérêt général de nature économique doit s'adapter aux réalités environnementales contemporaines, tout en le dépassant afin de se concilier. Pour ce faire, il faudrait que les municipalités définissent mieux leurs besoins. C'est dans ce contexte que Pier-Olivier Fradette estime que « la détermination préalable des besoins est la fondation sur laquelle doivent reposer les conditions d'un appel d'offres public »⁹⁶⁹.

En définitive, bien que les critères de sélection des candidatures et des offres en droit des marchés publics, tant en France qu'au Québec, parviennent à prendre en compte les considérations environnementales, il faut souligner que cette prise en compte se heurte à de nombreux obstacles.

⁹⁶⁸CE, avis, 4 févr. 2021, n° 401933.

⁹⁶⁹P-O. FRADETTE, préc., note 48,18-20.

Chapitre 2. Les obstacles juridiques à la prise en compte effective des considérations environnementales dans les marchés publics français et québécois

Si l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics est désormais encouragée, voire attendue des municipalités, il convient toutefois de rappeler qu'elle ne peut être opérante que dans la mesure où elle présente un lien suffisant avec l'objet du marché. En effet, cette exigence de connexité permet de garantir la légalité de la clause environnementale au regard des finalités contractuelles poursuivies. Par ailleurs, au-delà de cette condition de rattachement, les considérations environnementales doivent également respecter les principes fondamentaux des marchés publics afin de ne pas porter atteinte aux règles de concurrence⁹⁷⁰.

La prise en compte des considérations environnementales ne peut être généralisée à l'ensemble des marchés publics. Elle doit impérativement être liée à l'objet du marché et respecter les principes fondamentaux régissant les marchés publics, notamment ceux de transparence, de concurrence, et d'égalité de traitement⁹⁷¹. À cet égard, il est donc nécessaire de préciser que ces deux obstacles à la prise en compte des considérations environnementales sont intrinsèquement liés au contrat lui-même, en l'occurrence les marchés publics.

Outre ces obstacles contractuels internes, il existe un autre obstacle majeur que l'on peut qualifier d'extrinsèque au marché public. Il s'agit de l'absence de sanctions effectives à l'encontre des municipalités en cas de refus de prise en compte des considérations environnementales. Cela est particulièrement problématique pour les municipalités, qui, en l'absence de sanction, peuvent choisir volontairement de ne pas intégrer les considérations environnementales dans leurs marchés publics, et ce, afin de réaliser les bénéfices économiques. Or, dans l'état actuel du droit applicable aux marchés publics tant au Québec qu'en France, aucune disposition légale ne prévoit de sanctions à l'encontre des municipalités qui se soustraient à l'inclusion des considérations

⁹⁷⁰Art. 2 LCOP et art. L.3 CCP.

⁹⁷¹*Id.*

environnementales. Cette situation peut être remédiée par l'introduction de la conditionnalité environnementale dans les marchés publics.

Ainsi, nous démontrerons tout d'abord qu'il existe des obstacles intrinsèques à la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics, dans la mesure où ces considérations doivent être en lien avec l'objet du marché et respecter les principes fondamentaux des marchés publics (section I). Ensuite, nous analyserons les obstacles extrinsèques, notamment l'absence de sanctions, qui permet aux municipalités de ne pas intégrer volontairement les critères environnementaux. Une comparaison entre le droit québécois et français mettra en lumière cette problématique (section II).

Section I. Les obstacles intrinsèques à l'inclusion des considérations environnementales en droit français et québécois

Dans cette section, il s'agira de démontrer que les obstacles juridiques intrinsèques à la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics sont souvent liés à la nécessité d'établir un lien direct entre ces considérations et l'objet du marché (paragraphe I). Au-delà de cette exigence de liaison, il convient également de démontrer que les considérations environnementales doivent respecter les principes fondamentaux régissant les marchés publics (paragraphe II).

Paragraphe I. Le principe de liaison entre les considérations environnementales et l'objet du marché en droit français

Pour saisir pleinement la relation qui existe entre les considérations environnementales et l'objet du marché ainsi que leurs conditions d'exécution, il convient de rappeler que les considérations environnementales se divisent en deux catégories : les clauses environnementales et les critères environnementaux⁹⁷². Les clauses environnementales concernent les conditions d'exécution du

⁹⁷²Art. L. 2112-2, art. L. 2152-7 CCP ; Art.14.6, 7 et 8 LCOP; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 LCMM ; 19.9.6 de l'AECG, 573.1.0.14 LCV, 936.0.14 CM; P-O FRADETTE, préc., note 48; Voir aussi : R. MICALÉF,

marché, tandis que les critères environnementaux sont utilisés pour la sélection des candidatures et des offres⁹⁷³. Ces deux aspects doivent être pris en compte lors de la définition des besoins.

Partant de ce qui précède, l'objet d'un marché public peut se définir comme la « traduction des besoins de l'acheteur en matière de produit, service ou travaux »⁹⁷⁴. Cette traduction prend généralement la forme d'un document contractuel⁹⁷⁵. C'est dans ce dernier que les considérations environnementales doivent s'insérer.

Il est important de noter que la légalité d'une considération environnementale dans un marché public se détermine, non seulement en fonction du lien qu'elle entretient avec l'objet du marché et ses conditions d'exécutions, mais également avec les principes fondamentaux de la commande publique⁹⁷⁶.

Ainsi, il convient de déterminer, d'une part, la nécessité d'une liaison entre les considérations environnementales et l'objet du marché public (A), et, d'autre part, le lien entre ces considérations et les conditions d'exécution (B).

« L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315; Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 297 ; voir aussi : S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, préc., note 329, p. 324 ; Voir aussi : CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, préc., note 329, p. 50-54.

⁹⁷³ *Id.*

⁹⁷⁴ UNION EUROPEENNE, *Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 3^e édition, 2016, p. 29. En ligne : « https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_fr.pdf »; DAJ, *Définition du besoin*, 1/04/2019.

⁹⁷⁵ DAJ, *Définition du besoin*, 1/04/2019, p.2.

⁹⁷⁶ Art. L.2112-3 CCP : « Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. Elles peuvent notamment se rapporter à un processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation ou à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services.

Le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit, de l'ouvrage ou du service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin de l'utilisation du produit, de l'ouvrage ou la fin du service. »; voir aussi : Article L.3 CCP.

A. La consécration du principe de liaison entre les considérations environnementales et l'objet du marché : cas de l'affaire *Concordia Bus Finland*

Le principe de liaison entre les considérations environnementales et l'objet du marché a été abordé dans la célèbre affaire « *Concordia Bus Finland* » du 17 septembre 2002⁹⁷⁷. Il a été question dans cette affaire, de la mise en place d'un réseau de bus dans la ville d'Helsinki⁹⁷⁸. À cet effet, un appel d'offres avait été lancé en vue de l'achat d'autobus peu polluant destiné à circuler dans ladite agglomération⁹⁷⁹.

Pour ce faire, la ville d'Helsinki avait prévu parmi les critères de sélections : le prix global, la qualité du matériel, l'exploitation et la gestion par l'entrepreneur en matière de qualité et d'environnement⁹⁸⁰. Il importe de souligner que, le critère relatif à la qualité du matériel devait permettre aux candidats, sous certaines conditions, de pouvoir bénéficier de points supplémentaires sur base de certains critères liés à une faible émission d'oxyde azotique et à un niveau sonore réduit⁹⁸¹.

À la lumière de ce qui précède, la société *Concordia Bus Finland* avait contesté les critères d'attribution mis en place par la Ville, au motif que « l'attribution de points supplémentaires à un matériel dont les émissions d'oxyde azotique et le niveau sonore étaient inférieurs à certaines limites est inéquitable et discriminatoire »⁹⁸².

Pour contrer cet argument, la ville d'Helsinki avait soutenu que la prise en compte des considérations environnementales telles que, les émissions d'oxyde d'azote et les émissions sonores relevait intrinsèquement de l'objet du marché⁹⁸³.

⁹⁷⁷CJCE, *Concordia bus finland*, 17 septembre 2002, pt. 55 et suiv.

⁹⁷⁸*Id.*

⁹⁷⁹CJCE, *Concordia bus finland*, 17 septembre 2002, pt 55 et suiv. ; Voir aussi : Clément LEROY, préc., note 59, p.49.

⁹⁸⁰CJCE, *Concordia bus finland*, 17 septembre 2002.

⁹⁸¹*Id.*

⁹⁸²*Id.*, considérant n° 27.

⁹⁸³*Id.*

Compte tenu de ces arguments, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) s'était prononcée de manière solennelle, en admettant la validité des critères environnementaux dès lors qu'elles remplissent les quatre critères suivants :

« Le pouvoir adjudicateur (...) peut prendre en considération des critères écologiques, tels que le niveau d'émissions d'oxyde azotique ou le niveau sonore des autobus, pour autant que ces critères :(i) sont liés à l'objet du marché, (ii) ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, (iii) sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, (iv) respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination. Par ailleurs, le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à la prise en considération de tels critères du seul fait que la propre entreprise de transport de l'entité adjudicatrice figure parmi les rares entreprises ayant la possibilité de proposer un matériel qui satisfasse auxdits critères »⁹⁸⁴. (Nos soulignements)

L'arrêt *Concordia* a été confirmé dans l'affaire *EVN AG Wienstrom* dans laquelle, l'acheteur public avait inséré deux critères d'attributions dans un marché concernant l'achat de fourniture électrique : le prix net par kWh, affecté d'un coefficient de 55 %, et le critère selon lequel l'énergie devait provenir d'une énergie renouvelable⁹⁸⁵.

Au regard de ces critères d'attribution du marché public, la Cour avait estimé que : « les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus »⁹⁸⁶. De plus, la Cour a précisé que l'inclusion du critère lié à la production de l'énergie à partir de sources d'énergies renouvelables serait illégal, s'il « ne portait pas sur la prestation qui faisait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offre, mais sur des quantités que les soumissionnaires ont fournies ou vont fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur »⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ *Id.* point 64.

⁹⁸⁵ *EVN et Wienstrom*, préc., note 186 ; Voir aussi : COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59.

⁹⁸⁶ *EVN et Wienstrom*, préc., note 186, point 39.

⁹⁸⁷ *Id.* point 67.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État est revenu sur cette question dans l'affaire *Nantes Métropole*, et ce, en précisant que les critères environnementaux, dès lors qu'ils sont insérés dans les marchés publics, doivent être objectifs, précis et liés à l'objet du marché⁹⁸⁸. Le CCP s'est inscrit dans cette logique, notamment en consacrant en ses articles L.2112-2, L. 2152-7 et suivants la notion du lien existentiel entre les considérations environnementales et l'objet du marché⁹⁸⁹.

Au regard de ce qui précède, il paraît évident que les considérations environnementales sont limitées au regard de leur objet, dans la mesure où ces considérations doivent être objectives, précises et liées à l'objet du marché dont il est question⁹⁹⁰. À ce sujet, la Commission européenne a pris le soin de citer les types de marchés dont la prise en compte des considérations environnementales peut s'avérer pertinente. Il s'agit principalement des marchés liés à « la gestion des déchets, la construction, la maintenance ou la rénovation des bâtiments, les services de transport, les fournitures tels que l'achat des véhicules »⁹⁹¹. Par exemple, l'inclusion des clauses environnementales peut être obligatoire dans les marchés d'achats des véhicules à moteur, parce qu'il y a une norme environnementale qui encadre les externalités environnementales des véhicules sur toute la durée de vie du véhicule⁹⁹². Dans ce cadre, les clauses environnementales peuvent prendre en compte : « la consommation d'énergie, les émissions de CO₂, les émissions de composés d'azote et d'oxygène (NO_x) de composés hydrocarbonés non méthaniques (HCNM) et de particules »⁹⁹³.

⁹⁸⁸ CE, 25 mai 2018, *Nantes métropole*, n°417580 ; CJCE, *Wienstrom*, 4 décembre 2003, affaire c-488/01

⁹⁸⁹ Avis du conseil d'état sur le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, n° 401933, séance du 4 février 2021 ; Art. L.2112-2 du CCP : « les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. 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 » ; Art. L.2112-3 et suiv. du CCP ; CJCE, *Concordia bus Finland*, 17 septembre 2002 ; CE, 15 févr. 2013, n° 363921, *Sté Derichebourg* : Juris-Data n° 2013-003017 ; « clauses environnementales et marchés publics » Raphael BALLOUL, lexis 360, n°2725, juin 2020 ; CE, 25 mars 2013, n° 364950, *département de l'Isère* : Juris-Data n° 2013-005637 ; CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC construction*, c-19/00, rec. p. i-7725, point 35.

⁹⁹⁰ *Id.*

⁹⁹¹ COMMISSION EUROPEENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59.

⁹⁹² Arrêté du 5 mai 2011 relatifs aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique.

⁹⁹³ *Id.*

À titre d'illustration, s'il est possible de prendre en compte les considérations environnementales dans les marchés d'achats des véhicules à moteur, une telle prise en compte s'exercerait difficilement dans les marchés liés aux prestations de services juridiques, car celles-ci n'ont en principe aucun lien direct avec l'environnement, et par conséquent, ne peuvent pas donner lieu à une prise en compte obligatoire desdites clauses.

En outre, il est important de noter que, contrairement aux considérations environnementales, le Conseil d'État précise que les considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations demeurent facultatives, mais cela « ne crée pas de hiérarchie entre ces différentes considérations ni n'instaure une prééminence de celles tirées de la protection de l'environnement sur les autres »⁹⁹⁴. Le Conseil d'État précise en outre qu'elle « impose simplement que l'environnement soit pris en compte lors de la rédaction des clauses du marché, sans empêcher que d'autres considérations, notamment sociales ou économiques, le soient au même titre »⁹⁹⁵.

Dans cette optique, il faut noter que, le critère du prix ne tient pas compte de l'objet du marché. Peu importe le marché, le prix doit impérativement exister, sauf si la municipalité a prévu une solution palliative, notamment en prévoyant un paiement équivalent⁹⁹⁶. Cela ne signifie pas que le prix en tant que composante économique n'a pas d'obstacle juridique à franchir dans le cadre des marchés publics. En effet, même le prix ne doit pas porter atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ CE, Avis 4 février 2021, n° 401933.

⁹⁹⁵ *Id.*

⁹⁹⁶ DAJ, Guide pratique : « le prix dans les marchés publics », préc., note 765 ; DAJ, Guide d'aide à la prise en compte du coût global de possession dans les marchés publics : direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises section matériels, équipements et tic de sécurité civile, préc., note 916.

⁹⁹⁷ *Id.*

On peut déduire de ce qui précède qu'en ce qui concerne les marchés publics, les obstacles à franchir entre le prix du marché et les considérations environnementales ne sont pas les mêmes. L'obstacle à l'égard du premier peut être lié aux principes fondamentaux, et l'obstacle à l'égard des seconds peut être à la fois être lié à l'objet et aux conditions d'exécutions et aux principes fondamentaux des marchés publics.

Par conséquent, le lien entre les considérations environnementales et l'objet du marché n'existera que si l'exécution d'un marché comporte des externalités environnementales négatives, et si les considérations environnementales ont pour objet de les éliminer ou de les atténuer⁹⁹⁸. Cette atténuation peut également se faire à travers les conditions d'exécutions du marché.

B. La liaison impérative entre les clauses environnementales et les conditions d'exécution du marché

Il s'agira ici de démontrer que l'inclusion des clauses environnementales dans l'exécution d'un marché public peut rencontrer des obstacles en raison de la nature spécifique du marché concerné. En effet, les conditions d'exécution d'un marché public ont pour finalité première de définir les modalités précises de réalisation de ce marché⁹⁹⁹. Ces conditions doivent être nécessairement intégrées dans le marché public sous forme de spécifications techniques obligatoires et qui doivent, par-dessus tout, être liées à l'objet du marché¹⁰⁰⁰.

Conformément à l'article L. 2112-2 du CCP, « les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. Les conditions d'exécution **peuvent** prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au

⁹⁹⁸L-N. HARADA, préc., note 51, p.90.

⁹⁹⁹UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.70 ; COMMISSION UNION EUROPEENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59.

¹⁰⁰⁰Art. L.2112-3 CCP ; Voir aussi : CE, Avis 4 février 2021, n° 401933.

domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations »¹⁰⁰¹. En effet, l'emploi du mot « peuvent » démontre clairement le caractère facultatif de la prise en compte de ces considérations lors de l'exécution du marché¹⁰⁰². En conséquence, la personne publique est libre de déterminer l'opportunité de les intégrer dans les conditions d'exécution du marché, et ce, en fonction de l'objet et des finalités qu'elle poursuit¹⁰⁰³.

De toute évidence, lorsque les considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations sont prises en compte, elles peuvent engendrer une véritable obligation de résultat pour le titulaire du marché, dont le manquement à l'exécution entraînerait des sanctions contractuelles¹⁰⁰⁴.

Ainsi, pour les marchés publics intégrant des clauses environnementales relatives au cycle de vie des prestations, l'article L. 2112-3 du CCP précise que :

« Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. Elles peuvent notamment se rapporter à un processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation ou à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services (...) »¹⁰⁰⁵.

En s'inscrivant dans cette logique, il faut préciser que la détermination de ces clauses peut se faire par référence à des documents généraux tels : « les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés; les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature »¹⁰⁰⁶. Toutefois, lorsqu'on fait référence aux documents

¹⁰⁰¹Art. L. 2112-2 CCP.

¹⁰⁰²*Id.* ; P-A. COTE et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, préc., note 460, p. 273 et suiv. ; H. REID et S. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, préc., note 460, p. 486 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., note 460, p. 791-792 ; M. FILION, *Dictionnaire du droit québécois*, préc., note 460, p. 591 et 215.

¹⁰⁰²*Id.*

¹⁰⁰³Art. L. 2112-2 CCP.

¹⁰⁰⁴*Id.*; Art. 20.2.1 CCAG-travaux.

¹⁰⁰⁵Art. L. 2112-3 CCP.

¹⁰⁰⁶Art. R. 2112-2 CCP.

généraux, il va falloir préciser les articles auxquels ces documents dérogent¹⁰⁰⁷. En outre, les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales doivent faire l'objet d'une approbation par l'arrêté du ministre en charge de l'économie et des ministres intéressés¹⁰⁰⁸.

De manière générale, la prise en compte des considérations environnementales prévues dans les CCAG invite expressément les acheteurs à les prévoir dans le CCAP¹⁰⁰⁹. Cependant, « ces obligations doivent être vérifiables, selon des méthodes objectives, et faire l'objet d'un contrôle effectif »¹⁰¹⁰. Dans cette logique, il faudra préciser que ce sont les documents particuliers du marché, à savoir CCAP, CCTP qui précisent les obligations environnementales du titulaire en matière environnementale dans l'exécution du marché¹⁰¹¹. Ce dernier (le titulaire) doit s'assurer du respect des obligations par son sous-traitant¹⁰¹². En cas de manquement à ces obligations, le titulaire du marché s'expose à des pénalités fixées dans les documents particuliers du marché¹⁰¹³. Ces éléments concernent l'exécution de la clause, et non son insertion¹⁰¹⁴.

Ainsi, la prise en compte des clauses environnementales dans les conditions d'exécution d'un marché de fourniture peut paraître pertinente, lorsqu'il s'agit d'une livraison par exemple¹⁰¹⁵. Dans ce cas, il est possible de prévoir une clause privilégiant une livraison en vrac, qui au demeurant, sera plus respectueuse de l'environnement en termes d'incidence du transport si la livraison était

¹⁰⁰⁷Art. R. 2112-3 CCP.

¹⁰⁰⁸Article R. 2112-2 CCP

¹⁰⁰⁹Art. 16.2 CCAG FCS ; Art. 17.2 CCAG-MI ; Art. 16.2 CCAG-PI ; Art. 16.2 CCAG -TIC ; Art. 20.2 CCAG - Travaux ; Art. 18.2 CCAG-MOE ; R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

¹⁰¹⁰Art. 20.2.1 du CCAG travaux 2021 ; R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

¹⁰¹¹F. STEPHAN, « CCAG-travaux 2021 : simplification ou complexité ? », (2021) dossier 5 *contrats-marchés public*; art. 14.1.1 CCAG-Tic 2021; A. MAUREL, « CCAG-Tic 2021 : une avancée vers plus de clarté et de sécurité dans l'exécution des marchés », préc., note 777.

¹⁰¹²*Id.*

¹⁰¹³*Id.*

¹⁰¹⁴*Id.*

¹⁰¹⁵UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : bonnes pratiques et orientations*, préc., note 380, p.70-72 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Achetez vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 59.

faite article par article en plusieurs petites livraisons consécutives¹⁰¹⁶. Il en est de même pour les clauses exigeant du fournisseur de reprendre tous les emballages des produits afin de faciliter le recyclage et réduction des emballages superflus¹⁰¹⁷. Généralement, dans ce type de marché, on insère souvent les clauses requérant la communication des informations relatives aux émissions de gaz à effet de serre causées par des livraisons¹⁰¹⁸.

Les sanctions prévues dans les documents particuliers du contrat pourraient susciter des préoccupations importantes en matière de sécurité juridique, plus particulièrement en ce qui concerne la prévisibilité des sanctions en cas de manquements aux obligations environnementales contenues dans le CCAG-Travaux¹⁰¹⁹. En effet, l'imprécision des sanctions peut empêcher l'autre parties de savoir clairement à quoi s'attendre en cas de manquement aux obligations environnementales¹⁰²⁰. Cette incertitude peut générer des litiges et, le cas échéant, compromettre non seulement la stabilité des marchés publics, mais également les relations contractuelles entre les parties aux contrats.

Dans ce contexte, on peut déduire que l'article 20.2.1 du CCAG-Travaux illustre le cœur du problème relatif à la sécurité juridique, dans la mesure où cet article ne définit pas explicitement les modalités du contrôle de ces obligations environnementales¹⁰²¹. Cet article laisse aux documents particuliers le soin de détailler ces obligations, conformément aux dispositions des CCAG¹⁰²². Or, ces obligations environnementales semblent manquer de clarté et de précision¹⁰²³.

Ainsi, la liaison entre les conditions d'exécution avec l'objet du marché constitue l'un des obstacles majeurs à la prise en compte des clauses environnementales dans les marchés publics, car

¹⁰¹⁶*Id.* ; Voir aussi : les CCAG ; Voir : R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

¹⁰¹⁷*Id.*

¹⁰¹⁸*Id.*

¹⁰¹⁹ Voir : R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315.

¹⁰²⁰*Id.*

¹⁰²¹*Id.*

¹⁰²²*Id.*

¹⁰²³*Id.*

l'insertion de ces dernières dépend fortement des types de marchés, surtout dans ceux dont les risques environnementaux sont très élevés. C'est dans ces derniers cas que les clauses environnementales auraient le plus d'utilité, dans la mesure où elles auront pour objectif d'atténuer les externalités environnementales négatives.

Dès lors, il est important que les clauses environnementales soit non seulement en lien avec l'objet du marché, mais aussi et surtout avec ses conditions d'exécution¹⁰²⁴. Toutefois, si les clauses environnementales sont liées à l'objet du marché et respectent les principes fondamentaux du CCP, il ne s'agira plus d'une obligation de moyens, mais bien d'une obligation de résultat, puisque lorsqu'une clause environnementale est en lien avec l'objet du marché, et respecte les principes fondamentaux du CCP, les municipalités sont dans l'obligation de les insérer dans leurs marchés publics sauf si elles justifient de l'impossibilité de leur insertion¹⁰²⁵.

Par ailleurs, même dans le cadre d'une réparation des préjudices résultant de l'irrégularité de la passation d'un marché public, le Conseil d'État précise ce qui suit :

« Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure de passation de ce contrat, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et les préjudices dont le candidat demande l'indemnisation »¹⁰²⁶.

Souvent, le lien de causalité en matière environnementale n'est pas facile à démontrer, étant donné qu'il s'agit d'un domaine très complexe. Malgré la difficulté de la démonstration, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt du 19 novembre 2018 qu'une faute simple suffit pour engager la responsabilité du maître d'œuvre¹⁰²⁷.

¹⁰²⁴Art. L. 2112-2, art. L. 2152-7 CCP ; Art.14.6, 7 et 8 LCOP; Art. 573.3.1.2.1 LCV ; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 LCMM ; 19.9.6 de l'AECG, 573.1.0.14 LCV, 936.0.14 CM et 14.8 LCOP; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18 ; Voir aussi : R. MICALÉF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », préc., note 315; Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, préc., note 5, p. 297 ; voir aussi, S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, préc., note 329, p. 324 et suiv. ; CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, préc., note 329, p. 50-54.

¹⁰²⁵*Id.* ; DAJ, *Définition des besoins*, 01/04/2014, p.1.

¹⁰²⁶CE, 10 juillet 2013, *Compagnie martiniquaise de transports*, req. n° 362777 ; CE, 10 février 2017, *EHPAD d'Audincourt*, req. n° 393720.

¹⁰²⁷<http://www.swavocats.com/responsabilite-du-maitre-doeuvre-une-faute-simple-suffit/> consulté le 04/05/2020 à 20 :44.

Dans le cadre des marchés publics, la prise en compte des clauses environnementales dans les conditions d'exécution des marchés publics constitue une obligation de moyen pour les municipalités, lorsque lesdites clauses ne correspondent pas à l'objet du marché, et de surcroît, violent les principes fondamentaux des marchés publics¹⁰²⁸. En revanche, elle constituera une obligation de résultat si lesdites clauses sont en lien avec l'objet du marché et respectent les principes fondamentaux des marchés publics¹⁰²⁹. Il convient de souligner que la *Loi climat et résilience* a fait de l'insertion des clauses environnementales dans les marchés publics une obligation de résultat¹⁰³⁰. Cette obligation « implique un nécessaire assouplissement du lien avec l'objet du marché de l'ensemble des éléments constitutifs du marché »¹⁰³¹. L'assouplissement de l'objet du marché public semble de plus en plus se préciser dans les marchés publics, car le législateur veut faire de l'analyse du cycle de vie une clause passe-partout dont la « présomption » du lien avec l'objet du marché serait acquise¹⁰³².

Si, les clauses environnementales doivent être en lien avec l'objet du marché ainsi qu'à leurs conditions d'exécution, il faudrait aussi que lesdites clauses puissent respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

¹⁰²⁸Lire en ce sens : DAJ, *Définition des besoins*, 01/04/2014, p.1.

¹⁰²⁹*Id.*

¹⁰³⁰Art. 35 de la *loi climat et résilience* ; G. CANTILLON, fasc. 2340, préc., note 7 ; H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 235, p. 2.

¹⁰³¹*Id.*

¹⁰³²*Id.*

Paragraphe II. Le respect des principes fondamentaux de la commande publique

Si l'insertion des clauses environnementales doit se rapporter à l'objet ou aux conditions d'exécutions du marché public, celui-ci doit également respecter les principes fondamentaux de la commande publique¹⁰³³. Dès lors, il importe de souligner que, ces principes ont une valeur constitutionnelle, dans la mesure où elle découle de la combinaison des articles 6 (égalité devant la loi) et 14 (nécessité de la contribution publique) de la Déclaration des droits de l'Homme¹⁰³⁴.

En effet, l'article L.3 du CCP codifie les principes fondamentaux régissant la commande publique, en énonçant expressément ce qui suit :

« Les acheteurs et les autorités concédantes **respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures**, dans les conditions définies dans le présent code. **Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics** »¹⁰³⁵.

« 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 »¹⁰³⁶. (Nos soulignons)

À la lecture de cet article, on peut déduire que le CCP vise à assurer l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics et l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale¹⁰³⁷. En outre, cet article dégage trois principes fondamentaux qui doivent impérativement s'appliquer dans l'ensemble de la procédure de la passation des marchés publics, c'est-à-dire de la phase préliminaire à la phase de l'exécution du marché public, en passant par la passation du marché proprement dit, à savoir la sélection des offres et des candidatures¹⁰³⁸.

¹⁰³³ Art. L. 3 CCP; Voir : Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éditions, éditions Dalloz, 2019 ; CJCE, *Telaustria*, 7 déc. 2000, Aff. c-324/98 ; Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, 7^e édition, Paris, LGDJ, 2019 ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; Directive de 2014 ; CE, avis, 29 juillet 2002.

¹⁰³⁴ *Id.*; CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003, p. 11205 ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 22.

¹⁰³⁵ Art. L. 3 CCP.

¹⁰³⁶ Art. L. 3-1 CCP.

¹⁰³⁷ Art. L.3 et L.3-1 CCP.

¹⁰³⁸ Philippe TERNEYRE et Hélène HOEPFFNER, « La place des principes dans le Code de la commande publique », (2019) 02, *Revue française de droit administratif*, 206, en ligne : <https://shs.hal.science/halshs-02450568v1>

À juste titre, la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique, car les atteintes à ces principes peuvent ouvrir la voie à un référé précontractuel ou contractuel, selon le cas¹⁰³⁹.

Ainsi, nous analyserons successivement chacun des principes fondamentaux des marchés publics, à savoir : le principe de liberté d'accès à la commande publique (A), le principe d'égalité de traitement des candidats (B) et le principe de transparence des procédures (C), afin de démontrer qu'ils doivent être scrupuleusement respectés et pris en compte¹⁰⁴⁰.

A. La liberté d'accès à la commande publique

Le principe de la liberté d'accès à la commande publique implique un accès libre, sans discrimination et sans entrave aux marchés publics¹⁰⁴¹. Ce principe engendre une certaine égalité des candidats lors du traitement des candidatures, qui doit, par ailleurs, se faire dans l'impartialité, l'intégrité et de manière équitable¹⁰⁴².

Si l'on doit introduire les considérations environnementales dans ce principe, celles-ci ne doivent pas constituer une barrière à l'accès des marchés publics aux autres candidats, notamment en privilégiant certaines entreprises au détriment d'autres¹⁰⁴³. En d'autres termes, les personnes publiques ne doivent pas utiliser les considérations environnementales comme un prétexte pour écarter les petites et moyennes entreprises (PME), sous peine de contrevenir aux principes

¹⁰³⁹Art. L.551-1-L.551-12 du CJA : « Le tiers (y compris le concurrent évincé) qui a un intérêt à conclure le contrat et qui est susceptible d'être lésé par le manquement invoqué peut former un référé précontractuel (avant la conclusion du contrat). L'intérêt étant d'obtenir la suspension de la procédure de passation du contrat avant la signature du contrat » ; L.551-13 du CJA : « le tiers (y compris le concurrent évincé) qui a un intérêt à conclure le contrat et qui est susceptible d'être lésé par le manquement invoqué peut former un référé contractuel après la conclusion du contrat et au plus tard le 31^{ème} jour suivant la publication de l'avis d'attribution ». ; voir aussi : CE, *Tarn-et-Garonne*, 4 avril 2014, n°358994 ; Art. 432-14 *Code pénal*. Cette infraction est punie de 2 ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende.

¹⁰⁴⁰Art. L.3 CCP ; L. SOURZAT, préc., note 120, p.30.

¹⁰⁴¹CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003, p. 11205.

¹⁰⁴²Art. 2 LCOP ; CE, *ministre de l'Équipement*, 30 juin 2004, n°261919 ; CE, *Commune de Savigny-sur-Orge*, 6 mars 2009, req n°315138 ; CE, *Société l'atelier des compagnons*, 25 mai 2018, n°417869.

¹⁰⁴³Art. L.3 CCP ; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.320 et suiv. ; L. SOURZAT, préc., note 120, p.30 et 31.

fondamentaux régissant les marchés publics, notamment ceux de la non-discrimination et de l'égalité de traitement des candidats¹⁰⁴⁴.

B. L'égalité des traitements des candidats

Ce principe découle du principe d'égalité devant les charges publiques, qui du reste est rattachée au principe d'égalité devant la loi¹⁰⁴⁵. En d'autres termes, ce principe signifie que tous les candidats à la passation d'un marché public doivent faire l'objet d'un traitement équitable et impartial par la municipalité, et ce, à tous les stades de procédures¹⁰⁴⁶.

En effet, le principe d'égalité peut être rompu, lorsque l'administration opère une discrimination vis-à-vis de certains candidats ayant répondu à l'appel d'offres¹⁰⁴⁷. Par exemple, lorsqu'une municipalité intègre des considérations environnementales comme critères dans le processus d'attribution d'un marché public, cela pourrait avoir pour conséquence une augmentation du budget nécessaire pour une PME. Dans cette logique, toute forme de discrimination en faveur de certains candidats à la définition des besoins, dans les modalités de publicité ou dans l'examen des candidatures est prohibée¹⁰⁴⁸.

Comme pour les manquements aux principes de libre accès à la commande publique, l'insertion des considérations environnementales dans les marchés publics ne doit pas rompre le principe d'égalité des candidatures durant le processus de passation de marché public, cela peut entraîner plusieurs conséquences, telles que la formation d'un référé précontractuel ou contractuel pour

¹⁰⁴⁴ DAJ, *La mutualisation des achats*, fiche technique, 2019; Bruno MOUNIER, « Loi climat et résilience : environnement et critères d'analyse des offres », (Décembre 2021) 226 *Revue contrats publics, la commande publique à l'aune du développement durable*.

¹⁰⁴⁵ S. BRACONNIER, préc., note 12, p. 22. Raphaëlle CHARLIER, *Les critères environnementaux dans les marchés publics*, mémoire Master 2, Marcou (dir.) Université de Paris 1, faculté de droit, 2006-2007, p. 10, 63 et 64 ; François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Les marchés publics au secours de l'environnement », (2001) *Contrats et marchés publics*, 2-3.

¹⁰⁴⁶ Art. L.3 CCP ; Art. 2 LCOP ; Voir aussi : S. LAPRISE, F. EMOND, J-B. POULIOT, préc., note 672, p. 33 ; *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 2019, p. 17 et suiv. ; *Monit international c. Canada* 2004 CF 75, p. 45 ; *La Reine(ont) c. Ron engineering*, 1981 1 R.C.S. 111 et suiv.

¹⁰⁴⁷ CE, *SA Société industrielle de nettoyage*, 6 juin 1997, n°129437 ; Mathias AMILHAT, « Passation des marchés publics : principes fondamentaux », (2020) fasc. 750 *Jurisclasseur administratif*.

¹⁰⁴⁸ Art. L.3 CCP ; Art 2 LCOP ; CE, *Société Wanner Isofi Isolation*, 13 mai 1987, n°39120.

atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence¹⁰⁴⁹. Il en est de même pour le recours en contestation de la validité du marché public¹⁰⁵⁰. Cela entraîne, comme conséquence la mise en place d'une procédure transparente durant le processus de passation.

C. La transparence des procédures

La transparence des procédures permet à la municipalité de définir de manière claire et objective les conditions d'organisation du processus de passation d'un marché public¹⁰⁵¹. L'application du principe de transparence des procédures se matérialise généralement à travers la publicité électronique, puisqu'elle constitue le moyen le plus efficace, dans la mesure où cette publicité se fait en fonction des seuils¹⁰⁵².

En effet, le principe de transparence des procédures entraîne deux autres formes d'obligations : d'un côté, la personne publique est tenue de faire savoir à l'avance, et de manière claire et précise les conditions d'organisation de la procédure en matière de passation des marchés publics, les délais et les critères de choix, et de l'autre côté, les motifs de son choix¹⁰⁵³.

Par exemple, les marchés publics ayant atteint le seuil de l'appel d'offres sont publiés à la fois au bulletin d'annonce des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)¹⁰⁵⁴. À cet effet, les documents mis en ligne dans le cadre de l'appel d'offres doivent être suffisamment précis afin de permettre à l'opérateur économique de participer ou non à la procédure¹⁰⁵⁵.

La transparence, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, implique non seulement l'accès aux informations nécessaires, mais aussi une gestion adéquate de la confidentialité et de la

¹⁰⁴⁹Art. L.551-1-L.551-12 du CJA; L.551-13 du CJA; Art. 432-14 *Code pénal*; CE, *Tarn-et-Garonne*, 4 avril 2014, n°358994.

¹⁰⁵⁰CE, *Tarn-et-Garonne*, 4 avril 2014, n°358994.

¹⁰⁵¹Art 573.3.3.3 LCV; Art. 938.3.3 CM; Art. L.3 CCP et Art. LCOP.

¹⁰⁵²La publication des marchés publics ayant atteint le seuil de l'appel d'offre se fait via le bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP), le Journal officiel de l'union européenne (JOUE) et le système électronique d'appel d'offres (SEAO).

¹⁰⁵³S. BRACONNIER, préc., note 12, p.308.

¹⁰⁵⁴*Id.*

¹⁰⁵⁵*Id.*

discrétion¹⁰⁵⁶. En effet, les informations relatives au processus de passation du marché public doivent être accessibles, impartiales et uniformément distribuées à tous les soumissionnaires potentiels, plus particulièrement lors du processus de sourçage¹⁰⁵⁷. Dans cette perspective, la transparence garantit que tous les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité, en leur fournissant les mêmes informations¹⁰⁵⁸. Par conséquent, les critères environnementaux doivent être clairement définis et rendus publics afin que chaque candidat puisse pleinement comprendre les exigences et intégrer ces considérations dans leur offre.

Somme toute, en droit français, les obstacles juridiques intrinsèques au contrat peuvent être associés tant à l'objet du marché qu'aux conditions d'exécution de celui-ci, d'une part, et aux principes fondamentaux régissant les marchés publics, d'autre part. Il en va de même pour le droit des marchés publics québécois, où des réalités comparables peuvent être observées.

¹⁰⁵⁶S. LAPRISE, F. ÉMOND, J-B. POULIOT, préc., note 86, p. 33; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DE L'INNOVATION, « Les grandes étapes d'un appel au marché public », préc., note 752; Charlotte DESLAURIERS-GOULET, « Fresque contemporaine de l'obligation de renseignement dans le contrat public », préc., note 752, 44-45; Voir aussi : Jean-Benoît POULIOT, Sébastien LAPRISE, François ÉMOND, Marie-lise GAUDET et Virginie BEAUCHEMIN, *Contrats des organismes publics - manuel sur les meilleures stratégies*, 2e éd., préc., note 808.

¹⁰⁵⁷*Id.*

¹⁰⁵⁸*Id.*; Art 573.3.3.3 LCV; Art. 938.3.3 CM; Art. L.3 CCP et Art. LCOP.

Paragraphe II. Les obstacles intrinsèques à l'inclusion des considérations environnementales en droit québécois, obstacles semblables aux droits français

Tout comme en droit des marchés publics français, l'inclusion des considérations environnementales en droit québécois rencontre les obstacles juridiques intrinsèques semblables, puisque les considérations environnementales doivent non seulement être en lien avec l'objet du marché, mais elles doivent aussi respecter les principes fondamentaux de la commande publique¹⁰⁵⁹.

Pour s'en rendre compte, nous analyserons d'abord les obstacles intrinsèques à la prise en compte des considérations environnementales en droit québécois, lesquels sont comparables à ceux du droit français, en raison des contraintes liées à l'objet du marché (A). Ensuite, nous analyserons comment le respect des principes fondamentaux des marchés publics en droit québécois constitue également un frein à la prise en compte de telles considérations (B).

A. L'existence du lien entre les considérations environnementales et l'objet du marché

Comme en droit des marchés publics français, en droit québécois, l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics doit être étroitement liée à l'objet du marché¹⁰⁶⁰.

Conformément au droit des marchés publics québécois, les personnes publiques doivent prendre en compte les considérations environnementales relatives à la notion de cycle de vie des produits ou services concernés¹⁰⁶¹. À cet effet, elles doivent prévoir au moins une condition relative au caractère responsable de l'acquisition, prenant en compte les dimensions environnementales, sociales ou économiques¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹Art.14.6, 7 et 8 LCOP; Art. L.2112-3 CCP ; Art. L. 2112-2, CCP ; Voir aussi : CE, Avis 4 février 2021, n° 401933; Pier-olivier FRADETTE, préc., note 48, 16-20 ; UNION EUROPEENNE, *Acheter vert! Un manuel sur les marchés publics écologiques*, préc., note 248, p.70. Clément LEROY, préc., note 59, p.49.

¹⁰⁶⁰Art.14. 8 LCOP.

¹⁰⁶¹Art. 14. 6-8 LCOP.

¹⁰⁶²Art. 14.7(1) LCOP.

À ce sujet, l'article 14. 8 de la LCOP précise ce qui suit :

« **14.8.** Les conditions relatives au caractère responsable d'une acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique, **doivent être liées à l'objet du contrat à moins qu'elles ne soient autrement autorisées par la loi.**

Aux fins du premier alinéa, **sont réputées liées à l'objet du contrat les conditions qui se rapportent aux biens, aux services ou aux travaux de construction à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, incluant notamment les stades de recherche, de développement, de production, de commercialisation, de prestation, de distribution, d'utilisation, de maintenance et de fin de vie, et ce, même lorsque de telles conditions ne portent pas sur l'une de leurs caractéristiques intrinsèques.**

Le deuxième alinéa s'applique à toute catégorie de contrats, avec les adaptations nécessaires. »¹⁰⁶³

Sans l'exprimer explicitement, le législateur québécois semble non seulement imposer le coût et l'analyse du cycle de vie comme des considérations environnementales incontournables, mais également comme des considérations environnementales universelles devant être intégrées dans tous les marchés publics, indépendamment de leur objet spécifique. Cette affirmation se constate à travers les mots suivants : « le deuxième alinéa s'applique à toute catégorie de contrats »¹⁰⁶⁴. À ce propos, Geneviève Dufour et Marianne Dionne pensent que « les conditions se rapportant au caractère responsable d'une acquisition sont valables, et ce, même si elles n'ont pas d'impact sur les caractéristiques intrinsèques du produit »¹⁰⁶⁵.

On comprend clairement que la prise en compte des considérations environnementales relatives au coût et à l'analyse du cycle de vie vise à concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général en droit des marchés publics québécois¹⁰⁶⁶. Cette approche démontre également, à l'instar du droit des marchés publics français, que les marchés publics québécois véhiculent l'idée de conciliation. De ce point de vue, les personnes publiques doivent soigneusement intégrer lesdites considérations dans leurs marchés publics, afin qu'ils poursuivent

¹⁰⁶³ Art. 14. 8 LCOP.

¹⁰⁶⁴ *Id.*

¹⁰⁶⁵ G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10.

¹⁰⁶⁶ Lire en ce sens : D. NORMANDIN et M. McDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, préc., note 51 ; ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », préc., note 359 ; P. COSSALTER, préc., note 7; G. GAUCH et R. MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », préc., note 239, p. 37 ; DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation, groupe d'étude des marchés développement durable, préc., note 359.

simultanément une double finalité : protection de l'environnement et préservation des intérêts des contribuables¹⁰⁶⁷.

Sous cet angle, il est possible de conclure que les marchés publics québécois sont, des contrats conciliants, dans la mesure où les organismes publics sont légalement tenus d'intégrer des considérations environnementales, ce qui n'est pas encore systématiquement le cas pour toutes les municipalités¹⁰⁶⁸. Cette adaptabilité permet d'établir un lien substantiel entre l'objet du marché et les considérations environnementales lors de l'exécution des marchés publics.

B. La liaison entre les considérations environnementales et les conditions d'exécution du marché, une obligation à double visage

Si l'objet des marchés publics peut représenter un obstacle juridique intrinsèque à l'intégration des considérations environnementales, les conditions d'exécution des marchés publics peuvent, elles aussi, constituer un frein similaire¹⁰⁶⁹.

En effet, la prise en compte des clauses environnementales lors de l'exécution d'un marché public peut se heurter à des difficultés pratiques et juridiques similaires à celles liées à l'objet du marché¹⁰⁷⁰. Ces considérations doivent aussi respecter les principes fondamentaux des marchés publics, comme en droit français¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, préc., note 260, par. 39. ; *Montréal (ville de) c. Société d'énergie Foster Wheeler ltée*, 2011 QCCA 1815, para. 148 et 172 ; *Dawcolectric Inc. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCA 948, para. 124 ; *Innovtech construction Inc. c. Centre universitaire de santé McGill (hôpital de Montréal pour enfants)*, 2010 QCCS 5190, par. 248.

¹⁰⁶⁸ Art.14.6, 7 et 8 LCOP; Art. 573.3.1.2.1 LCV; Art. 938.1.2.0.1 CM ; Art. 113.2.1 LCMM ; Voir aussi : art. 106.2.1 LCMQ et art. 103.2.0.1 LSTC; P-O. FRADETTE, préc., note 48, p.18-20; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; Voir aussi : VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

¹⁰⁶⁹ G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10.

¹⁰⁷⁰ Art.14.6, 7 et 8 LCOP; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; Voir aussi : VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59 ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

¹⁰⁷¹ *Id.*

La prise en compte des clauses environnementales lors de l'exécution d'un marché public québécois résulte d'une lecture croisée des dispositions de la LCOP, de la LCM, du CM et de la LDD. Il ressort de ces textes juridiques que la prise en compte des clauses environnementales dans l'exécution des marchés publics québécois constitue, en principe, une obligation de résultat pour les organismes publics soumis à la LCOP¹⁰⁷². Cependant, cette obligation se transforme exceptionnellement en une obligation de moyen pour les municipalités québécoises, lorsque les clauses ne correspondent pas à l'objet du marché ou sont discriminatoires¹⁰⁷³. Pour s'en convaincre, il convient de lire l'article 14 paragraphes (6) (7) et (8) de la LCOP¹⁰⁷⁴.

Pris à la lettre, les articles précités de la LCOP semblent faire de l'insertion des clauses environnementales dans l'exécution d'un marché public une obligation de résultat. L'emploi du mot « doit » en est le signe révélateur¹⁰⁷⁵. Bien qu'il s'agisse d'une obligation de résultat dans le cadre de la LCOP, l'insertion des clauses environnementales aux termes des articles 573.3.1.2.1 de la LCV et 938.1.2.0.1 du CM est une obligation de moyen. En effet, ces articles emploient le mot « peut », qui se distingue significativement du mot « doit »¹⁰⁷⁶. Ainsi, le verbe « pouvoir » en droit renvoie à une simple faculté ou à une possibilité laissée à la discrétion de la personne publique concernée, alors que le verbe « devoir » implique, pour sa part, une véritable obligation juridique, imposant une conduite impérative à suivre¹⁰⁷⁷. De ce point de vue, on peut déduire que l'insertion des clauses environnementales dans les marchés publics municipaux québécois ne relève que d'une possibilité, et non d'une obligation, sachant que la possibilité s'inscrit dans la logique d'une obligation de moyen, et non de résultat¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷²Art. 2, par. 3.1 et 4, et articles 14.1 à 14.9 LCOP.

¹⁰⁷³Art. 2, par. 3.1 et 4, et articles 14.1 à 14.9 LCOP.

¹⁰⁷⁴Art. 14 par. 6, 7 et 8 LCOP ; 573.3.1.2.1 LCV et 938.1.2.0.1 CM, 573.3.1.2.1 LCV et 938.1.2.0.1 CM.

¹⁰⁷⁵P.-A. CÔTE et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, préc., note 460, p. 273 et suiv. ; H. REID et S. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, préc., note 460, p. 486 et suiv. ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., note 460, p. 791-792 ; M. FILION, *Dictionnaire du droit québécois*, préc., note 460, p. 591 et 215.

¹⁰⁷⁶*Id.*

¹⁰⁷⁷*Id.* Voir aussi: Art. 51 de la *Loi d'interprétation*, chapitre I-16, à jour au 31 août 2024.

¹⁰⁷⁸*Id.*; Art. 573.3.1.2.1 LCV, Art. 938.1.2.0.1 CM, Art. 113.2.1 LCMM; Voir aussi: Art. 106.2.1 LCMQ et Art. 103.2.0.1 LSTC.

De ce qui précède, il appert qu'il existe une tension entre les dispositions de la LCOP et les dispositions de la LCV et du CM en ce qui concerne l'insertion des clauses environnementales dans les conditions d'exécution d'un marché public, dans la mesure où la LCOP consacre, quant à elle, une obligation de résultat, tandis que la LCV et le CM consacre une obligation de moyen.

Par ailleurs, il convient de préciser qu'en lisant les articles 14 paragraphes (6) (7) et (8) de la LCOP, le législateur semble faire de l'insertion des clauses environnementales relatives au cycle de vie d'un produit, ou plus largement de la clause relative au développement durable dans l'exécution des marchés publics, une clause obligatoire, dans la mesure où il entretient « une forme de présomption de lien avec l'objet du marché »¹⁰⁷⁹. Cette forme de présomption automatique de l'existence du lien entre le cycle de vie et l'objet du marché, « permet donc l'inclusion de caractéristiques environnementales existantes en amont et en aval de la consommation du produit à l'heure d'envisager ses caractéristiques techniques, et ce, tout en restant liée à l'objet du marché »¹⁰⁸⁰. Il est intéressant de rappeler que l'introduction du cycle de vie dans les marchés publics conduit à la prise en compte de plusieurs autres éléments, à l'instar de l'économie circulaire et de la responsabilité élargie des producteurs (REP)¹⁰⁸¹.

Toutefois, si la généralisation de la prise en compte du cycle de vie est encouragée, il convient de souligner que sa systématisation n'est pas encore envisagée. D'ailleurs, en France, avec l'adoption de la *Loi Climat et Résilience*, l'État devrait mettre à la disposition des pouvoirs adjudicateurs, d'ici le 1^{er} janvier 2025, des outils opérationnels afin de mieux définir et analyser les coûts du cycle de vie des biens dans les principaux segments d'achat¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ Art. 14. 6-8 LCOP; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; P. VILLENEUVE, « *Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public* », préc., note 50, 579; G. CANTILLON, préc., note 7.

¹⁰⁸⁰ H. DELZANGLES, « Commande publique - vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », préc., note 235, p.1-15.

¹⁰⁸¹ *Id.*

¹⁰⁸² *Id.*

Si donc, l'insertion du cycle de vie dans les marchés publics constitue une forme d'obligation pour les organismes publics soumis à la LCOP, cette obligation se lit à travers ces mots : « doivent être liées à l'objet du contrat »¹⁰⁸³. Dans cette perspective, il convient de relever que la LCOP semble ouvrir la voie à une intégration élargie des considérations environnementales, en présumant leur rattachement aux marchés publics, même en l'absence d'un lien direct avec l'objet du contrat. Une telle présomption appelle néanmoins à être maniée avec précaution, et ce, dans le respect des finalités propres des marchés publics et moyennant les adaptations nécessaires au contexte contractuel¹⁰⁸⁴. En l'état actuel du droit, l'intégration du cycle de vie dans tous les marchés publics présente une complexité significative et ne peut être appliquée de manière uniforme à l'ensemble des marchés.

Cette difficulté découle du fait que le cycle de vie, en tant que clause environnementale pouvant concilier les composantes économiques et environnementales, nécessite des ajustements spécifiques en fonction des caractéristiques particulières de chaque marché public¹⁰⁸⁵.

En outre, il importe de préciser que la LCOP accorde au Conseil du Trésor la possibilité d'obliger les organismes publics de pouvoir inclure « dans les documents d'appel d'offres ou le contrat, selon le cas, une ou plusieurs conditions relatives au caractère responsable d'une acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique, dans les cas qu'il détermine »¹⁰⁸⁶.

Partant de ce qui précède, la prise en compte des clauses environnementales dans les conditions d'exécution des marchés publics québécois constitue une obligation de moyen ou une obligation de résultat. Elle se présente en tant qu'obligation de moyen conformément au CM et à la LCV, tandis qu'elle se qualifie d'obligation de résultat si l'on doit se référer aux dispositions de la LCOP. C'est pourquoi les personnes publiques doivent s'en servir à bon escient afin de ne pas porter atteinte aux principes fondamentaux des marchés publics québécois.

¹⁰⁸³ Art. 14.8 LCOP.

¹⁰⁸⁴ *Id.*

¹⁰⁸⁵ Art. 14.8 LCOP.

¹⁰⁸⁶ Art. 14.9 LCOP.

Paragraphe II. Les considérations environnementales respectueuses des principes fondamentaux des marchés publics québécois

Comme en droit français, la prise en compte des considérations environnementales en droit québécois doit également se faire dans le respect des principes fondamentaux des marchés publics¹⁰⁸⁷. En ce sens, il convient de noter qu'en droit des contrats municipaux, il n'existe pas encore une disposition spécifique énonçant les principes fondamentaux des marchés publics¹⁰⁸⁸.

Partant de ce constat, l'analyse du respect des principes fondamentaux des marchés publics s'effectue sur fondement de l'article 2 de la LCOP, qui s'applique désormais aux municipalités¹⁰⁸⁹. Pourtant, au regard de l'article 4 de la LCOP, les municipalités ne sont pas reprises dans la nomenclature des organismes soumis à la LCOP¹⁰⁹⁰. Les municipalités québécoises doivent non seulement se conformer aux dispositions de la LCV, mais également respecter celles de la LCOP, et ce, en vertu de l'article 573.3.3.3 de la LCV¹⁰⁹¹.

Ainsi, l'article 2 de la LCOP dispose ce qui suit :

« 2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

0.1° la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents ;

¹⁰⁸⁷Art. 2 LCOP.

¹⁰⁸⁸P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20. ; voir aussi : AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Sherbrooke concernant le contrat de gré à gré identifié au SEAO sous le numéro de référence 1242883*, Numéro 2021-24, p. 2.

¹⁰⁸⁹*Id.*

¹⁰⁹⁰Art. 4 LCOP.

¹⁰⁹¹Art. 573.3.1.2.1 LCV:

« 573.3.3.3. Les articles 21.17 à 21.17.2, 21.18, 21.39 à 21.41.1, 25.0.2 à 25.0.5, 27.6 à 27.9, 27.10.0.1, 27.11 et 27.13 à 27.14.1 et la section ii du chapitre viii.2 de la loi sur les contrats des organismes publics (chapitre c-65.1) s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à l'égard de tout contrat d'une municipalité, qui comporte une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement en vertu de l'article 21.17 de cette loi ou qui est visé par le gouvernement en application de l'article 21.17.1 de cette loi et qui est un contrat pour l'exécution de travaux, un contrat d'assurance, un contrat d'approvisionnement ou un contrat pour la fourniture de services.

Pour l'application de ces articles, tout contrat visé au premier alinéa est réputé être un contrat public, tout sous-contrat qui comporte une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement en vertu de l'article 21.17 de cette loi ou qui est visé par le gouvernement en application de l'article 21.17.1 de cette loi et qui est rattaché directement ou indirectement à un tel contrat est réputé être un sous-contrat public, toute municipalité est réputée être un organisme public et le ministre des affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire exerce, à l'égard de ces contrats et sous-contrats publics, les responsabilités confiées au conseil du trésor ou à son président.

Aux fins de l'application aux municipalités des dispositions du chapitre V.1 de cette loi, une personne physique est assimilée à une entreprise même si elle n'exploite pas une entreprise individuelle ».

- 1° la transparence dans les processus contractuels ;
- 2° le traitement intègre et équitable des concurrents ;
- 3° la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ;
- 3.1° l'utilisation des contrats publics comme levier de développement économique du Québec et de ses régions ;
- 4° la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui s'inscrit dans la recherche d'un développement durable au sens de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1);
- 4.1° la recherche de la meilleure valeur dans l'intérêt public ;
- 5° la mise en œuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics ;
- 6° la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics. »¹⁰⁹² (Nos soulignements)

Cet article définit les objectifs devant conduire le processus de passation d'un marché d'un public¹⁰⁹³. Ainsi, suivant l'*Accord économique et commercial global* (AECG), les principes fondamentaux de l'article 2 de la LCOP se concrétisent par les principes de non-discrimination, de transparence, d'impartialité et de responsabilité¹⁰⁹⁴.

Ainsi, dans une *Recommandation destinée au conseil municipal de la Ville de Sherbrooke*, l'Autorité des marchés publics a mis en lumière les principes fondamentaux découlant de l'article 2 de la LCOP, en énonçant ce qui suit :

« La transparence, l'équité et la saine concurrence constituent les pierres d'assise et les principes fondamentaux établis par le législateur afin de promouvoir la confiance du public dans les marchés publics. Ces principes sont au bénéfice des entreprises, des organismes publics et des contribuables québécois ; ils ont pour finalité d'attester l'intégrité des processus contractuels.

Parmi les moyens mis en place par l'État pour préserver ces principes fondamentaux, le régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État a été créé ; celui-ci prévoit la vérification préalable de l'intégrité des entreprises souhaitant contracter ou sous-contracter avec l'État, selon les critères et les conditions déterminés par la LCOP.

Ce système vise à vérifier, en amont, qu'une entreprise partie à un contrat (ou à un sous-contrat) public satisfait aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat (ou à un sous-contrat) public.

Ces conditions visent notamment à promouvoir la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents. Particulièrement, le régime d'autorisation de contracter avec l'État vise à protéger le public, qui a un intérêt à ce que les contrats payés avec des fonds publics soient octroyés à des contractants intègres »¹⁰⁹⁵. (Nos soulignements)

Dans la même veine, Martine Valois pense que l'article 2 de la LCOP:

« Énonce les principaux objectifs qui déterminent les conditions d'octroi des contrats publics. Parmi ces objectifs, quatre sont particulièrement pertinents à notre propos : « la confiance du public dans

¹⁰⁹²Art. 2 LCOP.

¹⁰⁹³A. PELLERIN, préc., note 10, p.121.

¹⁰⁹⁴M. VALOIS, préc., note 29, 755 ; Voir : Chapitre 19 AECG.

¹⁰⁹⁵AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Sherbrooke concernant le contrat de gré à gré identifié au SEAO sous le numéro de référence 1242883*, Numéro 2021-24, p.2.

les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents » (alinéa 0.1), le « traitement intègre et équitable des concurrents » (alinéa 2), la « possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics » (alinéa 3), et la « reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics » (alinéa 6). Ces alinéas codifient en quelque sorte les objectifs du processus d'appels d'offres publics énoncés par la Cour supérieure dans l'affaire *Spécialistes en combustion S.D. c. Centre hospitalier Robert-Giffard* en 1999 : (...)

L'objectif formulé à l'alinéa 0.1 concernant la « confiance du public » dans les marchés publics a été ajouté à la LCOP par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*. Il place la notion d'intégrité au centre du processus d'octroi des contrats publics. Les conditions relatives à l'intégrité des concurrents ont pour but de s'assurer que les contrats publics sont attribués uniquement aux contractants qui satisfont aux plus hauts standards d'intégrité, gage du maintien de la confiance du public à l'égard de la saine gestion des contrats publics »¹⁰⁹⁶.

À la lumière de ce qui précède, la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics doit respecter les principes fondamentaux de l'article 2 de la LCOP¹⁰⁹⁷. Cette prise en compte ne doit pas constituer un obstacle pour les autres entreprises, mais elle doit veiller à éviter toute forme de favoritisme ou de traitement inégal des soumissionnaires. Une telle situation risquerait de compromettre le respect du principe d'égalité entre les entreprises soumissionnaires¹⁰⁹⁸.

Dans ce contexte, l'AMP a rappelé dans les *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Fulgence* que :

« Le respect du principe d'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires est un élément fondamental du processus d'octroi des contrats publics. Au moment de l'évaluation des offres reçues dans le cadre d'un processus donné, ce principe implique pour une municipalité qu'elle procède à l'évaluation des offres sur les mêmes bases et de façon uniforme. À cette fin, il est nécessaire, pour que l'analyse d'une soumission puisse être effectuée dans le respect de ces principes, que celle-ci réponde aux exigences définies par la municipalité dans le cadre du processus et que le prix soumis soit établi en considération de l'ensemble de ces exigences »¹⁰⁹⁹. (Nos soulignements)

¹⁰⁹⁶M. VALOIS, préc., note 29, 755 ; Voir aussi : *Roxboro excavation Inc. c. Québec (Procureur général) (ministère des transports)*, 2015 QCCS 2829.

¹⁰⁹⁷Art. 2 LCOP ; Art.14.6, 7 et 8 LCOP ; P-O. FRADETTE, préc., note 48,18-20 ; VILLE DE DRUMMONDVILLE, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; Voir aussi : VILLE DE MONTREAL, *Politique d'approvisionnement responsable*, préc., note 48 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59.

¹⁰⁹⁸A. PELLERIN, préc., note 10, p.12 ; voir aussi : M. VALOIS, préc., note 29, 755.

¹⁰⁹⁹AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Fulgence concernant les contrats conclus pour le projet de réfection du sentier des battures et deux contrats pour l'acquisition de matériaux*, Numéro 2022-10 ; Voir aussi : *Axim construction Inc. c. Université du Québec à Montréal*, 2018 QCCS 3087, par. 26

Dans le prolongement de cette analyse, la jurisprudence, notamment les arrêts *Martel Building Ltd. c. Canada et Rimouski (Ville) c. Structures GB ltée*, réaffirme de manière constante que le respect des principes d'égalité de traitement et d'équité entre les soumissionnaires constitue une exigence fondamentale du droit des marchés publics, particulièrement dans le cadre des procédures d'appel d'offres¹¹⁰⁰. Cette exigence vise à protéger l'intérêt public et à garantir qu'aucun soumissionnaire ne soit favorisé au détriment d'un autre¹¹⁰¹.

Si l'intégration des considérations environnementales doit se faire dans le respect des principes fondamentaux des marchés publics de l'article 2 de la LCOP, il est important de souligner que, lorsque ces considérations prennent la forme de clauses techniques, elles ne doivent pas avoir pour effet de décourager d'autres soumissionnaires de présenter leurs offres¹¹⁰². Sous cet angle, l'AMP précise ce qui suit :

« Un organisme public doit privilégier la rédaction des spécifications techniques en termes de performance et d'exigences fonctionnelles, puisque l'utilisation d'un nom commercial à laquelle la mention « ou l'équivalent » est ajoutée n'est permise qu'à titre d'exception seulement. (...) En effet, elle permet d'éviter que des concurrents potentiels ne soient dissuadés de soumissionner en raison de la charge de travail additionnelle et des coûts liés à la préparation d'une soumission équivalente. **En bref, cette approche favorise l'accès aux contrats publics à un plus grand bassin de**

¹¹⁰⁰*Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860; *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, par. 17 et 30.

¹¹⁰¹*Id.* ; voir aussi : P. GIROUX, « Le mécanisme d'appel d'offres : quelques réflexions à la suite des arrêts M.J.B. Entreprises Ltd et Martel Building Ltd », dans *Développements récents en droit de la construction*, 170, Cowansville, Yvon Blais, 2002.

¹¹⁰²AMP, *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le chu de Québec-université Laval*, préc., note 784. La rédaction des spécifications techniques est également encadrée par l'article 509 de l'Accord de libre-échange canadien (ALEC) : «

« 1. Une entité contractante n'établit, n'adopte ni n'applique de spécifications techniques ni ne prescrit de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.

2. lorsqu'elle prescrit les spécifications techniques pour les produits ou les services faisant l'objet du marché, une entité contractante, s'il y a lieu :

a) d'une part, indique la spécification technique en termes de performance et d'exigences fonctionnelles, plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives ;

b) d'autre part, fonde la spécification technique sur des normes, dans les cas où il en existe.

3. une entité contractante ne prescrit pas de spécifications techniques qui exigent ou mentionnent une marque ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un dessin ou modèle, un type, une origine déterminée, un producteur ou un fournisseur déterminé. Si les spécifications techniques sont utilisées de cette façon, l'entité contractante indique qu'elle prendra en considération les soumissions portant sur des produits ou des services équivalents dont il peut être démontré qu'ils satisfont aux prescriptions du marché, en utilisant des termes tels que « ou l'équivalent » dans la documentation relative à l'appel d'offres. [...] ». Dans l'AECG, les règles relatives aux spécifications techniques sont similaires à celles de l'ALEC. Toutefois, l'exception relative à l'utilisation de spécifications techniques mentionnant une marque ou un nom commercial est davantage mise en évidence, à l'article 19.9, reproduit ci-dessous :

« 4. [...] une entité contractante ne prescrit pas de spécifications techniques qui exigent ou mentionnent une marque ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un dessin ou modèle, un type, une origine déterminée, un producteur ou un fournisseur déterminé, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que, dans de tels cas, des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. [...] ». (Nos soulignements)

soumissionnaires. Considérant ce qui précède, le CHU n'a pas fait la démonstration que l'utilisation d'un nom commercial à titre de spécifications techniques était justifiée. »¹¹⁰³. (Nos soulignements)

Ainsi, la prise en compte des considérations environnementales ne saurait, en droit des marchés publics, conduire à une discrimination injustifiée entre les soumissionnaires. Si l'introduction de considérations environnementales peut légitimement opérer une distinction entre les offres, encore faut-il que cette différenciation repose sur des critères objectifs, transparents et proportionnés, en lien direct avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution¹¹⁰⁴. Cette prise en compte doit nécessairement permettre aux entreprises de répondre à l'appel d'offres avec des chances égales, conformément aux principes fondamentaux des marchés publics, qui du reste, « sont au bénéfice des entreprises, des organismes publics et des contribuables québécois », et dont « la finalité est d'attester l'intégrité des processus contractuels »¹¹⁰⁵. Par conséquent, les clauses contractuelles à caractère environnemental ne doivent pas être orientées ou encore rédigées de manière à favoriser ou à défavoriser certaines entreprises¹¹⁰⁶.

Par conséquent, si l'objet du marché public, les conditions d'exécution et le respect des principes fondamentaux des marchés publics peuvent constituer des obstacles intrinsèques à l'inclusion des considérations environnementales, l'absence de sanction à l'encontre des municipalités lorsqu'elles refusent d'inclure lesdites considérations représente un obstacle extrinsèque, en ce qu'elle réduit la capacité des marchés publics à être utilisés, non seulement comme outil juridique au service de la protection de l'environnement, mais aussi comme outil juridique de conciliation des composantes économiques et environnementales.

¹¹⁰³*Id.*

¹¹⁰⁴Art. 2 LCOP ; A. PELLERIN, préc., note 10, p.12; voir aussi : M. VALOIS, préc., note 29, 755 ; P-O. FRADETTE, préc., note 48,18 et suiv. ; G. DUFOR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21.

¹¹⁰⁵AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Sherbrooke concernant le contrat de gré à gré identifié au SEAO sous le numéro de référence 1242883*, Numéro 2021-24, p.2.

¹¹⁰⁶*Id.* ; AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Fulgence concernant les contrats conclus pour le projet de réfection du sentier des battures et deux contrats pour l'acquisition de matériaux*, Numéro 2022-10 ; Voir aussi : *Axim construction Inc. c. Université du Québec à Montréal*, 2018 QCCS 3087, par. 26

¹¹⁰⁶*Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, [2010] QCCA 219, paragraphe 17.

Section II. L'obstacle extrinsèque à l'inclusion effective des considérations environnementales dans les marchés publics : l'absence de mécanismes de sanction à l'égard des municipalités

Si les obstacles intrinsèques trouvent leur origine dans la nécessité d'assurer la conformité de l'objet du marché avec les principes fondamentaux régissant les marchés publics, l'obstacle extrinsèque réside, quant à lui, dans l'absence de mécanisme contraignant susceptible de sanctionner les municipalités en cas de refus ou d'omission délibérée d'intégrer les considérations environnementales dans la définition de leurs besoins ou dans la rédaction des clauses contractuelles (paragraphe I).

L'absence de mécanismes répressifs dirigés spécifiquement contre les municipalités en cas de non-prise en compte des considérations environnementales constitue, à bien des égards, un frein structurel à l'intégration effective de ces enjeux dans les marchés publics municipaux. En effet, en l'absence de sanction ou d'incitation normative forte, les municipalités conservent une large marge de manœuvre quant à l'opportunité d'inclure ou non des considérations environnementales dans leurs documents contractuels, ce qui fragilise l'atteinte des objectifs de développement durable poursuivis par le législateur. C'est dans cette perspective que la présente étude préconise la mise en place d'un mécanisme de conditionnalité environnementale rattaché au financement public des marchés, en vertu duquel l'accès à certaines ressources financières serait subordonné à la démonstration d'un engagement tangible en faveur de la transition écologique. Un tel dispositif permettrait ainsi de déplacer le centre de gravité de la contrainte normative, en imposant une responsabilisation accrue aux municipalités au regard des considérations environnementales (paragraphe II).

Paragraphe I. L'absence de sanctions en cas de refus d'intégration des considérations environnementales, source d'inefficacité des marchés publics

À l'examen des textes juridiques régissant les marchés publics municipaux français et québécois, il apparaît clairement qu'aucune sanction n'est prévue à l'encontre des municipalités en cas de non-inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics, surtout lorsque lesdites considérations sont en lien avec l'objet du marché public.

Bien qu'il existe en droit des marchés publics français et québécois des mécanismes de sanctions de nature contractuelle, tels que la modification unilatérale, les pénalités de retard, les dommages-intérêts et la résiliation unilatérale du contrat pour faute, il faut souligner que ces sanctions ne concernent généralement que les entreprises, eu égard, à la nature même du marché public, qui est un contrat orienté au profit de la personne publique¹¹⁰⁷. Dans ce cadre, il faut souligner que ces sanctions sont endogènes au contrat lui-même, car elles ne concernent que les parties prenantes au contrat, et cela ne constitue donc pas, à notre avis, une forme de pression à l'encontre des municipalités, parce que ces sont ces dernières qui imposent la nature et le type de critères et clauses environnementaux à prendre en compte durant le processus de passation des marchés publics¹¹⁰⁸.

En effet, les municipalités peuvent imposer aux entreprises soumissionnaires des considérations environnementales, pourvu qu'elles soient en lien avec l'objet du contrat et qu'elles respectent les principes fondamentaux des marchés publics¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁷ Art. L.6-5, L. 2195-3-2 et 3136-3-2 CCP ; CE, Ass, 2 février 1987, sté tv6, req, n°81131, Lebon, p.28; S. BRACONNIER, préc., note 12, p.550 ; voir aussi : Chapitre VIII.2 de la LCOP; Lire en ce sens : Art. 1379 et suiv. C.C.Q, Art. 1432 C.C.Q; S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.63 ; *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.98 et suiv. ; *MRC de Vaudreuil-Soulanges c. Location Rivoca Inc.*, 2021 QCCA 1535, par.337 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), p.9012 et suiv. ; P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 1, 4^e édition, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1996, 503; P. GARANT, *droit administratif*, préc., note 73, p. 375; voir également : *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.102. ; P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, *Précis des administrations publiques*, préc., note 94, p.158 ; J. PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p.22 et suiv. ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 60, p.204.

¹¹⁰⁸ Lire en ce sens : *Ville de Repentigny c. 9165-1364 Québec Inc. (Toitures Techni toit)*, 2024 QCCS 691.

¹¹⁰⁹ Art.14.6, 7 et 8 LCOP ; G. DUFOUR et M. DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », préc., note 21 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, Guide sur le développement d'une politique d'acquisition

Partant de ce qui précède, les clauses pénales que les municipalités insèrent dans les marchés publics ont généralement pour finalité de sanctionner l'inexécution ou le non-respect des obligations contractuelles par l'entrepreneur. Dans ce même ordre d'idées, les droits français et québécois ont prévu des clauses incitatives en complément des clauses pénales afin de gratifier les entreprises, qui, non seulement se conforment aux considérations environnementales fixées par le contrat, mais aussi les surpassent en proposant des variantes pouvant améliorer lesdites considérations¹¹¹⁰. Ce mécanisme contractuel, en plus de réprimer les manquements, encouragerait les soumissionnaires à adopter des pratiques exemplaires, favorisant une meilleure intégration des considérations environnementales dans les marchés publics¹¹¹¹. Il en est de même en ce qui concerne l'exécution des marchés publics avec des technologies avancées¹¹¹².

Cependant, lorsqu'une municipalité arrive à insérer les clauses environnementales prévues dans les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), elle peut le faire à travers le cahier des clauses administratives particulières (CCAP)¹¹¹³. Ces documents définissent les obligations environnementales du titulaire dans l'exécution du marché¹¹¹⁴. Ces obligations doivent être vérifiables par des méthodes objectives et faire l'objet d'un contrôle effectif¹¹¹⁵. Le titulaire du marché est dès lors tenu de veiller au respect de ces obligations par ses sous-traitants, parce qu'en

responsable gestion contractuelle municipale, préc., note 59; A. PELLERIN, préc., note 10; P-O. FRADETTE, préc., note 48, 18-20 ; Voir aussi : les politiques d'approvisionnements responsables de la ville de Montréal et de Drummondville, préc.

¹¹¹⁰Art. 19.4 CCAG travaux; Voir aussi : Marie-Cécile HAIZE et Inès FRESKO, « Clauses et critères environnementaux dans les contrats publics », préc., note 63; *Ville de Repentigny c. 9165-1364 Québec Inc. (Toitures Techni toit)*, 2024 QCCS 691.

¹¹¹¹*Id.*

¹¹¹²*Id.*

¹¹¹³Sébastien LAPRISE, François Emond, Jean-Benoît POULIOT et Gilles ST-LAURENT, *Contrats des organismes publics-manuel sur les meilleures stratégies*, Wolters Kluwer, Québec ltée, 2016, p. 81 et suiv.

¹¹¹⁴Art. 16.2 CCAG Fcs ; Art. 17.2 CCAG Mi ; Art. 16.2 CCAG-PI ; Art. 16.2 CCAG TIC ; Art. 20.2 CCAG Travaux ; Art. 18.2 CCAG MOE; F. STEPHAN, « CCAG-travaux 2021 : simplification ou complexité ? », (2021) dossier 5 *contrats-marchés public*; Art. 14.1.1 CCAG-Tic 2021; A. MAUREL, « CCAG-tic 2021 : Une avancée vers plus de clarté et de sécurité dans l'exécution des marchés », préc., note 777.

¹¹¹⁵Art. 20.2.1 CCAG Travaux 2021. Art. 16.2 CCAG FCS ; Art 17.2 CCAG MI ; Art. 16.2 CCAG PI ; Art. 16.2 CCAG TIC ; Art. 20.2 CCAG TRAVAUX ; Art. 18.2 CCAG MOE.

cas de manquement, le titulaire s'expose aux pénalités prévues dans les documents particuliers du marché¹¹¹⁶.

Toutefois, la question demeure entière : **Quelle instance ou autorité institutionnelle peut contraindre les municipalités à intégrer de telles considérations environnementales lorsqu'elles choisissent délibérément de s'y soustraire ?**

Si, en droit français, les municipalités peuvent adopter des Schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER), ces derniers ne revêtent pas de valeur contraignante à leur égard et relèvent davantage d'un engagement politique que d'une obligation juridique. À cet égard, il convient de souligner que le droit québécois ne prévoit pas, à ce jour, de mécanisme impératif et généralisé obligeant les municipalités à insérer des considérations environnementales dans l'ensemble de leurs marchés publics. Cependant, lorsqu'une municipalité choisit volontairement d'intégrer de telles exigences dans son règlement sur la gestion contractuelle, elle se trouve, en principe, liée par le cadre normatif qu'elle a elle-même adopté. Dès lors, toute omission de ces considérations dans les documents contractuels pourrait être qualifiée de violation de son propre règlement, ce qui ouvrirait la voie à l'intervention de l'Autorité des marchés publics.

Autrement dit, bien que l'insertion des considérations environnementales demeure largement facultative en amont, en droit québécois, elle acquiert une force obligatoire dès lors qu'elle est formalisée par voie réglementaire, traduisant ainsi un mécanisme d'auto-engagement soumis à une surveillance administrative a posteriori de l'AMP. Cette dernière peut infliger des sanctions administratives pécuniaires aux entreprises ayant enfreint le cadre normatif dans les situations suivantes :

«

¹¹¹⁶Art. 16.2 CCAG Fcs ; Art. 17.2 CCAG Mi ; Art. 16.2 CCAG-PI ; Art. 16.2 CCAG TIC ; Art. 20.2 CCAG Travaux ; Art. 18.2 CCAG MOE ; F. STEPHAN, « CCAG-travaux 2021 : simplification ou complexité ? », préc., note 960 ; Art. 14.1.1 CCAG-Tic 2021 ; A. MAUREL, « CCAG-tic 2021 : Une avancée vers plus de clarté et de sécurité dans l'exécution des marchés », préc., note 777.

- Qui présente une soumission pour un contrat public ou un sous-contrat public, ou conclut un tel contrat ou un tel sous-contrat, alors qu'elle est inadmissible aux contrats publics ou qu'elle ne détient pas l'autorisation de contracter requise pour la conclusion d'un tel contrat ou d'un tel sous-contrat, sauf s'il lui a été permis de conclure ce contrat ou ce sous-contrat;
- Qui, dans le cadre de l'exécution d'un contrat public avec un organisme public, conclut un sous-contrat public avec une entreprise inadmissible ou qui ne détient pas l'autorisation de contracter requise pour la conclusion d'un tel sous-contrat, sauf s'il lui a été permis de conclure ce sous-contrat;
- Dont l'autorisation de contracter expire alors qu'elle exécute un contrat public ou un sous-contrat public pour lequel une telle autorisation est requise;
- Qui, alors qu'elle est partie à un contrat public ou à un sous-contrat public ou qu'elle détient une autorisation de contracter, omet ou refuse de transmettre à l'AMP, dans les délais et selon les conditions et modalités prescrits, un document ou un renseignement requis;
- Qui omet ou refuse de confirmer, au moyen d'une déclaration sous serment, l'authenticité de documents ou la véracité de renseignements communiqués à l'AMP;
- Qui fait défaut de se soumettre à une mesure de surveillance ou d'accompagnement qui lui est imposée par l'AMP ou, lorsque la mesure a été appliquée par l'AMP elle-même, fait défaut d'en acquitter les frais auprès de celle-ci »¹¹¹⁷.

Dans l'ensemble, les sanctions de nature contractuelle en droit des marchés publics apparaissent comme un levier juridico-opérationnel dont les municipalités peuvent se prévaloir, précisément parce qu'elles sont à l'origine de la rédaction des documents contractuels. Cette prérogative unilatérale leur confère une latitude importante dans la détermination du contenu normatif du contrat, notamment en ce qui concerne l'insertion ou non de clauses à portée environnementale. Une telle faculté s'inscrit dans la logique du droit des marchés publics, où le contrat demeure fondamentalement un contrat d'adhésion : les clauses y sont rédigées unilatéralement par la municipalité, tandis que les opérateurs économiques (entreprises), en position de soumissionnaires, ne disposent, en principe, d'aucun pouvoir de négociation préalable¹¹¹⁸. Cette configuration asymétrique illustre bien l'ampleur du pouvoir normatif conféré aux municipalités en amont de la

¹¹¹⁷Pour les sanctions administratives pécuniaires, voir : LCOP et : <https://amp.quebec/integrite/sanctions-administratives-pecuniaires/> consulté le 20/10/2024.

¹¹¹⁸En 2018, l'Observatoire économique de la commande publique (OEC) estimait que seuls 13,6 % des marchés publics contenaient une clause environnementale (OEC, étude sur les pratiques des acheteurs en matière d'accès des TPE/PME à la commande publique, d'achats innovants et d'achats durables, juin 2020, p. 9), en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecp/recensement/oecp-questionnaire-aux-acheteurs.pdf.

relation contractuelle, pouvoir dont dépend, en définitive, l'effectivité de l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics.

Même si le marché public peut être qualifié de contrat d'adhésion, voire de contrat administratif, une municipalité ne peut y insérer des considérations environnementales qui auraient pour effet de discriminer ou de désavantager certains candidats¹¹¹⁹. Toute considération environnementale doit respecter les principes d'égalité de traitement, de transparence et de libre accès à la commande publique, sans quoi elle pourrait être interprétée comme un moyen détourné d'exclure indûment certains soumissionnaires du processus d'appel d'offres¹¹²⁰.

Partant du constat que l'absence de sanctions effectives à l'encontre des municipalités qui s'abstiennent d'intégrer les considérations environnementales dans leurs marchés publics constitue un obstacle extrinsèque majeur à cette intégration, tant en droit français qu'en droit québécois, la présente étude préconise l'instauration d'un mécanisme de conditionnalité environnementale rattaché au financement public de certains contrats. Une telle mesure viserait à pallier les carences du cadre normatif actuel en conjuguant deux dimensions complémentaires : d'une part, une fonction incitative, en encourageant les municipalités à adopter des pratiques contractuelles alignées sur les engagements climatiques et écologiques ; d'autre part, une portée contraignante, en subordonnant l'octroi ou le maintien de financements publics au respect d'exigences minimales en matière d'environnement. Ce double levier permettrait ainsi de redéfinir le rapport des municipalités à leurs obligations environnementales, non plus seulement comme une faculté discrétionnaire, mais comme une condition déterminante de leur participation à l'effort collectif de transition écologique.

¹¹¹⁹Art. R. 2152-10 et L.3 CCP.

¹¹²⁰Art. L.3 CCP et Art. 2 CCP.

Paragraphe II. La conditionnalité environnementale comme outil de renforcement de l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux

Si l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics se heurte à de nombreux obstacles, au premier rang desquels figure l'absence de sanctions effectives à l'encontre des municipalités récalcitrantes, il importe de rappeler que ces contrats sont, par essence, élaborés unilatéralement par les municipalités¹¹²¹. Ce pouvoir de définition des besoins et de fixation des clauses contractuelles, exercé de manière discrétionnaire, contribue structurellement à reléguer les considérations environnementales au second plan, en l'absence d'une contrainte juridique forte imposant leur prise en compte effective¹¹²². Dans cette perspective, la présente étude propose, à titre de piste normative, l'instauration d'un mécanisme de conditionnalité environnementale, lequel serait rattaché au financement de certains marchés publics municipaux¹¹²³. Une telle conditionnalité aurait pour fonction d'encadrer l'octroi de fonds publics à la réalisation d'objectifs environnementaux concrets, tout en favorisant une responsabilisation accrue des municipalités en matière d'achats durables¹¹²⁴.

Ainsi, la conditionnalité environnementale peut être définie comme le mécanisme par lequel le versement d'une aide publique est subordonné au respect de normes environnementales applicables à la mise en œuvre des projets financés¹¹²⁵. En d'autres termes, la conditionnalité environnementale constitue un instrument économique reposant sur l'idée selon laquelle, l'octroi d'une aide gouvernementale doit être conditionné au respect d'un ou de plusieurs critères

¹¹²¹S. LAPRISE et J.-B. POULIOT, préc., note 231, p.63 ; *Compagnie de recyclage de papiers MD Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 214, par.98-102 ; *MRC de Vaudreuil-Soulanges c. Location Rivoca Inc.*, 2021 QCCA 1535, par.337 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne), p.9012 et suiv. ; P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 1, 4^e édition, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1996, p. 503 ; P. GARANT, *Droit administratif*, préc., note 73, p. 375 ; voir également : P. GARANT, PH. GARANT et J. GARANT, *Précis des administrations publiques*, préc., note 94, p.158.

¹¹²²*Id.*

¹¹²³C-M. ALVES, préc., note 64, p. 25 et suiv. ; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), préc., note 63, p. 23.

¹¹²⁴*Id.*

¹¹²⁵C-M. ALVES, préc., note 64, p. 22 ; M. KAMTO, préc., note 99, p.35 et suiv.

environnementaux¹¹²⁶. Dans cette logique, la conditionnalité environnementale s'impose comme un outil incitatif, destiné à favoriser une conformité environnementale durable en encadrant l'accès aux aides publiques à la prise en compte des considérations environnementales précises et vérifiables dans le cadre des achats publics¹¹²⁷.

À cet égard, il convient de souligner que la conditionnalité environnementale, bien qu'ayant déjà trouvé une application concrète au Québec comme dans l'espace de l'Union européenne notamment dans le domaine agricole et au sein de certains programmes d'aides financières gouvernementales, n'a pas encore été formellement consacrée, au sens strict, en droit des marchés publics¹¹²⁸.

Si l'inclusion de clauses environnementales demeure possible et encouragée, elle relève encore largement d'un pouvoir discrétionnaire et non d'une obligation systématique conditionnant l'accès aux ressources ou la validité des marchés publics¹¹²⁹. Cette absence de mécanisme contraignant témoigne des limites actuelles de l'encadrement normatif et justifie pleinement la réflexion engagée sur l'opportunité d'introduire une véritable conditionnalité environnementale dans le droit positif français et québécois applicable aux marchés publics¹¹³⁰.

¹¹²⁶ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), Direction des politiques agroenvironnementales et Bureau de coordination du développement durable, *Guide de référence–L'écoconditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux*, Québec, 2015, 23 pages, en ligne : https://www.environnement.gouv.qc.ca/milieu_agri/ecoconditionnalite/guide-reference-prog-finance.pdf&ved=2ahUKewi45tuRqvOJAxWbElkFHZY9AFAQFnoECB4QAO&usg=AOvVaw2iuWvszRi7LzOeAwZEj1e9

¹¹²⁷ *Id.*

¹¹²⁸ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), préc., note 63, p. 23; Dans l'Union européenne, la conditionnalité environnementale existe dans le secteur agricole et de société depuis 1962 dans le cadre de la politique agricole commune (PAC) ; Règlement (CE) n° 1164/94 du Conseil, du 16 mai 1994, instituant le fonds de cohésion, JOCE I 130, 25 mai 1994, p. 1. 10 ; Règlement (UE) n° 1303/2013 du parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE I 347, 20 décembre 2013, p. 320.

¹¹²⁹ Carlos-Manuel ALVES, « La conditionnalité environnementale et principe d'intégration entre clair-obscur et trompe l'oeil », dans Francette FINES, Hubert DELZANGLES (Dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE*, Bruylant, Bruxelles 2019, p.25; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), préc., note 63, p. 23

¹¹³⁰ *Id.*

Par conséquent, la transposition de la conditionnalité environnementale en droit des marchés publics, tant en France qu'au Québec, révèle une articulation étroite avec l'obligation de prise en compte des considérations environnementales. Ce lien de cohérence systémique s'explique par la finalité commune que partagent ces deux instruments : l'intégration des considérations environnementales dans le processus contractuel. Or, cette intégration peut s'opérer selon une double modalité : d'une part, la conditionnalité environnementale rejoint, dans sa logique dissuasive, le principe du pollueur-payeur, en ce qu'elle tend à exclure du bénéfice de l'investissement public les comportements ou projets incompatibles avec les considérations environnementales, et d'autre part, elle active également une logique incitative, conforme au principe du protecteur-payé, en valorisant, à travers l'octroi de financements ciblés, les initiatives contractuelles des municipalités qui contribuent activement à la protection de l'environnement¹¹³¹.

L'introduction de la conditionnalité environnementale dans le champ des marchés publics municipaux se présente donc comme un instrument normatif à la fois incitatif et structurant, de nature à favoriser l'inclusion effective des considérations environnementales dans les documents contractuels. Dans cette perspective, le soutien financier de l'État ou du gouvernement ne saurait être octroyé sans contrepartie environnementale tangible. Dès lors, le financement public deviendrait conditionné à l'engagement effectif de la municipalité dans un achat public écologiquement responsable. Cette approche pourrait se traduire, selon les cas, par une réduction, un gel ou une suspension des financements, en fonction de la nature et de l'objet des marchés concernés¹¹³². Ce faisant, la conditionnalité environnementale opèrerait comme un vecteur de normativité indirecte, exerçant une pression juridico-financière sur les décideurs locaux.

¹¹³¹C-M. ALVES, préc., note 64, p.22 ; M. KAMTO, préc., note 99, 35 et suiv.

¹¹³²*Id.*

Bien plus qu'un simple outil incitatif, elle se révèle être une épée de Damoclès juridique, suspendue au-dessus des municipalités, les contraignant à une intégration proactive des considérations environnementales dans l'ordonnement de leurs priorités contractuelles. L'octroi de ressources publiques pour la réalisation de certains projets structurants serait ainsi subordonné à la prise en compte des considérations environnementales. Eu égard aux fortes contraintes budgétaires qui pèsent sur les municipalités, ainsi qu'à leur dépendance structurelle à l'égard du pouvoir provincial (central ou régional), celles-ci seront incitées à adopter une attitude conforme aux orientations environnementales définies à l'échelle supérieure¹¹³³. Le respect des politiques publiques en matière d'achats durables pourrait ainsi devenir une condition préalable à l'octroi de certains financements, érigeant la conformité environnementale en une obligation sanctionnable financièrement.

Pris dans sa globalité, la conditionnalité environnementale se décline en deux versants complémentaires, révélateurs de sa double nature juridique : l'un négatif, l'autre positif¹¹³⁴. Dans son acception négative, elle se manifeste par un mécanisme de retrait, de gel ou de suspension d'un avantage financier octroyé à une municipalité, en cas d'omission d'intégrer des considérations environnementales pertinentes dans un marché public, ou lorsque l'exécution de ce dernier est susceptible d'engendrer une atteinte significative à l'environnement¹¹³⁵. Cette logique, fondée sur la responsabilisation par la sanction, vise à exclure du bénéfice de l'investissement public les municipalités qui persisteraient à ne pas intégrer les considérations environnementales dans la mise en œuvre de leurs marchés publics¹¹³⁶. En ce sens, la conditionnalité devient l'expression d'une normativité financière a posteriori, dont la mise en œuvre, au Québec, pourrait relever de l'AMP, tandis qu'en France, cette compétence serait susceptible d'être confiée à une autorité administrative spécialisée, relevant du ministère de l'Économie et des Finances ou d'une juridiction financière.

¹¹³³UNION DES MUNICIPALITES DU QUEBEC, « Budget du Québec 2023-2024-un budget en deçà des attentes », préc., note 306 ; Benoit FLOC'H, « Les collectivités locales en passe d'être déficitaires en 2023, alerte la cour des comptes », préc., note 306.

¹¹³⁴C-M. ALVES, préc., note 64, p.25 ; M. KAMTO, préc., note 99, 35 et suiv.

¹¹³⁵*Id.*

¹¹³⁶*Id.*

Dans une acception positive, la conditionnalité environnementale consiste à accorder un avantage supplémentaire en contrepartie des bénéfices environnementaux générés par une action ou un projet donné¹¹³⁷. Dans ce cadre, les municipalités qui intègrent, au sein de leurs marchés publics, des considérations environnementales produisant des externalités positives, peuvent être éligibles à un soutien financier accru. L'introduction d'une telle conditionnalité dans les marchés publics municipaux poursuit ainsi un objectif incitatif : orienter les pratiques d'achat vers des choix plus durables, en récompensant les efforts des autorités locales en matière de responsabilité environnementale¹¹³⁸.

À la lumière de ce qui précède, l'introduction d'une conditionnalité environnementale dans le financement des marchés publics municipaux poursuivrait une double finalité : favoriser l'adoption, par les acteurs publics locaux, de pratiques d'achat responsables, et encadrer l'impact environnemental des investissements publics en intégrant, en amont du processus contractuel, des considérations environnementales¹¹³⁹. Ainsi, l'utilisation de fonds publics, qu'il s'agisse de l'argent des contribuables ou d'investissements institutionnels, ne saurait raisonnablement contribuer à la dégradation de l'environnement, dès lors qu'un tel usage entraînerait inévitablement une aggravation de la charge financière supportée par les municipalités, notamment en raison des coûts liés à la réparation des dommages environnementaux¹¹⁴⁰.

Si l'instauration d'une conditionnalité environnementale dans les marchés publics est propice à l'inclusion des considérations environnementales, il devient intéressant d'analyser en profondeur la manière dont la jurisprudence européenne, canadienne, française et québécoise traite de la question de l'inclusion desdites considérations. Une telle analyse permet de mieux comprendre la

¹¹³⁷*Id.*

¹¹³⁸*Id.*

¹¹³⁹H. DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », (2015) 1 *RJE* 104 ; C-M. ALVES, préc., note 64, p.25 ; M. KAMTO, préc., note 99, p.35 et suiv.

¹¹⁴⁰UNION DES MUNICIPALITES DU QUEBEC, « Adaptation des infrastructures municipales québécoises aux impacts chroniques des changements climatiques détails des besoins en financement à l'horizon 2035 », préc., note 307. La situation est semblable en France, voir : OBSERVATOIRE NATIONAL SUR LES EFFETS DU RECHAUFFEMENT CLIMATIQUE, villes et adaptation au changement climatique, rapport au premier ministre et au parlement, préc., note 307.

manière dont s'opère la conciliation, souvent délicate, entre les considérations environnementales et économiques dans la jurisprudence.

Chapitre 3. La consécration jurisprudentielle du principe de conciliation des considérations environnementales et économiques en droit des marchés publics français et québécois

L'objet de ce chapitre consiste à démontrer que la jurisprudence française et québécoise relative aux marchés publics ne s'oppose pas à la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics. Elle encourage, d'ailleurs, la conciliation entre les considérations environnementales et économiques.

Cependant, sur le plan législatif, la question est traitée exclusivement sous l'angle de l'inclusion obligatoire des considérations environnementales, sans qu'il ne soit expressément fait mention de leur nécessaire conciliation avec d'autres considérations, et ce, malgré les tensions qu'elles peuvent susciter dans le cadre de leur intégration dans les marchés publics.

Ainsi, il s'agira de démontrer que la jurisprudence a consacré la conciliation des considérations environnementales et économiques dans les marchés publics, tant en droit européen qu'en droit français (section I). Bien qu'une consécration formelle de cette conciliation n'ait pas encore été établie dans la jurisprudence canadienne et québécoise, il convient toutefois de souligner que celle-ci n'exclut pas pour autant une évolution dans ce sens (section II).

Section I. La jurisprudence européenne et française, une jurisprudence unifiée

La jurisprudence européenne et française concernant la passation des marchés publics est unifiée. Cette unification découle du cadre juridique en la matière, car le droit français des marchés publics découle du droit européen¹¹⁴¹.

Malgré l'unification du cadre juridique français et européen, il faut reconnaître aux juges de l'Union européenne le mérite d'avoir été les pionniers en ce qui concerne la consécration du principe de

¹¹⁴¹Voir les deux Directives concernant les marchés publics : la Directive 2014/24/UE sur les marchés publics, et la directive 2014/25/UE sur les marchés publics des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

conciliation des considérations environnementales et économiques en droit des marchés publics (paragraphe I). Étant donné que le droit français des marchés publics découle de la transposition du droit européen, les juges français s'inspirent fréquemment de la jurisprudence européenne pour résoudre des problèmes juridiques analogues (paragraphe II).

Paragraphe I. Jurisprudence européenne, une jurisprudence pionnière en matière de conciliation

La décision de justice ayant bousculé les législations des pays européens en matière de prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics est l'affaire *Concordia*¹¹⁴². Dans cette affaire, il s'agissait de l'instauration d'un réseau de transport par autobus au sein de la ville d'Helsinki, projet devant être réalisé par le biais d'une procédure d'appel d'offres¹¹⁴³. Cette dernière visait spécifiquement l'acquisition d'un autobus à faibles émissions destiné à circuler dans l'agglomération concernée¹¹⁴⁴. La ville d'Helsinki avait intégré, parmi les critères de sélection, le prix global, la qualité du matériel, ainsi que la gestion et l'exploitation par l'entrepreneur en matière de qualité et de conformité environnementale¹¹⁴⁵. Il importe de souligner que, le critère relatif à la qualité du matériel devait permettre aux candidats, sous certaines conditions, de bénéficier de points supplémentaires sur la base de certains critères liés à une faible émission d'oxyde azotique et à un niveau sonore réduit¹¹⁴⁶.

Dans ce contexte, la société *Concordia Bus Finland* a contesté les critères d'attribution établis par la Ville, en soutenant que l'attribution de points supplémentaires pour un matériel présentant des émissions d'oxydes d'azote et un niveau sonore inférieur à certaines limites est injuste et discriminatoire¹¹⁴⁷. Pour réfuter cet argument, la ville d'Helsinki avait soutenu que la prise en

¹¹⁴²CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, c-513/99, pt 55 et suiv.

¹¹⁴³*Id.*

¹¹⁴⁴*Id.*, pt 55 et suiv. ; voir aussi : Clément LEROY, préc., note 59, p. 44-49.

¹¹⁴⁵CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus Finland*, c-513/99, pt 55 et suiv.

¹¹⁴⁶*Id.* ; considérant n° 57 ; CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-côte d'azur*, rép. min. n°25167 Jo, n° 351570, sénat, 11 janvier 2007, p.75; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 5e éd., Dalloz, 2004, n° 76 ; Nil SYMCHOWICZ, « Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », préc., note 413, 38-40 ; voir aussi en droit québécois : *Forcier & frères ltée c. Ville de Malartic*, 2023 QCCA 746, par. 30-34.

¹¹⁴⁷CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus Finland*, Aff. C-513/99, considérant n° 27.

compte des considérations environnementales, telles que les émissions d'oxyde d'azote et les nuisances sonores, relevait intrinsèquement de l'objet du marché¹¹⁴⁸.

Dans cette affaire, il est important de souligner que la Commission avait déjà affirmé à l'époque que pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse, les critères devaient être « objectifs, applicables à toutes les offres, strictement liés à l'objet du marché concerné et comporter un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur »¹¹⁴⁹. Cet aspect purement économique de l'achat public a été balayé par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), celle-ci estimait que la validité des exigences environnementales établies par un acheteur public lors de la passation d'un marché public doit être respectée¹¹⁵⁰. Cela veut dire, en d'autres termes, que les critères d'attributions de l'offre économiquement avantageuse ne doivent pas uniquement se reposer sur les avantages économiques au profit du pouvoir adjudicateur, en l'occurrence d'une personne publique, mais que le marché public peut aussi reposer sur d'autres critères, tels que l'environnement¹¹⁵¹.

Conformément à la jurisprudence établie dans l'affaire *Concordia*, l'affaire *EVN* a apporté des précisions quant à l'intégration des critères économiques dans le cadre d'un marché public. Dans l'affaire *EVN ET Wienstrom*, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié que l'inclusion d'un critère d'attribution à caractère écologique ne doit pas nécessairement procurer un avantage économique immédiat au pouvoir adjudicateur¹¹⁵².

Aux yeux des juges de l'UE, la recherche des avantages économiques lors de la passation des marchés publics ne doit pas se faire au détriment des critères environnementaux. L'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics doit respecter certaines conditions

¹¹⁴⁸*Id.*

¹¹⁴⁹*Id.*, considérant n° 52.

¹¹⁵⁰L-N. HARADA, préc., note 51, 87 ; Nathalie RICCI, « Un an de jurisprudence en matière de commande publique », (octobre 2013) 5 *Cahiers de droit de l'entreprise*.

¹¹⁵¹CJCE, 4 décembre 2003, c-448/01, *EVN et Wienstrom* ; CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia bus Finland*, Aff. C-513/99, considérant n° 52 ; Bernard GENESTE, « La protection de l'environnement, nouveau critère d'attribution d'un marché public », (21 octobre 2002) 2 *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales* 1043, 56.

¹¹⁵²*Id.* ; CJCE, 4 décembre 2003, c-448/01, *EVN et Wienstrom*, point 64.

impératives : être en lien avec l'objet du marché, ne pas conférer une liberté de choix inconditionnée à la personne publique qui les inclut, figurer dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, et respecter tous les principes fondamentaux de la commande publique¹¹⁵³.

Il est évident que l'inclusion de considérations environnementales dans les marchés publics se heurte à la nature économique traditionnelle de ces marchés. Par conséquent, la conciliation entre l'économie et l'environnement est encadrée non seulement par la loi, mais aussi par les juges, qui en fournissent une interprétation claire et précise. La jurisprudence française s'inspire de ces interprétations pour faire évoluer le droit des marchés publics au niveau national.

Paragraphe II. La jurisprudence française, une jurisprudence inspirée par la jurisprudence européenne

L'interprétation du droit des marchés publics français est largement inspirée du droit de l'UE en la matière. Cela résulte même du droit applicable qui provient des directives¹¹⁵⁴. Celles-ci ayant été transposées dans l'ordre juridique interne français. C'est la raison pour laquelle, les juges français n'hésitent pas à se référer à la jurisprudence de l'Union européenne pour résoudre des problèmes juridiques analogues.

En droit français, l'une des affaires les plus significatives en matière de prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics est celle opposant la *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur* à la société OREDUI. En effet, le litige portait sur un marché public relatif à l'évacuation et au traitement de déchets dangereux ménagers. Évincée à l'issue de la procédure, la société OREDUI a saisi le juge des référés afin de contester la régularité de la procédure, reprochant notamment à l'acheteur public l'absence de prise en compte, dans les documents de consultation, des exigences environnementales relatives au transport des déchets,

¹¹⁵³*Id.*

¹¹⁵⁴Notamment, la Directive 2014/24/UE sur les marchés publics, et la Directive 2014/25/UE sur les marchés publics des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

pourtant prévues par le plan départemental d'élimination. Saisi en cassation, le Conseil d'État a précisé ce qui suit¹¹⁵⁵ :

« Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix » ; que le pouvoir adjudicateur doit, en application des dispositions précitées de l'article 5 du code des marchés publics, concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social; que si les dispositions du I de l'article 53 lui permettent de se fonder notamment, pour attribuer le marché, sur les performances en matière de protection de l'environnement, elles lui imposent seulement de retenir les critères permettant d'attribuer l'offre économiquement la plus avantageuse »¹¹⁵⁶.
(Nos soulignements)

En interprétant la jurisprudence française, voire européenne, on comprend clairement que l'idée des juges consiste non seulement à imposer la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics, mais aussi à imposer la conciliation des avantages économiques pouvant découler d'un marché public aux réalités environnementales, et plus largement du développement durable¹¹⁵⁷. En effet, l'idée des juges du Conseil d'État consiste à imposer aux personnes publiques l'obligation de concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général dans le processus de passation des marchés publics. Cela peut se lire à travers les mots suivants : « doit...concilier », termes employés par le Conseil d'État¹¹⁵⁸. Il s'agit là d'une manière claire pour les juges d'utiliser les marchés publics comme instrument juridique de conciliation des composantes économiques et environnementales de l'intérêt général. De cette manière, le prix et le coût du marché doivent se concilier avec d'autres considérations environnementales dans le cadre du processus de passation des marchés publics. En

¹¹⁵⁵Art. L. 2111-1 CCP ; CE, *communauté urbaine de Nice-côte d'azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; DAJ, *La définition du besoin*, 01 avril 2019. p.4.

¹¹⁵⁶*Id.* ; voir aussi : CE, 15 décembre 2008, 7ème et 2ème sous-sections réunies, *Communauté urbaine de Dunkerque, Ville de Dunkerque contre Société Decaux*, n°310380, inédit au recueil Lebon ; CE, 29 juillet 1998, conseil d'état, 7ème - 2ème chambres réunies, *Commune du Havre*, 15 novembre 2017, 412644.

¹¹⁵⁷Art. L.3 et L.3-1 CCP.

¹¹⁵⁸CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570.

d'autres termes, les considérations économiques et financières traditionnellement liées aux marchés publics doivent se concilier avec les considérations environnementales.

Alors que la jurisprudence européenne et française promeut la conciliation des composantes économiques et environnementales en droit des marchés publics, la Cour d'appel du Québec ainsi que la Cour suprême du Canada ne rejettent pas cette possibilité.

Section II. La jurisprudence canadienne en matière de conciliation des considérations économiques et environnementales, une jurisprudence timide

De prime abord, il convient de souligner que la Cour suprême du Canada n'a pas encore rendu de décision dans laquelle les considérations environnementales sont contestées dans le cadre d'un appel d'offres. Ce constat s'applique également au droit des marchés publics québécois, malgré l'existence de quelques décisions timides et isolées touchant les questions environnementales dans les marchés publics.

Partant de ce constat, notre analyse portera principalement sur les décisions phares de ces juridictions afin de déterminer si, en présence de considérations environnementales, d'autres critères ou facteurs peuvent être pris en compte en dehors du critère du prix. Aussi, il s'agira de savoir comment ces juridictions peuvent concilier les considérations environnementales et économiques dans les marchés publics, si la question devait se poser.

Bien que les décisions rendues au Canada et au Québec demeurent généralement prudentes à cet égard, la Cour suprême du Canada n'écarte pas la possibilité de prendre les considérations environnementales dans les marchés publics, si la question devait se poser (paragraphe I). De surcroît, les juges québécois semblent adopter une posture de plus en plus affirmée sur ces questions (paragraphe II).

Paragraphe I. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, une jurisprudence ouverte à la conciliation

Aux yeux de la Cour suprême du Canada (CSC), les marchés publics visent principalement à protéger la concurrence entre les entreprises qui participent au processus d'appel d'offres d'une part, et d'autre part, à protéger les fonds publics des contribuables¹¹⁵⁹. Toutefois, il convient de noter que la protection des fonds publics n'empêche pas aux juges de pouvoir prendre en compte d'autres critères, hormis le critère prix.

Par exemple, dans l'affaire *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, la Cour a estimé que :

« Le système [d'appel d'offres] a pour objet d'assurer la concurrence, et partant, de réduire les coûts, même si cela ne signifie aucunement que la soumission la plus basse mènera nécessairement aux travaux les moins chers. Il arrive souvent que l'auteur d'une soumission « basse » s'aperçoive qu'il a fixé ses prix trop bas et qu'il éprouve des difficultés financières, ce qui entraîne inévitablement des coûts additionnels pour le propriétaire, qui ne dispose que de droits bien souvent théoriques pour se faire rembourser par l'entrepreneur en défaut. Par conséquent, le propriétaire prudent tiendra compte non seulement du prix de la soumission, mais aussi de l'expérience et de la capacité de l'entrepreneur, et déterminera si la soumission est réaliste dans les circonstances en cause. Afin d'éliminer les soumissions irréalistes, certaines autorités publiques et certaines sociétés propriétaires exigent que les soumissionnaires aient fait l'objet d'une sélection préalable. (...)

Par conséquent, même dans les cas où, comme en l'espèce, presque rien d'autre que les prix respectifs proposés ne distingue les soumissionnaires, le rejet de la soumission la plus basse ne voudrait pas nécessairement dire que la décision de retenir une soumission peut être fondée sur un critère de sélection non divulgué. **Le pouvoir discrétionnaire de ne pas retenir nécessairement la soumission la plus basse que s'est ménagé le propriétaire grâce à la clause de réserve, est un pouvoir qui lui permet d'avoir une vision plus nuancée des « coûts » qui ne s'arrête pas aux prix établis dans les soumissions.** À cet égard, je suis d'accord avec le résultat auquel la cour est arrivée dans l'arrêt *Acme Building & Construction Ltd. c. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.). **Dans cette affaire, le contrat B a été attribué au deuxième soumissionnaire le plus bas parce qu'il pouvait achever le projet dans un délai plus court que le soumissionnaire le plus bas, ce qui permettait de faire d'importantes économies et de réduire les inconvénients pour les commerces, tous les entrepreneurs ayant été invités à préciser une date d'achèvement des travaux dans leurs soumissions. Il se peut aussi que le propriétaire inclue (sic) d'autres critères que le coût dans le dossier d'appel d'offres.** Toutefois, la nécessité d'envisager les « coûts » de cette manière n'exige pas et ne signifie pas qu'on doive être investi du pouvoir discrétionnaire d'accepter une soumission non conforme »¹¹⁶⁰. (Nos soulignements)

À la lecture de cette décision, la Cour semble préciser qu'elle peut prendre en compte d'autres critères, hormis le critère prix dans le cadre d'un marché public, sans toutefois définir clairement

¹¹⁵⁹*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, préc., note 232, par. 643-644; *Martel building Ltd. c. Canada*, préc., note 232; *Rimouski (ville de) c. Structures GB Ltée*, 2010 QCCA 219, par 30 ; *Compagnie de construction Edilbec Inc. c. Ville de Montréal*, 2023 QCCS 1938 ; J. PERREault, *Appels d'offres municipaux*, préc., note 91, p. 46 et suiv.

¹¹⁶⁰*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, préc., note 232, p. 643-644.

ces autres critères. Bien qu'elle ne définisse pas ces autres critères, nous pensons que la Cour est ouverte à la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés, si jamais la question venait à se poser.

Dans cet arrêt, il convient de souligner que la Cour a fait référence aux affaires où les marchés publics ont été attribués aux plus bas soumissionnaires, tout simplement parce qu'ils proposaient des délais d'exécution du marché qui étaient plus courts¹¹⁶¹. À notre avis, il n'est pas exclu que la CSC combine le critère de la plus basse soumission avec d'autres critères tels que l'analyse du cycle de vie, le coût du cycle de vie ou encore l'économie circulaire, étant donné que les textes juridiques en la matière lui offrent cette possibilité¹¹⁶².

Si l'exécution d'un marché public dans un délai court devait engendrer des économies, il est tout à fait envisageable que la prise en compte des considérations environnementales puisse également favoriser cette économie. Cela est particulièrement pertinent lorsque ces considérations se rapportent à l'analyse du cycle de vie, au coût du cycle de vie ou à l'économie circulaire¹¹⁶³.

Au regard de ce qui précède, on doit noter que l'aspect économique, voire financier, reste au cœur de la conception des marchés publics en droit canadien. L'affaire *Martel Building Ltd. c. Canada* illustre bien cette conception. Dans cette logique, la Cour a précisé que « l'objectif premier d'un acteur économiquement rationnel participant à une négociation commerciale est de conclure le marché le plus avantageux sur le plan financier. Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans le contexte de négociations bilatérales, tout gain est réalisé aux dépens de l'autre partie »¹¹⁶⁴.

Si l'on en croit les juges de la CSC dans l'affaire *Martel*, lorsqu'une personne publique négocie un contrat public avec une personne privée, elle doit se comporter comme elle, c'est-à-dire rechercher

¹¹⁶¹*Id.*

¹¹⁶²Art. 2 et 14 LCOP.

¹¹⁶³*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, préc., note, p. 643-644.

¹¹⁶⁴*Martel building ltd. c. Canada*, préc., note 232.

avant tout un avantage économique au détriment de l'autre. À la différence de la personne privée, l'avantage économique de la personne publique profitera aux contribuables, ce qui ne sera nécessairement pas le cas pour les personnes privées dont les avantages économiques profiteraient à eux-mêmes. Cette affaire fait émerger l'existence de la tension qui peut exister entre les intérêts économiques poursuivis par les personnes privées d'une part, et d'autre part, les intérêts économiques poursuivis par les personnes publiques lors de la négociation d'un contrat public¹¹⁶⁵.

Bien que la Cour suprême du Canada n'écarte pas la possibilité d'intégrer les considérations environnementales et de les concilier avec les considérations économiques dans le cadre des marchés publics, il est important de souligner que la Cour d'appel du Québec s'inscrit également dans la même direction.

Paragraphe II. La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, une jurisprudence dynamique

Pendant longtemps, la jurisprudence québécoise en matière de marchés publics a principalement été marquée par une approche économique avant de s'inscrire dans une logique plus progressiste. Cette évolution permet de considérer les marchés publics non seulement comme un moyen de satisfaction des besoins des contribuables, mais aussi comme un levier juridique important en vue d'atteindre les objectifs du développement durable, notamment en matière de protection de l'environnement¹¹⁶⁶.

La lecture restrictive, principalement économique, des marchés publics par les juges canadiens et québécois a été affirmée dans l'affaire *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée*, où il a été précisé que « l'adjudication des contrats municipaux par voie de soumissions publiques vise à assurer

¹¹⁶⁵*Id.*

¹¹⁶⁶Pier-Olivier FRADETTE, préc., note 48, 11.

l'exécution des travaux au meilleur coût pour les contribuables, mais aussi à garantir le respect du principe fondamental de l'égalité des soumissionnaires »¹¹⁶⁷.

Dans une autre affaire citant l'affaire *Ville de Rimouski c. Les structures GB Ltée*, 2010 QCCA 219, le juge a précisé ce qui suit :

« [53] à ce sujet, les auteurs Héту et Duplessis écrivent :
La municipalité doit avoir la latitude nécessaire afin que le contrat soit accordé en fonction du meilleur intérêt des contribuables. Comme les tribunaux l'ont déjà souligné : « Il existe une obligation non pas envers le plus bas soumissionnaire, mais envers le trésor public qui ne doit jamais être tenu de payer, sans une bonne raison, un prix plus élevé que nécessaire. » Si un doute se présente sur la conformité d'une soumission, il faut favoriser l'offre comportant le meilleur prix pour la municipalité. Mais dans la recherche de cet objectif, la municipalité ne doit pas affecter les principes de l'appel d'offres en faisant preuve de favoritisme et en rompant l'égalité entre les soumissionnaires. En d'autres termes, une municipalité peut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'examen du cahier des charges et des soumissions, mais pas au point de causer un préjudice à certains soumissionnaires. C'est pourquoi la jurisprudence distingue entre les irrégularités mineures qui ne portent pas atteinte aux objectifs de l'appel d'offres et celles qui touchent les objectifs fondamentaux du processus d'adjudication par voie de soumissions. La discrétion municipale ne peut s'exercer que pour la première catégorie d'irrégularités »¹¹⁶⁸.

(Nos soulignements)

Il est évident que la lecture économique des marchés publics doit impérativement être en corrélation avec les principes fondamentaux des marchés publics, car cela rentre dans la logique de l'article 2 de la LCOP, à savoir la protection des deniers publics, le respect des principes de concurrence, et la promotion du développement durable tel que défini par la *Loi sur le développement durable*¹¹⁶⁹.

De ce qui précède, la municipalité peut exercer une certaine flexibilité lorsqu'elle examine les documents contractuels et les soumissions, et ce, en respectant les principes fondamentaux énoncés à l'article 2 de la LCOP. Cette flexibilité peut également s'inscrire dans le cadre d'une meilleure prise en compte des considérations environnementales.

¹¹⁶⁷*Rimouski (ville de) c. Structures GB Ltée*, 2010 QCCA 219, par. 30 ; *Compagnie de construction Edilbec Inc. c. Ville de Montréal*, 2023 QCCS 1938.

¹¹⁶⁸*Couillard construction limitée c. Procureur général du Québec (ministère des Transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069 ; Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^eéd., Brossard, publications CCH, 2003, p. 9 314 et 9 315, par. 9.127.

¹¹⁶⁹*Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1.

Dans une affaire relative à la responsabilité civile découlant d'une décision de la ville de Malartic de ne plus s'approvisionner en gravier provenant de la partie nord-ouest, la Cour d'appel du Québec a énoncé ce qui suit :

« [33] Ainsi, en prenant la décision de ne plus s'approvisionner pour ses propres besoins en gravier dans le banc d'emprunt et en choisissant d'en faire autant dans ses contrats d'appels d'offres, la Ville met en balance des intérêts sociaux, environnementaux et économiques divergents. Elle porte un jugement de valeur en déterminant parmi ceux-ci, lesquels elle souhaite privilégier compte tenu de l'information scientifique dont elle dispose et de ses contraintes budgétaires »¹¹⁷⁰.

(Nos soulignements)

À la lumière de cet arrêt, les juges de la Cour d'appel du Québec ont clairement mis en balance les intérêts sociaux, environnementaux et économiques dans le cadre d'un marché public. Ils ont clairement affirmé que, malgré les intérêts économiques en jeu, l'eau demeure la ressource la plus précieuse parmi toutes les autres ressources concurrentes¹¹⁷¹. Même s'il fallait payer plus cher les graviers, et ce, malgré les contraintes économiques, la ressource en eau potable est sans pareille et doit faire l'objet d'une stricte protection¹¹⁷².

La municipalité de Malartic a donc utilisé les marchés publics comme un instrument juridique salubre pour protéger l'environnement, notamment en prévenant la contamination de sa nappe phréatique¹¹⁷³. Dès lors, la décision excluant une entreprise dont le comportement porterait potentiellement atteinte à l'environnement d'une municipalité serait légale, si et seulement si, la municipalité agit dans le meilleur intérêt de ses contribuables¹¹⁷⁴. Il faut souligner que cette décision présente des similitudes avec l'affaire *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, bien qu'elle n'aborde pas le même sujet¹¹⁷⁵.

Ainsi, en ce qui concerne la résolution de la tension entre les intérêts économiques et environnementaux résultant de la décision de la municipalité de pouvoir cesser de s'approvisionner en gravier en vue de protéger l'environnement, la cour d'appel a précisé que :

¹¹⁷⁰*Forcier & frères Ltée c. Ville de Malartic*, 2023 QCCA 746, par. 33.

¹¹⁷¹*Id.*, par. 32.

¹¹⁷²*Id.*

¹¹⁷³*Id.*, par. 31-33.

¹¹⁷⁴*Id.*, par. 28.

¹¹⁷⁵*Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (ville)*, [1994] 1 RCS 231.

« [28] La Cour estime que la juge a correctement appliqué les principes en cause **et a eu raison de conclure, que tant la décision par la Ville d'adopter la résolution du 28 novembre 2007 que celle d'inclure des clauses d'exclusion dans ses contrats d'appels d'offres relèvent de la nature de véritables décisions de politique générale en ce qu'elles reposent sur des considérations d'intérêt public et notamment des facteurs économiques et sociaux.**

[29] En effet, d'une part, ces décisions émanent du conseil municipal soit la principale instance décisionnelle de la Ville et par le biais d'une résolution adoptée à l'unanimité. **Les membres de ce conseil, à titre d'élus représentant la population, sont redevables envers elle et ont l'obligation d'agir dans son meilleur intérêt afin d'assurer la bonne gouvernance de la Ville.**

[30] D'autre part, la preuve révèle que ces décisions ont été prises au terme d'un long processus d'évaluation environnemental et après que différentes alternatives aient été considérées, notamment le transfert des baux vers un autre site d'emprunt. **La résolution et les clauses contractuelles sont d'application générale, ne visent pas spécifiquement l'appelante et sont de nature prospective (...).**

[31] Ensuite, bien qu'il n'y ait aucune preuve dans le dossier des ressources budgétaires de la Ville, **il ressort des résolutions et des témoignages entendus que les contraintes économiques ont été l'un des facteurs pris en considération par la Ville dans le cadre de la mise en œuvre de ses décisions.** La résolution du 28 novembre 2007 mentionne notamment que dans l'éventualité d'une contamination de l'esker, **la Ville ne serait pas en mesure de construire une usine d'eau potable, dont elle estime les coûts à plusieurs millions de dollars, sans autrement augmenter de manière considérable les charges fiscales des citoyens. En ce sens, elle accepte de payer davantage pour le transport du gravier en provenance d'autres bancs d'emprunt plutôt que de risquer une contamination de sa nappe phréatique et de devoir défrayer d'importants coûts pour y remédier.**

[32] **Enfin, il est manifeste que les décisions de la Ville reposent aussi sur ce que l'arrêt Nelson qualifie de « jugement de valeur », soit la balance d'intérêts concurrents. La Ville devait pondérer divers intérêts et poser un jugement de valeur entre deux types de ressources à caractère collectif, soit les ressources en eau potable et les ressources minérales. La résolution du 28 novembre 2007 mentionne spécifiquement que « la ressource d'eau est plus précieuse que toutes les autres ressources concurrentes ».**

[33] **Ainsi, en prenant la décision de ne plus s'approvisionner pour ses propres besoins en gravier dans le banc d'emprunt et en choisissant d'en faire autant dans ses contrats d'appels d'offres, la Ville met en balance des intérêts sociaux, environnementaux et économiques divergents. Elle porte un jugement de valeur en déterminant parmi ceux-ci, lesquels elle souhaite privilégier compte tenu de l'information scientifique dont elle dispose et de ses contraintes budgétaires.**

[34] La décision de la Ville de ne plus s'approvisionner au banc d'emprunt par le biais d'une résolution relève de la sphère politique. **La décision de ne pas contracter avec un entrepreneur qui utilise ce banc d'emprunt dans l'exécution des travaux publics n'est pas la mise en œuvre opérationnelle d'une décision politique, mais bien le reflet immédiat et logique de cette dernière dans les faits, par la prise d'une seconde décision politique** »¹¹⁷⁶. (Nos soulignements)

Cet arrêt de la Cour d'appel du Québec démontre clairement que la protection de l'environnement dans le cadre d'un marché public peut parfois primer sur les intérêts économiques et sociaux, même s'il faut payer plus cher l'approvisionnement en eau potable¹¹⁷⁷. Autrement dit, dans cette affaire,

¹¹⁷⁶Forcier & frères ltée c. ville de Malartic, 2023 QCCA 746, par. 28-34.

¹¹⁷⁷Id.

la Cour d'appel met en balance les intérêts économiques liés à la protection des deniers publics et les intérêts environnementaux liés à la promotion et à la protection de l'environnement. Contre toute attente, la balance de la Cour d'appel s'est penchée, non pas sur les intérêts économiques, mais plutôt sur les intérêts environnementaux.

Il appert que cet arrêt de la Cour d'appel démontre qu'il est possible d'utiliser les marchés publics comme instrument juridique au service de la promotion et de la protection de l'environnement d'une part, et d'autre part, comme instrument juridique au service de la conciliation des intérêts économiques et environnementaux. Dans le cas d'espèce, la Ville de Malartic a accepté de payer plus cher ses graviers pour protéger la nappe phréatique, car celle-ci constituait sa source unique d'approvisionnement en eau potable¹¹⁷⁸. Cette protection s'est effectuée à travers l'exclusion du processus de passation des marchés publics l'entreprise concernée par cette pollution¹¹⁷⁹.

Par ailleurs, dans l'affaire *MRC de Vaudreuil-soulanges*, la Cour d'appel du Québec a conclu que, même si un contrat public est illégal, elle ne pouvait l'annuler que pour l'avenir, c'est-à-dire que le contrat pouvait continuer à produire ses effets dans le présent, mais il ne pouvait pas être renouvelé, et ce, malgré la présence d'un enjeu environnemental lié au traitement des matières recyclables¹¹⁸⁰.

Dans l'ensemble, on peut dire que la conciliation des composantes économiques et environnementales de l'intérêt général dans la jurisprudence française et québécoise relative aux marchés publics est souvent circonstancielle, voire contextuelle. À titre d'illustration, dans l'affaire *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur contre Société Oredui*, la conciliation des composantes économiques et environnementales s'est effectuée par l'application d'une pluralité de critères prenant en compte à la fois des dimensions économiques et environnementales¹¹⁸¹, alors que dans

¹¹⁷⁸*Id.*

¹¹⁷⁹*Id.*

¹¹⁸⁰*Id.*

¹¹⁸¹Art. L. 2111-1 CCP ; CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570 ; DAJ, *La Définition du besoin*, 01 avril 2019. p.4.

l'affaire *Forcier & Frères ltée c. Ville de Malartic*, cette conciliation s'est traduite par la décision de la municipalité d'acquérir du gravier à un prix élevé¹¹⁸².

¹¹⁸²*Forcier & frères ltée c. ville de Malartic*, 2023 QCCA 746, par. 28-34.

CONCLUSION GENERALE

L'objet principal de la présente étude consistait à démontrer la manière dont les marchés publics municipaux, en droit français et québécois, parviennent à concilier les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général. Cette problématique s'inscrit dans une réflexion plus large portant sur la mobilisation des marchés publics en tant qu'instruments juridiques au service de la protection de l'environnement, tout en assurant, de manière corrélative, une gestion efficiente et responsable des deniers publics.

L'approche retenue dans le cadre de cette étude s'est structurée principalement autour de deux axes. Le premier visait à analyser les possibles tensions pouvant résulter de l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics. En effet, ces tensions se manifestent, d'une part, dans la nécessité d'assurer l'adéquation des considérations environnementales avec l'objet même du marché public, et, d'autre part, dans l'obligation de respecter les principes fondamentaux qui encadrent lesdits marchés. Ces tensions se manifestent également avec une acuité particulière lorsque l'acheteur public se trouve confronté à l'exigence de concilier, au sein d'un même acte d'achat, la protection de l'environnement et la préservation des deniers publics. Cette dualité d'objectifs, bien que non antinomique en principe, impose un exercice d'équilibre délicat, dans la mesure où l'intégration de considérations environnementales ne saurait compromettre le respect des principes fondamentaux des marchés publics. L'existence de ces tensions révèle les difficultés structurelles auxquelles sont confrontées les municipalités, notamment celle de concilier l'objectif de réalisation des achats publics au moindre coût avec la volonté de mobiliser les instruments contractuels comme instruments juridiques au service de la promotion et de la protection de l'environnement.

Le second axe s'est consacré à une étude approfondie du processus de passation des marchés publics ayant pris en compte les considérations environnementales. Cette analyse a permis de mettre en lumière les modalités et conditions encadrant la sélection des candidatures et des offres

des entreprises, dans lesquelles l'intégration des considérations environnementales peut être envisagée. Cette intégration demeure toutefois subordonnée au respect scrupuleux des principes fondamentaux régissant les marchés publics, ainsi qu'à l'existence d'une adéquation entre ces considérations et l'objet du marché ainsi qu'à ses conditions d'exécution.

La comparaison des marchés publics conclus par les municipalités françaises et québécoises révèle une divergence notable quant à leur qualification juridique. En droit français, ces contrats relèvent de la catégorie des contrats administratifs, en raison tant de leur objet que de leur rattachement à une personne publique agissant dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique. À l'inverse, en droit québécois, s'ils peuvent être assimilés, dans certaines hypothèses, à des contrats administratifs, ils sont également qualifiés, de manière cumulative, de contrats d'adhésion, en raison du caractère unilatéral de leur élaboration par la personne publique. Cette double qualification du marché public témoigne de la spécificité du droit québécois, qui emprunte à la fois au droit public et au droit privé pour encadrer la formation et l'exécution des marchés publics. Cet emprunt témoigne de la nature hybride du régime juridique applicable aux marchés publics québécois.

En effet, l'existence d'une distinction fondamentale entre les deux systèmes juridiques, n'affecte pas fondamentalement les finalités communes poursuivies par les marchés publics dans ces deux systèmes juridiques. En effet, tant en droit français qu'en droit québécois, les marchés publics poursuivent un intérêt général, lequel peut se décliner globalement en trois composantes majeures : environnementale, économique et sociale. Cette convergence résulte d'une lecture croisée des cadres juridiques français et québécois, laquelle met en évidence le rôle central de ces trois composantes dans l'opérationnalisation des politiques d'achats publics à l'échelle municipale.

L'analyse comparative réalisée dans ce cadre démontre que, bien que les moyens juridiques diffèrent selon les systèmes juridiques, les marchés publics s'imposent désormais comme des outils stratégiques permettant de répondre simultanément aux questions environnementales et

économiques. Dans cette perspective, nous avons démontré que, dans le cadre des marchés publics, la composante économique de l'intérêt général était intimement liée à la protection des fonds publics et au respect strict des principes fondamentaux, alors que la composante environnementale était liée à la promotion et à la protection de l'environnement. Aussi, nous avons démontré que les marchés publics sont des contrats « conciliants », dans la mesure où ils arrivent à concilier ces deux composantes de l'intérêt général, bien que cette conciliation suscite souvent des tensions entre les deux composantes d'une part, et d'autre part, entre les deux composantes et les principes fondamentaux des marchés publics.

À la lumière de ce qui précède, il apparaît avec évidence que la phase de définition des besoins revêt une portée stratégique, voire décisive, tant pour l'intégration effective des considérations environnementales dans les marchés publics que pour l'atténuation des tensions structurelles entre les composantes économiques et environnementales. C'est à ce stade que se joue, en amont du processus contractuel, la conciliation entre la composante économique et environnementale de l'intérêt général dans le cadre des marchés publics. Dans ce cadre, la présente étude démontre que le benchmarking (parangonnage) et du sourcing (sourcing) s'affirment comme des leviers stratégiques et méthodologiques particulièrement pertinents, en ce qu'ils permettent à l'acheteur public de mieux appréhender l'offre existante, d'en évaluer les potentialités environnementales, et d'adapter les exigences contractuelles en fonction de l'objet et des réalités du marché.

Dès lors, en recourant à ces deux techniques (benchmarking et sourcing), l'acheteur public ne se contente pas seulement d'observer ou de collecter des informations, mais il engage une démarche proactive de rationalisation de son besoin, fondée sur la connaissance des solutions disponibles et la référence aux meilleures pratiques en la matière.

Il apparaît clairement que, lorsqu'ils sont mobilisés dans toute l'étendue de leur potentiel, ces outils participent à atténuer, de manière significative, les tensions classiquement invoquées entre les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général dans le cadre des marchés

publics. Ces outils confèrent à la définition du besoin une dimension fondamentale et stratégique allant au-delà de la simple formalisation administrative, pour ainsi devenir le lieu d'arbitrage éclairé entre les différentes composantes de l'intérêt général.

En effet, en droit français, l'inclusion des considérations environnementales s'impose tout au long du processus de passation des marchés publics. Cette obligation découle directement du CCP, qui impose aux municipalités d'intégrer les objectifs de développement durable, notamment au moment de la définition des besoins. En revanche, en droit québécois, la situation se distingue en raison de la construction particulière du régime juridique applicable aux marchés publics, lequel repose sur une distinction normative entre les organismes publics et les organismes municipaux. Cette dualité de régime juridique se traduit par l'application de règles différenciées, tant en ce qui concerne les seuils de passation que les obligations procédurales, ce qui complexifie l'uniformisation des pratiques contractuelles à l'échelle du territoire québécois. Suivant cette approche, il faut noter que la LCOP oblige les organismes publics à tenir compte des principes de développement durable dans leurs processus contractuels, mais cette obligation ne s'étend pas automatiquement aux municipalités, qui disposent d'une plus grande latitude en la matière. Pour les villes et municipalités québécoises, l'inclusion des considérations environnementales reste donc facultative, à moins qu'elles ne l'intègrent expressément dans leur règlement de gestion contractuelle. Cela dit, une fois qu'une municipalité décide d'inclure une considération environnementale dans son propre règlement de gestion contractuelle, elle s'engage à la respecter. Elle devient alors juridiquement contraignante, non pas parce qu'elle est imposée par la loi, mais parce qu'elle découle d'un règlement. Concrètement, l'efficacité de cette démarche dépend toutefois en grande partie de la volonté des élus municipaux, qui jouent un rôle central dans la définition des priorités politiques en matière d'achats publics durables.

Ainsi, bien que le cadre juridique québécois actuel se révèle relativement permissif, il permet aux municipalités qui le souhaitent de dépasser les seules exigences minimales en matière contractuelle,

en adoptant des pratiques favorisant une meilleure prise en compte des considérations environnementales dans leurs processus d'achat.

Indépendamment du caractère obligatoire ou facultatif de l'inclusion des considérations environnementales dans les marchés publics en droit français et québécois, la présente étude a démontré que l'inclusion des considérations environnementales est juridiquement encadrée et susceptible de faire l'objet d'un contrôle rigoureux. Les instances chargées du contrôle varient en fonction du cadre juridique applicable, qu'il s'agisse du droit français ou du droit québécois. En droit français, le juge administratif est compétent en la matière, tandis qu'en droit québécois, cette responsabilité incombe principalement à l'AMP. Globalement, ce contrôle juridictionnel et administratif vise non seulement à vérifier l'adéquation entre les considérations environnementales et l'objet du marché et ses conditions d'exécution, mais aussi à garantir le respect des principes fondamentaux des marchés publics.

Compte tenu de l'analyse qui précède, il ressort de cette démonstration que, dans le cadre de l'intégration des considérations environnementales, la référence à l'objet du marché ainsi qu'au respect des principes fondamentaux des marchés publics poursuit principalement une finalité de préservation de la concurrence entre soumissionnaire tout au long du processus de passation du marché. Toutefois, ces deux éléments que sont l'objet du marché et les principes fondamentaux des marchés publics peuvent, dans certaines circonstances, se muer en obstacles à l'intégration effective des considérations environnementales, notamment lorsque ces dernières excèdent les exigences minimales requises. En effet, dès lors que les clauses ou critères à portée environnementale apparaissent sans lien suffisant avec l'objet du marché, ou qu'ils risquent d'introduire une rupture d'égalité entre les candidats, en particulier au détriment des petites et moyennes entreprises, leur légalité peut être remise en cause. C'est pourquoi, les personnes publiques hésitent souvent à prendre en compte de telles considérations de crainte qu'elles ne faussent la concurrence, notamment en privilégiant certaines catégories d'entreprises au détriment d'autres.

Cependant, il importe de préciser qu'à l'heure actuelle, ni le droit français ni le droit québécois ne prévoient de motif d'exclusion spécifique fondé sur la violation des règles environnementales, dans la mesure où l'entreprise qui aurait porté atteinte à l'environnement par négligence, par manquement à une norme applicable, ou encore à la suite d'une condamnation ne peut, en l'état du droit, être automatiquement exclue d'un processus d'appel d'offre pour ce seul motif, sauf dans des cas très indirects (atteinte à la légalité générale ou manquement à une exigence contractuelle).

Face à cette lacune, la présente étude propose l'introduction d'un motif d'exclusion explicite, applicable aux entreprises ayant été reconnues responsables d'atteintes graves ou répétées à la réglementation environnementale. Ce motif d'exclusion pourrait s'inscrire dans la logique déjà existante des mécanismes d'intégrité, en élargissant le champ des fautes professionnelles graves justifiant une exclusion aux procédures de passation des marchés publics à celles ayant un impact environnemental avéré.

Dans cette optique, il serait pertinent, notamment au Québec, de tirer parti de l'architecture institutionnelle déjà en place, en particulier du dispositif encadré par l'AMP, pour instituer un sous-registre spécifiquement dédié aux manquements environnementaux. En effet, bien que le Registre des entreprises non admissibles (RENA) répertorie actuellement les entreprises exclues des marchés publics, il ne procède à aucune distinction explicite entre les différents motifs d'exclusion.

Dans le cadre du RENA, les motifs d'exclusion sont généralement présentés sous la forme d'un renvoi à la disposition législative ou réglementaire ayant été violée, sans que ces infractions soient regroupées ni hiérarchisées selon leur nature ou leur gravité. Cette absence de structuration fonctionnelle, qu'il s'agisse d'une distinction entre les infractions à caractère économique, fiscal, environnemental ou déontologique, nuit à la lisibilité du registre, tant pour les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques eux-mêmes. Elle limite par ailleurs l'efficacité préventive du dispositif, en ne permettant pas une identification claire des risques juridiques ou éthiques associés à chaque catégorie d'infraction.

Autrement dit, le RENA fonctionne actuellement comme un simple agrégat de références juridiques, sans offrir aux décideurs publics une grille d'analyse adaptée à la logique de gestion des risques propres aux marchés publics responsables. D'où l'intérêt d'une réforme visant à classer les motifs d'exclusion selon leur objet, en s'inspirant notamment des catégories fonctionnelles (intégrité économique, atteintes environnementales, manquements contractuels graves, etc.).

Dans cette logique, deux voies sont alors envisageables. La première consisterait à créer un registre complémentaire ou un sous-registre environnemental au sein du RENA, afin d'identifier avec clarté les entreprises ayant contrevenu aux règles environnementales applicables aux contrats publics. La seconde, plus structurelle, impliquerait une réforme réglementaire par l'ajout explicite, dans l'annexe 1 de la LCOP précitée, des infractions à la législation environnementale jugées suffisamment graves pour justifier l'exclusion. Cette proposition s'inscrit d'ailleurs dans la logique des initiatives récentes de l'administration québécoise. Le 15 octobre 2024, le ministère de l'Environnement, de la Lutte contre les changements climatiques, de la Faune et des Parcs (MELCCFP) et l'AMP avait signé un protocole d'entente de collaboration visant à intervenir plus efficacement contre les infractions environnementales affectant l'intégrité des marchés publics. Ce partenariat inédit témoigne d'une volonté institutionnelle affirmée de doter les organismes publics d'outils juridiques à la hauteur des ambitions environnementales du Québec.

Dans le prolongement de cette analyse, la présente étude suggère, pour le droit français, l'instauration d'un mécanisme équivalent, placé sous l'égide du ministère chargé des finances, et destiné à encadrer, de manière plus structurée, l'intégrité des opérateurs économiques intervenant dans les marchés publics. Cette proposition ne relève d'ailleurs pas d'une abstraction théorique : elle s'inscrit dans une dynamique déjà amorcée. En effet, dans son communiqué du 10 octobre 2024, l'AMP a mis en lumière l'intensification des échanges institutionnels avec plusieurs acteurs de la commande publique française, notamment l'Agence française anticorruption et la sous-direction de la commande publique du ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique.

Ces échanges institutionnels ont mis en exergue la pertinence du modèle québécois, dont la singularité repose sur l'articulation de deux instruments complémentaires visant à encadrer l'intégrité des relations contractuelles entre les personnes publiques et les opérateurs économiques. D'une part, le Registre des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter (REA) constitue une liste blanche, recensant les entreprises préalablement autorisées à contracter avec les organismes publics ou municipaux, à la suite d'une évaluation de leur conformité aux exigences d'intégrité. D'autre part, le Registre des entreprises non admissibles aux contrats publics (RENA) agit comme une liste noire, regroupant les entreprises frappées d'une interdiction de contracter, en raison de manquements graves à leurs obligations juridiques, notamment en matière de probité, de fiscalité ou de conformité réglementaire.

Ce double mécanisme, d'une clarté normative appréciable, permet de structurer l'accès au marché public autour d'un critère central : la capacité juridique, éthique et administrative de l'entreprise à exécuter le contrat dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Il a, à ce titre, été qualifié de « source d'inspiration » par plusieurs experts français, dans le cadre de réflexions en cours sur trois chantiers majeurs : la réforme des directives européennes relatives aux marchés et aux concessions, le renforcement des dispositifs de lutte contre la corruption, et la simplification du droit de la commande publique.

L'intérêt manifesté à l'égard de cette expérience québécoise traduit une évolution des attentes institutionnelles en France, marquées par une volonté croissante de se doter d'un cadre plus cohérent et plus opérationnel en matière d'intégrité contractuelle. Si le droit français permet d'exclure des candidats sur la base de certains manquements, force est de constater l'absence d'un registre national structurant et centralisé comparable à celui de l'AMP.

Dans cette perspective, la transposition en droit français d'un mécanisme de type REA/RENA, encadré par une autorité administrative indépendante ou rattachée au ministère de l'Économie, pourrait constituer un levier stratégique pour consolider les fondements d'une commande publique

éthique, efficiente et conforme aux objectifs européens en matière de transparence et de concurrence. Cette innovation juridique permettrait, en outre, de pallier les lacunes actuelles du dispositif français, où l'évaluation des motifs d'exclusion demeure fragmentée, et souvent confiée à l'appréciation discrétionnaire de chaque pouvoir adjudicateur.

Bien qu'utiles pour assurer la probité contractuelle, le REA et le RENA demeurent strictement orientés vers la conformité juridique et l'intégrité des entreprises, ils ne prennent aucunement en compte la performance environnementale des entreprises. Dans cette perspective, la présente étude propose la création d'un registre complémentaire à finalité incitative, à savoir un « registre vert », qui répertorierait les entreprises reconnues pour leur engagement exemplaire en matière environnementale. Un tel outil, que l'on pourrait assimiler à une liste verte, permettrait non seulement de valoriser les pratiques d'approvisionnement responsables, mais également de stimuler l'innovation environnementale dans le secteur privé. Il pourrait ainsi servir de base à des politiques contractuelles préférentielles, ou au moins d'aide à la décision pour les donneurs d'ordres publics soucieux d'intégrer les principes du développement durable dans leur stratégie d'achat, notamment lors de la définition des besoins. Une telle proposition s'inscrit dans une logique de responsabilisation partagée entre les municipalités et les entreprises, en ce qu'elle vise à renforcer l'intégration des objectifs de protection et de promotion de l'environnement dans le cadre contractuel.

Ainsi, en consacrant l'implication conjointe de ces deux acteurs majeurs (les municipalités et les entreprises) dans la poursuite d'une finalité environnementale, cette proposition traduit un changement de paradigme dans les achats publics. De cette manière, chacun de ces acteurs se trouvera ainsi lié par des obligations complémentaires : les municipalités, en tant que pouvoirs adjudicateurs, seront appelées à concevoir des cadres contractuels propices à la transition écologique, tandis que les entreprises devront démontrer leur capacité à répondre à ces exigences dans le respect des principes régissant les marchés publics. Ce mouvement s'inscrit dans une

dynamique plus large de contractualisation du développement durable, appelant une mobilisation concertée des parties prenantes autour d'objectifs d'intérêt général.

Dans cette perspective, il a été constaté que, si les marchés publics peuvent effectivement constituer un levier de conciliation entre les composantes économiques et les composantes environnementales, cette conciliation demeure, en pratique, largement cantonnée à la phase précontractuelle, où les municipalités, en situation de monopsonne, disposent de la faculté d'imposer unilatéralement certaines clauses environnementales.

Toutefois, force est de reconnaître qu'à ce jour, aucun dispositif juridique contraignant ne sanctionne expressément l'inaction des municipalités en matière d'intégration des considérations environnementales lors du processus de passation des marchés publics. Cette absence de mécanisme coercitif contribue à relativiser la portée normative du principe d'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics municipaux. Autrement dit, si le principe d'inclusion des considérations environnementales est bien affirmé dans les cadres juridiques français et québécois, leur mise en œuvre repose encore largement sur la volonté politique locale, sans mécanisme de contrainte formelle.

Ainsi, pour combler cette lacune, la présente recherche propose d'explorer la voie de l'introduction de la conditionnalité environnementale dans les marchés publics municipaux, comme instrument de responsabilisation des municipalités. L'idée centrale consiste à subordonner l'accès à certains financements publics à l'intégration effective des considérations environnementales dans les documents contractuels.

À cet égard, il importe de relever que la conditionnalité environnementale, bien qu'elle ait d'ores et déjà reçu certaines applications concrètes, tant au Québec qu'au sein de l'Union européenne, notamment dans les politiques agricoles et dans le cadre de dispositifs d'aide publique, ne bénéficie,

en droit des marchés publics, d'aucune consécration normative explicite à ce jour¹¹⁸³. Elle demeure ainsi à l'état de mécanisme fonctionnel diffus, sans ancrage formel dans l'architecture juridique propre en droit des marchés publics.

Certes, tant en droit français qu'en droit québécois, un principe d'intégration des considérations environnementales est déjà reconnu dans les textes, notamment au moment de la définition des besoins¹¹⁸⁴. Cependant, cette exigence n'est assortie d'aucune condition juridique au sens strict, c'est-à-dire la subordination de la conclusion d'un contrat aux respects des considérations environnementales. Elle s'inscrit donc davantage dans une logique déclaratoire ou incitative, sans portée contraignante directe envers les municipalités.

Dans cette dynamique, l'instauration d'une conditionnalité environnementale explicite dans le champ des marchés publics permettrait de conférer une portée normative accrue au principe d'intégration des considérations environnementales. Il ne s'agirait plus uniquement d'encourager les bonnes pratiques contractuelles, mais bien de subordonner l'octroi de certaines subventions publiques à l'adoption, par les municipalités, de considérations environnementales effectives dans leurs marchés publics. Un tel mécanisme reposerait sur une logique de bonus-malus : les municipalités qui intègrent de manière satisfaisante des considérations environnementales, sous réserve qu'elles soient en lien direct avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution et qu'elles respectent les principes fondamentaux des marchés publics, se verraient éligibles à un soutien financier accru. À l'inverse, celles qui négligeraient ou refuseraient systématiquement d'opérationnaliser cette considération environnementale pourraient être exclues de certains

¹¹⁸³ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), préc., note 63, p. 23; Dans l'Union européenne, la conditionnalité environnementale existe dans le secteur agricole et de société depuis 1962 dans le cadre de la politique agricole commune (PAC) ; Règlement (CE) n° 1164/94 du Conseil, du 16 mai 1994, instituant le fonds de cohésion, JOCE I 130, 25 mai 1994, p. 1. 10 ; Règlement (UE) n° 1303/2013 du parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE I 347, 20 décembre 2013, p. 320.

¹¹⁸⁴*Id.*

financements publics, à l'instar des mécanismes associés aux fonds verts, lesquels tendent à subordonner l'octroi de ressources financières à la réalisation d'objectifs environnementaux définis. Cette approche permettrait d'articuler efficacement incitation financière et respect des finalités environnementales, tout en préservant l'équilibre entre l'autonomie municipale et les exigences d'intérêt général.

De manière globale, l'analyse comparée révèle de manière probante que les cadres juridiques internes français et québécois offrent, chacun selon leurs spécificités, des marges de manœuvre juridiques suffisantes pour permettre une conciliation effective entre les composantes économiques et environnementales de l'intérêt général. Mieux encore, ces cadres permettent de mobiliser les marchés publics comme de véritables instruments juridiques au service de la protection et de la promotion de l'environnement, à la condition que les acheteurs publics exploitent pleinement les leviers normatifs à leur disposition. À cet égard, les propositions formulées dans le cadre de la présente étude visent précisément à optimiser cette mobilisation, en renforçant la portée juridique des considérations environnementales et en assurant leur insertion cohérente dans le processus contractuel. Il ne s'agit donc pas de réinventer le droit applicable, mais de le faire évoluer dans le sens d'une opérationnalisation plus ambitieuse du principe d'intégration des considérations environnementales, dans le respect des principes fondamentaux des marchés publics.

En outre, la présente étude, fournit aux praticiens et aux théoriciens des marchés publics des outils conceptuels et opérationnels pour intégrer de manière rigoureuse les considérations environnementales. En cas de litige, les juges seraient en mesure de procéder à une conciliation équilibrée entre les composantes environnementales et les composantes économiques, tout en respectant les principes fondamentaux des marchés publics et le lien relatif à l'objet du marché. Cela leur permettrait également d'appréhender les tensions inhérentes entre ces deux composantes de l'intérêt général et de démontrer que leur conciliation est toujours possible dans le cadre d'un marché public.

Enfin, au regard de la complexité des enjeux environnementaux, il est essentiel de sensibiliser les municipalités à la formation de leur personnel en vue de favoriser une mise en œuvre optimale de ces considérations dans leurs pratiques contractuelles. Cette formation renforcerait leur capacité à intégrer efficacement les considérations environnementales innovantes dans leurs marchés publics, contribuant ainsi, non seulement à la protection de l'environnement, mais aussi à la conciliation de celui-ci avec les intérêts économiques.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION ET REGLEMENTATION

1. International

Accord économique et commercial global (AECG), signé le 30 octobre 2016, ratifié le 15 février 2017 par le Parlement européen, Affaires mondiales Canada, « Texte de l'Accord économique et commercial global – table des matières », 30 octobre 2016, Gouvernement du Canada

2. Communautaire

- Union européenne, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JOUE n° C 202, 7 juin 2016
- Union européenne, *Règlement (CE) n° 1164/94 du Conseil du 16 mai 1994 instituant le Fonds de cohésion*, JOCE L 130, 25 mai 1994
- Union européenne, *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*, JOUE L 94, 28 mars 2014
- Union européenne, *Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics 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*, JOUE L 94, 28 mars 2014
- Union européenne, *Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds*

européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE L 347, 20 décembre 2013

3. Canada et Québec

3.1. Canada

- Accord de libre-échange canadien (ALEC), signé le 1er juillet 2017, en ligne : <https://www.cfta-alec.ca/>
- Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC), *Guide d'approvisionnement*, Gouvernement du Canada
- Canada, Ministère de la Défense nationale, *Stratégie d'approvisionnement en matière de défense*, en ligne : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/amd-dp/samd-dps/index-fra.html>

3.2. Québec

- *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, L.Q. 2025, c. 4
- *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1
- *Loi concernant le réseau structurant de transport en commun de la ville de Québec*, RLRQ, c. R-25.03
- *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16 (à jour au 31 août 2024)
- *Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, LQ 2018, c. 10
- *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1
- *Loi sur l'organisation territoriale municipale*, RLRQ, c. O-9
- *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2

- *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, RLRQ, c. T-11.011
- *Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1
- *Loi sur le transport des sociétés en commun*, RLRQ, c. S-30.01
- *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19
- *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ, c. C-47.1
- *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1
- *Loi instaurant un nouveau régime d'aménagement dans les zones inondables des lacs et des cours d'eau, octroyant temporairement aux municipalités des pouvoirs visant à répondre à certains besoins et modifiant diverses dispositions*, LQ 2021, c. 7 (anciennement Projet de loi n° 67, adopté le 24 mars 2021 et sanctionné le 25 mars 2021)

4. Française

- Décrets

- *Décret n° 2014-928 transposant en droit français la directive 2012/19/UE*
- *Décret n° 1901-652 du 16 août 1901 pris pour l'exécution de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*

- Lois

- *Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*
- *Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature*
- *Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux établissements publics locaux*
- *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, 26 juin 2003
- *Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine, durable et accessible à tous (EGALIM)*
- *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, JORF n° 0035 du 11 février 2020
- *Loi Climat et Résilience du 22 août 2021 et son décret d'application n° 2022-767.*
- *Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte*

- *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, 22 août 2021
- *Code civil français*
- *Code de commerce français*
- *Code de justice administrative*, 2020
- *Code de l'environnement*, modifié par *loi n° 2020-105 du 10 février 2020*
- *Code de la commande publique*, 1er avril 2019
- *Code de la route française*
- *Code des transports*, issus de *l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF*
- *Code général des collectivités territoriales (CGCT)*
- *Code pénal français*
- *Code rural et de la pêche maritime*
- *Projet de loi portant simplification de la vie économique*, Texte n° 550 (2023-2024) de *M. Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique*, déposé au Sénat le 24 avril 2024
- **Arrêtés**
 - *Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics*
 - *Arrêté du 5 mai 2011 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique*

- Décisions du Conseil constitutionnel

- *Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Conseil constitutionnel, « Complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ».*

Autres Documents

- *CCAG Travaux*
- *CCAG-TIC*
- *CCAG FCS*
- *CCAG PI*
- *CCAG TIC*
- *CCAG MI*

JURISPRUDENCE

1. Canadienne et québécoise

- *11073192 Canada inc. c. Inspectrice générale de la ville de Montréal, 2021 QCCS 3868*
- *178030 Canada Inc. (Entreprises médicales de l'outaouais) c. Centre intégré de santé et de services sociaux de l'outaouais (CISSSO), 2020 QCCS 1062*
- *2736-4694 Québec Inc. c. Carleton-st-Omer (ville de), 2006 QCCS 4726, confirmé par 2007 QCCA 1789*
- *9150-0124 Québec Inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure Générale du Québec (ministère des Transports, de la mobilité durable et de l'électrification des transports), 2018 QCCS 5957, par. 30 (confirmé par la cour d'appel, 2019 QCCA 879)*
- *9150-2732 Québec Inc. c. Ville de Montréal, 2021 QCCS 2899*
- *Ali excavation Inc. c. Autorité des marchés financiers, 2015 QCCS 939*
- *Axim construction Inc. c. Université du Québec à Montréal, 2018 QCCS 3087*
- *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 1999 CanLII 699 (CSC), [1999] 2 RCS 817*

- *Bau-Québec ltée c. ville de Sainte-Julie*, 31 mai 1994, C.S. Longueuil
- *Canada (ministre de la citoyenneté et de l'immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653
- *Coffrage alliance ltée c. Ville de Chateauguay* 2002 QCCS 16796
- *Compagnie de construction Edilbec Inc. c. Ville de Montréal*, 2023 QCCS 1938
- *Compagnie de recyclage de papiers md Inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, 2019 QCCS 4169
- *Constructions Lavacon Inc. c. Autorité des marchés publics*, 2021 QCCS 412
- *Consultants Gauthier Morel inc. c. Ville de Laval*, 2020 QCCS 3497
- *Couillard construction limitée c. Procureur général du Québec (ministère des transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069
- *Dawcoelectric Inc. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCA 948
- *Double n Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3
- *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190
- *Entreprise P.S. Roy inc. c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617
- *Entreprise QMD Inc. c. ville de Montréal*, 2020 QCCS 3
- *Entreprises Michaudville c. Ville de Brossard*, 2020 QCCS 3458
- *Entreprises QMD Inc. c. Ville de Montréal*, 2020 QCCS 3
- *Forcier & frères ltée c. Ville de Malartic*, 2023 QCCA 746
- *Gaston Contant Inc. c. ville de Laval*, 2021 QCCA 99
- *Gestion complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (ministre des Travaux publics et services gouvernementaux) (C.A.)*, 1995 CanLII 3600 (CAF), [1995] 2 CF 694
- *Immobilière (l'), société d'évaluation conseil Inc. c. évaluations BTF Inc.*, 2009 QCCA 1844
- *Innovtech construction Inc. c. Centre universitaire de santé McGill (hôpital de Montréal pour enfants)*, 2010 QCCS 5190

- *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116
- *La Reine (ont.) c. Ron engeneering*, [1981] 1 R.C.S. 111
- *Luqs Inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 86
- *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619
- *Mabarex Inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, 2021 QCCS 2601
- *Martel building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860
- *Mascouche (ville de) c. Québec (ministère des transports)*, 2010 QCCS 3460 (appel rejeté)
- *Monit international c. Canada* 2004 CF 75
- *Montréal (Ville de) c. Organisation internationale Nouvelle Acropole Canada*, 2010 QCCA 1341
- *Montréal (ville de) c. Société d'énergie Foster Wheeler ltée*, 2011 QCCA 1815
- *Montréal (ville) c. Octane stratégie Inc.*, 2019 CSC 57
- *MRC de Vaudreuil-Soulanges c. Location rivoca Inc.*, 2021 QCCA 1535
- *MYG informatique Inc. c. Commission scolaire René Lévesque Inc.*, 2006 QCCA 1248
- *Omnitech Labs inc. c. Autorité des marchés publics*, 2022 QCCS 3016
- *Paul fortin & fils ltée c. La Société d'habitation du Québec*, [1988] R.R.A. 486 (C.A.)
- *Produits Shell canada ltée c. Vancouver (ville)*, [1994] 1 RCS 231
- *Rapiscan systems, Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 68
- *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la prairie c. Janin construction (1983) ltée*, 1999 QCCA 13754
- *Rimouski (ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219
- *Roxboro excavation Inc. c. Québec (Procureur général) (ministère des transports)*, 2015 QCCS 2829
- *Services sanitaires Morin Inc. c Terrebonne (ville)*, 2010 qccs 2822
- *Tapitec inc. c. Blainville (Ville de)*, 2015 QCCS 2380
- *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317
- *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385

- *Transport en commun la québécoise Inc. c. Réseau de transport métropolitain*, 2019 QCCA 752
- *Transport en commun la québécoise Inc. c. Réseau de transport métropolitain, et al.*, 2020 CSC 8215 (autorisation d'appel à la cour suprême rejetée)
- *Trois-Rivières (ville de) c. Henri Paquette Inc.*, [1986] R.J.Q. 1021 (C.A.) requête pour autorisation de pourvoi à la cour suprême rejetée (C.S. Can., 1986-06-12) 19891
- *Uniprix Inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé Inc.*, 2017 CSC 43
- *Uniroc c. ville de saint Jérôme*, 2020 QCCQ 240
- *Ville de Pointe-Claire c. Groupe Serpone syndic de faillite Inc.*, 2019 QCCA 1278
- *Ville de Repentigny c. 9165-1364 Québec Inc. (Toitures Techni toit)*, 2024 QCCS 691
- *Ville de Rimouski c. Les structures GB Ltée*, 2010 QCCA 219
- *Visions Electronics limited partnership (visions Electronics) c. Canada (Procureur général)*, 2021 CF 478

2. Autorité des marchés publics

- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, recommandation 2021-25
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics)*, numéro 2021-06
- AMP, *Recommandations formulées au dirigeant du centre de santé Tulattavik de l'Ungava concernant le processus d'attribution identifié au SEAO sous le numéro de référence 1823318*, numéro 2021-06

- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Dolbeau-Mistassini concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1174862 (article 31 (2) de la loi sur l'autorité des marchés publics), numéro 2024-08*
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568, recommandation 2021-25*
- AMP, *Recommandations formulées au dirigeant du centre de santé Tulattavik de l'Ungava concernant le processus d'attribution identifié au SEAO sous le numéro de référence 1823318, 2024-08*
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Alphonse-de-Granby concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1613594, recommandation 2022-11*
- *Décision, recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Sherbrooke concernant le contrat de gré à gré identifié au seao, 2021, AMP, n° 1242883, n° 2021-24*
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité du canton de Potton concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1732765*
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de saint-Fulgence concernant les contrats conclus pour le projet de réfection du sentier des battures et deux contrats pour l'acquisition de matériaux, 2022-10*
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568, recommandation 2021-25*
- AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé, recommandation n° 2021-01*

- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé*, recommandation 2021-01
- AMP, *Décision concernant deux processus contractuels du ministère du tourisme identifiés au SEAO sous les numéros 1585661 et 1626152*, Ordonnance 2023-03, du 19 juin 2023
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de Saint-Hippolyte concernant le contrat conclu à la suite de la demande de soumission publique identifiée sous le numéro de référence 1198568*, Recommandation 2021-25
- AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé*, recommandation 2021-01
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la ville de Sherbrooke concernant le contrat de gré à gré identifié au SEAO sous le numéro de référence 1242883*, Numéro 2021-24
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Fulgence concernant les contrats conclus pour le projet de réfection du sentier des battures et deux contrats pour l'acquisition de matériaux*, Numéro 2022-10
- AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de L'Île-d'Anticosti concernant le processus d'attribution d'un contrat de services lié à la préparation de la candidature de L'Île-d'Anticosti pour son inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco*, recommandation 2022-08
- AMP, *Recommandation formulée au dirigeant du CIUSSS de l'est-de-l'île-de-Montréal concernant le processus d'adjudication 1232604*, décision 2019-04
- AMP, *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de L'Île-d'Anticosti concernant le processus d'attribution d'un contrat de services lié à la*

préparation de la candidature de L'Île-d'Anticosti pour son inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco, recommandation 2022-08

- AMP, *Recommandations formulées au conseil des commissaires de la Commission scolaire Eastern Townships concernant le processus d'adjudication identifié sous le numéro de référence 1365680, Recommandation 2021-20, 27 mai 2021*
- AMP, *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le chu de Québec-université Laval, décision 2019-01*
- AMP, *Décision ordonnant à la commission scolaire crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348, décision 2019-02*
- AMP, *recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de L'Île-d'Anticosti concernant le processus d'attribution d'un contrat de services lié à la préparation de la candidature de L'Île-d'Anticosti pour son inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco, recommandation n° 2022-08*

II. Française

1. Conseil d'état

- 20 avril 1956, *Epoux Bertin* (concernant l'hébergement et la fourniture d'aliment aux réfugiés russes)
- CE, Ass, 2 février 1987, *Sté TV6*, req, n°81131, Lebon.
- CE sect. 30 janvier 2009, *ANPE*, req. n°290236, au recueil
- CE, 10 juillet 2013, *Compagnie martiniquaise de transports*, req. n° 362777
- CE, 10 février 2017, *EHPAD d'Audincourt*, req. n° 393720
- CE, 10 juillet 2020, n°430864, *s^{te} Comptoir négoce équipements*
- CE, 10 juin 1932, *S^{ieur} bigot*, rec. p. 572
- CE, 10 juin 2020, n° 431194, *ministère de la Défense - marché de prestations de formation professionnelle*).

- CE, 10 janvier 1902, *c^{ie} nouv. De gaz de Déville-lès-Rouen*
- CE, 12 mars 2012, Dynacité, req. n° 354355, *RDI*, 2012
- CE, 12 mars 2012, n°353826, *société Clear Channel France*
- CE, 14 janvier 1998, req. n° 168688
- CE, 15 décembre 2008, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, *communauté urbaine de Dunkerque, ville de Dunkerque contre société Decaux*, n°310380, inédit au recueil Lebon
- CE, 15 févr. 2013, n° 363921, *sté Derichebourg*
- CE, 15 février 1935, *s^{té} française de constructions mécaniques*, rec.p.201
- CE, 17 déc. 2008, n° 282178, *Office public d'habitations Nice et Alpes-Maritimes*
- CE, 18 déc. 2020, n° 433386, *Société Treuils et Grues Labor*
- CE, Ass.9 nov. 2016, n°388806, *société Fosmax*
- CE, 18 mai 2021, n° 448618, *SNBTP*
- CE, 2 février 1987, *sté tv6*, req. n°81131, Lebon, p.28
- CE, 20 décembre 2019, *Société Lavalin*, n° 428290
- CE, 20 janvier 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid*, n° 56503.36
- CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne Billancourt*, Rec. 2007
- CE, 21 octobre 2015, *Communauté urbaine du Grand Dijon*. req. n°391311
- CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, Rép.min.n°25167JO, n° 351570, Sénat, 11 janvier 2007
- CE, 24 juin 2011, *ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement*, *autostrade per l'Italia SPA*, n° 347720
- CE, 25 mai 2018, *Nantes métropole*, n°417580
- CE, 25 mars 2013, n° 364950, *département de l'Isère*
- CE, 25 septembre 2020, n° 432727, *société Orange*
- CE, 26 février 2014, *Société « Environnement services »*
- CE, 27 janvier 1984, *ville d'Avignon c/ da Costa*

- CE, 28 avril 2006, *sté Abraham bâtiment travaux publics*, n° 286443
- CE, 29 juillet 1994, n° 131562, *Commune de Ventenac-en-Minervois*
- CE, 29 juillet 1998, 7^{ème} - 2ème chambres réunies, *Commune du Havre*, 15 novembre 2017, 412644
- CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412
- CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, n° 12315. 37
- CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n°405787
- CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine (« SERM »)*
- CE, 31 juillet 1912, *s^{té} Granits Porphyroïdes des Vosges*
- CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, N° 334279
- CE, 31 octobre 2017, *Métropole Aix-Marseille-Provence*, req. n° 410496
- CE, 5 janvier 2011, *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-arc*, n° 343206
- CE, 7 mars 1923, *Jossifoglu*, rec. CE, p.222
- CE, Ass, 2 février 1987, *sté tv6*, req, n°81131, Lebon, p.28
- CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n° 358994
- CE, Avis 4 février 2021, n° 401933
- CE, Avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, no 246921
- CE, *Communauté urbaine de Nice-côte d'Azur*, 23 novembre 2011, n° 351570
- CE, *Commune de Saint-Nazaire*, 5 novembre 2008, req. n°310484.
- CE, *Commune de Savigny-sur-Orge*, 6 mars 2009, req n°315138
- CE, *ministre de l'Équipement*, 30 juin 2004, n°261919
- CE, *Parc naturel régional des grands causses / société PK-ENR*, recueil Lebon, 2 août 2011, n° 348254
- CE, *SA société industrielle de nettoyage*, 6 juin 1997, n°129437

- CE, *société l'atelier des compagnons*, 25 mai 2018, n°417869
- CE, *société Wanner Isofi Isolation*, 13 mai 1987, n°39120
- CE, *Tarn-et-Garonne*, 4 avril 2014, n°358994
- CE, *Commune de Saint Pal de Mons*, 18 juin 2010, n° 337377

2. Tribunal des conflits

- TC, 15 nov. 1999, *Commune de Boursip*
- TC, 15 octobre 2014, *AXA IARD*.
- TC, 21 mai 2007, *sté Codiam*.
- TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*
- TC, 23 septembre 2002, *s^{tés} Sotrame et Métalform c/ Gie sesam-vitale*
- TC, 25 octobre 1963, *Dame veuve Mazerand*.
- TC, 6 juillet 2020, n° 4191, *Société Huet location*, (2021) *AJDA*.734, chron.
- TC, 6 juillet 2020, n° 4191, *Société Huet location*, (2021) *AJDA*.734, chron.
- TC, 8 juillet 1963, *société entreprise Peyrot*
- TC, 8 juillet 2013, *Sté d'exploitation des énergies photovoltaïques c/ sté EDF*
- TC, 8 juillet 2013, *Sté d'exploitation des énergies photovoltaïques c/ sté Edf*
- TC, 9 mars 2015, *M^{me} RIPSAL c/s^{té} ASF*, 3984

3. Cours administratives

- CA Aix-en-Provence, 30 mai 2012, *SARL Arnaud*, n° 10/18369
- CAA Douai, 31 mars 2005, n° 02DA00889, *Société Thermotique sa*
- CAA, Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19bx01864, CINOR
- CAA, Lyon, 23 mai 2002, n° 96ly01979, *dpt Haute-Savoie c/ préfet Haute-Savoie*
- CAA, Nantes, 29 mars 2019, n° 17Nt01869]
- CAA, Nantes, 4e chambre, 31 mai 2024, n° 23nt00365, inédit au recueil Lebon
- Cass. com., 23 octobre 2012, *Sté Dalkia France*, n° 11-231052

4. Autres

- T. corr. Lorient, 5 mars 2009, eau et rivières de Bretagne, n° 20090305
- TA, Toulouse, 13 juin 2024, n° 2104358
- Bordeaux, ch. corr., 4 mai 2010
- TGI Paris, 27 mars 2012, *SAS ACH Construction*, n° 11/01295

III. Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99
- CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01
- CJCE, 13 octobre 2005, *Parking brixen*, Aff. C-458/03
- CJCE, Emm. G. Lianakis AE, c/Dimos Alexandroupolis, affaire C-532/06, 24 janvier 2008
- CJCE, 24 janvier 2008, Affaire C-532/06, Emm. G. Lianakis ae, c/ Dimos Alexandroupolis
- CJCE, *Telaustria*, 7 déc. 2000, Aff. c-324/98
- CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC construction*, c-19/00, rec. p. i-7725
- CJCE, Wienstrom, 4 décembre 2003, affaire c-488/01
- CJUE, 29 novembre 2012, *Econord spa*, Aff. C-182/11
- CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, Aff. c-368/10
- CJUE, 18 juin 2020, *aff. C-328/19, Porin kaupunki*
- CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, Aff. C-371-05

DOCTRINE

1. Monographies et ouvrages collectifs

- André LANGLOIS, *Les contrats municipaux par demandes des soumissions*, 3^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2005
- ARTHUR PIGOU, *L'économie du bien-être*, 1920

- Aymeric HOURCABIE, Cécile FONTAINE, Anne-Charlotte BERARD WALSH, *Passation des marchés publics*, Le moniteur, 2016
- Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2018
- Fanette AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020
- Ferdi YOUTA, *L'ordre public contractuel en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2024
- François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986
- Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat réactualisée, Paris, la mémoire du droit, septembre 2020
- Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 15^{ème} éd, Paris, Presses universitaire de France, 2024
- Hélène HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^è éditions, éditions Dalloz, 2019
- Hélène HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3^è éd., cours Dalloz, Dalloz, 2022
- Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6^{ème} éd, Montréal, Wilson Lafleur, 2023
- Jacques PETIT et Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, 16^è Ed., LGDJ Lextenso, 2022-2023
- Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal: principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 1^{er} septembre 2021, Feuille mobile
- Jean HETU et Yvon DUPLESSIS avec la collab. de Lise VEZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, publications CCH, à jour au 17 novembre 2021, n° 0.77 (CCH en ligne)
- Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, avec la collab. de Lise VEZINA, *droit municipal : principes généraux et contentieux*, LexisNexis, 2e éd., Brossard (QC), CCH, feuilles mobiles, 2020

- Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., Brossard, Publications CCH, 2003
- Jean HETU et Yvon DUPLESSIS, *Les contrats municipaux*, publications CCH Itée, Brossard, 2002
- Jean-Benoît POULIOT, Sébastien LAPRISE, François ÉMOND, Marie-lise GAUDET et Virginie BEAUCHEMIN, *Contrats des organismes publics - manuel sur les meilleures stratégies*, 2^e éd., wolters kluwer, Montréal, 1^{er} février 2022
- Jean-Claude RICCI, *Les fondamentaux : droit administratif*, 13^eéd, Paris, Hachette supérieur, 2019-2020
- Jean-Luc PISSALOUX, *Dictionnaire des collectivités territoriales et développement durable*, Paris, Lavoisier, 2017
- Julie PERREAULT, *Appels d'offres municipaux*, Québec, Wolters Kluwer, 2020
- LAPRISE, Sébastien, François ÉMOND et Jean-Benoît POULIOT, *Contrats municipaux, Manuel sur les meilleures stratégies*, 2^e éd., Wolters Kluwer, 2018
- Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, 12^{ème} édition, LGDJ Lextenso, 2021
- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 5^e éd., Dalloz, 2004
- Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 5^e édition, LexisNexis, Paris, 2024
- Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd, Paris, LexisNexis, 2019
- Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014
- Michel FILION, *Dictionnaire du droit québécois*, Levis (Canada), Michel filion, 2022
- P. GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} éd, Cowansville, les éditions Yvon Blais, 2017
- Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2017, version électronique

- PATRICE GARANT, *Droit administratif*, volume 1, 4^e édition, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1996
- Patrice GARANT, Philippe GARANT, Jérôme GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, 6^{ème} éd, Montréal, Edition Yvon Blais, 2018
- Patrice GARANT, Philippe GARANT, Jérôme GARANT, *Précis des administrations publiques*, 7^{ème} éd, Yvon Blais, 2017
- Philippe YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013
- Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Contrat des organismes publics québécois*, Brossard, Publications CCH ltée, 2010
- Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *Action gouvernementale : précis des droits des institutions administratives*, 4^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2020
- Pierre LASCOUMES, *Le développement durable. Une nouvelle affaire d'Etat*, Paris, PUF, 2014
- Pierre-André COTE et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 5^e éd, Editions Thémis, 2021
- René DAVID, Marie GORE, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e édition, Précis Dalloz, 2016
- Sébastien LAPRISE, François EMOND et Jean-Benoît POULIOT, *Contrats des organismes municipaux – Manuel sur les meilleures stratégies*, 2^e éd., Brossard, Wolters Kluwer, 2018
- Sébastien LAPRISE, François EMOND, Jean-Benoît POULIOT et Gilles ST-LAURENT, *Contrats des organismes publics-manuel sur les meilleures stratégies*, Wolters Kluwer, Québec ltée, 2016
- Sébastien LAPRISE, François EMOND, Jean-Benoît POULIOT, *Contrats municipaux : manuel sur les meilleures stratégies*, 2^{ième} éd, Wolters Kluwer, Québec, 2018
- Sébastien SAUVE, Daniel NORMANDIN et Mélanie MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, Montréal, Presses de l'universités de Montréal, 2016

- Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, 7^e édition, Paris, LGDJ, 2019
- Sophie NICINSKI, *Droit publics des affaires*, 5^{ème}éd, Paris, LGDJ, 2016
- Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 6^e éd, le Moniteur, Limoges, octobre 2019
- Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : marchés publics et concessions*, 7^e éd, Limoges, 2022
- Stéphane DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017

2. Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- Alain HUDON, « La loi sur les contrats des organismes publics et sa réglementation en matière des marchés publics : survol et commentaires », dans Conférence des juristes de l'État 2011 : XIXe Conférence : le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 292-298, en ligne : <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/laloisurlescontratsdesorganismespublicsetsareglementationenmatieredemarchespublics.pdf>
- Alexandre DELAVAY, loi « climat » et commande publique : greenwashing ou vraie avancée ?, *Dalloz actualité*, 09 septembre 2021
- Alvès CARLOS, « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique...tout contre ? », (2010) 2010/1 *aménagement et environnement*
- Anaïs CONTAT et Martine VALOIS, « l'accord économique et commercial global : un pas vers l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration », dans Hervé Prince AGBODJAN (dir.), *vers un droit international économique transatlantique, towards a transatlantic international economic law*, vol. 55, n° 2, Montréal, *Revue Juridique Thémis de l'université de Montréal*, 2021

- Anna Maria SMOLINSKA, « Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée », dans Olivier GOUT et François LICHERE, *L'efficacité de la commande publique, introduction actes de colloque*, n°46, 2022
- Anna Yvrande-Billon, « *Les difficultés contractuelles de la délégation de services publics* », en ligne : https://www.pseau.org/outils/ouvrages/cndp_ecoflash_189.pdf
- Antoine MAGNAN, « Le sénat français vote contre l'accord de libre-échange Canada-Union européenne », *Agence France-Presse*, 21 mars 2024
- Arnaud D'ARGOUBET RAYBAUD, « Commande publique et droit de vivre dans un environnement sain », (2021) *AJDA*
- AUDREY MAUREL, « CCAG-Tic 2021 : une avancée vers plus de clarté et de sécurité dans l'exécution des marchés », (2021) dossier 7 *contrats-marchés public*
- Aurélie DEBUISSON, « CETA et mobilité de la main d'œuvre hautement qualifiée : une réelle innovation dans la gestion migratoire transatlantique », (2018) 312 *R.Q.D.I.* 143, 145
- Béatrice JALUZOT, « méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, n°1, vol 57, en ligne : « https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332 »
- Benoit FLOC'H, « Les collectivités locales en passe d'être déficitaires en 2023, alerte la cour des comptes », *le monde*, 24 octobre 2023
- Bernard GENESTE, « La protection de l'environnement, nouveau critère d'attribution d'un marché public », (21 octobre 2002) 2 *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales* 1043
- Bruno G. MENARD, « Cinq ans après l'arrêt Tapitec c. Ville de Blainville : l'analyse de l'admissibilité et de la conformité est-elle plus prévisible ? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Vol 510, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Montréal, Éditions Yvon Blais

- Bruno MOUNIER, « Loi climat et résilience : environnement et critères d'analyse des offres », décembre 2021, 226 *Revue contrats publics, la commande publique à l'aune du développement durable*
- Carlos-Manuel ALVES, « La conditionnalité environnementale et principe d'intégration entre clair-obscur et trompe l'œil », dans Francette FINES, Hubert DELZANGLES (Dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE* », Bruylant, Bruxelles 2019
- CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, 3 septembre 2020
- Chantal CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », (2003) *AJDA* 210
- Charlotte DESLAURIERS-GOULET, « Fresque contemporaine de l'obligation de renseignement dans le contrat public », dans service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 549, *Développements récents en matière d'intégrité publique (2022)*, Montréal, Editions Yvon Blais
- Chloé DAGUERRE, « L'évaluation environnementale : la nomenclature française doit se conformer au droit européen », (2021) *AJDA*
- Commentaire de la Décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société bâtiment mayennais (référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique)*, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020857qpc/2020857qpc_ccc.pdf
- Cyriaque LEGRAND, François RANGEON et Jean-François VASSEUR, *Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général*

- David CAYLA, « La théorie de la concurrence monopolistique : une perspective pour un approfondissement des théories de la firme », (2003) 1
- David ENCAOUA, « *Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, Prix Nobel d'Économie 2014* », (Janvier-Février 2015) *REP* 125
- Denis KESSLER, « Le marché : pouvoir ou contrainte », dans Pierre DEVOLVE (Dir), *le pouvoir*, PUF, 2022
- Diane DEOM et Pierre NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », (2006) 36 *Revue générale de droit* 4 801-829
- Donald FYSON, « De la Common Law à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans Florent GARNIER et Jacqueline VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013
- E. MULLER, « *Le besoin : une notion aux enjeux multiples* », (2020), *Contrats- marchés public*, repère 3
- Elisabeth ZOLLER, « La Méthode Comparative en Droit Public », (2018) *Maurer Faculty* 2713, en ligne : <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2713>
- F. LICHÈRE, *La loi du 22 août 2021 et la commande publique. Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets?* 2022 *AJDA*
- F. STEPHAN, « CCAG-travaux 2021 : simplification ou complexité ? », (2021) dossier 5 *contrats-marchés publics*
- Florian LINDITCH et al, *Cahier des charges*, Guide de l'achat public, LexisNexis, 2013
- François BRENET, « les contrats privés des personnes publiques », (2021) *AJDA* 76
- François CONTENSOU, « Tarification binomiale du monopsonne », (2008) 122, 2ème trimestre, *Revue d'économie industrielle*
- François Lévêque, *Les habits neufs de la concurrence*, Odile Jacob, septembre 2017

- François LICHERE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », (2022) *AJDA*
- François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Les marchés publics au secours de l'environnement », (2001) *Contrats et marchés publics*
- François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986
- François-Xavier BRECHOT, « À la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse: le contrôle de la pondération des critères de sélection des offres », *AJDA* 2019
- Frédéric MARTY, « Les clauses environnementales dans les marchés publics : perspectives économiques », (2012), *GREDEG—groupe de recherche en droit, économie et gestion*
- Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP », dans service de la qualité de la profession, vol. 551, *développements récents en droit des marchés publics*, Montréal, Editions Yvon Blais, 2024
- Gilles MARTIN, « Les apports du droit économique au droit de l'environnement : leviers, limites, opportunités », (Mai 2018) 5 dossier 3 *énergie-environnement-infrastructures*
- Guillaume Cantillon, « Marchés publics et développement durable », (22 février 2022) *JurisClasseur Environnement et développement durable*, fasc. 2340
- Guillaume GAUCH et Romain MILLARD, « Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution », (Décembre 2019) *moniteur juris /contrats publics*
- Guylain CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », dans *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, Presses universitaire de Montpellier, 2006
- H. DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », (2015) 1 *RJE* 104
- Haro KARPENSCHIF, « Sur les contrats de droit privé de la commande publique », (2020) *AJDA* 2281

- Hélène HOEPPFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », (Juillet 2023) 7 *Contrats et marchés publics Lexis Nexis*
- Hubert DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », *RJE*, 2015, n°1
- Hubert DELZANGLES, « La conditionnalité environnementale et commande publique », dans Hubert DELZANGLES et Francette FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019
- Hubert DELZANGLES, « Commande publique - Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? » (Mars 2023) 3 *Contrats et Marchés publics Lexis Nexis 2*
- Isabelle HASQUENOPH, « Prises en compte des considérations environnementales dans les marchés publics », (2021) Alerte 19 *Contrats-Marchés publics*
- J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », Intervention à l'Université de Tokyo, 26 octobre 2016
- Jean HETU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le code civil et les contrats », (2020) vol. 122 *revue du notariat* 35
- Jean-Charles ROTOUILLE, « Evaluation environnementale et « clause filet » », (2021) *RDI*
Jean-Marc Peyrical, « Notion de marché public », dans *Encyclopédie des collectivités locales*, vol. 6, chapitre 1, n° 3005, 2022
- Jean-Marc Sauvé, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », (26 octobre 2016) *Intervention à l'Université de Tokyo*, 16
- Julien BOSQUET, « Loi climat et résilience : renforcement du SPASER », (décembre 2021) 226 *Revue contrats publics*, Dossier, La commande publique à l'aune du développement durable
- Laure MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, vol. 96 ; Guylain CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », dans

Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Montpellier, Presses universitaires de Montpellier, 2006, t. 2, p. 636-637

- Laurie DESJARDINS, Alisson FORREST, Caroline LAFOND-CHRETIEN, Kim RIVARD, Maude ROYER, « Organismes publics et municipaux : défenseurs de première ligne en intégrité contractuelle », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 549, *Développements récents en matière d'intégrité publique (2024)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024
- Laurie DESJARDINS, Mylène ALBERT, sylvain BOISSONNEAULT et Dave TREMBLAY, « Recommander n'équivaut pas à décider : les limites au contrôle judiciaire en matière d'intégrité publique », dans service de la qualité de la profession, vol. 549, *développements récents en matière d'intégrité publique*, Montréal, Editions Yvon Blais, 2024
- Louis-Narito HARADA, « La boîte à outils de l'achat public écologique », (septembre 2006) 16 *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 6
- Lydia LEBON, « Principes de l'économie circulaire appliqués aux contrats publics », dans *les principes des contrats publics en Europe, principes of public contracts in Europe*, sous la direction de Stéphane DE LA ROSA et Patricia VALCARCEL FERNANDEZ, avec la collaboration de Romélien COLAVITTI, Bruylant, Bruxelles, 2022
- Marc CHIDIAC, « Système de pondération et d'évaluation des offres à une enveloppe : un mode d'adjudication intéressant pour les organismes municipaux... et publics ? », (28 mars 2022), *Secteur-organismes-publics*
- Marc-André RUSSELL, « Entrée en fonction de l'autorité des marchés publics : quel impact pour les municipalités ? », dans SFCBQ, *Développements récents en droit municipal (2019)*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2019
- Marie EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », (2019) 1, *Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement*

- Marie-Cécile HAIZE et Inès FRESKO, « Clauses et critères environnementaux dans les contrats publics », (février 2022) 2 *contrats et marchés publics*, LexisNexis
- Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Alexandra OUZAR, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi climat et résilience », (Décembre 2021) 226 *contrats publics* 43
- Marie-Pierre MAITRE et Blandine BERGER, « Economie circulaire : notre droit est-il à la hauteur de nos ambitions ? », (octobre 2015) 10 *Energie-environnement-infrastructures*
- Martine VALOIS, « L'intégrité dans les contrats publics : de nouveaux outils dans la lutte contre la corruption au Québec », (2016) *RJTUM* 745
- Mathias AMILHAT, « Passation des marchés publics : principes fondamentaux », (2020) fasc. 750 *Jurisclasseur administratif*
- Maurice KAMTO, « La mise en œuvre du droit de l'environnement : force et faiblesse des cadres institutionnels », (2014) *RADE*
- Michel MORIN, « Blackstone et le bijuridisme québécois de la Proclamation royale de 1763 au Code civil du Bas Canada » dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Editions Thémis, 2015
- Michel MORIN, « Entre fidélité et rupture : la tradition et le droit civil québécois », dans Brigitte LEFEVRE et Benoît MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, coll. Les grands classiques du droit civil, Thémis, 2020
- Mougeot MICHEL, « Marchés publics : règles rigides ou procédures flexibles ? » (1986) vol. 4, n° 3 *Politiques et management public*
- Myriam ASSELIN, « Contrats de gré à gré des organismes publics : cas d'application et considérations pratiques », dans service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 510, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022

- Nathalie RICCI, « Un an de jurisprudence en matière de commande publique », (octobre 2013) 5 *Cahiers de droit de l'entreprise*
- Nicholas JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Vol 551, *Développements récents en droit des marchés publics (2024)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024
- Nicholas JOBIDON, « Analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics », (2018) 48 *RDUS* 95, n°1 et 2
- Nicolas BOULOUIS, « Contrats administratifs entre personnes privées : quid novi sub sole ? », dans Mélanges en l'honneur du professeur Laurent RICHER, *A propos des contrats des personnes publiques*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2013
- Nicolas DE SADELEER, « La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE », dans H. DELZANGLES et F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2019
- Nil SYMCHOWICZ, « Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », (février 2010) 96 *contrats-publics*
- Olivier F. KOTT et Claudia DERY, « Les appels d'offres », dans Guy LEFEBVRE (dir.), *L'édification du nouveau droit de la construction*, Montréal, Thémis, les journées Maximilien-Caron 1999-2000
- Olivier GOUT et François LICHÈRE, « L'efficacité de la commande publique », *Introduction Actes de colloque* 2313
- Olivier MONTREUIL, *La Loi sur le développement durable du Québec : 15 ans après : historique, bilan et regard vers l'avenir*, Québec, Assemblée nationale du Québec, juillet 2021
- Olivier NYS et Bruno DALLER, « Les enjeux de la maîtrise du fonctionnement dans l'environnement financier des collectivités territoriales », (février 2019) 145 *RFFP*

- P. GIROUX, « La formation du contrat conclu par appel d'offres volontaire », dans S.F.P.B.Q, *développements récents en droit immobilier (1999)*, Cowansville, Ed. Yvon Blais
- VILLENEUVE, « Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public », (2021) 579 *AJCT*
- Patrick THIEFFRY, « conditionnalité environnementale et aides d'Etat », dir., Hubert DELZANGLES et Francette FINES, *la conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles 2019
- Paule Halley et Denis Lemieux, La mise en oeuvre de la Loi québécoise sur le développement durable : un premier bilan, en ligne : https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/Atelier3-lamiseenoeuvredelaloiquebecoisesurledeveloppementdurable.pdf&ved=2ahUKEwje7uSI2_CJAxUxF1kFHb6QMuwQFnoECBYQAQ&usg=AOvVaw0WfR61Jx4z6UNaQhKz6Wsd
- Paule Halley, « L'Avant-projet de loi sur le développement durable du Québec », (2005) 16, *Revue de droit du développement durable de l'Université McGill*, CanLIIDocs
- Paule Halley, L'Avant-projet de loi sur le développement durable du Québec, 2005 CanLIIDocs 16, *Revue de droit du développement durable de l'Université McGill*
- Philippe COSSALTER, « Le coût du cycle de vie, nouveau graal des acheteurs publics ? », (Juin 2014) 6 dossier 10 *contrats et marchés publics*
- Philippe TERNEYRE et Hélène HOEPPFNER, « La place des principes dans le Code de la commande publique », (2019) 02, *Revue française de droit administratif*, 206
- Pier-olivier FRADETTE, « La détermination des besoins préalable à un contrat public municipal : comment l'autorité des marchés publics façonne ce nouveau droit », dans service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, vol. 509, *Développement récent en droit municipal (2022)*, Montréal, Yvon Blais

- Pierre BOURDON, « Chapitre 12 commande publique et environnement : point de vue local », dans Laetitia JANICOT (dir.), *Les collectivités territoriales et la protection de l'environnement*, Berger Levrault, Au fil du débat-Études, 2021
- Pierre DELVOLVE, « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », dans *La scène juridique : harmonies en mouvement, mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019
- Pierre GIROUX, « Le mécanisme d'appel d'offres : quelques réflexions à la suite des arrêts *M.J.B. Entreprises Ltd et Martel building Ltd* », dans S.F.C.B.Q, vol 170, *Développements récents en droit de la construction (2002)*, Cowansville, Yvon Blais
- Pierre GIROUX, « Les appels d'offres des organismes publics : quelques aspects pratiques sur l'application de la théorie du contrat « A » et du contrat « B » », dans S.F.C.B.Q, *Congrès annuel du barreau du Québec (2007)*, Québec
- Pierre LAURIN, « L'adjudication des contrats municipaux : la relecture d'une certaine jurisprudence », dans SFCBQ, vol. 221, *Développements récents en droit municipal (2005)*, Montréal, Éditions Yvon Blais
- Pierre VILLENEUVE, « La semaine juridique - administrations et collectivités territoriales », (17 janvier 2022) 2
- Pierre VILLENEUVE, « *Loi climat et résilience et commande publique, un cercle vertueux de l'achat public* », (2021) *AJCT*, 579
- Pierre-André COTE, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'administration québécoise- commentaire de l'arrêt *Laurentide motels* », (1994), 28 *R.J.T.* 411
- Raphael BALLOUL, « clauses environnementales et marchés publics », juin 2020, lexis 360, n°2725
- Raphaël BOUVIER-AUCLAIR, « Un possible « coup de tonnerre » au sénat français : l'accord Canada-Europe en péril? » *Radio canada*

- René DUSSAULT et Denis CARRIER, « Le contrat administratif en droit canadien et québécois », dans revue canadienne du barreau (1970), Québec
- Romain MICALET, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », (11 avril 2023) 14 2108 *contrats/commande publique*
- Sabine LAVOREL, « Le rôle des juges dans l'émergence d'une responsabilité climatique des états », (2021) 46 *Revue juridique de l'environnement* 1
- Sébastien BRAMERET, « Prestation intégrées et transparence organique : pour une convergence des jurisprudences », (2021) *AJDA* 900
- Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », dans S.F.C.B.Q, vol.510, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Montréal, éditions Yvon Blais
- Sébastien SAUVE, Daniel NORMANDIN et Mélanie MCDONALD, *L'économie circulaire : une transition incontournable*, Montréal, Presses de l'universités de Montréal, 2016
- Stéphane LEPINE et Chidiac MARC, « La discrétion du donneur d'ouvrage public dans le cadre d'un processus d'adjudication », dans Service de la qualité de la profession du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des marchés publics (2022)*, Vol 510, Montréal, Éditions Yvon Blais
- Sylvie OLLITRAULT, « Développement durable », dans Romain PASQUIER, Sébastien GUIGNER et Alistair COLE (dir.), *Dictionnaire des politiques territoriales*, paris, presses de sciences pô, 2020
- SYNDICAT DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *Par Ces Motifs du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 9 avril 2024
- Thomas ROUVEYRAN et Christophe FARINEAU, « Les autres marchés publics ou le remodelage des marchés exclus », (février 2019) 195 *contrats publics, Moniteur Juris*
- Valois MARTINE, « L'intégrité dans les contrats publics : de nouveaux outils dans la lutte contre la corruption au Québec », (2016) 50 *RJTUM* 745

- Vibe ULFBECK et Ole HANSEN, « Des clauses de durabilité dans un droit des contrats non durable ? », (2021) *Revue Internationale de Droit Économique*
- Vincent HELFRICH et Fanny ROMESTANT, « Achat public et développement durable entre compatibilités et frictions de paradigmes et de pratiques : le cas de l'industrie du transport ferroviaire », (2015) 20-1 *Management international* 78
- Vincent MICHELIN et Christophe CABANES, « La prise en compte des objectifs de développement durable lors de la préparation d'un marché public », (Novembre 2016) 170 *Moniteur Juris/contrats publics*
- Xavier JARDI, Bénédicte MEURISSE, Charles PEROUMAL, « L'analyse de cycle de vie : enjeux autour de sa monétarisation », Actes du séminaire du 24 mai 2017, service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, ministère de la transition écologique et solidaire, 2017
- Yves DEROME, « Le contrat de gestion privée d'un service public », (1995) volume 36, numéro 2, *Les cahiers de droit (c. de d)*
- Yves LEJEUNE, « Le régime d'application provisoire de l'AECG entre le Canada et l'Union européenne », (Janvier 2022) numéro hors-série, *Revue québécoise de droit international*, hommage à Daniel TURP : *Amicorum discipulorumque liber*
- Zoller, Elisabeth, « La Méthode Comparative en Droit Public » (2018) *Articles by Maurer Faculty* 2713

II. Thèse et mémoires

- Antoine PELLERIN, *Réconcilier contrats publics et intérêt public : pour un nouveau modèle du pouvoir contractuel de l'État*, Thèse doctorat en droit sous la direction de Pierre Lemieux et Sophie Brière, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2020

- Clément LEROY, *L'exigence du lien entre l'objet du marché et les critères environnementaux et sociaux : un frein au développement durable ?* mémoire de master 2, faculté de droit, universités de valenciennes et du Hainaut, 2012-2013
- Gabriel JOBIDON, *Procédure d'appel d'offres et contrats d'infrastructures publiques : une perspective relationnelle pour favoriser l'utilisation de la RPI et du BIM*, Université Laval, Thèse de doctorat, soutenu en 2022
- Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Paris, La mémoire du droit, Septembre 2020
- J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris 2-panthéon-assas, 2008
- Jorge Luis Collantes GONZALEZ, *De l'harmonisation du droit des contrats publics vers la construction d'un droit international des contrats publics*, Université de Perpignan via Dominitia, Thèse de doctorat soutenu le 24 avril 2020
- Lucie SOURZAT, *Le contrat administratif résilient*, Thèse de doctorat, LGDJ Lextenso éditions, Bibliothèque de droit public, t.308, 2019
- Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de Doctorat, Université Montpellier, 2015
- P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, thèse de doctorat, Paris, Dalloz nouvelle bibliothèque de thèses, 2014
- Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, thèse de doctorat, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, bibliothèque de droit public, 2018
- Raffaella FERRANDINO, *Les écolabels, sont-ils des instruments pouvant être utilisés par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché public ?*, Mémoire Master, sous la direction de Kris WAUTERS, faculté de droit, Université catholique de Louvain, 2015

- Raphaëlle CHARLIER, *Les critères environnementaux dans les marchés publics*, mémoire Master 2, Marcou (dir.) Université de Paris 1, faculté de droit, 2006-2007
- Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de Doctorat, Université Montpellier, 2015
- Romain MICALÉF, *L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada*, Thèse de doctorat, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2022
- Vincent BRIDOUX, *Droit de la commande publique et le droit de l'Union européenne : étude sur une dynamique commune*, thèse de doctorat, Paris, faculté de droit, université Paris 1, soutenue le 9 décembre 2019

III. Rapports et Documents gouvernementaux

- ADEME-AMORCE, « *Optimisation de la gestion des déchets municipaux – comment évaluer les impacts environnementaux au moyen de l'analyse du cycle de vie* », (février 2005)
- ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 37^e légis., 7 décembre 2005
- Antoine MAGNAN, « Le sénat français vote contre l'accord de libre-échange Canada-Union européenne », *Agence France-Presse*, 21 mars 2024, en ligne : « <https://www.ledevoir.com/monde/europe/809444/senat-francais-vote-contre-traite-libre-echange-canada-union-europeenne?> » consulté le 08/05/2024
- Avis sur l'économie circulaire à Montréal : une transition vers un futur durable, 23 octobre 2019
- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Conseil du commerce et du développement, Commission du commerce et du développement, Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence,

Vingtième et unième session, Genève, 5-7 juillet 2023, Point 5 de l'ordre du jour provisoire

- Brundtland, Gro Harlem, 1987, Notre Avenir à tous (Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU), Disponible en ligne à http://www.wikilivres.info/wiki/Rapport_Brundtland
- Cabinet PwC et Blakes, Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec, Rapport d'étude, 2020
- Benoit FLOC'H, « Les collectivités locales en passe d'être déficitaires en 2023, alerte la cour des comptes », le monde, 24 octobre 2023 à 17h13, en ligne : https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/10/24/les-collectivites-locales-en-passe-d-etre-deficitaires-en-2023-alerte-la-cour-des-comptes_6196250_823448.html
- CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Environnementalisation des marchés publics*, Rapport de septembre 2022, p.54, en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>
- CHAMBRE DE COMMERCE DU MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN ET DE PROPULSION QUÉBEC, *Faire des marchés publics un outil stratégique de développement économique et de renforcement de l'innovation au Québec : état de la situation au Québec et regard sur le secteur des transports électriques et intelligents*, étude, 3 septembre 2020, en ligne : <https://www.ccm.ca/fr/publications/etude/faire-des-marches-publics-un-outil-strategique-de-developpement-economique-et-de-renforcement-de-l-innovation-au-quebec/>
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUÉBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUÉBEC (EEQ), *économie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, mars 2018, en ligne :

<https://www.cpq.qc.ca/wp-content/uploads/2018/03/economie-circulaire-au-quebec.pdf>

- CONSEIL DU PATRONAT DU QUEBEC (CPQ), CONSEIL PATRONAL DE L'ENVIRONNEMENT DU QUEBEC (CPEQ) ET ECO ENTREPRISES QUEBEC (EEQ), *Economie circulaire au Québec : opportunités et impacts économiques*, mars 2018, p. 292, en ligne : <https://www.cpq.qc.ca/wp-content/uploads/2018/03/economie-circulaire-au-quebec.pdf>
- CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Commande publique responsable : levier insuffisamment exploité, conseil économique, social et environnemental*, Journal officiel de la République Française, Mars 2018, présenté par Patricia LEXCELLENT (Rapporteur), en ligne : https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Etudes/2018/2018_06_commande_publique_responsable.pdf
- DAJ, *Contrats de la commande publics et autres contrats*, 01/04/2019, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/contrats-cp-et-autres-contrats-2019.pdf?v=1580282644
- DAJ, *Fiche pratique : définition des besoins*, 01/04/2019
- DAJ, fiche sur les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique, Mise à jour le 01/04/2019
- DAJ, Guide d'aide à la prise en compte du coût global de possession dans les marchés publics : direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises section matériels, équipements et tic de sécurité civile, 2012, en ligne : https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/cout_global/cout_global.pdf&ved=2ahUKEwj32-

[ysgZmJAxWGJNAFHasUD5AQFnoECA8QAQ&usg=AovVaw2rezX8OW3xBp16ybH9rr5D](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/affaires-municipales/publications/plainte_gestion_contractuelle/gestion_contractuelle/guide_modes_adjudication.pdf&ved=2ahukewi-2st9_fugaxwdhdqihroycj8qfnoecbsqaq&usg=aovvaw1hnjx7147uimxqck-glv6v)

- DAJ, Guide pratique : « le prix dans les marchés publics », 2023 OECF, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecp/guide_prix/Guide_prix_marches_publics.pdf
- DAJ, *La mutualisation des achats*, fiche technique, 2019
- DAJ, *Le schéma de promotion des achats publics socialement responsables*, 2016
- DAJ, Notice introductive : prise en compte du cycle de vie dans une consultation , groupe d'étude des marchés développement durable, Mars 2016, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/cout-cycle-vie-consultation.pdf consulté le 13/05/2021
- DIRECTION GENERALE DU TRESOR, suivi de la mise en place de l'AECG/CETA, en ligne : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/pays/ca/donnees-generales>
- Fiche pratique, commande publique responsable : s'appropriier les enjeux et déployer la démarche, Janvier 2024
- GOUVERNEMENT DU QUEBEC, en ligne : https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/affaires-municipales/publications/plainte_gestion_contractuelle/gestion_contractuelle/guide_modes_adjudication.pdf&ved=2ahukewi-2st9_fugaxwdhdqihroycj8qfnoecbsqaq&usg=aovvaw1hnjx7147uimxqck-glv6v
- GOUVERNEMENT DU QUEBEC, *Le recours à l'éco-fiscalité – Principes d'application*, Décembre 2017, en ligne : « http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/fr/AUTFR_RecoursEcofiscalite.pdf »

- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le recours à l'éco-fiscalité – Principes d'application*, Décembre 2017, en ligne : « http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/fr/AUTFR_RecoursEcofiscalite.pdf »
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère des affaires municipales et de l'habitation, guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable gestion contractuelle municipale
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Pour des marchés publics innovants priorité à l'achat québécois : l'état donne l'exemple*, 2022, p.73, en ligne : <https://www.quebec.ca/gouvernement/politiques-orientations/priorite-achat-quebécois>
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Priorité à l'achat québécois : l'état donne l'exemple retombées économiques en 2025-2026*, en ligne : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/secretariat-du-conseil-du-tresor/publications-adm/ssmp/marches-publics/retombees-economiques-achat-quebécois-2025-2026.pdf>
- Guide de référence sur l'éco-conditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux, juin 2015 https://www.environnement.gouv.qc.ca/milieu_agri/ecoconditionnalite/guide-reference-prog-finance.pdf
- Guide de référence sur l'éco-conditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux, juin 2015 https://www.environnement.gouv.qc.ca/milieu_agri/ecoconditionnalite/guide-reference-prog-finance.pdf
- Guide sur le développement d'une politique d'acquisition responsable

- INSTITUT NATIONAL DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, la rep, quésaco ? la responsabilité élargie du producteur et la loi AGECE, p.15, en ligne : <https://institut-economie-circulaire.fr/responsabilite-elargie-producteur-rep-loi-economie-circulaire/> ;
- *Journal des débats (Assemblée nationale du Québec)*. Séance du 7 décembre 2005, 1ère session, 37ème législature, [En ligne]. « <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cte-37-1/journal-debats/CTE-051207.html> »
- Marché public de produits et accessoires d'entretien et fournitures de cuisine lancé par l'Office Régional Bruxellois de l'Emploi , en ligne : https://document.environnement.brussels/opac_css/electfile/IF%20APD%20AccessProdActiris%20FR
- Mécanismes de surveillance et d'intégrité dans l'octroi des contrats municipaux, en ligne : <https://www.quebec.ca/gouvernement/gestion-municipale/gestion-contrats-municipaux/surveillance-integrite#c254865>
- MELCC, *Projet de règlement sur la récupération et la valorisation de produits par les entreprises, étude d'impact économique* (2009)
- MELCC, *Responsabilité élargie des producteurs, questions et réponses* (2022)
- Ministère de l'Économie et de l'Innovation, « Les grandes étapes d'un appel au marché public », en ligne : <https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/outils/comprendre-les-enjeux-lies-aux-marchespublics/les-grandes-etapes-dunappel-au-marche-public/>
- MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INNOVATION ET DE L'ÉNERGIE, en ligne : <https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/guides-et-outils/marches-publics/les-etapes-dunappel-au-marche-public>
- MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, « les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août

2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience »), 24 août 2021

- MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, « Fiche – la définition du besoin » mise à jour le 1^{er} avril 2019
- MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, direction des affaires juridiques, les clauses environnementales, en ligne : « https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/guideccag/fiche1_9_clauses-environnementales.pdf&usg=aovvaw0gcrrdiyw620ukhiev2rk&opi=89978449 »
- MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Guide de l'achat public : oser les variantes dans les marchés publics de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat*, décembre 2020, en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dae/doc/guide_oser_les_variantes_dans_les_mp_web.pdf&ved=2ahukewinxl3xjjijaxwwftqihv93mj0qfnoecc0qaq&usg=aovvaw1cgmlpohtzqxvdmklr6ulc
- MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Guide de l'achat public, oser les variantes dans les marchés publics : de l'étude d'opportunité au pilotage de l'achat*, décembre 2020
- MINISTÈRE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES EUROPEENNES, en ligne : <https://ue.delegfrance.org/le-parlement-europeen-ratifie-1> (consulté le 22/02/2024).
- MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, décryptons : filières rep : qu'est-ce que c'est ? en ligne : « <https://www.ecologie.gouv.fr/cadre-general-des-filieres-responsabilite-elargie-des-producteurs> »
- MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, le bonus réparation, qu'est-ce que c'est ?, en

ligne : « <https://www.ecologie.gouv.fr/bonus-reparation> » ; fiche d'achat responsable, produits visés par la responsabilité élargie des producteurs, juillet 2022, en ligne : <https://www.recyc-quebec.gouv.qc.ca/sites/default/files/documents/fiche-appvisionnement-responsable-rep.pdf&ved=2ahukewjdg689nygaxvkmykehwc4duoqfnoecbaqaq&usg=aovvaw00j4c0i6vzw8gj64fmjs2i>

- MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (MDDELCC), *Guide de référence – L'écoconditionnalité dans les programmes d'aide financière gouvernementaux*, Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, Direction des politiques agroenvironnementales et Bureau de coordination du développement durable, 2015, 23 pages, en ligne : https://www.environnement.gouv.qc.ca/milieu_agri/ecoconditionnalite/guide-reference-prog-finance.pdf&ved=2ahUKEwi45tuRqvOJAxWbElkFHZY9AFAQFnoECB4QAQ&usg=AOvVaw2iuWvszRi7LzOeAwZEj1e9
- OBSERVATOIRE NATIONAL SUR LES EFFETS DU RECHAUFFEMENT CLIMATIQUE, villes et adaptation au changement climatique, rapport au premier ministre et au parlement, en ligne : <https://www.banquedesterritoires.fr/sites/default/files/rapport%20de%20l%20onerc%20sur%20les%20villes%20et%20adaptation%20au%20changement%20climatique.pdf&usg=aovvaw1-ie80bmnjwvscwrvtqyz4&opi=89978449>
- OCDE, *Responsabilité élargie du producteur*
- PLAN NATIONAL POUR LES ACHATS DURABLES de 2022-2025

- Politique d’approvisionnement responsable de la ville de Montréal : https://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/librairie_fr/documents/politique_approvisionnement.pdf&ved=2ahukewjx4utgqughaxvflkfhfh8ayy4chawegqikbab&usg=aovvaw0ntck2owpdtu85akssgyff
- Protocole d’entente conclu entre le ministère de l’environnement, de la lutte contre les changements climatiques, de la faune et des parcs (MELCCFP) et l’autorité des marchés publics (AMP), Québec, le 15 octobre 2024, en ligne : https://www.amp.quebec/fileadmin/documents/communiqués/communiqué_amp_melccfp_partenariat_2024-10-15.pdf&ved=2ahukewjwj7oihzijaxuaddqihfwmbqiqfnoecbiqag&usg=aovvaw1cjsdu_cjp1whavm6souzv
- Raphaël BOUVIER-AUCLAIR, « Un possible « coup de tonnerre » au sénat français : l’accord Canada-Europe en péril? » *Radio canada*, le 20 mars à 4 h 00, en ligne : « <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2058364/accord-canada-europe-senat-france> »
- RAPPORT D’EVALUATION ARTICLE 58 LOI ANTI-GASPILLAGE POUR UNE ECONOMIE CIRCULAIRE, en ligne : https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/rapport_evaluation_article_58_loi_agec.pdf&usg=aovvaw2u9wof6qc082lbv82dzpyw&opi=89978449
- Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER) 2022-2025 de l’ASP, en ligne : « <https://www.asp-public.fr/actualites/le-schema-de-promotion-des-achats-socialement-et-ecologiquement-responsables-fixe-un-nouveau-cap> »
- Sous-secrétariat aux marchés publics, Pour des marchés publics innovants priorité à l’achat québécois : l’état donne l’exemple

- Syndicat de la Juridiction Administrative, Par Ces Motifs du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel du 9 avril 2024
- UNION DES MUNICIPALITES DU QUEBEC, « Adaptation des infrastructures municipales québécoises aux impacts chroniques des changements climatiques détails des besoins en financement à l'horizon 2035 », en ligne : <https://umq.qc.ca/dossiers/environnement/changements-climatiques/>
- UNION DES MUNICIPALITES DU QUEBEC, « Budget du Québec 2023-2024-un budget en deçà des attentes », site de UMQ, 21 mars 2023, en ligne : <https://umq.qc.ca/publication/budget-du-quebec-2023-2024/>
- Ville de Québec, « Vitrine inversée : la ville innove en présentant ses appels d'offres et appels d'intérêt projetés », com-2024-151

IV. Documents de l'Union européenne

- COMMISSION DE L'UE, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés*, Com (2001) 274 final du 7 avril 2001
- COMMISSION EUROPÉENNE, « Overview of sustainable finance », en ligne : <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/bankingand->
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Achetez vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 2005, 42.p. En ligne : https://environnement.brussels/sites/default/files/user_files/gid_achetervert_commissioneuropenne_fr.pdf
- UNION EUROPEENNE, *Acheter vert! Un manuel sur les marchés publics écologiques 3e édition*, 2016, en ligne : « https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_fr.pdf »

- UNION EUROPEENNE, *Marchés publics pour une économie circulaire : Bonnes pratiques et orientations*, 2018

V. Autres documents nationaux et municipaux

- Conseil municipal de la ville de Drummondville, *politique d’approvisionnement responsable*, adoptée le 15 février 2021
- Plan national d’action pour les achats publics durables (PNAAPD)
- Schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPAPSER)
- VILLE DE LONGUEUIL, *Politique d’approvisionnement responsable*, 28 mai 2013 révisée le 27 mars 2019
- VILLE DE MONTREAL, *Cahier des clauses administratives générales : exécution de travaux*, révision 11 septembre 2023
- VILLE DE SAINT-JEAN-SUR-RICHELIEU, *Politique d’approvisionnement responsable*, mai 2023
- Délibération du conseil, séance du vendredi 14/12/2018, schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPAPSER)
https://www.lillemetropole.fr/sites/default/files/deliberations/18_c_1148.pdf

VI. Sites internet

- http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/cons_jeunesse_fr/media/documents/avis_economie_circulaire_montreal_cjm.pdf
- <https://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-public/Questions-de-reglementation/Avant-de-repondre-a-un-marche-public/Seuils-de-procedure-et-seuils-de-publicite>.
- https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecp/re-censement/OECP-Questionnaire-aux-acheteurs.pdf.

-
- https://www.canadainternational.gc.ca/france/bilateral_relations_bilaterales/canada_france_comm.aspx?lang=fra
 - <https://amp.quebec/integrite/sanctions-administratives-pecuniaires/>
 - https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecp/re_censement/oecp-questionnaire-aux-acheteurs.pdf
 - <http://www.swavocats.com/responsabilite-du-maitre-doeuvre-une-faute-simple-suffit/>
 - <https://umq.qc.ca/wp-content/uploads/2022/09/2022-09-13-version-finaleetudeimpactscsurfinancesmunicipales.pdf>
 - <https://www.economie.gouv.fr/particuliers/garantie-legale-conformite>