

**Commission des finances publiques**

**Objet : Mémoire soumis dans le cadre des consultations particulières du projet de loi 12, Loi visant principalement à promouvoir l'achat québécois et responsable par les organismes publics, à renforcer le régime d'intégrité des entreprises et à accroître les pouvoirs de l'Autorité des marchés publics**

Par Geneviève Dufour, Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke

16 mars 2022

## Table des matières

<b>À PROPOS DE L'AUTRICE</b>	<b>3</b>
<b>CONTEXTE DE L'EXPERTISE PRÉSENTÉE</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS</b>	<b>6</b>
<b>RECOMMANDATIONS POUR DES ACQUISITIONS RÉELLEMENT RESPONSABLES</b>	<b>7</b>
1. PRIVILÉGIER FORTEMENT LA RÈGLE DE L'OFFRE LA PLUS ÉCONOMIQUEMENT AVANTAGEUSE PLUTÔT QUE CELLE DU PLUS BAS SOUMISSIONNAIRE	7
2. DÉFINIR LES OBJECTIFS PRÉCIS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE QUE LE GOUVERNEMENT CHERCHE À POURSUIVRE PAR SES ACQUISITIONS	9
3. IDENTIFIER EXPLICITEMENT LES VOIES DE PASSAGE AU SEIN DESQUELLES LE DÉVELOPPEMENT DURABLE PEUT ÊTRE INSÉRÉ, ET OFFRIR DES BALISES CLAIRES	11
4. IMPOSER LA PRISE EN COMPTE DU CYCLE DE VIE COMPLET DES PRODUITS ET DES SERVICES	13
5. PRÉCISER LA PORTÉE DE L'EXIGENCE DE PRENDRE EN COMPTE LES ÉLÉMENTS DU DÉVELOPPEMENT DURABLE « LIÉS À L'OBJET DU MARCHÉ »	15
6. INSTAURER UN MÉCANISME DE SUIVI DE L'INSERTION DU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS ET DÉFINIR CE QU'EST UNE ACQUISITION RESPONSABLE.	16
7. PRÉVOIR UN PRINCIPE DE NON-RÉGRESSION EN CAS D'APPELS D'OFFRES INSÉRANT DU DÉVELOPPEMENT DURABLE FRUCTUEUX	17

## À propos de l'auteurice

Geneviève Dufour est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du Barreau du Québec. Ses recherches se concentrent sur les questions relevant du libre-échange ainsi que des interactions entre le commerce, le droit de l'environnement et les droits humains. Elle collabore avec de nombreux acteurs en matière de droit du commerce international et de développement durable. Récipiendaire du prix Tremplin de l'Université de Sherbrooke pour sa contribution exceptionnelle à la recherche, elle est titulaire de nombreuses subventions de recherche dont une du fonds des Leaders John-R.-Evans de la Fondation canadienne pour l'innovation. Elle assume la codirection du BAJI, le Bureau d'assistance juridique internationale, une clinique juridique qu'elle a cofondée, dans le cadre duquel elle travaille avec ses étudiants auprès de ministères, d'organisations internationales et de cabinets d'avocats. Elle agit comme observatrice des négociations commerciales menées sous l'égide de l'OMC depuis 2013. Elle est présidente sortante de la Société québécoise de droit international, membre du Conseil d'orientation du Réseau francophone de droit international (pour lequel elle a agi comme vice-présidente et présidente), membre du comité de direction de la Revue québécoise de droit international, membre du comité de rédaction de la Revue de l'Académie africaine de pratique du droit international, membre du conseil consultatif du blogue du Pacte mondial pour l'environnement et directrice scientifique de la simulation de l'Organisation de l'aviation civile internationale. Elle fait partie de quatre centres de recherche : le Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM) qui bénéficie d'une subvention équipe de recherche du Fonds de recherche du Québec, le Centre de recherche Lemaire en gestion responsable et le Consortium international de recherche sur la gouvernance des grands projets d'infrastructure (Kheops) et le Centre d'études pluridisciplinaires en commerce et investissements internationaux (CEPCI). Elle dirige la chronique de droit du commerce international pour l'Annuaire canadien de droit international depuis 2021. Elle fait partie du Réseau des Cliniques Juridiques Francophones pour lequel elle donne des formations sur l'enseignement clinique et a produit un ensemble de fiches relatives à l'enseignement clinique. Elle intervient régulièrement dans les médias sur diverses questions relevant de ses champs de compétence.

Dans le domaine de la recherche, la professeure Dufour s'intéresse aux interactions entre commerce, environnement et droits humains. Plus précisément, elle tente de comprendre si et comment le droit du commerce peut permettre une meilleure effectivité des droits humains, de la protection de l'environnement et de la valorisation de l'inclusion. Trois axes de recherche sont privilégiés : 1) Les négociations commerciales à l'OMC relatives à un commerce plus durable, responsable et inclusif; 2) Les traités régionaux de commerce et d'investissement (TCI) comme outils de promotion des droits humains, de protection de l'environnement et de valorisation de l'inclusion; et 3) Le recours au commerce comme moyen d'atteindre des objectifs nationaux de développement durable notamment par le biais de politiques d'approvisionnement durable et d'ajustement carbone aux frontières.

## Contexte de l'expertise présentée

*Ce mémoire est le fruit d'une recherche comparative menée dans un premier temps entre 2014 et 2017, avec le professeur David Pavot, et dans un deuxième temps depuis 2021 avec le soutien du programme de subvention Mitacs, et du Fonds de recherche du Québec octroyé au Centre de recherche sur l'intégration et la mondialisation.*

*Les cadres normatifs et politiques publics d'une trentaine d'entités ont été analysés afin de déterminer les meilleures pratiques permettant de rendre les acquisitions plus responsables. Aux fins de ce mémoire, ils sont mobilisés pour inspirer des amendements au projet de loi afin de permettre des acquisitions plus responsables.*

*Ce mémoire a été produit avec le soutien des recherches et de l'appui de mesdames Marianne Dionne et Gabrielle Caussin, candidates à la maîtrise en droit international et politique internationale appliqués de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, et monsieur Touwendé Roland Ouédraogo, candidat au doctorat à la Faculté de droit et de science politique de l'UQAM.*

## Introduction

**Au Québec, l’approvisionnement responsable accuse un retard important.** Par exemple, le Plan national français pour des achats durables ambitionne d’atteindre, d’ici 2025, 100% d’achats contenant au moins une considération environnementale et 30% contenant au moins une considération sociale<sup>1</sup>. En Tunisie, on vise 30% d’achats responsables avant la fin 2022<sup>2</sup>. La stratégie québécoise, quant à elle, annonce une cible peu ambitieuse de 15% d’ici 2026.

Le cadre normatif y est pour quelque chose dans ce retard, puisqu’il est bien reconnu que ce dernier joue un rôle majeur dans la détermination des organismes publics à insérer du développement durable dans les marchés publics<sup>3</sup>. À ce titre, la refonte du cadre normatif sur les contrats des organismes publics était attendue, surtout qu’il est aujourd’hui bien établi que **les accords de libre-échange permettent la prise en compte du développement durable dans les marchés publics**<sup>4</sup>.

Le titre du projet de loi 12 laisse entrevoir de grandes avancées en ce qui concerne les marchés publics durables et responsables. Or, si on exclut les dispositions permettant au président du Conseil du trésor d’imposer dans certains contrats ou groupes de contrats la prise en compte du développement durable, **le projet de loi 12 ne contient que deux dispositions d’application générale relativement au développement durable.**

Pourtant, à l’instar de ce qu’il prévoit en ce qui concerne l’achat auprès des petites entreprises ou encore de l’achat de produits québécois ou autrement canadiens, le projet de loi devrait être beaucoup plus explicite et directif si on souhaite réellement des acquisitions plus responsables. Certes, la Stratégie gouvernementale ajoute aux dispositions du projet de loi et on peut se réjouir de plusieurs propositions. Néanmoins, **pour assurer une réelle transformation responsable des acquisitions, le projet de loi devrait être plus ambitieux et plus précis.** Dans cette optique, ce mémoire soumet diverses recommandations, qui s’inscrivent dans une logique progressive, mais ambitieuse.

---

<sup>1</sup> En 2019, la France affichait un taux de 15.8% de marchés publics intégrant au moins une considération environnementale : <[http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/pnad\\_2021-25.pdf](http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/pnad_2021-25.pdf)>.

<sup>2</sup>Projet des achats publics durables, ministère de l’Environnement, Tunisie, 2020, en ligne : <<http://www.environnement.gov.tn/index.php/fr/developpement-durable/les-initiatives-dans-le-domaine-institutionnel-et-legislatif/projet-des-achats-publics-durables>>.

<sup>3</sup> Mieko Igarashi, Luitzen de Boer et Ottar Michelson, « Investigating the anatomy of supplier selection in green public procurement », (2015) 108 Journal of Cleaner Production 442-450.

<sup>4</sup> L’*Accord sur les marchés publics* de l’Organisation mondiale du commerce de 2012 le permet explicitement (article 10.6). Les accords de libre-échange sont tous conclus sur ce modèle.

## Résumé des recommandations

1. Privilégier fortement la règle de l'offre la plus économiquement avantageuse plutôt que le plus bas soumissionnaire, et à défaut exiger une justification
2. Définir les objectifs précis de développement durable que le gouvernement cherche à poursuivre par ses acquisitions responsables
3. Identifier explicitement les voies de passage au sein desquelles le développement durable peut être inséré, et offrir des balises claires pour chacune d'elles
4. Imposer la prise en compte du cycle de vie complet des produits et des services
5. Préciser la portée de l'exigence de prendre en compte les éléments du développement durable « liés à l'objet du marché »
6. Instaurer un mécanisme de suivi de l'insertion du développement durable dans les marchés publics
7. Prévoir un principe de non-régression en cas d'appels d'offres fructueux insérant du développement durable

## Recommandations pour des acquisitions réellement responsables

1. Privilégier fortement la règle de l'offre la plus économiquement avantageuse plutôt que celle du plus bas soumissionnaire

### Contexte

Le projet de loi ne prévoit pas un changement de mentalité claire quant à la règle du plus bas soumissionnaire. Certes, la LCOP permet déjà aux organismes publics de choisir l'offre la plus économiquement avantageuse, mais elle n'indique pas aux acheteurs qu'elle doit être privilégiée.

Pourtant, on le sait, les organismes publics sont réticents à se distancier de la règle du plus bas soumissionnaire<sup>5</sup>. En effet, afin d'éviter la collusion ou la corruption, il a longtemps été de bon usage de restreindre la discrétion des organismes publics dans le processus d'acquisition. Or, depuis une vingtaine d'années, les pays, provinces, états ou municipalités d'un peu partout dans le monde ont introduit des mécanismes permettant aux organismes publics de privilégier l'offre la plus économiquement avantageuse. Parmi eux, on note une tendance grandissante des acheteurs publics à insérer du développement durable et à recourir à l'évaluation basée sur qualité<sup>6</sup>.

### Exemples

Au niveau de la **directive européenne**, on précise explicitement que « [...] les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse »<sup>7</sup>. Qui plus est, on définit ce critère d'attribution comme fondé « sur le rapport coût/efficacité, tel que le coût du cycle de vie [et] peut tenir compte du meilleur rapport qualité/ prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné »<sup>8</sup>.

La **plupart des pays de l'Union européenne** privilégient l'offre la plus économiquement avantageuse<sup>9</sup>.

En **Suisse**, on prévoit la possibilité d'adjuger sur la seule base du prix, mais on précise alors que cela est possible « pour autant que les spécifications techniques concernant les prestations

---

<sup>5</sup> Francis Vailles, À bas la formule du plus bas prix, La Presse, 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/affaires/2019-07-18/a-bas-la-formule-du-plus-bas-prix>>.

<sup>6</sup>En effet, insérer du développement durable uniquement à titre de spécifications techniques constitue un obstacle majeur pour l'accroissement des acquisitions durables. Dès lors, en favorisant l'évaluation sur la base de la qualité, on augmente la prise en compte du développement durable. Ionela Corina Chersan, Valentin Florentin Dumitru, Cătălina Gorgan, Vasile Gorgan. Green public procurement in the academic literature. *Amfiteatru economic*. 22(53):82-101. doi:10.24818/EA/2019/53/82, en ligne : <<https://www-proquest-com.ezproxy.usherbrooke.ca/docview/2351594622?accountid=13835>>.

<sup>7</sup>Directive 2014/24/UE, art. 67.1, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>>.

<sup>8</sup>Directive 2014/24/UE, art. 67.2, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>>.

<sup>9</sup> Par exemple : France (Code des marchés publics, 2022, art.53 et Code de la commande publique, art. L.2152-7.), Belgique (Loi relative aux marchés publics, 2016, art. 81.), Autriche (Correspondance parlementaire, n°383, 4 novembre 2018 et Bundesvergabegesetz, 2018, art.71.)

permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique »<sup>10</sup>.

À noter que l'**Union européenne** prévoit explicitement l'exclusion d'une offre anormalement basse qui ne respecterait pas certaines considérations environnementales et sociales<sup>11</sup>.

### **Recommandation**

Pour rendre les acquisitions réellement plus durables, le *statu quo* n'est plus tenable. Deux façons de faire sont envisageables.

Premièrement, en se basant sur le modèle européen, le projet de loi peut indiquer clairement que la règle de l'offre la plus économiquement avantageuse devrait être privilégiée et la définir. À défaut de recourir à ce mode, les organismes publics devraient consigner les motifs de leur décision.

Deuxièmement, à l'instar de ce qui se fait en Suisse, on peut continuer à permettre d'adjuger sur la seule base du prix, mais le projet de loi devrait au moins préciser clairement que cela n'est possible que si les spécifications techniques permettent de garantir le respect minimum d'objectifs identifiés pour atteindre une acquisition durable. Cette alternative présente toutefois des limites évidentes, car elle se limite à des appels d'offres contenant des spécifications et non des critères de qualité, ce qui limite considérablement l'innovation.

Dans tous les cas, le projet de loi devrait prévoir l'exclusion d'une offre anormalement basse ne respectant pas les objectifs de développement durable identifiés (voir le point suivant), et ce, après que le fournisseur aie pu fournir une explication.

En procédant ainsi, les entreprises québécoises innovantes pourront faire valoir leurs avantages comparatifs en termes de produits et services respectueux de l'environnement et des droits de la personne. Par exemple, les acheteurs publics pourront évaluer favorablement un fournisseur recourant à l'énergie renouvelable dans la production de ses biens.

---

<sup>10</sup> Loi Fédérale sur les Marchés publics (LMP) 172.056.1, art. 29.4.

<sup>11</sup> Directive 2014/24/UE, art. 69 et 18, par. 2, en ligne : < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR> >.

## 2. Définir les objectifs précis de développement durable que le gouvernement cherche à poursuivre par ses acquisitions

### Contexte

Pour définir le concept de développement durable, le projet de loi réfère aux orientations gouvernementales en matière de développement durable, aux objectifs particuliers qui découlent de la Loi sur le développement durable et des objectifs déterminés dans la Stratégie de développement durable (Art. 4 ajoutant l'art.14.6). **Le fait de référer à plusieurs documents externes complique la compréhension que les organismes publics peuvent avoir des objectifs précis poursuivis par le gouvernement.** Ce manque de précision constitue un frein à l'ajout de développement durable dans les marchés publics<sup>12</sup>.

### Exemples

À **Oslo**, la municipalité a clairement précisé les 10 principes concernant les droits humains, et les normes fondamentales du travail, de l'environnement et la lutte contre la corruption qui doivent être respectés dans le cadre des acquisitions responsables<sup>13</sup>.

Sur le territoire de l'**Union européenne**, on nomme explicitement les 12 conventions internationales qui fondent les objectifs précis à respecter par les organismes publics<sup>14</sup>.

En **Tunisie**, la Loi de 2014 ne précisait pas adéquatement les objectifs recherchés. Cette Loi est en cours de révision. La nouvelle mouture précisera les objectifs spécifiques de développement durable poursuivis et définira ce que constitue une acquisition responsable<sup>15</sup>. En effet, les autorités se sont rendu compte que l'absence de précision a grandement miné la mise en œuvre effective du plan d'acquisitions responsables<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup>Bostan, I., Lazăr, C.M. and Asaloş, N., Legislative Means Aimed at Stimulating Green Procurement in the Public Sector. A Critical Case Study of Romania, *Amfiteatru Economic*, 2020, 22(53), DOI 10.24818/EA/2019/53/221, p.230.

<sup>13</sup> Ces dix principes sont ceux du Pacte Mondial des Nations Unies. Ville d'Oslo : < <https://gln-on-sp.org/cities/oslo/> >.

<sup>14</sup> Convention no.87 de l'OIT; Convention no.98 de l'OIT; Convention no.29 de l'OIT; Convention no.105 de l'OIT; Convention no.138 de l'OIT; Convention no.111 de l'OIT; Convention no.100 de l'OIT; Convention no.182 de l'OIT; Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants; Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international. Voir : Directive 2014/24/UE, Parlement Européen et du Conseil, L 94/65, 2014, Annexe X, en ligne :<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR%20%3E>>.

<sup>15</sup>Tunisie, <<http://www.environnement.gov.tn/index.php/fr/developpement-durable/les-initiatives-dans-le-domaine-institutionnel-et-legislatif/projet-des-achats-publics-durables>>.

<sup>16</sup> L'auteur de ce mémoire a été reçue par la ministre de l'Environnement, madame Leila Chikhaoui, le 8 mars 2022. Lors de cette réunion de travail, à laquelle le directeur des marchés publics et le responsable de la politique d'acquisition responsable ont participé, il a précisément été question de la révision de la loi sur les marchés publics tunisienne et de l'importance de définir précisément les objectifs poursuivis au sein même de la Loi.

## Recommandation

Le projet de loi doit définir clairement les objectifs de développement durable que les organismes publics doivent poursuivre en mentionnant, au moins, explicitement :

- le recours aux énergies renouvelables,
- la réduction et le recyclage des déchets,
- le développement de solutions de transport écologique, et
- la promotion des droits fondamentaux de la personne, des huit conventions fondamentales de l'OIT et des réglementations nationales du travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement<sup>17</sup>.

En définissant explicitement les objectifs poursuivis, les organismes publics pourront recourir aux concepts clés dans le domaine environnemental, mais aussi au niveau social. En effet, l'aspect social du développement durable est souvent négligé. Pourtant, les entreprises québécoises se positionnent avantageusement au niveau mondial pour le respect des droits de la personne et des normes du travail. Enfin, cela permettrait au gouvernement d'utiliser les marchés publics comme levier de transformations et d'innovations technologiques vertes, inclusives et socialement responsables. En devenant un leader de ce type de marché, le Québec pourra se positionner plus avantageusement sur les marchés internationaux qui requièrent de plus en plus le respect de critères de développement durable.

---

<sup>17</sup> Cette recommandation s'inspire des principes directeurs de la stratégie adoptée par la ville d'Oslo pour rendre ses acquisitions responsables : <[https://ungc-production.s3.us-west-2.amazonaws.com/attachments/cop\\_2017/394341/original/United\\_Nations\\_Global\\_Compact\\_Communication\\_on\\_Engagement\\_from\\_the\\_City\\_of\\_Oslo\\_2017.pdf?1497767961](https://ungc-production.s3.us-west-2.amazonaws.com/attachments/cop_2017/394341/original/United_Nations_Global_Compact_Communication_on_Engagement_from_the_City_of_Oslo_2017.pdf?1497767961)>, p. 10.

3. Identifier explicitement les voies de passage au sein desquelles le développement durable peut être inséré, et offrir des balises claires

## Contexte

Le projet de loi ne nomme pas explicitement les voies de passage par lesquelles les organismes publics peuvent passer pour insérer du développement durable dans leurs processus d'approvisionnement. Pourtant, il est reconnu que plus les pouvoirs publics sont explicites et directifs à l'égard des acheteurs publics, plus ceux-ci tendent à rendre leurs acquisitions plus responsables<sup>18</sup>. Il importe donc de nommer les voies de passages et d'offrir des balises claires quant à leur éventuelle utilisation.

## Exemples

En **Europe**, la directive 2014/24 aborde les questions découlant du développement durable dans divers articles. Par exemple, l'article 42 précise qu'une spécification technique peut contenir une caractéristique environnementale à certaines conditions. L'article 43 décrit bien le rôle des certifications environnementales ou sociales (les labels) tant à titre de spécifications techniques, de critère d'attribution ou de condition d'exécution des contrats. Enfin, l'article 70 précise explicitement que les « conditions particulières concernant l'exécution d'un marché [...] peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi »<sup>19</sup>.

En **France**, on permet de garantir une meilleure protection de l'environnement à différentes étapes du processus des marchés publics telles que l'étape de l'exécution (art.14), l'étape des spécifications techniques (article 6), l'étape de la passation du marché (pour la sélection des candidats, art.45; pour les critères d'attribution du marché public, art.50 et 53)<sup>20</sup>.

En **Tunisie**, on prévoit explicitement l'obligation de considérer l'insertion de considérations de développement durable à toutes les étapes du processus, de la prospection du marché, en passant par la détermination des besoins et des spécifications techniques que lors de la sélection qualitative, l'attribution ou au niveau de l'exécution du contrat<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Ionela Corina Chersan, Valentin Florentin Dumitru, Cătălina Gorgan, Vasile Gorgan. Green public procurement in the academic literature. *Amfiteatru economic*. 22(53):82-101. doi:10.24818/EA/2019/53/82, en ligne : <https://www-proquest-com.ezproxy.usherbrooke.ca/docview/2351594622?accountid=13835> et Ionel Bostan, Cristina Mihaela Lazăr, Nicoleta Asaloș, « Legislative means aimed at stimulating green procurement in the public sector. A critical case study of Romania », (2020) *Amfiteatru economic*. 22(53), 221-238., en ligne : [https://www.amfiteatruconomic.ro/temp/Article\\_2887.pdf](https://www.amfiteatruconomic.ro/temp/Article_2887.pdf)

<sup>19</sup> Union européenne, Directive 2014/24/UE, art. 70 référant à l'art. 67.3, < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR> >.

<sup>20</sup> Code sur la commande publique, France, 2019, en ligne : < <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000037701019/>>.

<sup>21</sup> Tunisie, Ministère des Affaires locales et de l'Environnement, Rapport, phase 2, 2019, <<http://www.environnement.gov.tn/index.php/fr/developpement-durable/les-initiatives-dans-le-domaine-institutionnel-et-legislatif/projet-des-achats-publics-durables>>, p. 31.

## Recommandation

Afin que les organismes connaissent précisément l'étendue de leur marge de manœuvre, le projet de loi doit nommer les voies de passage par lesquelles les organismes peuvent insérer du développement durable. Celles-ci sont :

- l'objet du marché;
- les exigences de conformité;
- les critères d'évaluation de la qualité;
- les critères d'exécution du contrat, et
- les critères d'exclusion de certains fournisseurs.

Chacune d'elles doit être nommée et son recours balisé.

Par exemple, en ce qui concerne les conditions d'exécution du marché, le projet de loi devrait référer explicitement à la possibilité de viser « n'importe quel stade du cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation [...]; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, et ce même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel »<sup>22</sup>.

Cela permettrait ainsi de lancer un message clair aux organismes publics à l'effet qu'ils peuvent exiger la livraison des biens et des services via des moyens de transport peu polluant, la fourniture et l'emballage de biens en vrac ou dans des contenants réutilisables, le ramassage des contenants ou du matériel d'emballage, ainsi que le ramassage, le recyclage et la réutilisation des déchets produits durant la livraison ou l'utilisation du bien ou du service.

---

<sup>22</sup> Directive 2014/24/UE, art. 70 référant à l'art. 67.3, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>>.

#### 4. Imposer la prise en compte du cycle de vie complet des produits et des services

##### **Contexte**

Le projet de loi précise que le président du Conseil du trésor peut exiger la prise en compte du cycle de vie complet pour un contrat ou un groupe de contrats (art.5 ajoutant l'art 14.9, par 2). Il n'impose toutefois pas la prise en compte du coût du cycle de vie complet de manière générale.

Il est aujourd'hui acquis, à travers le monde, que les marchés publics doivent prendre en compte le coût complet du cycle de vie. Ce dernier comprend l'ensemble des coûts : de la conception du produit à son élimination (qui peut se traduire idéalement par son recyclage ou sa réutilisation). Ainsi, il prévoit :

- Les coûts en amont de la possession, par exemple :
  - coût de l'eau et de l'énergie consommée lors de la production, ou lors de l'extraction des matières premières
  - coût de dépollution lors de la production
  
- Les coûts durant la possession, par exemple :
  - coût de fonctionnement (qui peut se traduire en émission de GES),
  - coût de maintenance,
  - coût de remplacement de certains éléments,
  - coût pour réduire la consommation d'énergie
  
- Les coûts en aval de la possession :
  - coût de retrait ou de disposition,
  - coût de l'élimination des déchets,
  - coût de récupération,
  - coût pour les générations futures.

##### **Exemples**

En **France**, le Code de la commande publique définit clairement le cycle de vie comme « 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 »<sup>23</sup>.

En **Europe**, la directive 2014/24/UE mentionne explicitement que le coût du cycle de vie doit être pris en compte dans l'attribution du marché et précise comment ces coûts doivent être évalués<sup>24</sup>.

Aux **États-Unis**, le cadre normatif fédéral exige que le cycle de vie des produits soit pris en compte par les différentes agences<sup>25</sup>.

Au **Massachusetts**, la Politique d'achats écoresponsable dispose que c'est le cycle de vie des produits ou services qui doit être pris en compte pour évaluer la performance environnementale<sup>26</sup>.

Au **Vermont**, les acheteurs publics sont tenus de prendre en compte divers critères parmi lesquels le cycle de vie des produits est visé au même titre que la qualité, le prix, l'utilisation de produits recyclés, etc.<sup>27</sup>.

Au **Chili**, les critères d'attribution doivent permettre d'établir la combinaison la plus avantageuse entre les biens ou les services achetés et leurs coûts, passés, présents ou futurs<sup>28</sup>.

Au **Japon**, les textes précisent que les biens et services sélectionnés dans un appel d'offres en considérant leur capacité à respecter l'environnement tout au long de leur cycle de vie<sup>29</sup>.

## Recommandation

Le gouvernement devrait imposer à ses acheteurs publics de prendre en compte les externalités négatives monétisables que la production d'un bien ou la fourniture d'un service peut occasionner tout au long du cycle de vie. Cette exigence implique toutefois que le gouvernement fournisse aux organismes publics des grilles de calcul du coût du cycle de vie. Il doit aussi mentionner que cette prise en compte est pertinente tant en ce qui concerne l'insertion d'exigences, de critères de qualité que de critères d'exécution du contrat. Enfin, il serait pertinent que le gouvernement réfléchisse aux coûts sociaux du cycle de vie.

La prise en compte du coût du cycle de vie complet permettra d'acheter des produits et services plus responsables, en plus d'encourager l'économie circulaire. Il permettra aussi dans certains cas de diminuer le coût total d'un projet.

---

<sup>23</sup> Art. L2112-3.

<sup>24</sup> Directive 2014/24/UE, art. 67 et 68, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>>.

<sup>25</sup> Voir entre autres le Décret du Président Biden: Executive Order on Catalyzing Clean Energy Industries and Jobs Through Federal Sustainability, 2021, Art. 208 <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/12/08/executive-order-on-catalyzing-clean-energy-industries-and-jobs-through-federal-sustainability/>>.

<sup>26</sup> Environmentally Preferable Products Policy, Environmentally Preferable Products (EPPs) Procurement Program General Information, Requirements and Guidance, *Commonwealth of Massachusetts*, 2016, p.2, en ligne : <<https://www.mass.gov/service-details/epp-program-policies>>.

<sup>27</sup> 2021 Vermont Statutes, Title 29 - Public Property and Supplies, para. 903.

<sup>28</sup> Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, 19886, 2003, article 6. (modifié en 2021 avec la loi 21362)

<sup>29</sup> Basic Policy concerning the Promotion of Contracts considering Reduction of Emissions of Greenhouse Gases and Others by the State and Other Entities, 2019, no.4 (i) p.7.

## 5. Préciser la portée de l'exigence de prendre en compte les éléments du développement durable « liés à l'objet du marché »

Le projet de loi prévoit que « 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 » (art. 4 ajoutant l'art.14.7). Le projet de loi ne prévoit qu'une exception à cette règle (art.5 ajoutant l'art.14.8, para.4). Disons-le d'emblée, **une telle exigence va de soi. Toutefois, le projet de loi ne la précise pas suffisamment.**

Dès lors, on pourrait assister à l'interprétation rigide du lien devant exister entre la condition liée au développement durable et l'objet du contrat. Surtout, de peur que leurs appels d'offres soient contestés, les organismes publics s'en tiendront fort probablement aux seules considérations de développement durable ayant un impact sur les caractéristiques des produits ou services. Par exemple, ils pourraient refuser d'imposer des produits issus d'énergies renouvelables en raison du fait que cette exigence ou ce critère n'est pas lié à l'objet du contrat, le type d'énergie utilisée ne produisant pas d'impact sur la qualité ou les caractéristiques du produit fini. Ce type d'imprécision a existé au niveau européen et dans plusieurs pays jusqu'au milieu des années 2010. De nombreuses décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne ont dû être rendues pour clarifier la situation. Les Directives de 2014 ont mis fin à l'imprécision. Le projet de loi devrait en faire de même.

### Exemples

Depuis 2014, au sein des pays membres de **l'Union européenne**, et par exemple en **France** et en **Belgique**, on précise ce qu'on entend par « être lié à l'objet du marché ». On vise toute considération de développement durable relative à tous les stades du cycle de vie, « même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services »<sup>30</sup>. Autrement dit, même lorsqu'une considération environnementale ou sociale n'a pas d'impact sur la nature ou la qualité d'un produit ou d'un service, elle est réputée liée à l'objet du marché.

### Recommandation

Le projet de loi doit préciser que « sont considérées comme liées à l'objet du marché les considérations de développement durable relatives à tous les stades du cycle de vie d'un produit ou d'un service, et ce même lorsque ces considérations n'ont pas un impact sur les qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services ».

---

<sup>30</sup> France, Code de la commande publique, art. L2112-3. Belgique, Loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016, art. 81.

6. Instaurer un mécanisme de suivi de l'insertion du développement durable dans les marchés publics et définir ce qu'est une acquisition responsable.

## Contexte

Le projet de loi prévoit uniquement un suivi en ce qui concerne l'ajout de la partie II.1 (Espace d'innovation des marchés publics). Dès lors, il ne prévoit pas de mécanisme de suivi général permettant de mesurer la prise en compte du développement durable dans les marchés publics. Il sera donc impossible d'évaluer si les nouvelles dispositions ont un impact réel, par exemple, sur le recours moins fréquent à la règle du plus bas soumissionnaire ou sur l'imposition de critères ou d'exigences de développement durable.

De plus, le projet de loi n'explique pas ce qu'il entend par « acquisition responsable ». Il sera ainsi difficile d'évaluer l'atteinte des objectifs quantifiés prévus dans la Stratégie gouvernementale.

## Exemples

Plusieurs entités dans le monde ont adopté, à divers degrés, des mécanismes de suivi pour s'assurer que les organismes publics incluent des considérations de développement durable. C'est le cas de la **France**<sup>31</sup>, la **Belgique**<sup>32</sup>, **Bruxelles**<sup>33</sup>, l'**Autriche**<sup>34</sup> et **Oslo**<sup>35</sup>. Dans la plupart des cas, les organismes publics doivent soumettre à intervalle régulier des rapports ou plans d'action décrivant les mesures prises pour rendre leurs marchés publics plus responsables. En **Autriche**, les autorités ont noté que le suivi s'avérait défaillant en raison du fait que le mécanisme n'avait pas été inclus en bonne et due forme dans le cadre normatif<sup>36</sup>.

## Recommandation

Le projet de loi doit prévoir un mécanisme de suivi obligeant chaque organisme public à faire rapport de ses avancées en matière d'insertion de développement durable dans le cadre de ses acquisitions. Afin d'assurer son opérationnalisation, ce mécanisme doit être prévu par le cadre normatif. Dans un souci de transparence, ces informations devraient être accessibles au public et vérifiées par un organisme indépendant.

---

<sup>31</sup> Factsheets on sustainable public procurement in national governments, *UN Environnement*, 2017, p.59, en ligne : <<https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/factsheets2017.pdf>>.

<sup>32</sup> Factsheets on sustainable public procurement in national governments, *UN Environnement*, 2017, p.13, en ligne : <<https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/factsheets2017.pdf>>.

<sup>33</sup> Programme Régional en Economie Circulaire, 2016, ministère de l'Economie, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, P.28, en ligne : <[https://document.environnement.brussels/opac\\_css/elecfile/PROG\\_160308\\_PREC\\_DEF\\_FR](https://document.environnement.brussels/opac_css/elecfile/PROG_160308_PREC_DEF_FR)>.

<sup>34</sup> Factsheets on sustainable public procurement in national governments, *UN Environnement*, 2017, p.8, en ligne : <<https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/factsheets2017.pdf>>.

<sup>35</sup> France : Arrêté du 22 mars 2019, <[http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/pnad\\_2021-25.pdf](http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/pnad_2021-25.pdf)>, p. 8;

<sup>36</sup> Factsheets on sustainable public procurement in national governments, *UN Environnement*, 2017, p.8, en ligne : <<https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/factsheets2017.pdf>>. et Curbing Carbon from Consumption - The Role of Green Public Procurement, Global Efficiency Intelligence, 2019, p. 25, en ligne : <<https://static1.squarespace.com/static/5877e86f9de4bb8bce72105c/t/5d673d3d8fc07e0001636b2c/1567047107086/Green+Public+Procurement+-Final+28Aug2019.pdf>>.

## 7. Prévoir un principe de non-régression en cas d'appels d'offres insérant du développement durable fructueux

### **Contexte**

Le principe de régression permet aux organismes de rendre leurs acquisitions responsables de manière progressive. Tout organisme public s'engageant dans un processus de marchés publics durables devrait agir suivant le principe de non-régression. Cela signifie qu'une entité ayant inséré des exigences et des critères de développement durable dans un appel d'offres fructueux ne devrait pas lancer ensuite un nouvel appel d'offres similaire ne contenant pas au moins ces éléments de développement durable.

### **Exemple**

En **France**, le principe de régression a été ajouté au Code de l'environnement en 2016 (art. L. 110-1) : « Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ».

Au **Québec**, l'Université de Sherbrooke a ajouté le principe de non-régression dans sa Stratégie d'acquisition responsable 2018-2022<sup>37</sup>.

### **Recommandation**

Le projet de loi devrait inclure le principe de non-régression et contraindre les organismes ne le respectant pas à consigner les raisons de leur décision.

---

<sup>37</sup>Stratégie d'approvisionnement responsable, *Université de Sherbrooke*, 2018, en ligne : <[https://www.usherbrooke.ca/developpement-durable/fileadmin/sites/developpement-durable/documents/Strategie\\_d\\_approvisionnement\\_responsable.pdf](https://www.usherbrooke.ca/developpement-durable/fileadmin/sites/developpement-durable/documents/Strategie_d_approvisionnement_responsable.pdf)>.