

La transposition des critères sociaux, environnementaux et économiques

Mathieu Heintz,
chef du service juridique
au conseil général de l'Isère.

Les directives communautaires relatives aux marchés publics, dites unifiée ou sectorielle, ont pour objectif d'éliminer toutes les restrictions aux principes du traité communautaire que sont la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services et d'ouvrir ainsi les marchés publics à une concurrence effective entre les entreprises des États membres⁽⁷⁸⁾.

Parmi l'ensemble des règles et principes qui permettent de réaliser ces objectifs, le principe d'égalité de traitement est fondamental⁽⁷⁹⁾. De ce dernier découle l'interdiction de toute discrimination au profit d'une catégorie de soumissionnaire ainsi que le principe de neutralité des marchés publics qui implique que seuls peuvent être pris en compte dans une consultation des critères de sélection des offres qui sont justifiés par l'objet du marché⁽⁸⁰⁾.

L'affirmation de ces principes a eu longtemps pour effet d'écarter du droit de la commande publique toute mesure de discrimination ou de préférence en faveur de catégories de soumissionnaires « défavorisés » ainsi que la prise en compte de critères environnementaux ou sociaux pour la sélection des candidatures et des offres. Les directives communautaires antérieures à 2004 ne comportaient aucune mention relative à la prise en compte de critères environnementaux ou sociaux dans les marchés publics. Les nouvelles directives communautaires, sous l'influence des États membres et « dans un contexte sociétal de prise en compte croissante du développement durable au niveau européen », intègrent désormais ces aspects-là⁽⁸¹⁾.

Les nouveaux textes européens permettent donc au stade de la sélection des candidatures et des offres, d'intégrer parmi les critères des aspects environnementaux ou sociaux. Ils autorisent également l'introduction d'un régime préférentiel, voire réservataire, pour certaines catégories de soumissionnaires.

Le code des marchés publics 2004 reprend à son compte l'ensemble des préoccupations sociales, environnementales et économiques des nouvelles directives. Pour certaines, il s'agit d'une transposition anticipée des directives de 2004. Pour d'autres, le code outrepassa ce qu'autorisent explicitement les textes communautaires. Le projet de nouveau code des marchés publics vient quant à lui corriger, voire compléter, certaines dispositions transposées en 2004.

I. Le critère environnemental

La protection de l'environnement est une préoccupation forte des directives de 2004. Le code des marchés publics lui accorde également une place prépondérante.

A) La protection de l'environnement dans les directives de 2004

La prise en compte de l'environnement est affirmée par les directives communautaires dès leurs préambules. Ceux-ci énoncent, tout d'abord, que les directives ont pour objet « de clarifier comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable »⁽⁸²⁾. En outre, ils affirment que la sauvegarde de l'environnement peut être affichée lors de

la définition des besoins et inscrite dans le cahier des charges⁽⁸³⁾ ; que les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire référence à des écolabels ; enfin, que les conditions d'exécution du marché peuvent avoir pour objet de protéger l'environnement⁽⁸⁴⁾.

Au-delà des préambules, les directives ont intégré la possibilité de faire valoir des aspects environnementaux tant au stade de la sélection des candidatures que pour le jugement des offres.

Pour sélectionner des candidatures, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'apprécier leur capacité technique et/ou professionnelle au regard des normes européennes de gestion environnementale, dites Emas⁽⁸⁵⁾. Le système communautaire de management environnemental et d'audit (Emas) vise à promouvoir une amélioration continue des résultats environnementaux de toutes les organisations européennes, quel que soit leur secteur, en organisant et en mettant en œuvre des systèmes de management environnementaux évalués objectivement et périodiquement, en organisant la formation et la participation active du personnel et l'information du public et des autres parties intéressées⁽⁸⁶⁾.

Enfin, pour la sélection des offres, les pouvoirs adjudicateurs peuvent insérer des

(78) Cons. 2 de la directive 2004/18.

(79) CJCE 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard c/Spøttrup Boligselskab*, aff. C-59/00 : Rec. 2001, p. I-9505

(80) C. Bréchon-Moulènes, *Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, III-433.6

(81) B. Pennaneac'h et O. Moreau, « Le paquet législatif marchés publics : de la coordination à la codification », CJFL, n° 24, novembre-décembre 2003.

(82) Cons. 5 de la directive 2004/18 et 12 de la directive 2004/17.

(83) Cons. 28 de la directive 2004/18 et 42 de la directive 2004/17.

(84) Cons. 33 de la directive 2004/18 et 44 de la directive 2004/17.

(85) Art. 50 de la directive 2004/18 et 52-3 de la directive 2004/17.

(86) Règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 19 mars 2001, permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (Emas).

Transposition des directives : où en est-on ?

critères relatifs aux caractéristiques environnementales du produit ou du service objet de la consultation⁽⁸⁷⁾. L'insertion d'un tel critère devra naturellement respecter les limites fixées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux critères d'attribution⁽⁸⁸⁾. Ainsi, dans l'arrêt *Concordia Bus Finland*, la Cour de justice affirme que « lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas au dit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, soient 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 »⁽⁸⁹⁾. La portée de cet arrêt a été confirmée dans l'arrêt *EVN et Wienstrom contre République d'Autriche*⁽⁹⁰⁾.

Le code des marchés publics reprend l'ensemble des préoccupations environnementales énoncées dans les directives communautaires.

B) Les aspects environnementaux dans le code des marchés publics

La protection de l'environnement apparaît dans trois dispositions essentielles du code des marchés publics :

- Au stade de la sélection des candidatures et au titre de la capacité professionnelle et technique des candidats, l'article 45 autorise les acheteurs publics à demander des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement.

- L'article 53 permet de faire figurer les performances des candidats en matière de protection de l'environnement comme critère de choix des offres. Conformément à la jurisprudence communautaire⁽⁹¹⁾, l'instruction du code rappelle que « ce critère devra être lié à l'objet du marché ou aux conditions d'exécution, expressément mentionné dans l'avis de marché ou le cahier des charges, et respecter les principes posés par l'article 1^{er} du code. Comme pour les autres critères, ce critère ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public lors du choix de la meilleure offre »⁽⁹²⁾.
- Pour l'exécution d'un marché public, les acheteurs peuvent, sur le fondement de l'article 14, prévoir dans le cahier des charges des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas, elles non plus, avoir d'effet discriminatoire.

Ainsi, l'ensemble des préoccupations environnementales décrites dans les directives communautaires ont été transposées dans le code des marchés publics 2004. Concernant le projet de nouveau code des marchés publics, celui-ci maintient la possibilité d'introduire des clauses environnementales comme condition d'exécution du marché. En revanche, pour ce qui est de la sélection des candidatures, le projet réserve la possibilité d'apprécier la capacité professionnelle des candidats au regard de leur savoir faire en matière de protection de l'environnement, aux seuls marchés de travaux et de services. Sont donc *a priori* exclus les marchés de fourniture, alors qu'ils ne l'étaient pas dans le code 2004. Cela est cependant conforme aux directives marchés puisqu'elles restreignent la possibilité d'apprécier la capacité

environnementale des candidats à ces seules catégories de marchés, à l'exclusion des fournitures⁽⁹³⁾. Enfin le projet reprend « les performances en matière de protection de l'environnement » comme possible critère de sélection des offres.

Les préoccupations sociales ont également leur place dans le droit communautaire et français de la commande publique.

II. Le critère de l'insertion sociale

L'insertion sociale figure également dans les textes communautaires et dans le code des marchés publics. Cependant le code reconnaît plus de droit en cette matière que ne le font les directives.

A) Les préoccupations sociales dans les directives de 2004

À l'inverse de l'ensemble des mesures prévues pour la préservation de l'environnement, les directives communautaires ne développent pas explicitement toutes les potentialités des mesures d'insertion qui pourraient exister.

Tout d'abord, et concernant spécifiquement l'emploi des personnes handicapées, il est affirmé à la fois en préambule⁽⁹⁴⁾ et dans le corps du texte⁽⁹⁵⁾ que les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation des marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

En outre, les préambules affirment, concernant les conditions d'exécution d'un marché, qu'elles peuvent « avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage »⁽⁹⁶⁾. Cependant, malgré cette déclaration, les directives sont silencieuses sur une possible prise en compte des préoccupations sociales tant au stade de la sélection des candidatures que pour l'attribution du marché.

Elles ne prévoient ainsi aucune disposition équivalente à celle relative au système communautaire de management environnemental pour ce qui est de la sélection des candidatures. En outre, elles

(87) Art. 53 de la directive 2004/18 et 55 de la directive 2004/17.

(88) Cons. 1 des directives 2004/18 et 2004/17.

(89) CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab, anciennement Stagecoach Finland Oy Ab c/Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne*, aff. C-513/99 : Rec. 2002, p. I-7213.

(90) CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c/Republik Österreich*, aff. C-448/01 : CP-ACCP, n° 30, février 2004, p. 23.

(91) CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, préc.

(92) Circulaire modifiée NOR ECO Z0300024C du 7 janvier 2004 (JO du 8 janvier 2004).

(93) Art. 48-2-f de la directive 2004/18.

(94) Cons. 28 de la directive 2004/18 et 39 de la directive 2004/17.

(95) Art. 19 de la directive 2004/18 et 28 de la directive 2004/17.

(96) Cons. 33 de la directive 2004/18 et 44 de la directive 2004/17.

Transposition des directives : où en est-on ?

n'envisagent pas explicitement la possibilité de retenir, pour le jugement des offres, un critère social.

Le code des marchés publics reprend à son compte les potentialités des directives, et dépasse même celles-ci sur certains aspects.

B) Les préoccupations sociales dans le code des marchés publics

L'affichage des préoccupations sociales dans le code des marchés publics se manifeste tant par la place accordée aux personnes handicapées que par la reconnaissance des démarches d'insertion.

1 - Les personnes handicapées

Concernant tout d'abord la place accordée aux personnes handicapées, le code des marchés publics transpose la faculté ouverte par les directives de réserver l'accès à certains marchés publics à des ateliers protégés. Ainsi l'article 54-IV du code dispose que certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés aux ateliers protégés ou aux centres d'aide par le travail⁽⁹⁷⁾. En outre la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est venue modifier l'intitulé de la section 3 du chapitre III du titre III du code des marchés publics qui porte désormais sur les « conditions d'accès à la commande publique relatives à la situation fiscale et sociale des candidats ou au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (formule ajoutée par la loi) ou aux difficultés des entreprises ».

Ainsi, cette section est complétée par un article 44-1 qui prévoit que « ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes assujetties à l'obligation définie à l'article L. 323-1 du code du travail qui, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit la déclaration visée à l'article L. 323-8-5 du même code ou n'ont pas, si elles en sont redevables, versé la contribution visée à l'article L. 323-8-2 de ce code »⁽⁹⁸⁾. Pour contrôler le respect de cette obligation, le législateur a modifié l'article 45-1 du code des marchés publics, qui porte sur les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat et qui énonce désormais qu'au titre des capacités profession-

nelles, l'entreprise peut être amenée à faire figurer dans sa candidature des renseignements relatifs au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue à l'article L. 323-1 du code du travail. Dans une communication interprétative, la Commission européenne soulignait que les références autorisées ne permettent « de tenir compte de la "capacité sociale" de l'entreprise qu'à la condition que celle-ci atteste de l'aptitude technique, au sens précité, de l'entreprise à exécuter un marché donné »⁽⁹⁹⁾. En d'autres termes, il est nécessaire qu'il y ait un lien entre l'exigence de renseignements relatifs au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et l'objet du marché.

2 - L'insertion

Pour ce qui est de la reconnaissance d'une démarche d'insertion, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (dite loi Borloo) est venue compléter la liste des critères sur la base desquels un acheteur public peut sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse⁽¹⁰⁰⁾. L'article 58 de cette loi insère, dans la liste des critères de sélection des offres énoncés à l'article 53-II, un nouvel élément d'analyse possible relatif aux « performances [des candidats] en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Par cet ajout, est donc reconnue explicitement la faculté pour les acheteurs de juger les offres sur la base d'un critère social. Cette faculté est reconduite dans le projet de nouveau code des marchés publics.

Sur la question de la conformité au droit communautaire de cette disposition, certes les directives restent silencieuses, en revanche la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu que le mieux-disant social n'est légal pas seulement en tant que condition d'exécution du marché, mais aussi comme véritable cri-

tère de jugement des offres et d'attribution du marché⁽¹⁰¹⁾.

Enfin, à l'instar des directives, l'article 14 du code des marchés publics prévoit que les conditions d'exécution d'un marché peuvent « viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières, à lutter contre le chômage ».

Par ailleurs, le droit de la commande publique cherche à réserver dans l'achat public une place aux petites entités économiques.

III. La promotion économique des petites entreprises

Au-delà de la prise en compte d'impératifs sociaux et environnementaux dans l'achat public, les nouvelles directives permettent-elles d'assurer une certaine promotion économique d'entités « défavorisées » ? Tant sur la question du droit de préférence que sur celle de l'accès privilégié des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, l'on assiste à un tiraillement entre les règles communautaires et françaises.

A) Le droit de préférence

Les directives communautaires ne prévoient pas de dispositions particulières susceptibles de favoriser directement certaines entités économiques, comme les sociétés de coopératives ouvrières de production (Scop), les artisans, etc.

Concernant la possibilité d'accorder un droit de préférence à certaines structures, la Commission européenne avait adressé à la France, à propos du code des marchés publics 2001, une lettre qui relevait l'illégalité d'un régime spécifique privilégié réservé aux Scop, groupements de

(97) Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'État et des collectivités territoriales (JO du 30 novembre 2004).

(98) L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés est également étendue aux délégations de service public ; l'art. 30 de la loi du 11 février 2005 complète ainsi l'art. L. 1411-1 CGCT.

(99) Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (JOCE n° C 333 du 28 novembre 2001).

(100) Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (JO du 19 janvier 2005).

(101) CJCE 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/État des Pays-Bas*, aff. 31/87 : Rec. 1988, p. 4635 — CJCE 26 septembre 2000, *Commission c/République française*, aff. C-225/98 : Rec. 2000, p. I-7445 ; note F. Llorens, *Contrats marchés publ.*, décembre 2000, p. 14.

Transposition des directives : où en est-on ?

producteurs agricoles, artisans, ateliers protégés (etc.) eu égard au principe de libre prestation. Elle estimait que les directives européennes, alors applicables, ne permettaient pas une sorte de discrimination positive en leur faveur⁽¹⁰²⁾, à l'exception des ateliers protégés. Les directives 2004 ne prévoient, elles non plus, aucune mesure de discrimination positive au profit de ces entités, alors que le code des marchés publics reconnaît un droit de préférence à certaines.

L'article 54-I du code des marchés publics prévoit tout d'abord un droit de préférence général, à égalité de prix ou équivalence d'offres, au profit des Scop, des groupements de producteurs agricoles, des artisans, des sociétés coopératives d'artisans, des sociétés coopératives d'artistes ou des ateliers protégés. Ce dispositif est complété par celui de l'article 54-II dans lequel ces entités peuvent bénéficier d'un système de lots réservés dans la proportion du quart du montant des prestations, qui leur seront attribués de préférence aux autres soumissionnaires à équivalence d'offres. Il est donc permis de s'interroger sur la compatibilité de ces articles avec le droit communautaire.

Il semble en réalité que les directives de 2004 n'interdisent pas de tels régimes. En effet, le principe de non-discrimination qui en découle « impose aux États membres d'étendre le bénéfice des mesures préfé-

rentielles aux candidats des autres États membres présentant les mêmes caractéristiques »⁽¹⁰³⁾. Ce serait donc sous le respect de cette réserve que les dispositifs préférentiels et réservataires seraient compatibles avec les directives.

B) L'accès des PME aux marchés publics

Concernant l'accès des PME à la commande publique, les directives ne comportent aucune disposition équivalente au Small Business Act existant aux États-Unis et qui, tout en préservant l'esprit de libre concurrence, leur assure un accès proportionnel aux achats publics⁽¹⁰⁴⁾. Tout au plus le préambule répond à cette problématique en énonçant que, pour favoriser leur accès aux marchés publics, « il convient de prévoir des dispositions en matière de sous-traitance »⁽¹⁰⁵⁾. Les directives n'insèrent donc pas de mesures qui, par un effet direct, seraient susceptibles de favoriser les « petites entreprises ».

Le code des marchés publics 2004 comporte, lui, des mesures destinées à favoriser les PME dans l'accès à la commande publique. Il en est notamment ainsi de l'alotissement, des garanties accordées à la sous-traitance ou encore de la part réservataire et de l'attribution préférentielle des marchés⁽¹⁰⁶⁾. Cependant le projet de nouveau code marque une avancée sur ce

point ; il prévoit en effet que les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder, au titre des critères de sélection des offres, sur « la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites ou moyennes entreprises ou à des artisans ». Dès lors qu'un tel critère serait inséré dans une consultation, les candidats qui s'engageraient à sous-traiter certaines de leur prestation à ces entreprises verraient ainsi leur offre valorisée par rapport à celles d'autres candidats. Il reste que cette disposition demeure susceptible de subir la critique du juge au regard du principe d'égalité et de neutralité du droit des marchés publics⁽¹⁰⁷⁾.

Conclusion

La prise en compte d'une dimension sociale, environnementale et économique de l'achat public n'a pas été absente dans la rédaction des nouvelles directives Marchés. Pour autant, la place réservée à ces aspects-là n'a pas la même intensité selon la préoccupation concernée. Ainsi, tandis que les impératifs environnementaux figurent aux différentes étapes du processus de la commande publique, l'accès des PME aux achats publics est réduit à la portion congrue, c'est-à-dire au seul développement de la sous-traitance. Le code des marchés publics 2004, reprenant la plupart de ces critères, avait anticipé sur une transposition plus globale des directives de 2004. Quant au projet de nouveau code des marchés publics, il corrige et complète certaines dispositions.

Globalement, la reconnaissance de ces préoccupations dans l'achat public, tant au niveau communautaire que national, est encourageante. Cependant quels seront les effets concrets de la transposition de ces critères sur les discriminations qu'elles visent justement à éradiquer ? La question mérite d'être posée. ■

(102) J. Michon, « État des lieux de la réforme du code des marchés publics : dernier toilettage pour une libéralisation de la commande publique », Mon. TP, 21 novembre 2003.

(103) A. Bréville, « Le droit de préférence aux artisans, aux artistes, aux agriculteurs, aux Scop et aux ateliers protégés à l'épreuve du droit communautaire », CP-ACCP, n° 30, février 2004, p. 39.

(104) R. Apelbaum, « L'accès des "petites entreprises" américaines aux marchés publics fédéraux : The Small Business Act », CP-ACCP, n° 30, février 2004, p. 41.

(105) Cons. 32 de la directive 2004/18 et 43 de la directive 2004/17.

(106) J.-F. Sestier, « L'accès des PME à la commande publique », BJCP, n° 16, p. 214.

(107) CE 13 mai 1987, Sté Wanner Isofi Isolation, req. n° 39120 : Lebon, p. 171.