



HAL
open science

Les critères sociaux et environnementaux dans les marchés publics : de la divergence à la convergence des droits communautaire et interne

Hélène Pongérard-Payet

► **To cite this version:**

Hélène Pongérard-Payet. Les critères sociaux et environnementaux dans les marchés publics : de la divergence à la convergence des droits communautaire et interne. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2005, 06, pp.55–77. hal-01698695

HAL Id: hal-01698695

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01698695v1>

Submitted on 29 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES CRITÈRES SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX DANS LES MARCHÉS PUBLICS : DE LA DIVERGENCE À LA CONVERGENCE DES DROITS COMMUNAUTAIRE ET INTERNE

Par Hélène PONGÉRARD-PAYET
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

«Les marchés publics au secours (des chômeurs et) de l'environnement»¹ : l'idée a séduit et continue à séduire les collectivités publiques et les responsables politiques. Ces contrats occupent dans l'économie du pays plus de 10 % du PIB² et dans l'Union européenne 16 % du PIB, soit 1 429 milliards d'euros³. Pourquoi ne pas profiter des achats publics pour servir une politique sociale et écologique proche des préoccupations des citoyens ? Les personnes publiques ne peuvent-elles pas faire des marchés publics des vecteurs de la lutte contre le chômage et la dégradation de l'environnement ? L'idée n'est pas nouvelle. Il y a plus d'un siècle déjà, le décret du président Millerand du 10 août 1899 imposait d'insérer dans les marchés publics certaines clauses sociales relatives aux conditions du travail, notamment en termes de salaire, de repos hebdomadaire ou encore de durée du travail⁴. Ainsi, le droit des marchés publics a-t-il été le moteur d'impulsion de certaines réformes sociales nécessaires. La question a ressurgi à la fin des années 80 et s'est posée avec beaucoup d'acuité au début des années 90. À l'époque, les ministres n'ont pas hésité à inviter les entités adjudicatrices nationales et locales à prendre en compte dans les marchés publics qu'elles passent des critères d'emploi et d'insertion, en cosignant la célèbre circulaire du 29 décembre 1993⁵ ; puis en édictant celle du 14 décembre

¹ En référence à un article de F. Llorens et P. Soler-Couteaux, «Les marchés publics au secours de l'environnement», *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, repères, p. 3.

² V. C. Emery, *Passer un marché public : Principes, Procédures, Contentieux*, Paris, Collection Delmas, Dalloz, 2^e éd., 2004, p. 10, § 102 et p. 12, § 105 ; W. Mbilampindo, «Marchés publics : le sort du critère additionnel d'insertion dans le jugement des offres (Trib. adm. Strasbourg, 30 novembre 1999)», *LPA*, 26 juin 2000, n° 126, p. 10, spéc. p. 16.

³ En ce sens, la communication de la Commission du 7 mai 2003, «Stratégies pour le marché intérieur, priorités 2003-2006», COM (2003) 238 final, spéc. p. 19 ; W. Zimmer, «L'incidence des considérations environnementales sur le droit des marchés publics. A propos de l'arrêt CJCE du 10 avril 2003, "Commission c/ République fédérale d'Allemagne"», *Contrats et marchés publics*, juillet 2003, p. 4, spéc. note n° 5.

⁴ V. C. Bréchon-Moulènes, «Le marché public au service de l'emploi local ?», *MTPB*, 17 juin 1994, p. 58.

⁵ Circulaire interministérielle (signée par six ministres) du 29 décembre 1993, «Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics», *MTPB*, 14 janvier 1994, cahier "textes officiels", p. 235.

1995¹. S'inscrivant dans la même démarche, le législateur a intégré en 1998 dans le projet de loi relative à la lutte contre les exclusions un amendement visant à légitimer le mieux-disant social. Mais, en raison de la présence d'un cavalier législatif, l'amendement a été censuré par le Conseil constitutionnel, qui ne s'est pas prononcé au fond sur la constitutionnalité de la mesure².

Très vite, la volonté politique a été rattrapée par le droit, qui s'est intéressé de près à la question de la légalité de l'insertion de critères sociaux, puis environnementaux, dans les marchés publics. En effet, si l'idée apparaît légitime et attrayante en termes politiques, elle se heurte à un certain nombre de difficultés juridiques : la question de la compatibilité des finalités économiques de la commande publique avec la poursuite de fins d'intérêt général, telle l'insertion professionnelle ou la défense de l'environnement ; les problèmes d'égalité dans l'accès aux marchés publics liés au fait que certaines catégories d'entreprises, en particulier d'insertion, risquent d'être favorisées³. Le débat juridique s'est alors cristallisé autour de deux modalités d'insertion des aspects sociaux et environnementaux dans les marchés publics : les critères d'attribution et les critères d'exécution. Les critères d'attribution sont utilisés par l'acheteur public afin de choisir en toute objectivité son cocontractant⁴. Les critères ou conditions d'exécution qui figurent dans le cahier des charges s'appliquent à toute entreprise remportant le marché⁵. Les offres qui méconnaissent les exigences du cahier des charges doivent être éliminées. Après élimination de ces offres, il est procédé au choix de l'offre sur la base de critères objectifs d'attribution. Les aspects sociaux et écologiques ont-ils leur place, en toute légalité, dans l'un ou l'autre cadre ? Est-il préférable d'en faire des critères d'attribution ou des critères d'exécution ? Tout en se rejoignant sur la

¹ Circulaire du ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme du 14 décembre 1995, «Prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux», *MTPB*, 22 décembre 1995, cahier "textes officiels", p. 202.

² Décision n° 98-403-DC du 29 juillet 1998, *Rec.*, p. 276.

³ À cet égard, il faut préciser que les critères sociaux d'attribution ne doivent pas être confondus avec les mécanismes de préférence sociale, visant à attribuer un droit de préférence à certains groupements ou sociétés, telles les sociétés coopératives ouvrières de production (v. l'article 54 du code des marchés publics). En effet, la préférence n'est appelée à jouer qu'après application des critères de choix de l'offre et uniquement s'il y a égalité de prix ou équivalence d'offres : v. notamment, Patrick Schultz, *Éléments du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ, collection Systèmes, 2^e éd., 2002, spéc. p. 129. V. également CC, décision n° 2001-452-DC du 6 décembre 2001, loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), *Rec.*, p. 156 où le système de préférence sociale n'est pas en soi condamné, mais rigoureusement encadré dans le respect du principe d'égalité. Du fait de son ampleur et de son imprécision, l'article 12 de la loi MURCEF est jugé inconstitutionnel. Cet article visait à réserver un quart des lots des marchés publics aux associations et coopératives poursuivant certains objectifs d'utilité sociale, telle l'insertion professionnelle ou la lutte contre le chômage.

⁴ Pour une définition synthétique des critères d'attribution, v. M. Guibal, *Mémento des marchés publics*, Paris, Éd. du Moniteur, 3^e éd., 2001, p. 111.

⁵ Sur ces conditions, v. notamment J. Michon, *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Paris, Éd. du Moniteur, 2^e éd., 2002, p. 259 ; L. Dubin, «Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire», *AJDA*, juin 2002, p. 493, spéc. p. 497.

volonté d'encourager les autorités publiques à insérer des considérations sociales et environnementales dans leurs marchés, les droits communautaire et interne se sont initialement opposés sur les modalités de cette insertion (I). Les uns ont privilégié le statut de critère additionnel d'attribution ; les autres le statut de critère d'exécution. En conséquence, la divergence initiale entre les deux droits constitue non pas une divergence de principe, mais une divergence de degré dans la prise en compte des aspects sociaux et écologiques. Ils ont toutefois réussi récemment à dépasser leur antagonisme originel, qui était entretenu par la recherche d'un statut unique. Ils se sont progressivement orientés sur la voie d'un statut multiple en tendant vers une convergence statutaire mutuelle, d'autant qu'il existe de profondes similitudes dans les régimes communautaire et national d'application des critères sociaux et environnementaux (II).

I/ LA DIVERGENCE STATUTAIRE INITIALE DES DROITS COMMUNAUTAIRE ET INTERNE

À l'origine, les droits communautaire et interne des marchés publics ne s'intéressaient pas aux aspects sociaux et écologiques, trop éloignés de leurs finalités premières. Puis, sous la pression des responsables politiques, ils ont été amenés à les prendre en considération. Tout en se rapprochant sur le principe même de la prise en compte, ils se sont néanmoins opposés sur ses modalités concrètes. Cette divergence s'est construite progressivement pour se cristalliser au début des années 2000. Afin d'en appréhender l'ampleur, deux questions méritent d'être résolues : quelles sont les causes de la divergence ? (A). Comment s'est-elle manifestée ? (B).

A/ Les sources de la divergence

La divergence de degré opposant les droits communautaire et interne des marchés publics dans la prise en compte des aspects sociaux et écologiques est liée, d'une part aux finalités spécifiques des textes régissant l'achat public dans les années 90 (1), d'autre part à une première prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes pour le moins ambiguë sur la place à réserver aux considérations sociales lors de la passation des marchés publics (2).

1°/ Un droit écrit à finalité économique

Le code interne des marchés publics dans sa rédaction antérieure au décret du 7 mars 2001 et les directives communautaires¹, antérieures à la directive "marchés

¹ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, dite directive fournitures ; directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, dite directive travaux ; directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, dite directive secteurs exclus ou secteurs spéciaux ; directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, dite directive services.

publics" unifiée du 31 mars 2004¹, ne contiennent aucune règle spécifique sur la prise en considération des critères sociaux et environnementaux, que ce soit comme critère d'attribution ou condition d'exécution des marchés publics. Ce silence est lié aux finalités spécifiques poursuivies par ces textes, qui *a priori* apparaissent difficilement conciliables avec les impératifs d'une politique sociale ou écologique.

Dans la conception française du droit des marchés publics, l'achat public revêt un caractère instrumental. Outil de satisfaction des besoins de l'administration, il vise avant tout à procurer des travaux, des fournitures et des services aux collectivités publiques aux meilleures conditions de qualité et de coût. Dans ce contexte, l'assujettissement à des obligations de publicité et de mise en concurrence ne constitue pas une fin en soi, mais permet d'atteindre cet objectif premier de l'achat public et surtout de moraliser l'action administrative². En 1996, le commissaire du gouvernement au Conseil d'État, Monsieur Stéphane Fratacci soulignait que vouloir faire de la politique de l'emploi un critère de choix des offres revenait à nier ce caractère instrumental spécifié par l'article 1^{er} du code des marchés publics et se rapprochait «*d'une erreur de droit au regard de la finalité de la commande publique*»³. Dans le même ordre d'idées, un de ses confrères a soutenu que le «*principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics (correspond à) l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que la réalisation du meilleur achat au meilleur coût*»⁴. En vertu de ce principe, le droit des marchés publics s'analyse donc comme un droit économiquement neutre dont la neutralité fondamentale s'oppose en principe à la prise en considération d'éléments étrangers à

¹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE*, n° L 134, 30 avril 2004, p. 114. Cette norme a refondu les trois anciennes directives "marchés publics" en un seul texte cohérent, afin de simplifier et de moderniser le cadre juridique des marchés publics. Pour un premier commentaire, v. A. Tessier, «Les nouvelles directives communautaires sur les procédures de passation des marchés publics : quelles innovations ?», *Dr. adm.*, juillet 2004, p. 7. V. également les commentaires anticipés suivants, basés sur les propositions de directives : S. Chavarochette, «La coordination des procédures de passation des marchés publics», *ACCP*, n° 5, novembre 2001, p. 49 ; P. Cossalter, «La future directive unifiée sur les marchés publics», *La revue des marchés publics des collectivités territoriales*, n° 41, août-septembre 2003, p. 12 ; A. Mattera, «Vers un Code européen des marchés publics. Simplification, modernisation, et clarification de la réglementation existante», *Rev. du droit de l'Union européenne*, n° 3/2000, p. 523 ; T. Millett, «Marchés publics : Panorama des nouvelles directives européennes», *MTPB*, 13 février 2004, p. 74 ; A. Tessier, «La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics», *BJCP*, 2003, n° 27, p. 90.

² V. L. Richer, *Le droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 3^e éd., 2002, spéc. § 481 et 542.

³ V. ses concl. sur CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment (*Rec. Leb.*, p. 164), *CJEG*, 1996, p. 427, spéc. p. 431 et *RFDA*, 1997, p. 73, spéc. pp. 77-78.

⁴ V. les concl. de D. Piveteau sur CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, *AJDA*, janvier 2002, p. 46, spéc. p. 47.

l'objet même du marché ou aux besoins de l'acheteur public¹.

Au niveau communautaire, les directives marchés publics ne poursuivent pas non plus des objectifs sociaux ou écologiques. Elles répondent à une logique concurrentielle. Elles visent à assurer dans le cadre du marché unique une concurrence effective entre les agents économiques à l'échelle européenne et à rendre l'achat public davantage performant². L'objectif consiste à faire en sorte que les marchés soient attribués aux offres présentant le meilleur rapport qualité/prix.

Dans ce contexte juridique dominé par des considérations économiques, il s'agit de permettre aux collectivités publiques de choisir l'offre la plus intéressante en termes économiques ou l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de critères objectifs expressément mentionnés dans les textes³. Toutefois, ces derniers permettent aux collectivités de recourir à d'autres critères que les critères textuels. La question s'est donc posée de savoir si le mieux-disant social ou environnemental pouvait être utilisé en toute légalité comme critère additionnel de choix des offres. Une réponse a été apportée pour la première fois par la Cour de justice des Communautés européennes en 1988.

2 / Une première jurisprudence communautaire ambiguë

Dans l'arrêt Beentjes⁴, le litige au principal mettait en cause la passation d'un marché de travaux par le ministère de l'agriculture et de la pêche en matière de remembrement. L'offre de l'entreprise Beentjes avait été écartée au motif qu'elle ne semblait pas capable de satisfaire à une condition d'emploi de chômeurs de longue durée. Cette condition était pourtant visée expressément dans l'avis de marché et le

¹ En ce sens, C. Jourdain, «L'intégration d'aspects sociaux et de considérations environnementales dans les marchés des administrations et entreprises publiques», *CJEG*, avril 2003, n° 597, p. 215, spéc. p. 219, § I-2.

² V. P. Martin-Genier, «Le respect de l'environnement : un critère à part entière», *La revue des marchés publics des collectivités territoriales*, n° 38, avril 2003, p. 5, spéc. p. 6.

³ Le code des marchés publics antérieur au décret du 7 mars 2001 visait les critères suivants : prix des prestations, coût d'utilisation, valeur technique et délai d'exécution (v. L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *Lamy Droit public des affaires*, 2004, § 2703, p. 1235). A cette liste réglementaire, le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics (*JORF*, n° 571, 8 mars 2001, p. 37003 ; édition mise à jour du 22 novembre 2002 du code des marchés publics, Éd. des Journaux officiels, 2002, spéc. p. 28) a ajouté les critères suivants à l'article 53-II, après avoir pris soin de placer le critère du prix en fin de liste : qualités esthétiques et fonctionnelles ; rentabilité ; service après-vente et assistance technique ; date et délai de livraison. Concernant les directives communautaires antérieures au 31 mars 2004 (préc., *supra*, note n° 11), la liste des critères exprès varie quelque peu en fonction de la directive concernée (v. l'article 26 § I, b), de la directive fournitures ; l'article 30 § I, b), de la directive travaux ; l'article 36 § I, a), de la directive services et l'article 34 § I, a), de la directive secteurs exclus). Par exemple, l'article 26 § I, b), de la directive fournitures fait référence aux critères suivants : prix, délai de livraison, coût d'utilisation, rentabilité, qualité, caractère esthétique et fonctionnel, valeur technique, service après-vente et assistance technique.

⁴ CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, aff. 31/87, *Rec.*, p. 4635 ; p. 4643, concl. M. Darmon.

cahier des charges¹. Selon la Cour de Luxembourg, cette condition ne concerne ni un critère de sélection des entrepreneurs en fonction de leurs capacités économique, technique et financière ; ni un des critères d'attribution visés dans la directive en cause². Il s'agit d'une «condition particulière supplémentaire»³, qui est compatible avec la directive sous certaines réserves⁴. «Celle formule sibylline»⁵, susceptible d'une double interprétation, a contribué à obscurcir le débat. Beaucoup - comme la Commission européenne⁶ - y ont vu la consécration d'une condition d'exécution du marché et en aucun cas celle d'un critère de jugement des offres. En revanche, d'autres - comme les auteurs de la circulaire du 29 décembre 1993⁷ - y ont perçu un critère d'attribution du marché.

C'est dans ce flou juridique d'une Europe du mieux-disant social en marche, que le Conseil d'État français a été amené à prendre position à propos précisément de cette circulaire. Sa position va se révéler en contradiction avec celle de la Cour, telle qu'elle sera ultérieurement précisée.

B/ Les éléments de la divergence

En septembre 2000, un recours en manquement à l'encontre de la France offre l'occasion à la Cour de justice des Communautés européennes de préciser la jurisprudence Beentjes. Elle se prononce alors explicitement en faveur du critère social d'attribution (1). Auparavant, la juridiction administrative française s'était prononcée dans un sens différent. Elle ne va pas pour autant infléchir sa jurisprudence classique, qui sera confortée par le décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics⁸ (2).

¹ *Idem*, points 5 et 32 de l'arrêt ; point 32 des concl. L'avis de marché ainsi qu'une clause du cahier des charges imposaient de recruter au moins 70 % de la main d'œuvre chargée d'exécuter les travaux parmi des chômeurs de longue durée, en passant par le bureau régional de l'emploi.

² V. point 28 de l'arrêt.

³ V. points 36 et 37 de l'arrêt.

⁴ Selon le point 37 de l'arrêt, la condition d'emploi de chômeurs de longue durée ne doit pas avoir d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard de soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté. Elle doit, en outre, être mentionnée dans l'avis de marché.

⁵ L. Dubin, *op. cit.*, p. 495. Dans le même sens, S. Braconnier, *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, 2002, spéc. p. 200 ; C. Jourdain, *op. cit.*, p. 223.

⁶ Sur la position de la Commission, v. sa communication du 22 septembre 1989, «Marchés publics, aspects régionaux et sociaux», COM (89) 400 final ; *JOCE*, C. 311, 12 décembre 1989, p. 7, spéc. p. 12, § 47 ; CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/ France, aff. C-225/98, *Rec. I*, p. 7445, spéc. point 46 et point 36 des concl. S. Alber adoptant une position similaire aux points 43, 48 et 49. Dans le même sens, v. notamment C. Bréchon-Moulènes, «Le marché public au service de l'emploi local ?», *op. cit.*, pp. 59-60 ; O. Guézou, «Critères de choix des offres», in C. Bréchon-Moulènes (sous la dir. de), *Droit des marchés publics*, Éd. du Moniteur, fasc. III.430, octobre 2001, spéc. pp. 19 et 23 ; D. Piveteau, *op. cit.*, p. 48.

⁷ *Loc. cit.* V. aussi S. Fratacci, *op. cit.*, *CJEG*, p. 431 ; *RFDA*, p. 77.

⁸ Préc., *supra*, note n° 18. Ce décret a été abrogé par l'article 2 du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, *JORF*, n° 6, 8 janvier 2004, p. 37003 (v. également le *Code des marchés publics*, Paris, Éd. des Journaux officiels, 2004).

1 / Une jurisprudence communautaire favorable au critère additionnel d'attribution

Dans l'affaire *Commission c/ France*¹, la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord avaient dans le cadre d'un "plan lycée" publié plusieurs avis de marché concernant la construction de bâtiments scolaires. S'inspirant de la circulaire du 29 décembre 1993², ces avis se référaient à différents critères de jugement des offres³, parmi lesquels un critère additionnel lié à la lutte contre le chômage. La Commission a contesté la régularité de ce critère sur la base de la jurisprudence *Beentjes*. Selon elle, cette jurisprudence n'autorisait la prise en compte d'actions liées à l'insertion de chômeurs que dans le cadre d'une condition d'exécution du marché⁴. La Cour de Luxembourg a néanmoins considéré, contrairement à son Avocat général⁵, que le mieux-disant social pouvait constituer un critère licite d'attribution d'un marché, dans la mesure où la directive travaux n'interdisait pas son utilisation⁶. Elle a décidé, en outre, de contrer dans une formule lapidaire l'interprétation erronée et restrictive que la Commission avait faite de sa jurisprudence *Beentjes*⁷. En dépit de la fermeté de la Cour, la juridiction administrative française a maintenu sa jurisprudence restrictive en la matière.

2 / Un droit interne a priori hostile au critère additionnel d'attribution, mais favorable à la condition d'exécution

Le code des marchés publics antérieur au décret du 7 mars 2001⁸, de même que celui issu de ce décret⁹, autorise le recours à des critères additionnels de choix des offres à la condition notamment qu'ils aient un lien avec l'objet du marché ou ses

¹ CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, aff. C-225/98, *Rec. I*, p. 7445 ; p. 7449, concl. S. Alber ; *AJDA*, 2000, p. 1055, note C. Lambert ; *Journal des Tribunaux/Droit européen*, décembre 2000, n° 74, p. 245, note P. Lefèvre ; *MTPB*, 13 octobre 2000, p. 126, note J. Michon ; *RDI*, 2001, p. 61, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Contrats et marchés publics*, décembre 2000, comm. 37 et 38, pp. 14 et 15, note F. Llorens.

² V. point 20 de l'arrêt et point 37 des concl. S. Alber.

³ Sur la liste des critères concernés, v. le point 18 de l'arrêt.

⁴ Sur la position de la Commission, v. le point 46 de l'arrêt et le point 36 des concl. S. Alber.

⁵ V. points 48 et 49 des concl. S. Alber.

⁶ V. points 49 et 50 de l'arrêt, où après avoir rappelé les critères d'attribution visés expressément par l'article 30 § 1 de la directive 93/37/CEE (point 49), la Cour précise que «cette disposition n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage» (point 50).

⁷ V. point 52 de l'arrêt où la Cour affirme : «s'agissant de l'argument présenté par la Commission selon lequel l'arrêt *Beentjes*, précité, concernait une condition d'exécution du contrat et non pas un critère d'attribution du marché, il suffit de constater que, ainsi qu'il résulte clairement du point 14 de l'arrêt *Beentjes*, précité, la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée, qui était en cause dans cette affaire, avait servi de base pour exclure un soumissionnaire et ne pouvait, dès lors, que constituer un critère d'attribution du marché».

⁸ V. L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *loc. cit.*

⁹ *Ibid.*, § 2706, p. 1236.

conditions d'exécution. Néanmoins, il serait vain de chercher dans la jurisprudence administrative la reconnaissance de critères additionnels¹. Ainsi, lorsque de tels critères ont été évoqués devant le juge administratif, qu'il s'agisse de la taille de l'entreprise² ou de son implantation locale³, il les a écartés faute de lien avec l'objet de l'objet du marché. La seule exception concerne le cas où l'exigence de l'implantation locale de l'entreprise constitue une condition de bonne exécution du marché, figurant à ce titre dans le cahier des charges⁴.

Le mieux-disant social est également tombé sous le coup de la condition liée à l'objet du marché. Dans un arrêt Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment, rendu le 10 mai 1996 sur conclusions conformes du commissaire du gouvernement⁵, le Conseil d'État a neutralisé la portée de la circulaire du 29 décembre 1993. Celle-ci permettait de faire du critère de l'emploi relatif à la lutte contre le chômage et à l'insertion professionnelle un critère additionnel d'attribution des marchés publics à côté des critères réglementaires. Le Conseil d'État lui a dénié tout caractère réglementaire, en indiquant que *«les mentions relatives au "critère additionnel" (...) constituent une simple déclaration d'intentions (...), sans que cette déclaration d'intentions puisse constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires (...) ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires»*.

La Haute juridiction administrative a confirmé sa position dans l'arrêt

¹ En ce sens, P. Zavoli, «Les critères additionnels lors de la passation des marchés vus du droit communautaire et du droit français», *Bulletin d'actualité - Lamy Droit public des affaires*, n° 62, Octobre 2002, p. 1, spéc. pp. 4-5.

² Sur l'illégalité des critères visant à favoriser les PME, v. TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, 2^e espèce, Préfet de la Seine-Saint-Denis, *BJCP*, 2001, n° 17, p. 355 ; *Contrats et marchés publics*, novembre 2001, comm. 202, p. 10, note F. Olivier ; CE, 13 mai 1987, Société Wanner Isofi Isolation, *Rec. Leb.*, p. 171.

³ V. notamment, TA Montpellier, 5 mars 1986, Préfet commissaire de la République des Pyrénées-Orientales, *Rec. Leb. tables*, p. 608, concernant l'exigence illégale d'être immatriculé au registre du commerce du département d'exécution du marché ; TA Bordeaux, 3 juillet 1986, Société d'aménagement urbain et rural, *Rec. Leb. tables*, p. 608, concernant l'exclusion illégale des entreprises n'ayant ni siège social, ni représentation locale dans le département d'attribution du marché ; CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, *Rec. Leb. tables*, p. 1035 ; *Dalloz*, 1995, Somm., p. 245, obs. P. Terneyre, où une décision d'attribuer un marché à une entreprise locale afin notamment de favoriser l'emploi local est entachée d'erreur de droit car le motif retenu est sans rapport avec la réglementation des marchés publics.

⁴ V. CE, 14 janvier 1998, Société Martin-Fourquin, *RDI*, 1998, p. 243, chr. F. Llorens et P. Terneyre. En l'espèce, le marché consacré à l'entretien d'espaces verts a été légalement attribué à une entreprise qui ne possédait pas une antenne locale dans le département d'exécution du marché, mais qui s'était engagée à en créer une. Selon le CE, l'obligation d'une implantation locale était *«justifiée en l'espèce par l'objet du marché»*.

⁵ Préc., *supra*, note n° 14. V. également les notes suivantes : *Dr. adm.*, Août-Septembre 1996, n° 419, p. 10 ; *Quot. jur.*, n° 66, 15 août 1996, p. 5, note D. Moreno ; *RDI*, 1996, p. 369, chr. F. Llorens et P. Terneyre ; *AJDA*, 1997, p. 196, note S. Maljean-Dubois ; *Dalloz*, 1997, n° 14, Somm., p. 110, P. Terneyre.

Commune de Gravelines du 25 juillet 2001¹, alors même que la Cour de justice des Communautés européennes s'était prononcée sans ambiguïté en faveur d'un critère d'attribution dans la décision Commission c/ France du 26 septembre 2000². L'affaire soumise au Conseil d'État concernait un marché de déblaiement de fossé et de dépollution des déblais, destiné à réhabiliter la célèbre forteresse de Gravelines, qui était devenue une décharge sauvage. La commune avait inséré dans le règlement de la consultation un critère additionnel relatif aux «*propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation*». Le juge du référé a cependant enjoint à la commune de supprimer ce critère. Jugeant ledit critère sans rapport avec l'objet du contrat ou ses conditions d'exécution, le Conseil d'État a confirmé en cassation l'ordonnance du juge, qui n'était donc pas entachée d'une erreur de droit. Quelque temps auparavant, le tribunal administratif de Strasbourg s'était prononcé dans un sens identique à propos d'un marché de nettoyage et de balayage des terrains de stationnement des gens de voyage passé par la Communauté urbaine de Strasbourg³.

Nombre de commentateurs ont déduit de la jurisprudence administrative une hostilité du juge à l'égard du mieux-disant social comme critère de choix des offres⁴. La portée de cette jurisprudence doit toutefois être relativisée dans la mesure où ce sont les conditions posées par le code des marchés publics à l'utilisation d'un quelconque critère additionnel qui ont conduit le juge national à adopter une position plus restrictive que celle du juge communautaire⁵. En outre, le critère du mieux-disant social n'est pas en soi condamné. Seule l'absence de rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution est condamnée.

Prenant en considération les réserves émises par le Conseil d'État concernant un critère d'attribution, le décret du 7 mars 2001 a rangé les aspects sociaux et environnementaux, non pas parmi les critères réglementaires de choix des offres,

¹ Préc., *supra*, note n° 15. V. également les notes suivantes : *BJCP*, 2001, n° 19, p. 490 ; *Dr. adm.*, octobre 2001, p. 24, n° 212, note D. P. ; *ACCP*, 2001, n° 5, p. 30, note L. Richer (« Critère additionnel social : critère de choix des offres ou condition d'exécution ? ») ; *RDI*, 2002, p. 62, obs. M. Degoffe.

² Préc., *supra*.

³ Le critère de choix relatif à l'insertion professionnelle qui figurait dans l'avis de publicité et le règlement de la consultation a été jugé sans rapport avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché, lequel a en conséquence été annulé : TA Strasbourg, 30 novembre 1999, Préfet de la Région Alsace, Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, Société Au Port'Unes, *AJDA*, 2000, p. 459, concl. P. Devillers ; *RGCT*, n° 11, mai-juin 2000, p. 250, concl. P. Devillers et note J.-Y. Chérot ; *LPA*, 26 juin 2000, n° 126, p. 10, note W. Mbilampindo.

⁴ V. notamment, T. Gliozzo, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA*, 23 décembre 2002, p. 1471, spéc. pp. 1473-1474 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Un nouveau souffle pour le "mieux disant social" », *Contrats et Marchés publics*, septembre 2001, Repères, p. 3 ; W. Mbilampindo, *ibid.*, p. 14 ; L. Richer, « Critère additionnel social... », *loc. cit.* ; R. Vandermeeren, « Les nouveaux critères d'attribution des marchés publics », *MTPB*, 15 décembre 2000, cahier « Actes du forum Marchés 2000 », p. 11, spéc. p. 12 ; P. Zavoli, *op. cit.*, p. 5.

⁵ V. en ce sens, O. Guézou, *op. cit.*, p. 25 ; D. P., préc., *supra*, note n° 42.

mais parmi les conditions d'exécution du marché en leur consacrant un article 14¹.

En définitive, à ce stade de l'analyse, nous constatons qu'il existe une divergence de degré entre les droits communautaire et interne dans la prise en compte des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics. Cette divergence s'est manifestée essentiellement à l'égard des aspects sociaux. Un rapprochement va toutefois se réaliser à propos du critère écologique.

II/ LA CONVERGENCE DES DROITS COMMUNAUTAIRE ET INTERNE

Les droits communautaire et interne des marchés publics ont réussi récemment à dépasser leur divergence initiale relative au statut des critères sociaux et environnementaux (A). Cette convergence se retrouve au niveau du régime d'application des critères. Les limites qui ont été progressivement posées à la liberté des acheteurs publics de recourir à de tels critères présentent, en effet, de grandes similitudes en droit communautaire et en droit interne (B).

A/ La convergence statutaire mutuelle des droits communautaire et interne

Sous la pression du développement durable², la convergence s'est opérée naturellement en matière d'achat écologique. Le rapprochement s'est effectué non pas à sens unique, mais à double sens, les deux droits s'influençant mutuellement (1). De même, une certaine convergence est en voie de réalisation concernant les aspects sociaux, même si la prise en compte de ces aspects dans les marchés publics apparaît plus problématique (2).

1 / Une convergence effective concernant le critère environnemental

La construction communautaire ne s'est véritablement intéressée à la question écologique qu'à partir de l'Acte unique européen, signé les 17 et 28 février 1986 et

¹ Cet article, qui demeure inchangé dans le nouveau code des marchés publics du 7 janvier 2004, dispose : «*La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement.*

Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.».

² Apparu dans les années 70 et consacré en 1992 au "Sommet de la Terre" à Rio de Janeiro, ce concept est basé sur la recherche d'une croissance économique respectueuse des besoins des générations futures. Il vise en particulier à éliminer la pauvreté, à réduire et éliminer les modes de production et de consommation non viables ainsi qu'à intégrer l'environnement dans les politiques de développement. Sur ce concept, v. notamment, C. Cans, «Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences», *AJDA*, 10 février 2003, n° 5, p. 210 ; X. Pinaud, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Les cahiers du Criveau n° 7, Pulim, Limoges, 2003, spéc. pp. 23 et suiv. ; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Paris, Précis Dalloz, 5^e éd., 2004, spéc. § 47 et suiv., 76 et 77 ; R. Romi, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Domat Droit public, Montchrestien, 5^e éd., 2004, spéc. pp. 423-425.

entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987¹. Néanmoins, il faut attendre le traité de Maastricht, signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, pour que la protection de l'environnement devienne un objectif de l'Union. En outre, sous la pression du développement durable, le traité d'Amsterdam (signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999) rend obligatoire l'intégration des exigences de protection de l'environnement dans les autres politiques de l'Union². Dans ce contexte, les autorités communautaires ont décidé de tirer parti de la réglementation des marchés publics pour promouvoir une politique environnementale et de développement durable. La Commission, puis la Cour de justice des Communautés européennes vont faire pression en faveur de l'achat écologique, en se prononçant explicitement en faveur des critères d'attribution et d'exécution de nature environnementale (a). La pression s'est avérée si forte que le code français des marchés publics du 7 janvier 2004 s'est aligné sur la jurisprudence communautaire (b).

a) *Un droit communautaire ouvert aux critères d'attribution et d'exécution*

La Commission européenne a publié en novembre 2001 une communication interprétative sur les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics³. Elle y a présenté toute une palette de ces diverses possibilités, en consacrant la faculté pour les collectivités de prendre en compte des impératifs environnementaux à tous les stades de la passation d'un marché, notamment lors de la définition de l'objet du marché, du choix de la meilleure offre et de l'exécution du marché.

Dans une décision du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*⁴, la Cour

¹ Pour un aperçu de la politique communautaire de l'environnement, v. notamment « Environnement », in C. Degryse, Dictionnaire de l'Union européenne, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, pp. 192-193. L. Dubouis et C. Blumann, Droit matériel de l'Union européenne, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2001, p. 157. P. Thieffry, Politique communautaire de l'environnement, Juris-Classeur Europe, fasc. 1900, 2000.

² Selon l'article 6 CE, « les exigences de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable ». V. W. Zimmer, *op. cit.*, p. 4.

³ Communication interprétative du 4 juillet 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés », COM 2001, 274 final ; *MTPB*, 27 juillet 2001, cahier "textes officiels", p. 415 ; *JOCE*, n° C. 333, 28 novembre 2001, p. 12. Pour un commentaire de cette communication, v. M.-C. Bergerès, « Protéger l'environnement grâce aux achats écologiques », *MTPB*, 1^{er} février 2002, p. 74 ; N. Charrel, « Achat écologique et critères environnementaux : l'introduction "frileuse" des critères environnementaux en droit français », *ACCP*, n° 3, septembre 2001, p. 51 ; A. Saada, « Vers un critère environnemental ? », *MTPB*, 27 juillet 2001, p. 55. La prise en considération des critères d'ordre écologique dans les marchés publics avait déjà été évoquée dans les communications suivantes de la Commission, respectivement du 11 mars 1998 et du 15 mai 2001 : « Les marchés publics dans l'Union européenne », COM (1998) 143 final ; « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », COM (2001) 264 final.

⁴ CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, *Rec. I*, p. 7213 et p. 7215, concl. J. Mischo : chr. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *AJDA*, 4 novembre 2002, p. 1124 ; obs. F. Berrod, *Europe*, novembre 2002, comm. 376, p. 22 ; note D. Blaise, *AJDA*, 10 mars 2003, p. 433 ; obs.

de Luxembourg a pu également se prononcer sur le critère écologique, à propos d'un marché passé par la ville d'Helsinki pour la gestion de son réseau d'autobus urbains. Dans l'avis de marché, un critère environnemental - à savoir "la gestion par l'entrepreneur en matière de qualité et d'environnement" - figurait parmi plusieurs critères de choix des offres (prix global ; qualité du matériel roulant), assortis chacun de points. Le règlement de la consultation prévoyait, en outre, l'attribution de points supplémentaires aux candidats s'engageant à respecter un niveau d'émission d'azote et un niveau sonore inférieurs à certains plafonds. Evincée à l'issue de la procédure au profit de l'entreprise communale de transport, la société Concordia Bus Finland a contesté la légalité du critère écologique utilisé. Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel opéré par la juridiction d'appel, la Cour de justice des Communautés européennes précise, en suivant son Avocat général, que les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ne doivent pas nécessairement être de nature purement économique¹. Rappelant notamment le contenu de l'article 6 CE, elle considère en conséquence qu'un pouvoir adjudicateur peut prendre en compte des critères écologiques dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse², sous quatre réserves cumulatives cependant. Les critères doivent être liés à l'objet du marché, ne pas conférer une liberté inconditionnée de choix au pouvoir adjudicateur, être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respecter les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination³. L'ensemble de ces conditions à la licéité du recours à un critère écologique d'attribution se retrouve dans l'arrêt EVN et Wienstrom du 4 décembre 2003⁴, relatif à un marché de fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables passé par un land autrichien⁵.

La directive "marchés publics" unifiée du 31 mars 2004⁶ conforte la jurisprudence de la Cour. Elle comporte, en effet, un article 53 paragraphe 1, a), qui intègre «*les caractéristiques environnementales*» parmi les critères exprès de choix

M. Degoffe, *RDI*, mai-juin 2003, p. 272 ; note B. Geneste, *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 21 octobre 2002, fasc. 1043, p. 56 ; note F. Llorens, *Contrats et marchés publics*, novembre 2002, p. 16 ; obs. M.-C. M., *AJDA*, 23 septembre 2002, p. 780 ; obs. A. Ménéménis, *Dr. adm.*, novembre 2002, n° 11, comm. 174, p. 15 ; S. Pignon, *LPA*, 23 décembre 2002, n° 255, p. 4. V. également S. Chavarochette, «L'intégration qualitative des critères environnementaux dans les marchés publics», *ACCP*, n° 16, novembre 2002, p. 50 ; P. Cossalter, «Droit européen et critère environnemental», *La revue des marchés publics des collectivités territoriales*, n° 43, novembre 2003, p. 12 ; J.-P. Desovidal et C. Pey, «Le critère environnemental : un critère de choix», *La revue des marchés publics des collectivités territoriales*, n° 40, juin-juillet 2003, p. 10 ; P. Martin-Genier, *loc. cit.*

¹ Point 55 de l'arrêt et points 103 et 104 des concl.

² Point 57 de l'arrêt et point 117 des concl.

³ Points 64 et 69 de l'arrêt, et points 117 et 123 des concl. où l'Avocat général se réfère uniquement aux deux dernières restrictions liées aux impératifs de publicité et de non-discrimination.

⁴ Aff. C-448/01, concl. J. Mischo ; *Europe*, février 2004, comm. 40, p. 13, obs. F. Berrod.

⁵ V. en particulier les points 33 et 34 de l'arrêt.

⁶ Préc., *supra*.

de l'offre économiquement la plus avantageuse. En outre, s'inspirant sans doute de la position française, un article 26 relatif aux conditions d'exécution du marché précise que «*les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales*». Le droit interne a pu ainsi influencer le droit communautaire concernant le critère écologique d'exécution, tout en acceptant de s'aligner lui-même sur la jurisprudence communautaire concernant le critère écologique d'attribution.

b) L'alignement du code interne des marchés publics sur le droit communautaire

Prenant en considération la jurisprudence *Concordia Bus Finland* et anticipant sur le contenu de la nouvelle directive unifiée, le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics¹ ajoute à la liste des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse énumérés à l'article 53-II le critère des «*performances (de l'offre) en matière de protection de l'environnement*». Il faut quand même relever que le président du Tribunal administratif de Montpellier s'était déjà prononcé en faveur du critère écologique d'attribution, sans attendre la jurisprudence *Concordia Bus Finland*, ni la réforme du code des marchés publics. Dans une ordonnance du 31 juillet 2001, rendue dans l'affaire *Guintoli*², il a jugé que la commune de Leucate «*pouvait légalement insérer, dans le règlement de la consultation, un critère additionnel de sélection des entreprises imposant à ces dernières de préciser les mesures qu'elles entendaient prendre en ce qui concerne la protection de l'environnement*». Ce critère était légal dès lors que les travaux devaient se dérouler dans une zone écologiquement sensible et dès lors qu'il présentait avec l'objet du marché et ses conditions d'exécution un rapport suffisant au sens de l'article 53-II du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001. Mais, il est vrai que le nouveau code des marchés publics confère au critère écologique plus de sécurité juridique en lui décernant le statut de critère réglementaire d'attribution en lieu et place du statut de critère additionnel d'attribution.

L'article 14 du code relatif aux conditions d'exécution du marché demeure pour sa part inchangé³. Il permet toujours d'insérer dans le cahier des charges une clause relative à la préservation de l'environnement. Au titre des nouveautés, l'article

¹ Préc., *supra*, note n° 27. En vertu de l'article 1^{er} du décret, le code est entré en vigueur dès publication, excepté l'article 133 relatif aux commissions spécialisées des marchés. Pour un premier commentaire relatif aux critères de choix des offres, v. A. Ruellan, «Les critères de choix des offres dans le nouveau code des marchés publics», *AJDA*, 23 février 2004, p. 378. V. aussi, S. Braconnier, «Le nouveau code des marchés publics : entre responsabilisation et libéralisation», *JCP Entreprise et Affaires*, 29 avril 2004, n° 18, fasc. 647, p. 704, spéc. p. 714 ; J.-D. Dreyfus, «Une réforme axée sur la responsabilité de l'acheteur», *AJDA*, 23 février 2004, p. 362, spéc. p. 366, ainsi que la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics (*JORF*, n° 6, 8 janvier 2004, p. 37031), publiée in *Code des marchés publics, op. cit.*, p. 75, spéc. p. 109 concernant le critère environnemental.

² TA Montpellier, ord., 31 juillet 2001, SA *Guintoli c/ Commune de Leucate*, *ACCP*, n° 15, octobre 2002, p. 52, note N. Charrel.

³ Préc., *supra*.

45 du nouveau code des marchés publics relatif à la capacité des candidats prévoit, à l'instar de la nouvelle directive unifiée¹, qu'«*au titre (des) capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement*». Enfin, afin de rendre effectives les avancées du code en matière d'achat écologique, le ministère de l'Écologie et du Développement durable a créé en mars 2004 un nouveau «*Groupement Permanent d'Etude des Marchés*» (GPEM), intitulé «*Développement durable, environnement*»². Il sera notamment chargé d'assister les acheteurs publics dans la mise au point de leurs marchés et de mettre à leur disposition entre autres des documents types de marchés, intégrant les considérations environnementales.

Le droit interne s'est finalement prononcé en faveur de l'achat écologique dans le cadre d'un statut multiple. La prise en compte de considérations sociales dans un tel cadre s'avère en revanche plus problématique, sans pour autant s'avérer impossible.

2°/ Une convergence réalisable concernant le critère social

Sans doute les traités originaires et surtout l'Acte unique européen se préoccupent-ils dans une certaine mesure de la dimension sociale de la construction communautaire. Pourtant, il a souvent été question de la lente progression de l'Europe sociale ou «*du retard qu'avait pris la politique sociale européenne sur les autres politiques communautaires, et notamment sur celles qui visent à favoriser l'environnement et le développement des entreprises*»³. Il a fallu, en effet, attendre le traité de Maastricht pour qu'un traité européen s'intéresse au phénomène de l'exclusion sociale. De même, il a fallu attendre le traité d'Amsterdam pour qu'un titre du traité CE (titre VIII actuel) soit consacré à l'emploi et pour que sa promotion devienne un objectif communautaire, en application de l'article 2 CE. En outre, probablement en raison de «*la pluralité des traditions nationales et (de) l'importance des enjeux économiques et politiques en cause*»⁴, aucun article n'impose d'intégrer les exigences sociales relatives à l'emploi dans les autres politiques de l'Union. Le contexte diffère donc de celui relatif à l'article 6 CE, davantage propice à la protection de l'environnement. Les exigences ne sont donc pas les mêmes, lorsqu'il est question de l'insertion des impératifs sociaux dans les marchés publics. En la matière, rien n'apparaît pour l'instant définitif. Une ligne directrice semble cependant se dégager en faveur de la condition d'exécution au détriment du critère d'attribution, sans pour autant exclure une prise en considération

¹ V. l'article 48, paragraphe 2, point f.

² V. sur ce point, Bulletin d'actualité - Lamy Droit public des affaires, n° 79, avril 2004, p. 11.

³ «Politique sociale européenne», in C. Degryse, *op. cit.*, p. 390. Pour un aperçu sur cette politique, v. notamment, D. Nazet-Allouche, «Politique sociale», *Rep. Dalloz Droit communautaire*, mai 1998 ; L. Dubouis et C. Blumann, *op. cit.*, pp. 105 et suiv., § 136 et suiv. ; «Politique sociale», in T. Debard, B. Le Baut-Ferrarese et C. Nourissat, *op. cit.*, pp. 156-159.

⁴ Pour reprendre les termes de L. Dubouis et C. Blumann, *ibid.*, p. 106, § 137.

des impératifs sociaux lors du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le nœud du problème réside dans la difficulté du critère social d'attribution à satisfaire à l'ensemble des conditions requises pour sa mise en œuvre. À l'image du droit français des marchés publics, la nouvelle directive communautaire unifiée de 2004 a pris conscience de ces difficultés (a), sans toutefois remettre en cause la jurisprudence communautaire classique, qui apparaît même conciliable avec la jurisprudence administrative française (b).

a) L'alignement du droit communautaire dérivé sur le droit interne favorable au critère social d'exécution

Dans une Communication interprétative édictée en octobre 2001¹ sur les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics, la Commission européenne a considéré que *«c'est avant tout au stade de l'exécution (...) qu'un marché public peut constituer un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux»*². De même, en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice, elle a envisagé la possibilité d'utiliser des critères sociaux afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse³. Néanmoins, elle est restée sceptique sur la faculté de tels critères à remplir les conditions de leur mise en œuvre, en particulier celle du lien avec l'objet du marché.

Prenant semble-t-il en considération les craintes de la Commission et les réticences de la doctrine et de la justice françaises, la directive "marchés publics" unifiée du 31 mars 2004 n'intègre pas - à l'instar de l'article 53-II du code français des marchés publics - un critère social relatif à l'emploi de chômeurs ou à l'insertion professionnelle parmi les critères exprès d'attribution des marchés fixés en son article 53, paragraphe 1, a). En revanche, à l'image de l'article 14 du code français des marchés publics, elle contient une disposition relative à la condition sociale d'exécution, à savoir l'article 26. Le code français apparaît donc conforme avec la nouvelle norme communautaire. En outre, le manque d'ambition ou la prudence du législateur communautaire n'implique pas pour autant une remise en cause de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. En effet, la directive ne prohibe toujours pas expressément le critère social d'attribution. D'ailleurs, dans ses motifs, elle précise même à propos des critères d'attribution que c'est à la condition de respecter l'objet du marché et l'égalité de traitement *«qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales»*⁴. Elle permet donc le recours au critère additionnel dans le respect des conditions posées par la Cour de justice des Communautés européennes. Ainsi, la jurisprudence communautaire peut-

¹ Communication interprétative du 15 octobre 2001, «Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés», COM (2001) 566 final, JOCE, n° C. 333, 28 novembre 2001, p. 27.

² *Idem.* V. également p. 33 pour un éventail de clauses contractuelles susceptibles de prendre en compte des objectifs sociaux.

³ *Ibid.*, pp. 31-32.

⁴ V. le considérant 46 de la directive précitée, spéc. p. 121.

elle être lue en conformité avec la nouvelle directive unifiée. Ceci n'est pas sans rappeler la lecture combinée des articles 53-II et 14 du code français des marchés publics, qui avait été proposée par une partie de la doctrine française afin de prendre en compte la jurisprudence communautaire¹. D'après cette lecture, dans la mesure où l'article 14 du code permet d'insérer une clause sociale dans le cahier des charges, il serait logiquement concevable que les acheteurs publics puissent prévoir au titre de l'article 53-II du code un critère de jugement des offres portant sur la mise en œuvre des conditions mêmes d'exécution². En définitive, cette lecture pleine de bon sens devrait être privilégiée, dans le sillage de la nouvelle directive communautaire, dès lors que celle-ci ne remet pas en cause la jurisprudence communautaire classique. Enfin, si cette dernière peut être lue en conformité avec la directive unifiée, elle apparaît également conciliable avec la position de la juridiction administrative française, qui semble avoir inspiré le législateur communautaire.

b) Une lecture conciliante des jurisprudences communautaire et nationale concernant l'inefficacité du critère social d'attribution

Sans doute, la Cour de justice s'est-elle prononcé sans ambiguïté en faveur du critère additionnel de nature sociale. Mais, elle l'a assorti de conditions strictes à respecter. Or, jusqu'à présent, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la réunion de ces conditions ; donnant ainsi l'impression d'un attachement considérable au mieux-disant social, tranchant avec l'apparente hostilité du Conseil d'État français. Or, si une telle occasion devait se présenter à la Cour, elle adopterait probablement la même solution que le juge national, à savoir que le critère utilisé est sans rapport avec l'objet du marché.

Quant au Conseil d'État français, il n'a jamais condamné directement, expressément un critère additionnel d'attribution poursuivant un objectif social. À chaque fois, seule l'absence de rapport entre le critère et l'objet du marché a été condamnée. En outre, dans le sens d'un rapprochement, la Cour a posé comme nouvelle condition au critère additionnel de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse le lien avec l'objet du marché. Exigée dans l'affaire Concordia Bus

¹ V. T. Gliozzo, *op. cit.*, p. 1475 ; L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *op. cit.*, p. 1238, § 2707, se référant à L. Richer, «Critère additionnel social...», *loc. cit.*

² Il faut évidemment que ledit critère soit en rapport avec l'objet du marché. Il convient, en outre, de préciser que cette lecture combinée des dispositions du code était basée sur l'article 53-II du code issu du décret du 7 mars 2001, autorisant les critères additionnels «justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution». L'article 14 du même code autorisant des conditions sociales d'exécution, celles-ci pouvaient être érigées en critères de choix de l'article 53-II, lu en combinaison avec l'article 14. En autorisant les critères additionnels «justifiés par l'objet du marché», l'article 53-II du code issu du décret du 7 janvier 2004 a supprimé la référence aux conditions d'exécution du marché. Cette suppression ne devrait pas *a priori* pour des raisons de bon sens remettre en cause une interprétation des articles 14 et 53-II en conformité avec la jurisprudence et la directive communautaires. D'ailleurs, la circulaire du 7 janvier 2004 ne fait pas état de cette suppression (celle-ci serait-elle donc purement fortuite ?), en prévoyant que «des critères autres que ceux énumérés à l'article 53 peuvent être pris en compte par la personne responsable du marché s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution» (*op. cit.*, p. 109, c'est nous qui soulignons).

Finland relative à l'achat écologique, elle est appelée à s'appliquer aux aspects sociaux, d'autant que la nouvelle directive communautaire unifiée fait désormais expressément référence à l'objet du marché¹. D'ailleurs, dans le sens d'une convergence des droits communautaire et interne, il faut précisément relever la similitude des conditions auxquelles ces deux droits subordonnent la prise en compte des aspects sociaux et environnementaux par les acheteurs publics.

B/ Des similitudes dans les régimes communautaire et interne des critères sociaux et environnementaux

Certaines conditions sont indépendantes du statut utilisé : critère d'attribution ou critère d'exécution (1). D'autres sont spécifiques au premier critère et expliquent sans doute les raisons pour lesquelles le mieux-disant social est toujours à la recherche d'une certaine légitimité, à l'inverse du mieux-disant écologique (2).

1°/ Le régime commun aux critères d'attribution et d'exécution

Que le critère soit utilisé au stade de l'attribution ou de l'exécution du marché, l'acheteur public doit respecter des règles de publicité (a) ainsi que l'égalité de traitement entre les candidats au marché (b).

a) Les exigences procédurales de publicité

Les droits communautaire et interne des marchés publics s'accordent pour exiger que la prise en compte des exigences sociales et environnementales se fasse de manière transparente. La Cour de justice des Communautés européennes a, en effet, posé comme condition à l'utilisation d'un critère social ou écologique d'attribution et/ou d'exécution qu'il soit expressément mentionné dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges². Les articles 53 et 26 de la directive unifiée du 31 mars 2004 reprennent les mêmes exigences de publicité.

Le droit interne pose des conditions similaires. Ainsi, l'article 53-II du code des marchés publics relatif aux critères de choix des offres dispose en un alinéa 4 que «*les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation*». A l'article 14 du code des marchés publics, il est également question de «*la définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges*».

b) Les exigences liées à l'égalité

La prise en compte légitime des aspects sociaux et environnementaux dans les marchés publics ne doit pas conduire à fermer abusivement l'accès du marché à certaines entreprises. Ainsi, la Cour de Luxembourg pose comme condition de

¹ V. *infra*.

² V. les arrêts précités suivants, concernant le critère social : Beentjes (points 31 et 36), Commission c/ France (point 51) ; concernant le critère écologique : Concordia Bus Finland (points 62 et 69), EVN et Wienstrom (point 34).

légalité à l'utilisation de critères sociaux et écologiques qu'ils «*respecte(nt) tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination*»¹. En conséquence, le critère d'attribution retenu ne doit pas avoir pour effet de favoriser les entreprises nationales ou locales au détriment des entreprises des autres États membres. De même, l'acheteur public doit respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires afin d'assurer une concurrence effective entre les candidats². Dans l'affaire Concordia Bus Finland³, où les entreprises concurrentes devaient utiliser des autobus fonctionnant au gaz naturel fourni par une seule station-service en Finlande, la Cour a jugé que le principe d'égalité de traitement ne s'opposait pas à la prise en compte d'un critère écologique dont la formulation impliquait qu'il ne pouvait être rempli que par un petit nombre d'entreprises, parmi lesquelles la propre entreprise de transport du pouvoir adjudicateur⁴. Selon la Cour, les critères litigieux «*étaient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. (Ils) étaient directement liés au matériel proposé et étaient intégrés dans un système d'attribution de points*»⁵. En outre, la concurrence avait été effective puisque l'entreprise Concordia avait pu remporter l'appel d'offres relatif à une autre ligne de réseau d'autobus, en dépit de l'exigence identique pour cette ligne de l'utilisation de véhicules fonctionnant au gaz naturel⁶. Le critère écologique ne constituait donc qu'un critère parmi d'autres. La solution de la Cour aurait sans doute été différente si une seule entreprise avait pu répondre au critère écologique⁷. Dans l'affaire EVN et Wienstrom⁸, la Cour a eu l'occasion d'être plus exigeante sur la portée du principe d'égalité de traitement. Il ressort, en effet, de cet arrêt que les collectivités doivent formuler avec prudence, transparence et précision un critère d'attribution, notamment écologique, afin d'en permettre une interprétation uniforme⁹ et donc une application objective et

¹ V. les arrêts précités suivants : Commission c/ France (point 50), Concordia Bus Finland (points 63 et 69), EVN et Wienstrom (point 33). Dans le même sens, v. la décision Beentjes, préc., spéc. points 29 et 37.

² V. sur ce point, N. de Grove Valdeyron, «Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de justice des Communautés européennes», *Marchés publics*, 1995-1996, n° 2, p. 25.

³ Préc., *supra*, note n° 52.

⁴ Points 85 et 86 de l'arrêt. Moins prudent que la Cour, l'Avocat général Jean Mischo avait soutenu que «*le seul fait d'inclure dans un appel d'offres un critère qui ne peut être rempli que par un seul soumissionnaire ne viol(ait) pas le principe d'égalité*» ; ce soumissionnaire fut-il lié au pouvoir adjudicateur (concl., point 155). Ce dernier n'a pas à choisir des critères en fonction des aptitudes des candidats potentiels, sous peine de procéder à un nivellement par le bas des critères d'attribution (concl., point 154).

⁵ Point 83 de l'arrêt.

⁶ Point 84 de l'arrêt.

⁷ En ce sens, CJCE, 22 septembre 1988, Commission c/ Irlande, aff. 45/87, *Rec.*, p. 4929.

⁸ Préc., *supra*.

⁹ Point 57 de l'arrêt.

uniforme¹ à tous les candidats potentiels ainsi qu'un contrôle effectif des offres au moment de leur évaluation par le pouvoir adjudicateur². Lorsque ce dernier ne respecte pas ces exigences, il enfreint le principe d'égalité³. D'une part, dans cette affaire, le critère retenu était ambigu dans sa formulation. Il exigeait, en effet, que l'offre indique la quantité d'électricité verte susceptible d'être fournie par le candidat sans préciser la période de fourniture à prendre en compte et attribuait le maximum de points à la quantité la plus importante⁴. D'autre part, de l'aveu même du pouvoir adjudicateur, il n'était pas en mesure de vérifier l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires, puisqu'il n'était pas en mesure de contrôler techniquement si l'électricité serait effectivement verte ou non⁵. La Cour a donc conclu que le critère écologique de fourniture d'électricité verte était contraire au principe d'égalité, sous réserve du contrôle factuel de sa formulation par la juridiction nationale⁶.

Dans la continuité de la jurisprudence communautaire et à l'image de l'article 1^{er} du code français des marchés publics, l'article 2 de la nouvelle directive unifiée du 31 mars 2004 relatif aux principes généraux de passation des marchés renvoie aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence des procédures⁷. De portée générale, cette disposition a vocation à s'appliquer à tous les stades de la passation d'un marché, qu'il s'agisse notamment de son attribution ou de son exécution.

En droit interne, des principes similaires s'appliquent. Ainsi, l'article 1^{er} du code français des marchés publics⁸ renvoie-t-il aux «*principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*»⁹. En conséquence, les critères de choix des offres ne doivent pas être définis de manière discriminatoire, de façon à favoriser certaines entreprises au détriment d'autres entreprises. Dès lors, les critères écologiques et sociaux ne risquent-ils pas de constituer un facteur de discrimination entre les offres ? Cette

¹ Point 48 de l'arrêt.

² Points 49 et 50 de l'arrêt.

³ V. point 51 concernant le défaut de contrôle effectif des offres et point 58 concernant l'interprétation ambiguë du critère.

⁴ V. point 58 de l'arrêt.

⁵ V. point 44 de l'arrêt.

⁶ V. points 59 et 72 où la Cour a demandé à la juridiction de renvoi de vérifier si le critère avait été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'attribution des marchés publics.

⁷ L'article 2 de la directive prévoit que «*les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence*».

⁸ Cela, qu'il s'agisse de l'ancien ou du nouveau code issu du décret du 7 janvier 2004.

⁹ Sur ces principes fondamentaux de l'achat public, v. notamment, C. Emery, *op. cit.*, spéc. pp. 39 et suiv. ; F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 3^e éd., 2004, spéc. pp. 25-27 ; L. Rapp, P. Terneyre et N. Symchowicz, *op. cit.*, pp. 1123 et suiv., § 2410 et suiv.

question appelle une réponse nuancée, dans la mesure où les critères utilisés par les collectivités relèvent d'une appréciation au cas par cas. Néanmoins, il est certain que les critères seront licites s'ils sont objectifs, applicables indistinctement à toutes les offres et en rapport avec l'objet du marché. *A priori*, les critères visant à préserver l'environnement ne soulèvent pas de difficultés particulières¹. En revanche, les critères sociaux soulèvent l'hostilité de la majeure partie de la doctrine car ils favoriseraient les entreprises d'insertion ou les entreprises locales, qui auraient plus facilement accès aux bureaux régionaux pour l'emploi². Cette doctrine préfère donc au critère d'attribution la condition sociale d'exécution à insérer dans le cahier des charges et qui s'imposerait comme une exigence uniforme à tous les candidats potentiels. Dès lors, la clause sociale ne serait pas discriminatoire et respecterait l'article 14 du code des marchés publics³, qui prévoit que les conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire. Néanmoins, certains auteurs ne sont pas de cet avis. La condition sociale d'exécution serait à leurs yeux aussi discriminatoire que le critère social d'attribution⁴. La clause sociale risque, en effet, de conduire certaines entreprises à renoncer d'emblée au marché dans la mesure où son offre sera déclarée irrecevable si elle ne respecte pas le cahier des charges. En définitive, les critères sociaux constituant une pomme de discorde doctrinale, la prudence est de rigueur dans leur formulation qu'ils soient d'attribution ou d'exécution, afin de permettre la présentation de plusieurs offres dans le respect de la concurrence. La même prudence s'impose concernant les autres conditions de mise en œuvre du critère social d'attribution.

2°/ Les exigences propres au critère d'attribution

D'une part, tout critère d'attribution fut-il écologique ou social doit avoir un lien avec l'objet du marché afin de permettre à l'acheteur d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et de ne pas dénaturer le droit de la commande publique (a). En effet, les offres sans lien avec l'objet du marché ne répondent pas aux besoins de l'acheteur public et ne peuvent donc pas être retenues. D'autre part, l'acheteur public ne doit pas disposer d'une liberté inconditionnée dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (b). Enfin, la personne publique ne doit pas omettre de pondérer ou de hiérarchiser les critères d'attribution du marché⁵.

¹ Il faut quand même excepter le cas du critère de fourniture d'électricité verte qui est susceptible d'enfreindre le principe d'égalité, en application de l'arrêt de la CJCE, EVN et Wienstrom, préc.

² V. par exemple les concl. P. Devillers, *op. cit.*, p. 460 (AJDA) où il affirme que le critère d'insertion «aboutit à restreindre l'accès du marché aux seules entreprises s'engageant dans une démarche d'insertion». V. dans le même sens, les concl. D. Piveteau, *op. cit.*, p. 47 où il précise à propos du critère social que «la seule présence de ce critère a pu, silencieusement, exclure d'autres entreprises qui ne se sont même pas présentées».

³ En ce sens, J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Paris, Economica, Collection Corpus droit public, 2002, spéc. pp. 515-516, § 412.

⁴ V. notamment, C. Jourdain, *op. cit.*, p. 222.

⁵ Nous n'évoquerons pas directement ce point. L'article 53 § 2 de la directive unifiée du 31 mars 2004 prévoit la pondération des critères dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, en lieu et place du

a) *L'importance de l'objet du marché*

La Cour de justice des Communautés européennes s'est pour la première fois référée à la condition tenant à l'objet du marché dans l'arrêt Concordia Bus Finland¹, rendu le 17 septembre 2002, à propos d'un critère visant à préserver l'environnement. L'Avocat général avait pourtant jugé contradictoire de poser une condition², qui n'avait pas été exigée concernant le critère relatif à l'emploi dans les affaires Beentjes et Commission c/ France³. La condition a de nouveau été appliquée par la Cour dans la décision EVN et Wienstrom du 4 décembre 2003⁴, où elle a conduit à censurer le critère écologique de fourniture d'électricité verte. Confirmant la position de la Cour, l'article 53 paragraphe 1, b), de la directive unifiée du 31 mars 2004 impose que les critères d'attribution textuels ou additionnels soient «*liés à l'objet du marché public en question*»⁵.

En droit interne, la condition a toujours été mentionnée dans le code français des marchés publics, dont l'article 53-I prévoit que «*les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées*». Ainsi, l'article 53-II alinéa 2 précise que des critères additionnels «*peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché*». L'alinéa 1 qui a trait aux critères réglementaires de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse fait également référence à «*divers critères variables selon l'objet du marché*».

Il s'agit d'une condition d'espèce qui s'apprécie au cas par cas en fonction du marché en cause, bien qu'il soit possible de concevoir qu'elle soit plus facile à remplir concernant le critère écologique que concernant le critère social. Par exemple, le juge administratif français a toujours condamné l'absence de lien entre le critère social de lutte contre le chômage invoqué et le marché en cause dans l'affaire à juger⁶. En revanche, il a pu considérer qu'un critère écologique était en rapport

système antérieur de hiérarchisation, qui n'est applicable que si, pour des raisons démontrables, la pondération se révèle impossible. Pour sa part, l'article 53-II alinéa 4 du code français des marchés publics précise que les critères définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation «*sont pondérés ou à défaut hiérarchisés*». Sur les avantages et les inconvénients de la pondération, v. A. Ruellan, *op. cit.*, pp. 380-381 et du même auteur, «La pondération des critères de sélection : état du droit», *La revue des marchés publics des collectivités territoriales*, n° 38, avril 2003, p. 12 ; «La pondération des critères de sélection : avantages et inconvénients (2^e partie)», *La revue des marchés publics des collectivités territoriales*, n° 40, juin-juillet 2003, p. 12.

¹ Préc. V. points 59 et 69 de l'arrêt.

² V. points 108 à 112 des concl. J. Mischo.

³ Préc.

⁴ Préc. V. points 33 et 34 de l'arrêt.

⁵ Cette formule se substitue à celle de «*divers critères variables suivant le marché en question*», qui était en vigueur dans les anciennes directives fournitures (article 26, § 1, b), travaux (article 30 § 1, b) et services (article 36, § 1, a), préc., *supra*.

⁶ V. les arrêts précités suivants : TA Strasbourg, 30 novembre 1999, Préfet de la Région Alsace, Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, Société Au Port'Unes (v. *supra*, note n° 44) ; CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines (v. *supra*, note n° 42).

avec l'objet d'un marché de travaux, qui devait être exécuté dans une zone écologiquement sensible¹. Toutefois, les positions de principe en la matière sont à exclure². La Cour de justice n'a-t-elle pas censuré le critère écologique dans la décision EVN et Wienstrom³, faute de lien avec l'objet du marché ? Dans cette affaire relative à la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, le critère utilisé ne portait pas sur la prestation faisant l'objet du marché⁴. Les entreprises devaient justifier de leur capacité à produire la plus grande quantité d'électricité propre allant au-delà de celle prescrite dans l'appel d'offres. Ainsi, elles devaient fournir des données chiffrées correspondant, non pas à la consommation requise dans le cadre de l'appel d'offres, mais à une quantité d'énergie qu'elles auraient fournie ou seraient susceptibles de fournir à d'autres clients que le pouvoir adjudicateur. Le critère n'était donc pas lié à l'objet du marché⁵ et introduisait, en outre, «une discrimination injustifiée à l'égard de soumissionnaires dont l'offre p(ouvait) pleinement répondre aux conditions liées à l'objet du marché»⁶. Cette exigence fondamentale se trouve renforcée par l'interdiction de critères conférant une liberté inconditionnée de choix aux collectivités, lesquelles ne peuvent pas choisir n'importe quel critère. Ce dernier doit, en effet, leur permettre de répondre à un besoin spécifique, clairement identifié.

b) L'interdiction d'une liberté inconditionnée de choix

Un critère d'attribution qui confère à l'acheteur public une liberté inconditionnée de choix ne sert à rien. En effet, les critères choisis doivent guider l'acheteur public dans l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, lui permettre d'apprécier et de comparer en toute objectivité les offres soumises, afin de pouvoir retenir celle correspondant le mieux à ses besoins. Cette condition a été posée explicitement par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt Concordia Bus Finland du 17 septembre 2002⁷. Mais, elle était déjà présente dans la jurisprudence antérieure de la Cour⁸. Sans doute parce qu'elle rejoint l'exigence du lien suffisant du critère avec l'objet du marché, elle n'a pas été reprise expressément dans la directive unifiée du 31 mars 2004.

En droit interne, la version du code des marchés publics antérieure au décret

¹ TA Montpellier, ord., 31 juillet 2001, SA Guintoli c/ Commune de Leucate, préc., *supra*, note n° 60.

² En ce sens, P. Zavoli, *op. cit.*, p. 4.

³ Préc. Dans l'arrêt Concordia Bus Finland (préc.), la CJCE n'a pas eu à se prononcer sur ce point. Mais, de l'avis de l'Avocat général, «dans le cas d'espèce, (le) critère (était) évidemment rempli» (point 109 des concl. J. Mischo, préc.). Le lien apparaissait indéniable entre un marché de gestion d'un réseau d'autobus urbains et l'exigence d'un niveau maximal d'émission d'azote et sonore des autobus.

⁴ V. point 67 de l'arrêt.

⁵ V. point 68 de l'arrêt.

⁶ Point 69 de l'arrêt.

⁷ Préc. V. points 61, 64 et 69 de l'arrêt.

⁸ V. l'arrêt Beentjes, préc., spéc. point 26 ; CJCE, 18 octobre 2001, aff. C-19/00, SIAC Construction, *Rec. I*, p. 7725, spéc. p. 7754, point 37.

du 7 mars 2001 disposait que la collectivité «*choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante*»¹. Une telle rédaction n'a pas empêché le juge administratif français d'être soucieux du rapport que doit entretenir le critère d'attribution avec l'objet du marché, dans la mesure où la liberté de l'acheteur public dans le choix de l'offre bien que certaine n'a jamais été absolue. Toutefois, le terme «*librement*» a disparu de la version du code du 7 mars 2001 où il était simplement question de «*choisir l'offre économiquement la plus avantageuse*»². Cette formule a été finalement remplacée dans le nouveau code du 7 janvier 2004 par celle d'«*attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse*»³. En outre, s'alignant sur la jurisprudence Concordia Bus Finland, la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics précise concernant l'article 53 que le critère d'attribution, notamment environnemental, «*ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public lors du choix de la meilleure offre*»⁴.

En conclusion, au terme d'une opposition larvée entre la Cour de justice des Communautés européennes et la juridiction administrative française, il est possible d'affirmer qu'il n'existe pas, en droit positif, de divergence fondamentale entre le droit communautaire et le droit interne sur la question sensible et complexe de l'insertion de considérations environnementales et sociales dans les marchés publics. La directive "marchés publics" unifiée du 31 mars 2004 et le nouveau code français des marchés publics s'accordent en la matière. En conséquence, les collectivités publiques peuvent en principe intégrer des exigences écologiques et sociales dans leurs marchés, aux stades notamment de l'attribution et de l'exécution du marché. Néanmoins, elles doivent à cette fin respecter nombre de conditions draconiennes, si bien qu'elles risquent souvent en pratique de renoncer au mieux-disant social, qui est susceptible de se heurter en particulier à l'objet du marché et au principe d'égalité de traitement. La clause sociale liée aux conditions d'exécution du marché semble, par ailleurs, moins périlleuse en termes de légalité que le critère social d'attribution. En revanche, dans le sillage du concept en vogue de développement durable, le mieux-disant écologique semble promu à un bel avenir, bien qu'il reste d'un maniement délicat. Les personnes publiques devront formuler avec transparence et sans ambiguïté le critère écologique, de manière à ne pas enfreindre notamment l'égalité de traitement, ni sortir du cadre de l'appel d'offres envisagé. La possibilité d'instrumentaliser les marchés publics au service de l'intérêt général demeure donc très encadrée.

Saint Denis, le 20 avril 2004

¹ V. les articles suivants : 95-II, 97 bis, 297-II et 299 ter.

² Article 53-II.

³ *Idem*.

⁴ *Loc. cit.*

