

MARCHÉS PUBLICS (1/2)

Clauses sociales : jusqu'où peut-on aller ?

• **L'achat « responsable », qui prend en compte les notions de développement durable est en vogue chez tous les acteurs publics, mais cet engouement ne doit pas cacher des difficultés de mise en œuvre.**

• **Nous examinons cette semaine les problèmes soulevés par l'introduction des clauses sociales dans les marchés publics et les accords-cadres.**

• **La semaine prochaine, nous aborderons la question du critère social et du recours aux marchés réservés.**

Une clause sociale, au sens de l'article 14 du Code des marchés publics (CMP), est une obligation faite au candidat de respecter un engagement social dans l'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre : promotion de l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, lutte contre le chômage...

DES CONDITIONS JURIDIQUES INCERTAINES

Trois conditions s'imposent pour pouvoir insérer une clause sociale dans un marché public ou un accord-cadre :

- la clause sociale doit être prévue dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation;
- l'insertion de la clause ne doit pas avoir d'effet discriminatoire entre les candidats;
- la clause doit être compatible avec le droit communautaire, c'est-à-dire avec les « principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnais-

sance mutuelle, la proportionnalité et la transparence » (Directive 2004/18/CE, considérant n° 2).

En dehors du respect de ces conditions, le Code et la directive européenne du 31 mars 2004 n'apportent aucune précision sur les moyens de rédiger et de mettre en œuvre une clause sociale. En outre, si la mise en œuvre de la première condition paraît évidente, il en va autrement des deux dernières, qui sont d'ailleurs liées. Les pouvoirs adjudicateurs se retrouvent donc démunis pour insérer une clause sociale dans leurs marchés et accords-cadres (1).

En effet, si le manuel d'application du nouveau Code des marchés publics comporte un article relatif à l'intégration des préoccupations environnementales (article 12.2) et un article relatif aux marchés réservés aux entreprises adaptées ou centres d'aide par le travail (article 12.3), il ne comporte aucune mention sur l'introduction d'une clause sociale dans les pièces du marché ou de l'accord-cadre, à la différence de l'article 14 de l'instruction du 28 août 2001, prise pour l'application du Code des marchés publics 2001, à laquelle les pouvoirs adjudi-

cateurs pourront utilement se reporter (NOR: ECOM0110565J, JO n° 208 du 8 septembre 2001).

LE PROBLÈME DE LA DISCRIMINATION Position du juge

Dans le passé, le juge administratif a limité la possibilité de réserver, par le biais d'un critère de sélection, un marché public aux entreprises locales dès lors que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux n'est pas une des conditions de bonne exécution du marché (CE, 29 juillet 1994, « Commune de Ventenac-en-Minervois », req. n° 131562).

S'agissant de la clause sociale, son insertion dans un marché en vue de favoriser le seul emploi local nous paraît de même difficilement compatible avec le principe de libre concurrence. Le juge pourrait considérer que la clause sociale décourage des entreprises, par exemple étrangères, de répondre, car elles ne possèdent pas localement de bureau ou d'usine pour recruter du personnel ou pour procurer du travail aux personnes recrutées après la fin du chantier.

Points de vue controversés

À la question de savoir quand une clause sociale est discriminatoire, on notera l'avis très négatif d'une partie de la doctrine, estimant que les clauses sociales portent en elles-mêmes un effet discriminatoire (2). Cependant, certains auteurs, reprenant en cela les propositions de la Commission européenne dans sa communication interprétative du 15 octobre 2001, citent une solution permettant d'éviter dans une certaine mesure la discrimination, laquelle consiste

L'ESSENTIEL

- ▶ **L'introduction d'une clause sociale locale dans les documents constitutifs du marché peut être mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs, à condition de veiller à réduire au maximum les sources de discrimination.**
- ▶ **Une telle démarche ne s'improvise pas et nécessite une contractualisation préalable entre l'acheteur public et les acteurs de l'insertion au plan local.**
- ▶ **Le pouvoir adjudicateur devrait prévoir, dans le CCAP, des pénalités pour l'absence de mise en œuvre de la clause sociale par le titulaire du marché.**

Par **MARIE-HÉLÈNE PACHEN-LEFEVRE** et **PHILIPPE GUELLIER**
Avocats à la Cour,
SCP Seban & associés

à faire embaucher, par le titulaire, des chômeurs choisis par l'agence d'emploi locale. Ainsi, souligne L. Dubin (3), la Commission propose-t-elle « que les pouvoirs adjudicateurs désirant imposer aux adjudicataires l'obligation de recruter un nombre ou un pourcentage de chômeurs inscrits au bureau local de l'emploi, (...) s'engagent à offrir la main-d'œuvre appropriée, par exemple par l'intermédiaire d'une agence de l'emploi. Dans ce cas, les conditions d'exécution ne produiraient aucun effet discriminatoire à l'égard des entreprises étrangères ». C'est sur le fondement de cette même position que l'Association des acheteurs des collectivités territoriales (AACT), présidée par Marc Falize, se prononce pour la mise en place d'une clause sociale (4).

Des risques réels

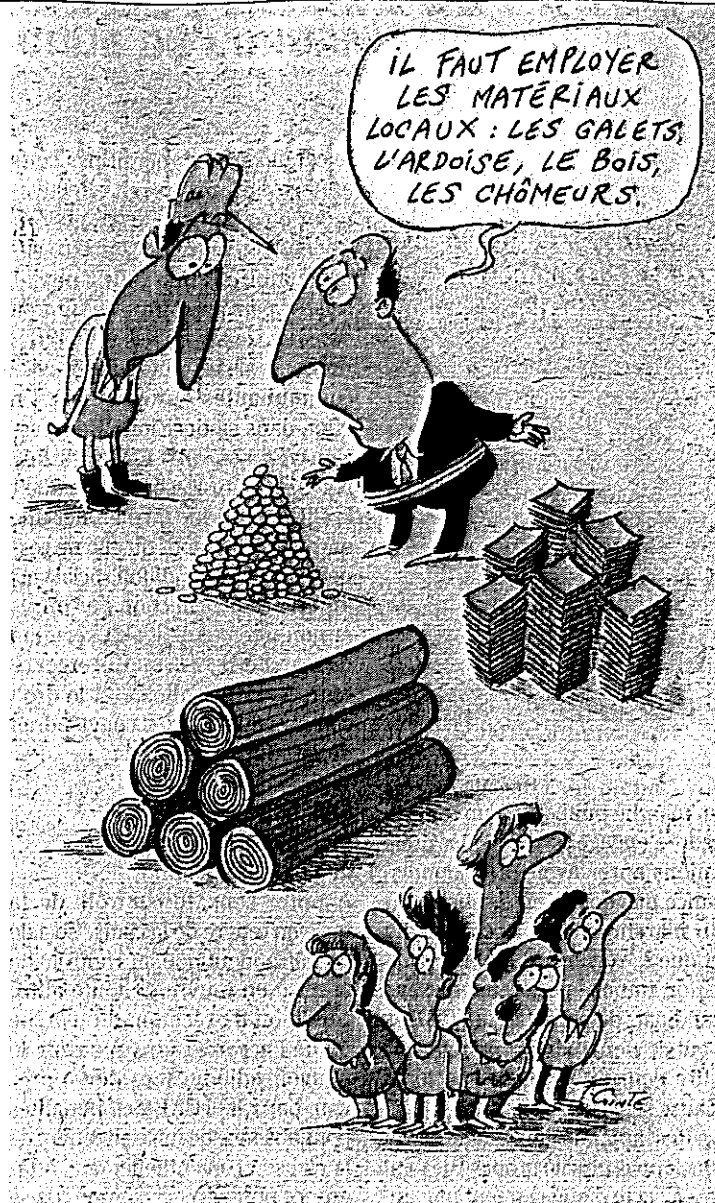
Toutefois, les risques de discrimination ne semblent pas totalement vaincus par la proposition de la Commission européenne. Si celle-ci permet de résoudre les difficultés de l'accès du titulaire aux chômeurs locaux, cette solution nous paraît toujours discriminatoire à l'encontre des entreprises étrangères non implantées en France ou à l'encontre des entreprises françaises non implantées localement qui pourraient être dissuadées de proposer leur candidature, dès lors que ces entreprises ne pourront pas fournir de débouchés aux employés locaux à l'issue de l'exécution du marché.

L'introduction d'une clause sociale locale dans les documents constitutifs d'un marché peut donc être mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs, à condition de veiller à réduire au maximum les sources de discrimination.

CONDITIONS CONCRÈTES DE MISE EN ŒUVRE

Concrètement, l'insertion d'une clause sociale au sens de l'art. 14 du Code concerne trois documents: l'avis d'appel public à la concurrence, le règlement de la consultation et le cahier des clauses administratives particulières (CCAP).

• Dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur mentionnera, au visa de



l'art. 14 du CMP, que le marché ou l'accord-cadre comporte une clause sociale. Il expliquera l'objet de cette clause sociale.

• Dans le CCAP, le pouvoir adjudicateur définira l'étendue des obligations du titulaire en matière de développement social.

Fixer des objectifs ou des pourcentages à réaliser

Selon la doctrine, la clause sociale ne doit pas être trop précise mais doit être formulée en termes d'objectifs et/ou de pourcentages (5). Cette position paraît logique. En effet, si le pouvoir adjudicateur impose de recruter un nombre précis de chômeurs de longue durée pour l'exécution des prestations, les entreprises venant d'embaucher de tels chômeurs ne souhaiteront pas se voir imposer à nouveau de tels recrutements. Pour éviter tout risque de discrimination, il faut formuler la clause sociale de manière

à ce qu'aucun candidat ne soit découragé de présenter une offre. Mais, en formulant la clause sociale comme faisant obligation au futur titulaire de faire réaliser tout ou partie des prestations par des personnes en insertion ou handicapées, le pouvoir adjudicateur n'impose pas au titulaire l'embauche de salariés. Il tend seulement à l'orienter vers « une démarche éthique ». A cet égard, les pouvoirs adjudicateurs pourront utilement s'inspirer des formulations générales comprises dans le modèle de clause sociale élaboré par le Réseau 21 de l'Université de Valenciennes, qui milite pour la prise en compte du développement social dans les marchés publics (6).

Limiter les risques de rupture d'égalité

Pour limiter les risques de rupture d'égalité, notamment entre candidats français et étrangers, il

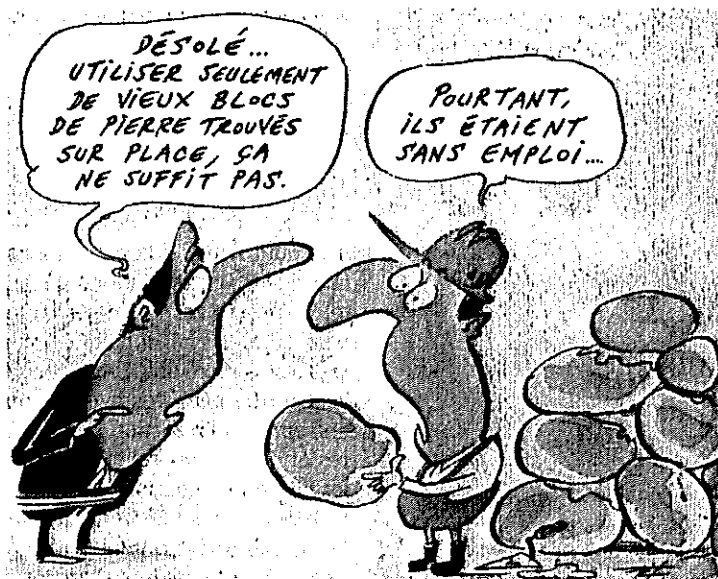
nous semble indispensable que le pouvoir adjudicateur respecte les conseils de la Commission européenne et s'engage à proposer « la main-d'œuvre appropriée, par exemple par l'intermédiaire d'une agence de l'emploi », en prenant contact avec l'Agence nationale pour l'emploi la plus proche ou avec des entreprises de travail temporaire d'insertion. Enfin, il paraît également souhaitable que la clause sociale du CCAP précise les coordonnées des agences ou entreprises d'insertion partenaires et décrive les relations entre les différents acteurs.

Une telle démarche demande, de la part des pouvoirs adjudicateurs, un investissement important ainsi qu'une contractualisation préalable entre l'acheteur public et les acteurs de l'insertion au plan local. Elle suppose aussi, pour chaque marché ou accord-cadre, une réflexion au regard de l'objet du marché sur la pertinence de l'insertion d'une clause sociale et sur les objectifs de développement social qui seront, le cas échéant, assignés au titulaire.

Rôle des PLIE

Le pouvoir adjudicateur peut s'appuyer, pour la mise en œuvre de clauses sociales, sur les gestionnaires des plans locaux pour l'insertion et l'emploi (PLIE), susceptibles d'être créés par les communes ou les groupements de communes pour faciliter l'accès à l'emploi des personnes en grande difficulté d'insertion sociale et professionnelle, conformément à l'art. L. 322-4-16-6 du Code du travail (7).

Si le pouvoir adjudicateur n'est pas à l'origine du PLIE, il lui appartient de contractualiser avec la commune ou l'établissement public gestionnaire du PLIE qui, dans cette hypothèse, peut se charger de rédiger la clause et de suivre sa mise en œuvre au cours de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre. Dans ce cas, c'est le gestionnaire du PLIE qui proposera au titulaire du marché de recourir aux services d'une entreprise d'insertion en tant que sous-traitant ou d'avoir recours à du personnel mis à disposition par une entreprise de travail temporaire d'insertion. Bien entendu, le CCAP ne détaillera pas (●●●)



(●●●) toutes ces conditions de mise en œuvre. Il se contentera de formuler des objectifs.

QUEL CONTRÔLE ?

La question du rejet de l'offre

L'instruction d'application du Code 2001 affirmait que le défaut de respect de l'obligation en matière de développement social entraîne l'irrecevabilité de l'offre. Le guide du Minefi affirme, quant à lui, que l'offre qui ne répond pas au cahier des charges d'un marché public en matière d'insertion « est irrégulière et doit être écartée » (art. 2.7.1). On observera toutefois qu'étant donné que tout candidat à

un marché public ou à un accord-cadre s'engage à exécuter les prestations après avoir pris connaissance des documents constitutifs du marché ou de l'accord cadre et que le règlement de la consultation impose généralement aux candidats de parapher le CCAP, on peut se demander comment une offre pourrait ne pas respecter la clause sociale.

Le Réseau 21 de l'université de Valenciennes précité propose de joindre à l'acte d'engagement une annexe que le candidat devrait signer, au terme de laquelle il s'engage à respecter la clause sociale définie dans le CCAP. Dans l'hypothèse où

le candidat ne signerait pas cette annexe, l'offre pourrait effectivement être qualifiée d'irrégulière. Cependant, outre le caractère superfétatoire d'une telle annexe, celle-ci peut apparaître de surcroît dangereuse au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. En effet, dans sa décision « Commission c/France » (Aff. C-225/98, Rec. p. I-07445) du 26 septembre 2000, la CJCE a affirmé qu'éliminer une entreprise au motif qu'elle ne respecte pas une condition sociale est un critère de sélection des offres et non une condition d'exécution du marché. Il y a là une divergence entre le droit national et le droit communautaire qu'il conviendrait de résoudre au plus vite.

Sanctions contractuelles pour non-respect de la clause sociale

A notre sens, le contrôle de la mise en œuvre de la clause sociale doit être identique au contrôle de la mise en œuvre de toute autre condition d'exécution du marché ou de l'accord-cadre. A savoir, le pouvoir adjudicateur devra prévoir, dans le CCAP, des pénalités pour absence de mise en œuvre de la clause et, éventuellement, intégrer ce non-respect comme clause résolutoire du marché ou d'exécution des prestations à ses frais et risques. La définition de ces sanctions demandera aussi un travail

► **Textes officiels** : article 14 du Code 2006, intégralement publié, avec le manuel d'application, dans « Le Moniteur » du 11 août 2006, cahier détaché n° 2 ; article 26 de la directive CE du 31 mars 2004.

► **Ouvrages publiés aux Editions du Moniteur** : « La réglementation des marchés publics », par F. Bourrachot, D. Chabanoir et J. P. Jouguet, 5^e édition 2007 ; « Les marchés publics en 100 questions », par Jérôme Michon, 2^e édition 2007 ; « Les accords-cadres » par Philippe de Gery et Philippe Schmidt, 2007.

LIRE AUSSI...

Le guide du Minefi publié dans le cahier détaché n° 2 de ce numéro

« Les clauses environnementales et sociales » in « Le Courrier des maires » n° 198, janvier 2007.

de réflexion préalable, de la part du pouvoir adjudicateur, afin que ces sanctions soient adaptées aux objectifs fixés au titulaire. ■

(1) Une réponse ministérielle (JOAN Q) du 22 oct. 2003 n'apporte guère de précision sur ce point.

(2) S. Maljea-Dubois, « La clause de mieux-disant social n'est pas un critère additionnel d'attribution des marchés publics », « AJDA » 1997, p.196.

(3) « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », AJDA 2002, p.493.

(4) O. Selloe, « Les clauses sociales et environnementales », « Le courrier des maires », janvier 2007, n°198, p.14.

(5) Cf la réponse ministérielle à la question parlementaire n°23527 précitée et le guide du Minefi.

(6) (<http://reseau21.univ-valenciennes.fr/actualites/Projet.pdf>; <http://reseau21.univ-valenciennes.fr/actualites/Annexes.pdf>).

(7) Un annuaire des PLIE existe sur le site internet du réseau Alliance Villes Emploi.

Des difficultés d'interprétation

L'expression générique de « clause sociale » désigne l'ensemble des moyens dédiés par le Code des marchés publics aux pouvoirs adjudicateurs pour intégrer des considérations d'ordre social dans leurs procédures de passation de marchés publics. Or, si le terme de « clause » renvoie à la notion de contrat, certains mécanismes institués par le Code ne s'intègrent pas dans le marché lui-même mais dans la procédure de passation, et n'ont pas valeur contractuelle.

Véritables « clauses sociales »

La sanction du non-respect par un candidat de la prescription imposée par le pouvoir adjudicateur diffère selon la nature de cette prescription. A notre sens, seule l'insertion, sur le fondement de l'article 14 du CMP, d'« éléments à caractère social » dans les conditions d'exécution prévues au cahier des

charges du marché ou de l'accord-cadre constitue une véritable « clause sociale ».

Moyens procéduraux

Les autres moyens proposés par le nouveau CMP, en matière de considérations sociales, sont des mécanismes procéduraux. Il s'agit de :
- l'obligation d'allotir (art. 10 du nouveau CMP), qui peut rendre des marchés plus accessibles aux PME et, partant, faciliter l'emploi local ;
- la possibilité de réserver certains marchés ou lots d'un marché à des ateliers protégés ou des centres d'aide par le travail (art. 15) ;
- la possibilité d'ajouter aux critères de sélection des offres l'insertion professionnelle de publics en difficulté (art. 53-I-1°).

Guide du Minefi

Le guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », sou-

mis à consultation par le ministère des Finances (Minefi) entre le 19 avril et le 1^{er} juin 2007, paru dans sa version définitive le 16 juillet 2007, est prudent dans ses recommandations et invite les pouvoirs adjudicateurs à la vigilance sur de nombreux points, sans fournir toutes les explications. Toutes les dispositions pour le développement social prévues par le nouveau CMP, avant d'être analysées dans ce guide, avaient fait l'objet d'un rappel dans une réponse ministérielle (Rép. min. n°101635, JOAN Q 24 oct. 2006, p.11066). Le projet de guide mentionne, parmi les exemples de « clauses sociales », la possibilité de passer des marchés publics de services d'insertion au terme d'une procédure adaptée, selon l'article 30 du CMP. A notre sens, cette possibilité n'est pas, à elle seule, un moyen dédié à la prise en compte du développement social. Seul l'objet du marché public le rapproche de cette préoccupation. ■

MARCHÉS PUBLICS (2/2)

Des clauses sociales à manier avec précaution

- Mal définie, la notion de « clause sociale » dans les marchés publics pose des problèmes de mise en œuvre aux pouvoirs adjudicateurs, comme nous l'avons vu dans notre précédent numéro.
- Deux autres mécanismes procéduraux permettent également d'atteindre un objectif d'achat « social »: le recours aux marchés réservés et l'utilisation du critère des performances de l'offre pour l'insertion professionnelle des publics en difficulté.
- Analyse.

Par MARIE-HÉLÈNE PACHEN-LEFEVRE et PHILIPPE GUELLIER
Avocats à la Cour, SCP Seban & Associés

Le nouveau Code des marchés publics (CMP) offre deux outils spécifiques dédiés à la prise en compte des personnes en difficulté: l'article 15 qui vise à l'intégration des personnes handicapées par le biais des établissements et services d'aide par le travail (ESAT) et des entreprises adaptées et l'article 53-I, qui prévoit l'utilisation du critère des performances de l'offre. Leur mise en œuvre présente une certaine part d'inconnu.

LE RECOURS PLUS FACILE AUX MARCHÉS RÉSERVÉS

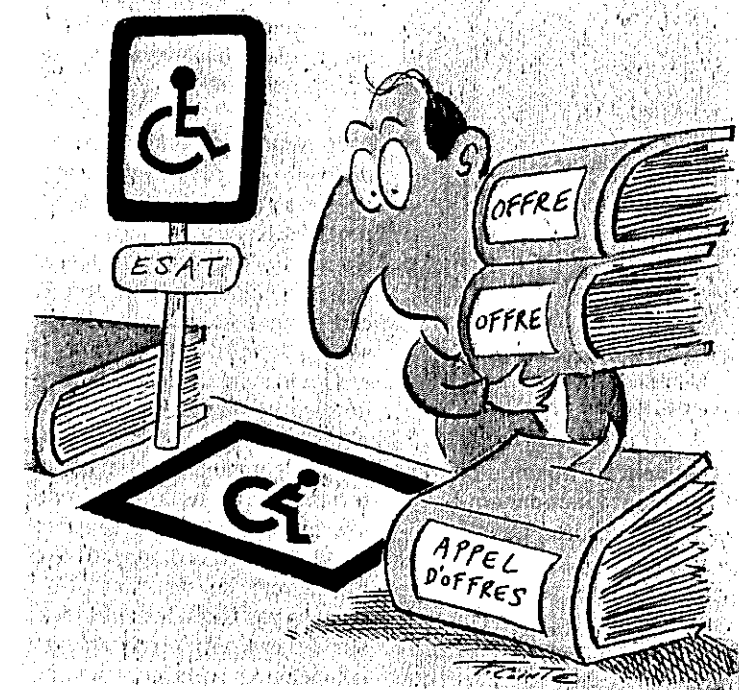
L'article 15 du CMP mentionne « certains marchés » ou « certains lots d'un marché » mais pas les accords-cadres, ce qui est un oubli regrettable. Cela étant, reprenant, dans sa majeure partie, les dispo-

sitions de l'article 19 de la directive 2004-2018/CE du 31 mars 2004, cet article institue un mécanisme facile à mettre en œuvre pour les acheteurs publics puisqu'il n'impose ni condition de seuil, ni condition liée à l'objet du marché.

Toutefois, la notion de marché réservé n'exonère pas les pouvoirs adjudicateurs de toute mise en concurrence. Celle-ci devra avoir lieu, pour le marché ou le lot concerné, entre ateliers protégés et ESAT. Pour une utilisation optimale de cette disposition, on recommandera à tout pouvoir adjudicateur souhaitant réserver un lot ou un marché d'effectuer au préalable un double travail d'analyse.

Identification des besoins

Dans la définition de ses besoins annuels, l'acheteur devra identi-



fier les marchés et lots susceptibles d'être réservés. Certains marchés, par exemple ceux relatifs aux menus travaux d'entretien des espaces verts d'une ville, pourraient entrer dans le cadre de l'article 15 précité. En revanche, on voit mal, par exemple dans une opération de construction publique d'envergure, quels lots de travaux pourraient être réservés à une entreprise employant majoritairement des personnes handicapées. En outre, si l'opération de construction est réalisée sous le mode du marché unique par l'entreprise générale, le recours à l'article 15 sera impossible: il conviendra alors d'étudier le recours à une clause sociale au sens de l'article 14 du CMP (voir la première partie de cet article, publiée dans « Le Moniteur » du 7 septembre 2007, p.90). En même temps qu'il recensera ses besoins, le pouvoir adjudicateur devra donc mener un travail d'identification des marchés et lots susceptibles d'être réservés.

Recensement des structures

Dans le cas où l'acheteur public ne connaîtrait pas l'environnement économique des entreprises adaptées et ESAT de sa région, il paraît indispensable qu'il mène un travail de recensement de ces structures avant de lancer une consultation qui leur serait réservée. En effet, leur implantation varie fortement selon les régions. Dans certains cas, il n'existera à proximité qu'un ou deux de ces organismes, dont le domaine d'intervention ne correspondra d'ailleurs pas forcément aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur. Ce travail de recensement permettra aux acheteurs publics d'éviter de lancer une consultation risquant d'être infructueuse.

Toutefois, en règle générale, les ESAT et les ateliers protégés connaissent bien l'opportunité que leur offre l'article 15 du CMP. Ils mènent des campagnes d'information auprès des pouvoirs adjudicateurs de leur région, ce qui

L'ESSENTIEL

- ▶ La notion de marché réservé n'exonère pas les pouvoirs adjudicateurs de toute mise en concurrence.
- ▶ L'insertion du critère de la performance sociale dans le Code des marchés publics ne signifie pas que l'utilisation de ce critère est généralisable à tous les marchés et accords-cadres.
- ▶ Tant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée, il convient de se montrer très prudent dans l'utilisation de ce critère.

aide ces derniers à mener une politique d'achat social.

UTILISATION DU CRITÈRE DES PERFORMANCES DE L'OFFRE

L'insertion du critère de la performance sociale dans le CMP (article 53-I) ne signifie nullement que l'utilisation d'un tel critère est généralisable à tous les marchés et accords-cadres. En effet, outre le fait que l'article 53-I exige que les critères de sélection des offres soient « liés à l'objet du marché », le critère social doit être confronté au principe de non-discrimination entre les candidats. Aujourd'hui encore, son utilisation reste donc source d'incertitude. Tout l'enjeu est alors de déterminer les cas dans lesquels les deux conditions d'utilisation du critère social sont réunies. En l'absence de jurisprudence récente, on peut utilement se référer à la jurisprudence antérieure à la « loi Borloo » (voir encadré), laquelle s'était déjà prononcée sur ces deux conditions.

L'exigence d'un lien entre le critère et l'objet du marché

Dans ses conclusions sous l'arrêt « Beentjes BV c. Etat des Pays-Bas » (CJCE, 20 septembre 1988, aff. 31/87), l'avocat général de la Cour de justice des communautés européennes affirmait déjà qu'il n'existe pas de lien entre un marché de travaux et le critère social et, partant, qu'on ne pouvait utiliser ce critère pour écarter l'offre d'un candidat. En effet, tout critère social favorisera les entreprises d'insertion qui sont, par définition, mieux à même de prouver leur performance en matière de lutte contre le chômage, au détriment des entreprises « classiques », qui ne mènent pas nécessairement d'action particulière en la matière.

Selon l'avis quasi-unanime de la doctrine (2), cette jurisprudence impose, pour pouvoir recourir au critère social, que le marché ou l'accord-cadre en cause ait lui-même un objet social, ce qui en réduit drastiquement la portée. D'ailleurs, le préambule de la directive 2004-2018/CE ne dit pas autre chose dans son numéro 46: « Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objec-

tive. C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché ».

Quant au Conseil d'Etat, il a adopté le même raisonnement que le juge communautaire en décidant, à propos d'un marché de travaux de réhabilitation d'une décharge, que l'utilisation d'un critère additionnel, relatif aux « propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation », est illégale car « sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution » (25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », n° 229666).

Le principe de non discrimination entre les candidats

Le Conseil d'Etat, se prononçant sur une circulaire interministérielle du 29 juillet 1993 mentionnant la

possibilité d'utiliser le critère relatif à la création d'emplois et à la formation professionnelle parmi les critères de choix des offres, a écarté la possibilité de recourir au critère social (10 mai 1996, « FNTP », req. n° 159979). Le juge communautaire avait pourtant adopté une position, certes restrictive, mais plus ouverte, en considérant qu'un pouvoir adjudicateur pouvait utiliser le critère social pour le jugement des offres, à la condition qu'il n'en résulte aucune discrimination entre les candidats (CJCE, 20 septembre 1988, « Beentjes BV c. Etat des Pays-Bas » précité, considérant 37). Dans cette espèce, la Cour de justice ne s'est malheureusement pas prononcée sur le caractère discriminant du critère qui lui était présenté. De même, saisie de l'introduction d'un critère lié à la lutte contre le chômage dans une procédure pour l'attribution d'un marché de travaux, la Cour a eu l'occasion de rappeler sa position sans pour autant se prononcer sur le caractère discriminant dudit critère (CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c./ France », Aff. C-225/98). En l'absence d'une autre jurisprudence nationale ou communau-

Incertitudes de la loi Borloo du 18 janvier 2005

Le critère des performances de l'offre en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté a été inséré pour la première fois dans le CMP par l'article 53-II de la loi n° 2005-32, du 18 janvier 2005, de programmation pour la cohésion sociale, dite « loi Borloo ».

Malgré cette insertion, le recours à un tel critère paraît, aujourd'hui encore, empreint d'un risque juridique important.

La question se pose de savoir si la loi, en inscrivant le critère de la performance sociale dans le Code des marchés publics, a assoupli le lien exigé entre critère social et objet du marché et a exclu tout risque de discrimination. On peut malheureusement en douter puisque l'article 53-I rappelle bien les deux conditions de lien avec l'objet du marché et de non discrimination. Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si, au vu des travaux parlementaires de la loi Borloo, le législateur n'aurait pas, en réalité, « confondu mieux-disant social, c'est-à-dire critère d'attribution, et clause sociale du cahier des charges, c'est-à-dire condition d'exécution du marché » (1).

Le directeur des affaires juridiques du ministère des Finances a lui-même observé, le 5 février 2007, lors de la Conférence nationale relative aux clauses sociales et de la promotion de l'emploi dans les marchés publics, l'importance du risque contentieux lié à l'utilisation du critère social. C'est pourquoi le guide du Minefi « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » récemment publié prend également le parti de limiter le champ d'application du critère du mieux-disant social aux marchés publics dont l'objet est « la réalisation d'une démarche d'insertion »! ■

(1) H. Pongéard-Payet, précité.

EN SAVOIR PLUS

► Textes officiels: articles 15 et 53-I du Code.

► Ouvrage du Moniteur:

« Code commenté des marchés publics », par Nicolas Charrel et Michel Guibal, édition 2006

➔ LIRE AUSSI...

« Commande publique et insertion sociale », Guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Le Moniteur » n° 5415 du 7 septembre (cahier détaché).

taire, et à la lecture de différentes conclusions de commissaires de gouvernement, certains auteurs ont adopté une vision très pessimiste du critère social, en précisant que « Le critère social d'attribution serait donc discriminatoire et, en tant que tel, ne pourrait pas être retenu par les acheteurs sous peine d'être censuré au contentieux par le juge administratif » (3).

Un défi à relever

Il convient donc d'examiner avec attention le recours au critère de la performance sociale tant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée à ce sujet.

Dans cette attente, une réflexion pourrait toutefois être menée sur la possibilité d'utiliser conjointement le critère social et une clause sociale, au sens de l'article 14 du Code des marchés publics. En effet, dès lors que le pouvoir adjudicateur insère une clause sociale pour la réalisation des prestations, on pourrait se demander s'il n'existerait pas un lien avec l'objet du marché, permettant d'utiliser le critère social parmi les critères de sélection des offres. Cette suggestion est formulée sans réserve dans le guide du Minefi, paru dans sa version définitive le 16 juillet 2007. A notre sens, la mise en œuvre de cette suggestion devra toutefois rester prudente, tout en constituant un intéressant défi à relever pour soutenir le projet vertueux de l'achat social! ■

(1) L'article 53-1°-a de la directive 2004/18/CE ne cite pas le critère de la performance sociale parmi les exemples de critères de sélection des offres. Ce dernier apparaît seulement dans le préambule de la directive (considérends n° 1 et 46).

(2) H. Pongéard-Payet, « Le critère social express d'attribution: un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus », AJDA 2006 p. 635; Ph. Delelis, « Les règles générales de passation des marchés publics » in Contrats et marchés publics 2006, août, n° 8, Etude 9; B. Roman-Séquence, précité; pour un avis contraire: P. Locquet, « Le régime assoupli des marchés d'insertion sociale et professionnelle », CP-ACCE septembre 2006, p. 67.

(3) H. Pongéard-Payet, précité.