



**L'EXIGENCE DU LIEN ENTRE L'OBJET DU MARCHE ET  
LES CRITERES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX :**

**UN FREIN AU DEVELOPPEMENT DURABLE ?**

*Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur Alexandre BONDUELLE  
Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université de  
Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis*

Clément LEROY

Master II Droit des Contrats Publics  
Année universitaire 2012-2013



## REMERCIEMENTS

Je remercie tout particulièrement Monsieur BONDUELLE, Directeur de ce mémoire, pour ses conseils et la disponibilité dont il a fait preuve à mon égard.

Je tiens à remercier également le corps enseignant de la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, pour la qualité de son enseignement.

Je remercie Monsieur PELLISSIER, Conseiller d'État, qui m'a gracieusement transmis ses conclusions sur différentes affaires. Ces informations se sont révélées précieuses dans le cadre de ce travail de recherche.

Enfin, je voudrais remercier Mesdames DURIEZ et FOURNIER ainsi que l'ensemble de l'équipe du service « Marchés publics, affaires juridiques et assurances » de la Commune d'Armentières pour m'avoir accueilli et permis d'acquérir une expérience certaine de la réalité des marchés publics.

Ce travail s'est révélé pour moi stimulant et enrichissant ; il m'a également permis d'approfondir le domaine des critères environnementaux et sociaux dans les marchés publics.

Clément LEROY



## **AVERTISSEMENT**

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



# Sommaire

**INTRODUCTION** .....p.11

**CHAPITRE I : LE REJET DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX  
DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS :** ..... p.22

**SECTION I : LE REJET DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX, UNE  
POSITION LONGTEMPS ANCRÉE EN DROIT FRANÇAIS :** .....p.22

I - L'hostilité de la jurisprudence à l'égard des critères sociaux et environnementaux : ...p.23

II - Un rejet réitéré dans un contexte pourtant plus favorable : ..... p.33

**SECTION II : UN REJET MOTIVÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF :** ..... p.38

I - Un rejet motivé par l'inadéquation des critères aux marchés : .....p.38

II - Un rejet motivé par l'existence d'outils juridiques complémentaires aux critères: .....p.43

<b>CHAPITRE II : L'ACCEPTION PROGRESSIVE DES CRITÈRES SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX SOUS L'IMPULSION DE LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE :</b> .....	p.48
<b>SECTION I : L'ADMISSION DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS :</b> .....	p.48
I – <u>Les caractéristiques du critère environnemental</u> : .....	p.48
II - <u>L'évolution des critères environnementaux</u> : .....	p.61
<b>SECTION II : L'ADMISSION DES CRITÈRES SOCIAUX EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS :</b> .....	p.72
I - <u>Une analyse calquée sur celle des critères environnementaux</u> : .....	p.73
II - <u>Une mise en conformité avec la jurisprudence européenne</u> : .....	p.78
<b>CONCLUSION</b> .....	p.94



## Table des abréviations

### Sigles

<b>ADEME</b>	Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie
<b>AJCT</b>	Actualité Juridique des Collectivités Territoriales
<b>AJDA</b>	Actualité Juridique du Droit Administratif
<b>CAA</b>	Cour administrative d'appel
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>CJCE</b>	Cour de Justice des Communautés Européennes
<b>CJUE</b>	Cour de Justice de l'Union Européenne
<b>DAJ</b>	Direction des Affaires Juridiques
<b>DIRECCTE</b>	Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi
<b>JO</b>	Journal Officiel
<b>JORF</b>	Journal Officiel de la République Française
<b>JOCE</b>	Journal Officiel des Communautés Européennes
<b>JOUE</b>	Journal Officiel de l'Union Européenne
<b>LGDJ</b>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<b>OEAP</b>	Observatoire Économique de l'Achat Public
<b>RDI</b>	Revue de Droit Immobilier
<b>RDA</b>	Revue de Droit Administratif
<b>RFDA</b>	Revue Française de Droit Administratif
<b>TA</b>	Tribunal administratif

**TFUE**      Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

## **Autres abréviations**

<b>Aff.</b>	Affaire
<b>Ass.</b>	Assemblée
<b>C/</b>	Contre
<b>Ch.</b>	Chambre
<b>Comm.</b>	Commentaire
<b>Cne</b>	Commune
<b>Ed.</b>	Édition
<b>N°</b>	Numéro
<b>P.</b>	Page
<b>Req.</b>	Requête
<b>Sté</b>	Société

## **INTRODUCTION**

Le droit des marchés publics a connu de nombreux changements, au départ simple outil à la disposition des pouvoirs adjudicateurs pour satisfaire leurs besoins, il a su évoluer avec le temps et devenir un instrument utile à la mise en place des politiques publiques. En témoigne la place grandissante accordée au développement durable dans le Code des marchés publics, et sa consécration dans de nombreux autres textes.

A l'origine, le développement durable a été défini comme étant « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* »<sup>1</sup>. Cette définition, proposée dans le rapport Brundtland de 1987, implique une vision à long terme du développement. Ce rapport trace les contours de la notion et lui confère 3 grands axes : « *croissance économique, justice sociale et protection de l'environnement* »<sup>2</sup>.

Dans une communication interprétative publiée par la Commission Européenne le 4 juillet 2001, celle-ci souligne le fait que « *pour réaliser un développement durable, il faut une croissance économique qui favorise le progrès social et respecte l'environnement, une politique sociale qui stimule l'économie et une politique de l'environnement qui soit à la fois efficace et économique* »<sup>3</sup>.

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) permet de se rendre compte de l'étendue et des enjeux de la notion. Dans sa première partie, au titre II, article 9, est affirmé que « *l'Union prend en compte les exigences liées [...] la lutte contre l'exclusion sociale* ». L'article 11 dispose ensuite que « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ».

---

1 Commission mondiale sur l'environnement et le développement, « *Rapport Brundtland* », éditions du Fleuve, publications du Québec, 1988, 432 p.

2 PINAUD Xavier, « *L'intégration des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics* », Limoges, Pulim, 2003, 188 p.

3 Commission Européenne, « *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* », [COM(2001) 274 final], 4 juillet 2001, p. 3

Dans sa troisième partie, le TFUE consacre plusieurs titres au développement durable : un titre IX sur l'emploi, où l'Union considère notamment « *la promotion de l'emploi [...] comme une question d'intérêt commun* »<sup>4</sup> ; un titre X sur la politique sociale qui vise notamment l'action de l'Union pour « *l'intégration des personnes exclues du marché du travail* »<sup>5</sup> ; enfin, un titre XX énonce les engagements de l'Union pour la protection de l'environnement.

Au vu de ces premières observations, il apparaît que le développement durable recouvre des acceptions extrêmement larges, qu'il convient, pour les besoins de ce travail, de circonscrire à deux grands thèmes, la protection de l'environnement et le progrès social, et ce, sous l'angle des critères d'attribution en droit des marchés publics.

Le droit communautaire est le fondement du droit des marchés publics français, contrats qui sont à l'heure actuelle régis par les directives 2004/17 et 18, qui elles même respectent les Traités fondateurs de l'Union Européenne. Par conséquent, le développement durable s'est naturellement intégré dans le Code des marchés publics français.

De facto, il apparaît que les marchés publics sont donc concernés par cette notion de développement durable. Il s'agit d'outils à la disposition des personnes publiques pour « *répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* »<sup>6</sup>, permettant par la suite d'accomplir leurs politiques publiques, qui coïncident avec les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Les directives et le Code des marchés publics prévoient de nombreuses possibilités pour prendre en compte le développement durable dans le cadre des procédures de passation, et celles-ci se sont d'ailleurs étoffées avec les années.

---

4 Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, *JOUE*, 30 mars 2010, C83/49, article 146

5 Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, *JOUE*, 30 mars 2010, C83/49, article 153 h)

6 Code des marchés publics, édition 2006, article 1

Ainsi, l'article 5 du Code des marchés publics précise que « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées [...] en prenant en compte des objectifs de développement durable* ». Il ressort donc de la lettre du texte que le pouvoir adjudicateur qui souhaite lancer un marché public est tenu de tenir compte du développement durable dans la définition de ses besoins. La place de cet article dans le code, à l'article 5, dans le chapitre « *Détermination des besoins à satisfaire* » dénote d'ailleurs l'importance que le pouvoir réglementaire a souhaité accorder à la notion.

Les « *objectifs de développement durable* » prévus à l'article 5 du code ont par la suite été définis par le juge, notamment dans le cadre d'un arrêt du 23 novembre 2011, « *Communauté urbaine de Nice Côte d'Azur* ». Ils se recoupent dans la pratique avec les dispositions de l'article 6 de la charte de l'environnement, le juge énonçant que « *le pouvoir adjudicateur doit [...] concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social* »<sup>7</sup>.

Dans une question écrite adressée en 2006 par le sénateur Bernard Piras au ministre des finances, de l'économie et de l'industrie, peu après l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics, celui-ci s'interroge sur la force contraignante de la nouvelle obligation inscrite à l'article 5 du code, à savoir celle de prendre en compte le développement durable.

Plus précisément, « *la question se pose de savoir si, dès lors que la satisfaction d'un besoin ne présente pas d'enjeu en terme de développement durable, le pouvoir adjudicateur doit justifier de l'absence de prise en compte d'objectifs dans ce sens* » et dans l'affirmative, « *si cette absence de prise en compte d'objectif de développement durable doit être justifiée, en particulier, dans les documents de la consultation du marché public ?* »<sup>8</sup>.

---

7 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 23 nov. 2011, « Communauté urbaine de Nice-Côte-d'Azur », req. n° 351570, mentionné au tables du recueil Lebon

8 PIRAS Bernard, « *Justification de l'absence d'objectif de développement durable dans la définition du besoin* », 12ème législature, question écrite n° 25167, *JO Sénat*, 09 novembre 2006, p. 2793

Après avoir réitéré l'énoncé de l'article 5 du code, le ministre apporte une réponse à la question posée. D'une part, la question de la prise en compte développement durable intervient « *en amont du lancement de la procédure* » ; dès lors, le pouvoir adjudicateur « *n'a pas à justifier vis-à-vis des opérateurs économiques, de son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable dans les documents de la consultation du marché public* ». Cependant, l'acheteur public sera tenu de s'interroger sur la possibilité de mettre en place le développement durable, le ministre rappelle d'ailleurs que cela constitue une « *obligation [...] imposée par le code* », et qu'en conséquence le pouvoir adjudicateur « *doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, de son impossibilité de prendre en compte de tels objectifs de développement durable* »<sup>9</sup>.

L'intégration des préoccupations de développement durable dans le code des marchés publics n'est pas le fruit du hasard. C'est en effet la transposition de l'article 6 de la Charte de l'environnement de 2005 qui dispose que « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* »<sup>10</sup>.

Cette charte est en fait l'aboutissement en droit français de ce qui existait précédemment en droit communautaire, au travers des Traités européens et des directives marchés 2004/17 et 18. Le second considérant de la directive 2004/18 énonce d'ailleurs 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* »<sup>11</sup>.

---

9 Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, « *Justification de l'absence d'objectif de développement durable dans la définition du besoin* », 12<sup>ème</sup> législature, réponse publiée au *JO Sénat*, 11 janvier 2007, p. 75

10 Loi constitutionnelle n°2005-205, 1<sup>er</sup> mars 2005, relative à la Charte de l'environnement, *JORF*, 2 mars 2005

11 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*, 30 avril 2004, considérant introductif n° 2

Afin de prendre en compte le développement durable, la personne publique dispose de nombreux outils. Elle peut par exemple choisir d'inclure des spécifications techniques, qui peuvent notamment tenir compte de « *caractéristiques environnementales* »<sup>12</sup>, réserver un marché en faveur de personnes en difficulté<sup>13</sup> ou « *acheter* » une prestation liée au développement durable, telle de l'insertion, par le biais d'un marché de services<sup>14</sup>.

Les pouvoirs adjudicateurs ont en outre la possibilité d'utiliser des critères d'attribution pour noter les candidats sur leurs prestations en terme de développement durable. Ainsi ont par exemple été admis, selon les cas d'espèce, des critères portant sur la « *réduction des émissions d'oxyde azotique ou de niveau sonore des véhicules* »<sup>15</sup>, sur la « *lutte contre le chômage* »<sup>16</sup>, etc.

Cette prise en compte du développement durable s'est traduite, au niveau des critères d'attribution, par la rédaction d'un nouvel article 53 du code des marchés publics, par le biais de l'article 58 de la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005, d'ailleurs nommée « *loi de programmation pour la cohésion sociale* ». Cette loi, aujourd'hui abrogée par le décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, prévoyait un chapitre 3, « *Mesures en faveur du retour à l'emploi des demandeurs d'emploi de longue durée et des bénéficiaires de minima sociaux* ». Dans ce chapitre, l'article 58 de la loi introduisait la nouvelle rédaction de l'article 53 du Code des marchés publics, qui prévoyait expressément le critère des « *performances en matière de protection de l'environnement [et des] performances en matière d'insertion professionnelle* »<sup>17</sup>. Le code de 2006 a repris l'ensemble de ces considérations liées au développement durable.

---

12 Code des marchés publics, édition 2006, article 6

13 Code des marchés publics, édition 2006, article 15

14 OEAP, « *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées - Guide à l'attention des acheteurs publics* », Juillet 2007, 59 p., p.12

15 CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland Oy AB* », aff. C-513/99, considérant n° 37

16 CJCE, 26 septembre 2000, « *Commission c/ République française* », aff. C-225/98, considérant n° 50

17 Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF*, 19 janvier 2005, article 58



Pour le rapporteur public Gilles Pellissier, « *la mention expresse des performances sociales parmi les critères de sélection, au surplus par le législateur, témoigne d'une intention ferme d'en promouvoir l'usage, ce que confirment les travaux préparatoires de la loi [du 18 janvier 2005]* »<sup>18</sup>.

On peut donc constater que « *l'achat public devient donc progressivement un outil de politique publique, au service de la promotion de l'insertion par l'activité économique ou de la protection de l'environnement* »<sup>19</sup>.

Pour cerner précisément ce qu'est un critère d'attribution, il convient d'en déterminer la portée. Un tel critère peut porter soit sur un aspect « *quantitatif* » soit sur un aspect « *qualitatif* », soit sur la combinaison des deux. Pour un critère en matière d'insertion, cela peut par exemple se traduire dans le domaine du « *quantitatif* » en « *nombre d'heures* » et en « *qualitatif* » sur les « *modalités de mise en œuvre de l'insertion* »<sup>20</sup>.

L'étude de ces critères se limitera dans le cadre du présent travail à l'étude des critères d'attribution liés au développement durable que sont les critères environnementaux et sociaux — et non à ceux qui relèvent de la vérification des aptitudes des soumissionnaires pour exécuter le marché — car ils ont suscité de nombreuses polémiques jurisprudentielles sur la question de l'« *objet du marché* », et sont encore aujourd'hui sujet à revirement.

En effet, la jurisprudence française a longtemps été très hésitante sur la reconnaissance de ces critères environnementaux et sociaux, quand bien même les directives communautaires et le Code des marchés publics autorisent le recours à de tels critères. L'article 53 de la directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, repris à l'article 53 du Code des marchés publics, dispose que « *les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les*

---

18 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n°364950, publié au recueil Lebon

19 CANTILLON Guillaume, « Marchés publics et développement durable », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fascicule n°57, 17 octobre 2011 (mis à jour en janvier 2012), point 11

20 DIRECCTE Rhône-Alpes, « Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique », janvier 2013, 40 p.

*marchés publics sont : [...] lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question : par exemple, [...] les caractéristiques environnementales [...] »<sup>21</sup>.*

Un certain nombre d'arrêts dans les années 2000 ont fait barrage à l'essor des critères environnementaux et sociaux (à titre d'exemple, dans l'arrêt « *Commune de Gravelines* », le juge a refusé pour un marché de travaux l'utilisation d'un critère en matière de « *création d'emplois, d'insertion et de formation* », considérant qu'il était « *sans rapport avec l'objet du marché* »<sup>22</sup>) décourageant ainsi les acheteurs publics d'y recourir.

En interprétant strictement l'article 5 du Code des marchés publics, il est possible de n'y voir qu'une « *obligation de moyen* » et non de résultat. Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit s'interroger sur la possibilité de tenir compte du développement durable mais n'est pas tenu de mettre en œuvre des mesures en sa faveur s'il estime que cela lui est impossible<sup>23</sup>. Cette obligation de moyen implique cependant que « *le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, de son impossibilité de prendre en compte de tels objectifs de développement durable* »<sup>24</sup>. Pour répondre à cette question, lors de la définition de ses besoins, l'acheteur doit déterminer l'objet de son marché, en se posant une question : « *qu'est-ce que je désire construire ou acheter en tant qu'autorité publique?* »<sup>25</sup>.

---

21 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*, 30 avril 2004, article 53

22 CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « *Commune de Gravelines* », req. n°229666, publié au recueil *Lebon*

23 CANTILLON Guillaume, « *Marchés publics et développement durable* », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fascicule n°57, 17 octobre 2011 (mis à jour en janvier 2012), point 31

24 CANTILLON Guillaume, « *Marchés publics et développement durable* », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fascicule n°57, 17 octobre 2011 (mis à jour en janvier 2012), point 33

25 Commission Européenne, « *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* », [COM(2001) 274 final], 4 juillet 2001, p. 7

Le gouvernement français a rédigé en 1993 puis en 1995 deux circulaires à destination des ministres et autorités déconcentrées de l'État afin de les informer des éventuelles réformes à venir en matière d'insertion. Dans sa circulaire du 29 décembre 1993, le gouvernement indique que peuvent être pris en compte des « *critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics* », critères dont il évoque déjà la codification<sup>26</sup>. Il précise par ailleurs sa pensée en indiquant des propositions concrètes de critères : « *un engagement des soumissionnaires à une création d'emplois [...] l'organisation et la mise en œuvre, dans le cadre de l'exécution du marché en cause, par l'entreprise concernée, d'actions de formation professionnelle de mise à niveau et d'adaptation à l'emploi.* » Le gouvernement est d'ailleurs favorable à la prise en compte de l'insertion, ce qui transparaît dans des formules telles que « *Il sera loisible aux candidats, à titre de variante et dans la mesure où le règlement de la consultation le prévoira, de proposer des actions d'insertion allant au-delà de la simple formation à l'emploi* » ou de façon plus marquée, « *Vous insisterez auprès des maîtres d'ouvrage afin que ce critère additionnel soit utilisé* »<sup>27</sup>.

Il pose certaines limites à la mise en place de ces critères : « *Sont prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou par ses conditions d'utilisation.* » En pratique, cela se traduit par le fait que « *les actions d'insertion demandées aux entreprises candidates doivent spécifiquement viser la formation professionnelle et l'emploi pour les métiers auxquels il sera fait recours pour l'exécution du marché considéré* »<sup>28</sup>.

La circulaire du 14 décembre 1995 poursuit cette lignée en incitant notamment les préfets à « *utiliser les marchés de travaux en faveur de l'insertion, lorsque ceux-ci sont susceptibles de s'y prêter* »<sup>29</sup>.

---

26 Circulaire relative à la « *Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics* », 29 décembre 1993

27 Circulaire relative à la « *Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics* », 29 décembre 1993

28 Circulaire relative à la « *Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics* », 29 décembre 1993

29 Circulaire relative à la « *Prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux* », 14 décembre 1995, n° 95-94

Une telle prise de position de la part des autorités publiques se justifiait selon une partie de la doctrine par « *l'augmentation et l'aggravation [...] du chômage* », ce qui a « *conduit le gouvernement à s'interroger sur la possibilité d'introduire, au rang de ces critères additionnels, une clause dite sociale ou du mieux-disant social liant l'attribution des marchés* »<sup>30</sup>.

La question du lien entre un critère de sélection des offres dit « *développement durable* » avec l'objet du marché sera le centre de ce mémoire. Il est en effet intéressant de comprendre ce que recouvre la notion de lien avec l'objet du marché, car tantôt le juge administratif sanctionnera un critère comme étant dépourvu de lien avec le marché tantôt il jugera le critère légal. On peut dès lors raisonnablement se demander si l'exigence d'un lien avec l'objet du marché ne serait pas un frein au développement durable. Devant l'insécurité juridique créée par la notion, il convient, sinon de la définir, au moins d'en dessiner les contours.

Depuis leur apparition dans le Code des marchés publics en 2004 avec la référence aux critères tirés « *des performances en matière de protection de l'environnement* » et des « *performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté* »<sup>31</sup>, puis à l'obligation de tenir compte du développement durable dans la définition des besoins<sup>32</sup>, les critères en matière de développement durable ont connu un parcours mouvementé, au gré des positions jurisprudentielles et doctrinales.

Or, le rapporteur public près du Conseil d'État, Gilles Pellissier, rappelait récemment que « *la place des considérations environnementales et sociales dans la définition, par les pouvoirs adjudicateurs, de leurs besoins, n'a cessé de croître, à la mesure de l'importance qu'elles ont prise dans les politiques publiques* »<sup>33</sup>.

---

30 CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *AJDA*, 20 février 1997, n° 2, p. 196, note de MALJEAN-DUBOIS Sandrine

31 Code des marchés publics, édition 2001, article 53

32 Code des marchés publics, édition 2006, article 5

33 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

Une partie de la doctrine considère d'ailleurs que ces critères « *présentent certains avantages. Ils sont un complément indispensable pour certains marchés de travaux ou de fournitures de services. Il est en effet indéniable qu'ils renforcent la sensibilisation des acteurs économiques aux problèmes environnementaux et les influencent dans leur gestion quotidienne* »<sup>34</sup>. Réaliste, Marie-Pierre Lavoillote note que « *si l'objectif est de responsabiliser les acheteurs publics et de rationaliser l'achat public, il conviendra tout d'abord de les sensibiliser afin qu'ils déterminent une véritable politique d'achat respectueuse de l'environnement et s'inscrivent dans le cadre de cette démarche volontariste* »<sup>35</sup>.

Lors d'un colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique organisé par la direction des affaires juridiques de l'Observatoire économique de l'achat public le 17 octobre 2008, Martin Hirsch, Haut commissaire aux solidarités actives contre les pauvretés, ouvrait les discussions sur ce thème. La principale problématique en matière sociale consiste selon lui à « *transformer un acte courant, indispensable au fonctionnement quotidien de l'administration (passer un marché), en un outil en faveur de l'insertion des personnes éloignées de l'emploi et souvent reléguées, de ce fait, dans des situations d'exclusion [...] Il s'agit de faire en sorte que des contraintes juridiques deviennent des outils de lutte contre la pauvreté* »<sup>36</sup>.

Partant de ce constat, on peut remarquer que les pouvoirs adjudicateurs n'ont jamais su dépasser la vocation purement instrumentale des marchés publics à répondre à leurs besoins en matière de fournitures, travaux et services. Les mentalités des acheteurs publics ont donc longtemps été un frein à l'intégration de critères d'attribution environnementaux et sociaux dans les marchés publics (chapitre 1). Malgré cette prise en compte tardive, ces critères connaissent aujourd'hui un sort plus favorable (chapitre 2), quoiqu'encore incertain.

---

34 LAVOILLOTTE Marie-Pierre, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics : l'affirmation du contrat au service de l'environnement », *AJDA*, 8 novembre 2004, N°38, p. 2081

35 LAVOILLOTTE Marie-Pierre, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics : l'affirmation du contrat au service de l'environnement », *AJDA*, 8 novembre 2004, N°38, p. 2081

36 DAJ - OEAP, « Colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique », 17 octobre 2008, 34 p.

## **CHAPITRE I : LE REJET DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS :**

Le droit des marchés publics fût créée à l'origine pour permettre d'une part aux personnes publiques de réaliser le meilleur achat au meilleur coût et d'autre part d'encadrer l'achat public pour prévenir tout risque de distorsion de concurrence. La rédaction des premiers codes conduisait, en pratique, à la sélection par les pouvoirs adjudicateurs des candidats les « *moins-disants* », parfois au détriment de la qualité des produits ou services demandés. Il n'allait donc pas de soi d'intégrer le développement durable dans un domaine où la considération principale était d'effectuer les achats au moindre coût. Face à la prédominance du critère « *prix* », la mise en place des critères liés au développement durable que sont les critères sociaux et environnementaux a connu de nombreuses oppositions (section I). Un tel rejet s'expliquait en jurisprudence par des considérations tenant à l'anticipation et à la bonne préparation des marchés par les pouvoirs adjudicateurs (section II).

### **SECTION I : LE REJET DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX, UNE POSITION LONGTEMPS ANCRÉE EN DROIT FRANÇAIS :**

La jurisprudence française est à l'origine du rejet des critères sociaux et environnementaux (I). Certains pouvoirs adjudicateurs avaient en effet tenté d'utiliser ces critères et furent alors sanctionnés à l'occasion de recours intentés contre certains marchés. Malgré un contexte plus favorable et tandis que la jurisprudence communautaire évoluait, le juge français est demeuré impassible et continuait de sanctionner les critères d'attribution sociaux et environnementaux (II).

## **I - L'hostilité de la jurisprudence française à l'égard des critères sociaux et environnementaux :**

La jurisprudence française a rapidement montré sa désapprobation vis-vis des critères sociaux et environnementaux. Ainsi, avant toute consécration réglementaire dans le Code des marchés publics du critère d'insertion des personnes en difficulté, des litiges ont pu naître sur leur opportunité (A). Cette réticence s'est par la suite intensifiée, le juge examinant strictement le lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché à la lumière de la nature même des prestations exécutées (B).

### **A) Une réticence marquée avant toute consécration réglementaire :**

La vision restrictive de l'objet du marché a pris naissance relativement tôt, et ce dès les prémices de la mise en place des critères sociaux et environnementaux. Ainsi, dès la publication de la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993, « *Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics* », la jurisprudence s'est montrée méfiante à l'égard de ces nouveaux critères.

La Fédération Nationale des Travaux Publics et la Fédération Nationale du Bâtiment, inquiètes de la mise en place de tels critères d'attribution, en l'espèce de critères sociaux, avaient formé une requête tendant à l'annulation de ladite circulaire. Elles estimaient, selon la solution dégagée dans l'arrêt du Conseil d'État « *Institution Notre-Dame du Kreisker* »<sup>37</sup>, que cette circulaire était réglementaire, créatrice de droit, et donc faisant grief. Elles déniaient alors le caractère interprétatif que lui prêtait le gouvernement.

---

37 CE, Ass., 29 janvier 1954, « *Institution Notre-Dame du Kreisker* », req. n° 07134

L'argumentation des requérants était la suivante : « *l'instruction litigieuse modifierait l'ordonnancement juridique existant en instituant un nouveau critère de choix, lié à l'emploi, et des procédures d'application qui par leur généralité et leur caractère impératif constituent des dispositions de caractère réglementaire que seule une modification du code des marchés publics, par la voie du décret en Conseil d'État, aurait pu introduire* »<sup>38</sup>.

De l'avis du commissaire du gouvernement Stéphane Fratacci, la circulaire, ne présentait, « *à raison même de sa formulation qu'un caractère de mesure préparatoire ou de déclaration d'intention puisqu'elle se born[ait] à poser le principe d'une éventuelle modification des procédures en vigueur afin d'y introduire éventuellement une clause liée à l'emploi sans procéder par elle-même au choix des modalités de cette évolution des procédures* »<sup>39</sup>.

Pour autant, il met en balance les intérêts des deux parties, relevant que la jurisprudence en la matière est très fluctuante. Il déduit cependant de la lettre de la circulaire que celle-ci relève du champ des circulaires interprétatives. Plusieurs indices penchent dans cette direction et notamment le « *rappel fidèle et littéral des critères de choix* », « *l'analyse des difficultés de principe qu'il y a à introduire un critère permettant de choisir parmi les candidats potentiels* », « *l'édiction du contenu du critère additionnel envisagé sous forme d'exemples* », et de manière plus générale, « *une tonalité d'ensemble bien plus indicative qu'impérative* ».

Le gouvernement a d'ailleurs pris soin d'indiquer en toutes lettres, et ce alors même que cette indication ne lie pas le juge administratif, que l'objet de la circulaire n'est pas « *une nouvelle modification réglementaire du code des marchés publics* »<sup>40</sup>.

---

38 FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

39 FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

40 Circulaire relative à la « Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics », 29 décembre 1993



C'est donc à l'issue de ces constatations que le commissaire du gouvernement concluait à ce que « *la circulaire en cause n'emport[ait] aucun caractère impératif et même qu'elle ne comporte, prise dans son ensemble, aucune modification de l'ordonnancement juridique existant* »<sup>41</sup>.

Cette qualification de circulaire interprétative implique que la requête de la Fédération Nationale des Travaux Publics et de la Fédération Nationale des Bâtiments soit alors déclarée irrecevable, car celle-ci ne ferait pas grief et serait donc insusceptible de recours.

Le Conseil d'État a suivi l'avis du commissaire, considérant que « *il ressort [des termes de la circulaire] que les mentions relatives au " critère additionnel " qui pourraient être insérées dans les appels d'offres et dans les marchés publics, constituent une simple déclaration d'intentions, destinée à marquer l'intérêt porté par les cocontractants aux questions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle sans que cette déclaration d'intentions puisse constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires* ». La requête fût donc déclarée irrecevable<sup>42</sup>.

Le commissaire Fratacci restait toutefois sceptique sur la légalité d'un tel critère d'attribution de nature sociale. S'il considère que « *sans doute la préoccupation d'emploi et, notamment d'insertion ou de formation n'est-elle pas dépourvue de tout lien de principe avec l'exécution du contrat [...], faire de la politique de l'emploi un critère de sélection des offres revient à nier le caractère strictement instrumental assigné au choix des offres par l'article 1er du code des marchés publics* ». Poursuivant son raisonnement, il estime que « *sans rapport direct avec la qualité de l'offre, ce critère est étranger à l'objectif de sélection du cocontractant* »<sup>43</sup>.

---

41 FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

42 CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

43 FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

*Il rappelle par ailleurs que la jurisprudence française est « des plus réservée sur la prise en compte de critères liés à l'emploi dans le choix du cocontractant ». Dans un arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1994, « Commune de Ventenac-en-Minervois », la haute juridiction avait censuré un critère d'attribution exigeant la présence d'une « implantation locale », considérant que « les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle sont sans rapport avec la réglementation des marchés »<sup>44</sup>.*

Analysant la position du gouvernement dans sa circulaire du 14 décembre 1995, il remarque que « le facteur lié l'emploi n'est plus analysé comme un possible critère additionnel entrant dans l'appréciation nécessairement subjective des mérites des concurrents mais comme une condition objective de présentation de l'offre correspondant aux caractéristiques du marché »<sup>45</sup>.

Le gouvernement va en effet plus loin dans sa démarche de conseil aux pouvoirs adjudicateurs. Il met en garde sur le fait que « lors du jugement des offres, la même attention devra être portée à l'analyse et la comparaison des propositions relatives aux actions d'insertion qu'à celles concernant la réalisation des travaux envisager La pertinence comme la qualité de ces propositions seront prises en compte par l'introduction de critères spécifiques permettant de rechercher l'offre la mieux-disante, y compris en matière d'insertion »<sup>46</sup>.

---

44 CE, Ass., 29 juillet 1994, « Commune de Ventenac-en-Minervois », req. n° 131562, mentionné dans les tables du recueil Lebon

45 FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

46 Circulaire relative à la « Prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux », 14 décembre 1995, n°95-94

Dans ces conditions, un critère de sélection lié à l'emploi paraît, pour le commissaire du gouvernement, comme étant « conforme [...] à l'interprétation légale du code des marchés »<sup>47</sup>. Il ressort donc de la circulaire attaquée qu'un tel critère peut ne pas être fondé directement sur la nature des prestations du marché. Le Conseil est néanmoins demeuré prudent sur l'usage de tels critères, puisqu'ils « 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 »<sup>48</sup>.

#### B) Une analyse stricte fondée sur la nature même des prestations :

Dès 1999, le juge administratif a montré une grande réticence à considérer les critères sociaux comme des critères légitimes d'attribution<sup>49</sup>. Le préfet d'Alsace et du Bas-Rhin, ayant exercé son déféré préfectoral à l'encontre d'un marché prévoyant un critère d'attribution « insertion », soutenait notamment qu'un tel critère portait atteinte aux « principes de liberté et d'égalité d'accès des candidats aux marchés publics ».

Pascal Devillers, commissaire du gouvernement en charge de cette affaire expliquait que « l'appréciation de l'égalité entre les candidats s'opère particulièrement au niveau de l'accès au marché. L'acheteur public ne peut subordonner l'accès des candidats à des conditions qui seraient de nature à créer une discrimination injustifiée »<sup>50</sup>. La question principale du litige était la suivante : « le critère de la démarche d'insertion est-il discriminatoire, empêche-t-il l'accès au marché d'entreprises ou de catégories d'entreprise ? ». En aucun cas il ne subordonnait la légalité du critère à l'objet du marché en tant que tel, le débat portait en réalité sur le risque de discrimination inhérent aux exigences

47 FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

48 CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

49 TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

50 DEVILLIERS Pascal, conclusions sur TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

d'insertion de personnes en difficulté.

Le règlement de consultation indiquait de façon explicite ce que recouvrait le critère et notamment « *la description du ou des postes proposés avec indication de la durée, de la fonction proposée, des évolutions possibles dans l'entreprise, ainsi que, le cas échéant, la ou les actions de formation mise en place [...]* ».

Malgré ce descriptif précis, qui semble éloigner toute idée de discrimination vis-à-vis des candidats, le commissaire du gouvernement considère cependant que le critère d'insertion, « *contrairement aux critères généraux, applicables à toutes les entreprises sans restriction (une offre comporte toujours un prix, des délais, des modalités techniques d'exécution) [...] force les entreprises soumissionnaires à se couler, à condition qu'elles le puissent, dans le moule de la démarche d'insertion* »<sup>51</sup>.

Pour Pierre Devillers, bien que « *ce dernier critère d'insertion soit, en théorie, le moins important, sa prise en compte aboutit également à en faire le critère déterminant de l'attribution* », puisque l'article 5 du règlement de consultation disposait que « *Toute offre incomplète, donc ne comportant pas notamment le mémoire relatif à la démarche d'insertion, sera immédiatement écartée* ». Il en conclut donc sur ce point à la violation des « *principes de liberté et d'égalité d'accès des candidats aux marchés publics* ».

Sur le point de savoir si le critère d'insertion était justifié par l'objet du marché, le commissaire du gouvernement se montre sceptique. Pour lui, « *les travaux de balayage et de nettoyage, objet du marché, quand bien même ils font appel à une main-d'œuvre peu qualifiée, n'impliquent pas que ces personnels soient embauchés dans un cadre d'insertion* »<sup>52</sup>.

---

51 DEVILLIERS Pascal, conclusions sur TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

52 DEVILLIERS Pascal, conclusions sur TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

Le Tribunal administratif de Strasbourg, se réfère notamment aux dispositions de l'ancien article 297 du Code des marchés publics alors en vigueur, qui précisait que « *Sont toutefois prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution* ». Il constate, dans un premier temps, que le « *critère additionnel [...] insertion* » constituait « *un critère autonome de choix et non une simple modalité du critère de la valeur technique* ». Il examine ensuite la nature des prestations qui font l'objet du marché et en déduit que « *le marché de nettoyage et de balayage, présentement contesté, n'impliquait en lui-même, ni par son objet ni par ses conditions d'exécution, que le critère d'insertion sociale soit imposé, en tant que critère additionnel, aux entreprises soumissionnaires* ». Dès lors le critère en question ne pouvait être qu'illégal<sup>53</sup>.

En 2001, le Conseil d'État est venu porter un coup d'arrêt au développement des critères sociaux, en considérant, de façon lacunaire, que le « *critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation [...] était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution* »<sup>54</sup>.

Le marché ayant fait l'objet d'un référé pré-contractuel, formé par un candidat évincé, le juge du fond eut l'occasion de déclarer le critère des « *propositions concrètes faites par le soumissionnaire en matière de créations d'emploi, d'insertion et de formation* » illégal. Le juge du fond énonçait en effet que « *le critère additionnel de sélection des offres relatif à la création d'emplois, à l'insertion et à la formation est sans rapport avec l'objet du contrat et, pour ce motif, illégal* », sans réellement chercher si l'objet du marché n'était pas, dans les faits, multiple.

La commune de Gravelines porta l'affaire en cassation, mais n'obtint pas gain de cause.

---

53 TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

54 CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, publié au recueil Lebon

L'étude des conclusions du commissaire de gouvernement de l'époque, Denis Piveteau, permet de comprendre la position de la haute juridiction. Celui-ci se montre relativement hostile à l'instauration de tels critères ou clauses. Il note en effet que « *le déblaiement d'une douve et le tri des déchets, qui sont des travaux de maintenance d'œuvre se prêtent peut-être assez bien à des objectifs d'embauche de chômeurs ou de réinsertion professionnelle, mais ils ne les visent pas, et ne les impliquent pas nécessairement pour leur exécution. Par conséquent, la clause litigieuse se révèle extérieure, tant à l'objet proprement dit du marché que, plus généralement, à celui de la réglementation des marchés publics* »<sup>55</sup>.

L'achat public ne serait en réalité que « *la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »<sup>56</sup>. Cela signifierait donc que l'intégration d'un critère qui prévoit l'insertion de personnes en difficulté « *se révèle extérieure tant à l'objet proprement dit du marché que, plus généralement, à celui de la réglementation des marchés publics* »<sup>57</sup>.

La sévérité de cet arrêt se démarque de la jurisprudence européenne de la Cour de justice qui un an auparavant, validait un critère lié à la lutte contre le chômage dans son arrêt « *Commission contre France* ». Son raisonnement était le suivant : constitue un critère d'attribution toute « *condition [en l'espèce l'emploi de chômeurs de longue durée]* » qui peut servir « *de base pour exclure un soumissionnaire* »<sup>58</sup>. Tout critère d'attribution n'est légal que s'il respecte « *les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* ». Dès lors, le requérant qui ne démontrerait pas la violation d'un de ces principes ne peut prétendre à l'annulation d'un critère du seul fait que celui-ci soit social ou environnemental.

---

55 PIVETEAU Denis, conclusions sur CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, *AJDA*, janvier 2002, p. 46

56 PIVETEAU Denis, conclusions sur CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, *AJDA*, janvier 2002, p. 46

57 PIVETEAU Denis, conclusions sur CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, *AJDA*, janvier 2002, p. 46

58 CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 52

Le juge communautaire souhaitait donc étendre le volet social des traités communautaires au droit des marchés publics. On peut cependant remarquer la dissonance entre l'arrêt rendu par la Cour et l'avis émis par l'avocat général, Siegbert Alber, sur cette affaire. Ce dernier estimait que le critère d'attribution doit « revêt[ir] le caractère de critère d'exécution »<sup>59</sup>, et que par conséquent la France avait commis une « infraction à l'encontre de l'article 30<sup>60</sup> de la directive dans la mesure où les autorités françaises ont considéré le critère de l'emploi comme un critère distinct d'attribution »<sup>61</sup>.

Denis Piveteau, bien que prenant acte de l'arrêt de la Cour de justice, revendiquait pourtant une acception stricte des critères d'attribution, qui sont censés départager les candidats sur leur offres. Pour admettre le critère social, celui-ci devrait permettre « de sélectionner les offres, sans permettre, en amont, d'écarter telle ou telle entreprise. Il peut discriminer les offres, il n'a pas le droit de discriminer les offreurs »<sup>62</sup>.

Un an plus tard, le 17 septembre 2002, la Cour de justice des communautés européennes eut l'occasion de se prononcer sur la légalité d'un critère environnemental, dans l'affaire « *Concordia Bus Finland* ». On peut constater qu'un grand nombre d'intervenants au niveau européen restaient encore à l'époque retranchés derrière leurs positions et se montraient méfiants vis-à-vis de l'intégration des critères environnementaux et sociaux dans leurs marchés publics, et ce malgré la position conciliante de la Cour.

---

59 ALBER Siegbert, conclusions sur CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 48

60 Désormais article 53 de la directive 2004/18.

61 ALBER Siegbert, conclusions sur CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 49

62 PIVETEAU Denis, conclusions sur CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, *AJDA*, janvier 2002, p. 46

Dans le cadre des observations préalables présentées à la Cour, le gouvernement autrichien rappelle que « *les critères d'attribution doivent être directement liés à l'objet du marché* »<sup>63</sup>. Le gouvernement suédois évoque la nécessité que ces critères soient « *en rapport avec le marché à attribuer et appropriés pour déterminer l'offre la plus avantageuse d'un point de vue économique* »<sup>64</sup>. La Commission Européenne exige quant à elle que ces critères soient notamment « *strictement liés à l'objet du marché* »<sup>65</sup>.

Dans son analyse, la Cour rappelle à juste titre qu'« *une offre se rapportant nécessairement à l'objet du marché, il s'ensuit que les critères d'attribution pouvant être retenus conformément à ladite disposition doivent, eux aussi, être liés à l'objet du marché* »<sup>66</sup>. Elle en déduit donc que les critères environnementaux doivent « *être liés à l'objet du marché* ».

La Cour ira néanmoins au delà de la simple exigence d'un lien avec le marché, et posera quatre conditions à la légalité des critères environnementaux : ils seront valides « *pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* »<sup>67</sup>. Elle va par la suite affiner sa jurisprudence en matière de critères environnementaux et sociaux, se montrant plus favorable à leur égard.

---

63 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 49

64 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 50

65 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 52

66 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 59

67 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 64



## **II - Un rejet réitéré dans un contexte pourtant plus favorable :**

La position du juge français s'est éloignée au fil du temps de celle du juge européen (A). Aussi critiquée soit-elle par les différents intervenants auprès de la Cour de justice de l'Union Européenne, celle-ci s'est toujours prononcée en conformité avec le droit originaire européen. La plupart des arrêts rendus par la Cour, de 1988 à aujourd'hui, ont posé les jalons d'un développement durable à la fois efficace et transparent dans les marchés publics. Si ponctuellement des tentatives d'évolution ont vu le jour, celles-ci n'ont pas abouti (B) et ont été rapidement remises en cause.

### **A) Une conception française en marge des juges européens :**

Le juge administratif, dans la lignée de l'arrêt « *Commune de Gravelines* » a tenté de dissuader les acheteurs publics de recourir aux critères sociaux dans le cadre d'un marché sans conditions d'exécution ni ayant pour objet spécifique l'insertion.

L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai du 29 novembre 2011, « *Région Nord/Pas-de-Calais* » illustre bien ce propos : dans cette espèce, la région Nord/Pas-de-Calais avait mis en place une procédure de passation pour un marché relatif au « *déménagement, stockage, transfert de mobilier et de machines outils dans les établissements publics locaux d'enseignement de la région* ». Les six lots du marché ayant été attribués à une seule et unique entreprise, l'un des concurrents évincés entreprit alors de former un référé devant le Tribunal administratif de Lille tendant à l'annulation de la décision de rejet de son offre et de celle attribuant le marché.

En premier ressort, le Tribunal administratif accueillit les prétentions de la société requérante en concluant « *qu'il ne ressort[ait] d'aucune pièce du dossier que les prestations attendues présenteraient, par nature, un lien avec les performances en matière d'insertion de publics en difficulté* »<sup>68</sup>.

---

68 TA Lille, 21 septembre 2010, « NC Déménagement », req. n° 0700900

Interjetant appel de l'ordonnance, la région soutenait que le juge de première instance avait commis une erreur de droit concernant le critère relatif aux « *performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté* », qui avait pour finalité « *de lutter contre le chômage et d'encourager le comportement citoyen des entreprises candidates à l'obtention des marchés* ». La région soulignait en outre que l'article 53 du Code des marchés publics autorisait désormais l'emploi des personnes en difficulté par le biais d'un critère de sélection des offres<sup>69</sup>.

Le juge d'appel, reprenant l'argumentation du Tribunal administratif, se borna à énoncer que des prestations de déménagement ne présentaient pas « *par nature, un lien avec les performances en matière d'insertion de publics en difficulté* ». La Cour rappelle en outre que « *si la région pouvait retenir, au nombre des conditions d'exécution du contrat, des éléments à caractère social prenant en compte l'objectif de progrès social, tel que mentionné à l'article 14 du code des marchés publics, elle ne pouvait pas le faire au titre des critères d'attribution* »<sup>70</sup>.

Or, la jurisprudence européenne en la matière, si elle ne se caractérise pas par son abondance, a le mérite de comporter des arrêts de principe en faveur des critères environnementaux et sociaux, qui bien que discutés âprement par la doctrine, établissent des solutions claires pour peu que l'on s'attache à la lettre de ces décisions.

Ainsi, dès 1988, la Cour de justice des Communautés Européennes reconnaît la faculté pour les États membres de poser une « *condition de l'emploi de chômeurs de longue durée [...] si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires* »<sup>71</sup>. Cette solution fût par la suite précisée, le juge communautaire indiquant que cette condition qui « *avait servi de base pour exclure un soumissionnaire [...] ne pouvait, dès lors, que constituer un critère d'attribution du marché* »<sup>72</sup>.

---

69 MARJANOVIC Vladan, conclusions sur CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, « Région Nord/Pas-de-Calais » req. n°10DA01501, inédit au recueil Lebon

70 CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, « Région Nord/Pas-de-Calais » req. n°10DA01501, inédit au recueil Lebon

71 CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 37

72 CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98

A cela s'ajoute la jurisprudence européenne en matière de critères environnementaux, qui s'est cristallisée depuis les arrêts « *Concordia Bus Finland* » et « *EVN* », rendus respectivement en 2002 et 2003. Depuis lors, ces positions sont bien établies et ne souffrent plus de remises en cause fondamentales.

#### B) De faibles tentatives d'évolution :

Avec le prononcé de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai du 29 novembre 2011, la doctrine s'étonnait alors des divergences de positions jurisprudentielles<sup>73</sup> étant donné que le Tribunal administratif de Fort-de-France, dans son ordonnance « *Société Clean Garden* », s'était prononcé en sens inverse le 21 février 2011, soit quelques mois auparavant.

Ce juge avait en effet émis une position plus favorable, en énonçant que « *compte-tenu, d'une part, de l'importance des possibilités d'emploi dans le secteur du nettoyage des voies publiques, d'autre part de ce que le 1<sup>o</sup> du 1 de l'article 53 du code des marchés publics mentionne expressément « les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » parmi la pluralité des critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur peut se fonder pour procéder au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, enfin de ce que le progrès social constitue un des éléments du développement durable en vertu de l'article 6 de la charte de l'environnement de 2004 à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005, les sous-critères du critère de la valeur sociale, pondéré à hauteur seulement de 10%, tenant respectivement à la « politique salariale » et aux « nombre, qualification et expérience des agents affectés à l'ensemble des prestations », lesquels ne sont pas constitutifs en eux-mêmes [de] discriminations ni ne sont contraires aux lois applicables, ne sont pas dénués de tout lien avec l'objet du marché »<sup>74</sup>.*

73 MAUPIN Emmanuelle, « Le juge sanctionne le recours au critère insertion professionnelle » [en ligne], 2 février 2012 et AdDEN Avocats, « L'application stricte de l'article 53 du code des marchés publics par la cour administrative de Douai : impossibilité de prévoir un critère de jugement des offres lié à la performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors qu'il est sans lien avec l'objet du marché » [en ligne], 8 février 2012

74 TA Fort-de-France, 21 février 2011, « Sté Clean Garden SARL », req. n° 1100060

Le juge administratif prenait donc en compte une vision plus sociale et moins économique des marchés publics, en considérant que la nature des prestations, en l'espèce relativement simple, le nettoyage des voiries, autorisait le pouvoir adjudicateur à recourir à un critère social pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Or, la Cour administrative d'appel de Douai, pour des prestations que l'on peut considérer comme similaires par leur nature<sup>75</sup> à celle de l'affaire « *Société Clean Garden* », écarte toute possibilité d'insérer un critère social si celui-ci n'est pas accompagné d'une clause d'exécution ou s'il n'est pas destiné à un marché public d'insertion.

Le rapporteur public en charge de l'affaire, après avoir mis en balance les conceptions d'une part restrictive et d'autre part extensive de l'objet du marché, émettait un avis réservé sur la validité d'un critère d'insertion professionnelle. Il s'interroge en effet sur un point : que faire « *lorsque le marché porte sur des prestations qui, par leur nature, seraient plus facilement que d'autres susceptibles d'être fournies par des entreprises employant des personnes en difficulté, et qu'il conviendrait dès lors d'encourager cette démarche ?* ». Il poursuit ce raisonnement en indiquant que « *suivant la lecture faite par la région Nord/Pas-de-Calais, le critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté trouverait naturellement vocation à s'appliquer dans cette hypothèse, et s'agissant du marché présentement en litige, portant sur des prestations de déménagement et donc de manutention d'objets, ce critère pouvait valablement être mis en œuvre* »<sup>76</sup>.

---

75 À titre principal, des prestations de déménagement.

76 MARJANOVIC Vladan, conclusions sur CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, « Région Nord/Pas-de-Calais » req. n°10DA01501, inédit au recueil Lebon

Cependant, le rapporteur public se rallie finalement à la position prise par le Tribunal administratif de Lille, en énonçant que celui-ci n'a commis aucune erreur de droit en considérant le critère en matière d'insertion professionnelle comme dépourvu de lien avec l'objet du marché. Il s'appuie notamment sur une réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, en date du 8 octobre 2009, qui précise que « *ces critères [performances en matière d'insertion professionnelle et en matière de protection de l'environnement] ne peuvent toutefois être mis en œuvre que lorsqu'ils présentent un lien avec l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque la nature des prestations demandées est en rapport avec une démarche d'insertion* »<sup>77</sup>.

Pourtant, dans une interview réalisée par le site achatpublic.info auprès des avocats Hervé Letellier et Ana Gonzalez, ceux-ci pointent le fait que « *les prestations de manutentions pourraient parfaitement correspondre au type d'opérations que l'on entend promouvoir dans le cadre de l'insertion des publics en difficulté. Si on ne l'admet pas pour elles, on peut se demander alors dans quel cas cette disposition pourra jouer ?* »<sup>78</sup>.

Il est donc difficile d'appréhender la nature même et les caractéristiques des prestations qui relèvent de l'objet du marché et celles qui n'en relèvent pas. En définitive, l'appréciation du lien avec l'objet du marché semble relever de l'appréciation souveraine et donc subjective du juge administratif.

---

77 Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, « Conditions de mise en oeuvre du critère de choix performances d'une offre en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté », 13<sup>ème</sup> législature, réponse publiée au *JO Sénat*, 8 octobre 2009, p. 2365

78 MAUPIN Emmanuelle, « Le juge sanctionne le recours au critère insertion professionnelle » [en ligne], 2 février 2012

## **SECTION II : UN REJET MOTIVÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF :**

Le juge administratif ne semble pas remettre en cause l'obligation de prendre en compte le développement durable dans la définition des besoins par les pouvoirs adjudicateurs. Simplement, il procède par des moyens détournés pour sanctionner l'usage des critères d'attribution environnementaux et sociaux. Le juge va ainsi dans certains cas s'attacher à vérifier l'adéquation des critères aux marchés litigieux (I). Dans d'autres cas, le juge va aller jusqu'à considérer que les critères d'attribution ne seront légaux que combinés à d'autres mécanismes juridiques (II).

### **I - Un rejet motivé par l'inadéquation des critères aux marchés :**

La contestation de la méthode de notation des offres constitue un moyen de choix pour remettre en cause la procédure de passation d'un marché, notamment par le biais des critères d'attribution. Les candidats évincés chercheront ainsi à démontrer l'illégalité de ces critères parce que discriminatoires ou sans lien avec l'objet du marché. Le juge administratif appréciera donc l'opportunité des critères établis selon chaque espèce, par la voie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (A). En définitive, le juge qualifiera un critère de « *lié à l'objet du marché* » si celui-ci ne présente pas un caractère d'« *extériorité* » au marché (B).

#### **A) Un contrôle du juge limité à l'erreur manifeste d'appréciation :**

Avant le lancement d'un marché public, le pouvoir adjudicateur qui souhaite intégrer à la procédure des critères sociaux ou environnementaux doit s'interroger sur la viabilité de ceux-ci et « *s'assurer que l'objet du marché à conclure est bien à même de « supporter » une telle mesure* »<sup>79</sup>.

---

79 METZGER Olivier, « *Clauses d'insertion sociale : les questions à se poser lors de la passation de marchés publics* » [en ligne], *Contrats Publics*, juin 2012, n°122, p. 47

La haute juridiction administrative a ainsi écarté un critère relatif aux « *propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation* », considérant qu'il était « *sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution* »<sup>80</sup>.

En analysant cette solution, on voit ici que le Conseil d'État a sanctionné l'imprécision du critère, qui ne permet pas aux opérateurs économiques d'apprécier correctement les attentes du pouvoir adjudicateur en matière sociale. La collectivité laissait en effet chaque entrepreneur proposer des engagements dans ce domaine, ce qui risquait de causer des difficultés pour apprécier objectivement l'offre économiquement la plus avantageuse, au stade de l'analyse des offres. La doctrine suggère notamment aux acheteurs publics de détailler ce qui relève du critère social qu'ils souhaitent instaurer : on pourra par exemple y trouver une « *obligation de recruter des chômeurs de longue durée, [une] obligation de recruter un nombre de personnes handicapées, etc* »<sup>81</sup>.

En 2006, dans un arrêt « *Commune de Toulouse* », le juge administratif a considéré qu'un pouvoir adjudicateur pouvait retenir un critère esthétique, en l'espèce pondéré à 50%, « *dès lors [qu'il permettait] de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, [et] eu égard à l'objet du marché* ». Cela implique donc une définition précise du critère en question, pour déterminer si celui-ci correspond bien à l'objet du marché. A contrario, « *en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la COMMUNE DE TOULOUSE, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; [...] la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait* »<sup>82</sup>.

80 CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « *Commune de Gravelines* », req. n°229666, publié au recueil Lebon

81 METZGER Olivier, « *Clauses d'insertion sociale : les questions à se poser lors de la passation de marchés publics* » [en ligne], *Contrats Publics*, juin 2012, n°122, p. 49

82 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 26 avril 2006, « *Commune de Toulouse* », req. n° 280197, mentionné dans les tables du recueil Lebon

On voit donc que la juridiction administrative procède à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des critères de sélection des offres. L'arrêt du 11 novembre 2008, « *Commune de Saint-Nazaire* », illustre l'intensité du contrôle permis par la haute juridiction administrative. Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur décrivait de façon exhaustive ses attentes relatives au critère esthétique d'un bâtiment : « *Les mobiliers urbains ...devront participer à l'embellissement de l'espace public par leurs qualités esthétiques. Ils devront de plus être en cohérence avec l'identité portuaire et maritime de cette dernière et s'inscrire dans le style nazairien alliant exigence fonctionnelle (solidité, résistance, confort d'usage, durabilité, facilité d'entretien et de remplacement) et esthétique. A cet égard, le mobilier retenu devra être d'esprit contemporain, de forme simple et épurée, de préférence en métal et d'une couleur dominante blanche* ». Le juge du fond a néanmoins annulé ce critère pour défaut de précision. Le Conseil d'État a alors annulé l'ordonnance du juge des référés, estimant que celui-ci avait « *dénaturé les pièces du dossier* », le critère étant suffisamment précis<sup>83</sup>. On peut alors penser que la description précise des attentes vis-à-vis d'un critère d'attribution permet d'intégrer son contenu à l'objet du marché.

Le Conseil d'État a par la suite confirmé sa jurisprudence dans un arrêt « *Communauté urbaine de Dunkerque* » du 15 décembre 2008. Le juge rappelle que « *faute d'avoir précisément défini le type des prestations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure* »<sup>84</sup>. La définition précise des prestations attendues permet alors de lier les critères à l'objet du marché.

---

83 CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 5 novembre 2008, « *Commune de Saint-Nazaire* », req. n° 310484, mentionné dans les tables du recueil Lebon

84 CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 15 décembre 2008, « *Communauté Urbaine de Dunkerque* », req. n° 310380, inédit au recueil Lebon



Le juge ne s'attache pourtant pas toujours à la lettre des pièces contractuelles d'un marché. Ainsi pour dénier le lien entre le critère tiré de la politique sociale de l'entreprise et l'objet du marché, le juge des référés du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a procédé à un examen des pièces du dossier. Il a ainsi constaté que la mention dans le cahier des clauses techniques particulières selon laquelle la commune «*est très attachée à la notion de développement durable [et que] par conséquent, le prestataire retenu sera tenu d'avoir le même attachement à ces questions concernant les aspects économiques, environnementaux et socio-humains, n'a pas pour effet de conférer un objet social au marché*»<sup>85</sup>. Le Conseil d'État va d'ailleurs valider l'ordonnance du juge des référés dans son arrêt «*Société Derichebourg polyurbaine*», considérant que celui-ci «*a contrôlé ce rapport [entre le critère de la politique sociale et le marché] non au regard de l'intitulé du marché mais au regard de son objet*»<sup>86</sup>.

#### B) Le contrôle de l'« extériorité » du critère :

Lors d'un colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique organisé par la direction des affaires juridiques de l'Observatoire économique de l'achat public le 17 octobre 2008, Ugo Bassi, membre de la Direction Générale Marché intérieur et services – Direction de la politique des marchés publics de la Commission Européenne, insistait sur la condition du lien entre un critère et l'objet d'un marché public : «*En matière d'environnement, par exemple, la commande publique peut privilégier l'achat de produits performants du point de vue environnemental. Il n'est pas permis, en revanche, de favoriser une entreprise mettant en œuvre une politique de respect de l'environnement dans ses locaux, car une telle dimension apparaîtrait comme déconnectée de l'objet du marché*»<sup>87</sup>.

---

85 TA Cergy-Pontoise, 30 octobre 2012, « Sté Europe Services Déchets c/ Cne de Colombes », req. n°1208269

86 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

87 DAJ – OEAP, « Colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique », 17 octobre 2008, «34 p., p. 9 et 10

Il est donc logique qu'une solution identique s'applique concernant la politique sociale d'une entreprise. En effet, l'affaire « *Société Derichebourg polyurbaine* » permet d'apprécier plus aisément les contours de la notion de lien avec l'objet du marché. Loin d'être hostile aux critères sociaux, le rapporteur public en charge de cette affaire considère au contraire que « *la conception stricte du lien avec l'objet du marché dont témoigne votre décision Commune de Gravelines du 25 juillet 2001 [...], par laquelle vous avez jugé qu'un critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation était sans rapport avec l'objet d'un marché de réhabilitation d'une décharge ou avec ses conditions d'exécution, mérite probablement d'être reconsidérée* »<sup>88</sup>.

Il semble que pour être considéré comme étant lié à l'objet du marché, le critère de sélection des offres ne doit pas présenter un élément d'extériorité au marché au sens strict. En effet, le critère de la « *politique sociale de l'entreprise [...] porte sur les candidats et non sur leurs offres, alors que seules ces dernières sont en relation avec l'objet du marché* »<sup>89</sup>.

A contrario, il note que « *s'agissant d'un marché de fournitures de produits alimentaires, la CJUE a validé un critère relatif à leur origine en relevant qu'il visait uniquement les ingrédients à fournir dans le cadre dudit marché, sans aucune implication quant à la politique générale d'achat des soumissionnaires* », dans un arrêt « *Commission contre Pays-Bas* »<sup>90</sup> du 10 mai 2012. Il soutient qu'en revanche, « *un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise produit l'effet exactement inverse* »<sup>91</sup>.

---

88 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

89 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

90 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10

91 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

La décision du Conseil d'État, en accord avec la solution dégagée par le rapporteur public, réfute toute idée d'intrusion d'un pouvoir adjudicateur dans la gestion d'une entreprise, par le biais notamment des critères d'attribution. Le critère de la « *politique sociale de l'entreprise* », qui concernait notamment la « *formation des personnels et [...] exigences en matière de sécurité* » était en réalité « *indépendant de l'objet propre et des spécificités du marché* »<sup>92</sup>.

Le rapporteur public aborde enfin la question de l'objet du marché avec une certaine souplesse ; il estime en effet que si « *le critère social, comme tout critère de sélection, doit être en relation avec l'objet du marché* », cette relation se constate par un lien avec les « *modalités d'exécution* » du marché, au sens large et non pas entendu comme ayant trait à une clause d'exécution<sup>93</sup>. On ne peut alors que constater que la politique sociale d'une entreprise est trop éloignée des modalités d'exécution pour être considérée comme faisant partie intégrante des besoins du marché.

Au delà de ces considérations, le juge a également sanctionné les critères d'attribution environnementaux et sociaux, dès lors qu'il estimait qu'une solution alternative était envisageable.

## **II - Un rejet motivé par l'existence d'outils juridiques complémentaires aux critères :**

Le juge administratif s'est appuyé sur différents mécanismes juridiques pour légitimer son refus de prendre en compte les critères environnementaux et sociaux. Il a ainsi considéré que de tels critères ne seraient admis que s'ils étaient intégrés dans un marché comportant une clause d'exécution (A) ou ayant pour objet exclusif l'achat de prestations de services environnementales ou sociales (B).

---

92 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

93 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

A) Le critère lié à l'objet du marché comme accessoire des conditions d'exécution du marché :

La jurisprudence a longtemps refusé l'existence d'un critère lié au développement durable, et particulièrement les critères à caractère social. Ainsi dans l'affaire « *Région Nord-Pas-de-Calais* » en date du 29 novembre 2011, la Cour administrative d'appel de Douai a exprimé clairement que « *si la région pouvait retenir, au nombre des conditions d'exécution du contrat, des éléments à caractère social prenant en compte l'objectif de progrès social, tel que mentionné à l'article 14 du code des marchés publics, elle ne pouvait pas le faire au titre des critères d'attribution* »<sup>94</sup>.

La doctrine considère par exemple qu'en matière sociale, l'utilisation d'une clause d'exécution permet de prendre en compte le « *progrès social* », car « *le recours à l'article 14 n'est pas subordonné à la démonstration d'un lien avec l'objet du marché. Il convient toutefois de s'assurer du caractère non discriminatoire de la clause* »<sup>95</sup>. Certains auteurs considèrent même qu'une telle position incite en fait les acheteurs publics « *à agir en amont de la procédure* » et « *tend à faire reposer sur les seules épaules du pouvoir adjudicateur l'émergence du social dans les marchés publics, au détriment de l'incitation des entreprises à proposer par elle même une performance en ce domaine* »<sup>96</sup>. L'acheteur doit donc préparer son marché, le baliser en fournissant aux soumissionnaires ses attentes précises par le biais d'une clause, qu'il pourra évaluer grâce à un critère d'attribution. Une telle clause a pour effet de poser dans le cahier des charges des « *obligations* » aux soumissionnaires, qui « *ne sauraient donc servir à les départager mais s'imposent ensuite au titulaire du marché* »<sup>97</sup>.

---

94 CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, « *Région Nord/Pas-de-Calais* » req. n°10DA01501, inédit au recueil Lebon

95 MAUPIN Emmanuelle, « *Le juge sanctionne le recours au critère insertion professionnelle* » [en ligne], 2 février 2012, propos d'Ana Gonzalez, avocate

96 MAUPIN Emmanuelle, « *Le juge sanctionne le recours au critère insertion professionnelle* » [en ligne], 2 février 2012, propos de Charles Pareydt, avocat

97 DUMOULIN Marc, 11ème législature, question écrite n° 42175, *JOAN*, 17 avril 2000, p. 2455 et réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Déjà en 2001, dans l'arrêt « *Commune de Gravelines* », le Conseil d'État donnait raison au juge du fond qui déclarait illicite un critère au motif qu'il « *était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution* »<sup>98</sup>. La formule semble quelque peu curieuse selon l'interprétation qu'on lui confère. Littéralement, la rédaction du considérant laisse penser qu'un critère illicite à la base, car sans rapport avec l'objet du marché, se verrait qualifier de légal par le simple ajout d'une clause d'exécution. En réalité, il faut plutôt comprendre que la clause d'exécution légitime l'objet social ou environnemental du marché, et que le critère s'appliquant sur la clause, celui-ci devient de ce fait légal.

La clause d'exécution permet aux acheteurs de prévoir les « *modalités de mise en œuvre* » d'un marché, et ce « *sans jugement* ». L'association d'une telle clause à un critère social ou environnemental permet alors d'« *inciter les entreprises à construire leur réflexion [sur les aspects sociaux ou environnementaux] dès la constitution de leur offre* »<sup>99</sup>.

Les clauses sociales se prêtent aisément à cette combinaison des articles 14 et 53 du Code des marchés publics<sup>100</sup>, puisqu'elles permettent de passer outre les débats encore vifs sur la légalité des critères sociaux. Dans un mémento publié par la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi, intitulé « *Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique* », il est toutefois précisé que « *le donneur d'ordres doit être clair sur ses attentes et les objectifs visés en matière d'insertion, les définir précisément dans son marché* » au travers des clauses « *et au besoin les traduire sous la forme de sous critères* »<sup>101</sup>.

---

98 CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « *Commune de Gravelines* », req. n°229666, publié au recueil Lebon

99 DIRECCTE Rhône-Alpes, « *Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique* », janvier 2013, 40 p.

100 Les articles 14 et 53 concernent respectivement les clauses d'exécution d'un marché et les critères d'attribution.

101 DIRECCTE Rhône-Alpes, « *Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique* », janvier 2013, 40 p., p. 22

Si le pouvoir adjudicateur souhaite aller plus avant dans sa démarche de développement durable, le recours aux marchés dont l'objet est l'insertion ou l'environnement lui permettra d'intégrer des critères d'attribution dans ces domaines. Ceux-ci seront alors considérés légitimes par le juge, car liés au sens propre à l'objet du marché.

B) Le critère lié à l'objet du marché, appliqué au marché d'insertion ou environnemental :

Par le biais d'une construction juridique basée sur l'article 30 du Code des marchés publics, relatifs aux services, il est possible de réaliser un marché dont l'objet concernerait des prestations de services en matière sociale ou environnementale.

On retrouve surtout ce type de marchés dans le domaine de l'insertion professionnelle ; il est alors prévu dans les documents du marché des « *prestations supports* », qui ne sont pas « *l'objet principal du marché* », celui-ci étant l'insertion des personnes employées sur ces prestations. Ces contrats permettent alors l'utilisation de critères d'insertion qui calqueront précisément avec l'objet du marché. Dans cette hypothèse, « *les critères de choix des offres des prestataires devront porter prioritairement sur la qualité de l'insertion mise en œuvre et non sur les travaux ou les services réalisés* »<sup>102</sup>.

Il se pose alors à première vue un paradoxe face au recours à ce type de marché, puisqu'ici le pouvoir adjudicateur est libre de prendre en compte de façon poussée l'insertion, mais ne peut plus comme dans un marché classique (c'est-à-dire ne visant pas l'insertion) évaluer précisément ses besoins techniques car si les « *prestations supports* » sont trop détaillées, le risque de requalification par le juge devient trop important<sup>103</sup>. Dès lors, l'acheteur public se retrouve devant un dilemme.

---

102 DIRECCTE Rhône-Alpes, « Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique » , janvier 2013, 40 p., p. 23

103 DIRECCTE Rhône-Alpes, « Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique » , janvier 2013, 40 p., p. 23

La première solution pour l'acheteur est de s'assurer de la qualité des prestations qui seront réalisées en passant un marché classique et en détaillant précisément ses besoins techniques. Dans ce cas de figure, il se prive de la possibilité d'évaluer précisément ses attentes en matière d'insertion. La seconde solution est de noter l'insertion mais au détriment des attentes techniques relatives aux prestations qui seront réalisées.

Or, ni l'une ni l'autre de ces solutions ne se révèle satisfaisante, car on oblige le pouvoir adjudicateur à faire un choix parmi ses besoins, et indirectement parmi les critères à sa disposition. Il convient de rappeler que le pouvoir adjudicateur a le droit d'avoir accès « *aux meilleurs techniques possibles* », ce que l'avocat général Jean Mischo qualifiait dans ses conclusions sur l'arrêt « *Concordia Bus Finland* » de « *state of the art* »<sup>104</sup>. Par ailleurs, le choix des critères d'attribution ne saurait être influencé par d'autres considérations que le respect des principes fondamentaux des traités et des directives communautaires ; la position de la Cour de justice est sur ce point constante. L'arrêt « *Evans Medical et Macfarlan Smith* » énonçait ainsi que « *le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne pouvant toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* »<sup>105</sup>.

Il semble donc logique que l'offre économiquement la plus avantageuse soit celle qui présente la meilleure réponse aux prestations du marché ainsi qu'aux considérations sociales et environnementales qui y sont attachées. Le pouvoir adjudicateur devrait donc être en mesure, que ce soit dans un marché classique ou visant l'insertion, de détailler comme bon lui semble chacun des aspects de son marché, et de pouvoir évaluer les offres selon les critères qu'il aura préalablement fixés.

---

104 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 77

105 CJCE, 28 mars 1995, « *Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd* », aff. C-324/93, considérant n° 42

## **CHAPITRE II : L'ACCEPTION PROGRESSIVE DES CRITÈRES SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX SOUS L'IMPULSION DE LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE :**

La remise en cause des critères sociaux et environnementaux connut une ampleur importante dans l'Union Européenne et notamment en France, tandis qu'à contre-courant la Cour de justice tentait d'harmoniser les différentes positions nationales sur ces critères. Leur essor ne fut permis que sous l'impulsion du juge communautaire. Le juge européen réalisa, sans grande difficulté à faire reconnaître les critères environnementaux (section I). Les États membres montrèrent en revanche une plus grande réticence à adopter les critères sociaux. L'évolution, d'une part, des mentalités et des préoccupations de la société et, d'autre part, les considérations des traités européens en matière de développement durable, rendaient difficilement soutenable la sévérité de la position française sur les critères d'attribution. L'admission des critères sociaux eut donc lieu (section II), mais de façon tardive.

### **SECTION I : L'ADMISSION DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS :**

L'admission des critères environnementaux comme liés à l'objet du marché se déroula rapidement au début des années 2000, sans susciter d'importantes résistances de la part des États membres. Le juge communautaire dégagait, dans un premier temps, les caractéristiques du critère environnemental (I). Par la suite, ces critères purent évoluer, participant au rayonnement du développement durable dans les marchés publics (II).

#### **I - Les caractéristiques du critère environnemental :**

Trois principales considérations ressortent des débats relatifs aux critères environnementaux. Le critère environnemental doit en premier lieu être lié à l'objet du marché (A), sans nécessairement être de nature économique (B). La principale qualité d'un tel critère sera cependant son caractère non-discriminant à l'égard des soumissionnaires (C).



A) Un critère lié à l'objet du marché :

L'arrêt « *Concordia Bus Finland* »<sup>106</sup> du 17 septembre 2002 a été la première affaire d'envergure sur le sujet. Les faits concernaient la mise en place d'un réseau de bus dans la ville d'Helsinki. Par publicité en date du 4 septembre 1997 au Journal Officiel des Communautés Européennes, la ville d'Helsinki lançait une procédure d'appel d'offres pour l'achat d'autobus peu polluants destinés à circuler dans l'agglomération.

Les critères d'attribution prévus par le pouvoir adjudicateur étaient les suivants : « *le prix global demandé pour l'exploitation, la qualité du matériel (autobus) et la gestion par l'entrepreneur en matière de qualité et d'environnement* ». Le critère de « *la qualité du matériel* » permettait aux candidats, sous certaines conditions, de bénéficier de « *points supplémentaires sur la base de certains critères* », notamment de faibles « *émissions d'oxyde azotique* » et d'un « *niveau sonore* » réduit.

La société Concordia Bus Finland, candidate évincée à l'attribution du marché, forma un recours devant les juridictions nationales au motif que « *l'attribution de points supplémentaires à un matériel dont les émissions d'oxyde azotique et le niveau sonore sont inférieurs à certaines limites est inéquitable et discriminatoire* »<sup>107</sup>. Elle soutenait en effet que seule la société attributaire du marché était en mesure de fournir l'autobus le moins polluant et le moins bruyant, et que, par suite, aucun autre candidat n'était susceptible d'obtenir la note maximale en matière de « *qualité du matériel* ».

L'instance nationale chargée du litige rejeta le recours au motif que « *l'entité adjudicatrice a le droit de définir le type de matériel dont elle souhaite l'utilisation* » et que « *la décision de la ville d'Helsinki de donner la préférence aux autobus peu polluants relève de la politique écologique, qui vise à réduire les nuisances pour l'environnement engendrées par la circulation des autobus* ». Sur la question du caractère discriminatoire du critère, la juridiction note que « *tous les concurrents avaient la possibilité, s'ils le souhaitaient, d'acquérir des autobus fonctionnant au gaz naturel* », de sorte « *qu'il n'a pas été apporté la*

---

106 CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99

107 CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 27

*preuve de ce que le critère en question aurait été discriminatoire envers Concordia »<sup>108</sup>.*

Concordia forma alors un pourvoi en cassation devant la juridiction nationale compétente. Reprenant son argumentation présentée au fond, elle soutient en outre qu'« *il ne saurait être question de tenir compte de ces facteurs écologiques qui n'ont aucun rapport direct avec l'objet de l'appel d'offres* »<sup>109</sup>.

La juridiction relève d'abord que les directives « marchés » de l'époque « *ne mentionn[ai]ent pas les questions d'environnement dans la liste des critères de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Cependant, la Commission Européenne, dans sa communication du 11 mars 1998<sup>110</sup>, « *Les marchés publics dans l'Union européenne* », considère « *qu'il est licite de tenir compte de considérations d'environnement aux fins de choisir l'offre la plus avantageuse sur le plan économique global, dans la mesure où l'organisateur de l'appel d'offres tire lui-même un avantage direct des propriétés écologiques du produit* »<sup>111</sup>.

Incertaine sur la solution à donner au litige, elle sursit alors à statuer afin de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés Européennes, notamment dans le but de déterminer si des considérations environnementales peuvent être utilisées pour la sélection des offres, et si oui, dans quelles conditions.

Le gouvernement autrichien considère que « *les critères choisis par l'entité adjudicatrice doivent être en rapport avec le marché à attribuer et permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Il exige une certaine intensité quant au lien entre l'objet et les critères, ces derniers devant être « *directement liés à l'objet du marché* »<sup>112</sup>. Ce choix reste libre mais nécessairement « *limité* » selon le gouvernement suédois, car le

---

108 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 29

109 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 30

110 Commission Européenne, « Les marchés publics dans l'Union européenne », [COM(1998) 143 final], 11 mars 1998

111 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 33

112 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 49

critère doit être « *en rapport avec le marché* »<sup>113</sup>. Plus sévère encore, la Commission considère que les critères doivent être « *strictement liés à l'objet du marché* »<sup>114</sup>.

Les conclusions de l'avocat général Jean Mischo, près de la Cour de justice, éclairent les propos des différents intervenants : ainsi, quand le gouvernement autrichien précise que le critère doit être « *lié à l'objet du marché* », il entend signifier que celui-ci « *doit concerner la prestation à fournir ou les modalités de son exécution* »<sup>115</sup>. Dans cette alternative, les « *modalités d'exécution* » ne font pas référence à une clause, mais bien à la manière dont les prestations vont se dérouler ou être fournies.

L'argumentation de la ville d'Helsinki s'avère intéressante puisqu'elle s'attache à démontrer que la prise en compte des considérations environnementales que sont « *les émissions d'oxyde d'azote* » et les « *émissions sonores* » relève intrinsèquement de l'objet du marché. Au vu des pièces du marché, « *les critères relatifs aux émissions d'oxyde d'azote et aux émissions sonores entrent dans les catégories qualité et valeur technique* »<sup>116</sup>. Ces critères ne faisant l'objet d'aucune discussion sur le fond, ils permettraient alors au pouvoir adjudicateur qui a pris le temps de cerner ses besoins de pouvoir prendre en compte ceux-ci au sein d'autres critères plus généraux.

L'avocat général Jean Mischo considère ce raisonnement valable, dès lors que « *les critères d'émission sont indissolublement liés à la configuration du matériel avec lequel la ville d'Helsinki souhaite voir assuré le service des autobus* »<sup>117</sup>. Le lien entre le critère et l'objet du marché apparaît donc aisément puisqu'il faut juger la performance du matériel proposé, et que cette performance passe par la prise en compte des considérations environnementales.

---

113 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 50

114 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 52

115 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 108

116 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 76

117 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 77

La question de l'objet du marché ne semble d'ailleurs plus pertinente du point de vue de l'avocat général. Il suffit en effet de constater que les arrêts « *Bentjees* » et « *Commission contre France* », qui ont reconnu l'existence de critères sociaux, l'ont fait alors qu'« *il s'agissait dans les deux cas d'un marché de travaux. Ces travaux auraient pu, tout aussi bien, être exécutés par des non-chômeurs. La condition posée n'était donc pas liée à l'objet du marché, c'est-à-dire aux caractéristiques des travaux à exécuter* »<sup>118</sup>. Dès lors, l'exigence qu'un critère soit « *lié, voire strictement lié, à l'objet du marché* » semble trop restrictive.

B) Un critère légal indépendamment de sa dimension économique :

Dans l'affaire « *Concordia Bus Finland* », la ville d'Helsinki mentionne, à sa décharge, l'existence de considérations d'intérêt général, dans l'intérêt des « *habitants que les émanations nocives soient limitées le plus possible* ». Plus précisément, elle analyse l'impact de la réduction du niveau de pollution et estime ainsi qu'il en « *découlerait des économies directes, notamment dans le secteur médico-social, qui représenterait environ 50 % de son budget global. Les facteurs qui contribuent, même de manière modeste, à améliorer l'état de santé global de la population lui permettraient de réduire ses charges rapidement et dans des proportions considérables* »<sup>119</sup>.

La notion d'intérêt général est d'ailleurs mise en avant par l'avocat général. Il interprète les arrêts « *Bentjees* »<sup>120</sup> et « *Commission contre France* »<sup>121</sup> comme ayant rendu « *licite le fait d'intégrer un critère servant l'intérêt général parmi les critères d'attribution d'un marché public* »<sup>122</sup>. Les critères en question concernaient, d'une part, une « *obligation pour le soumissionnaire d'employer des chômeurs de longue durée* » et, d'autre part, une « *condition liée à une action locale de la lutte contre le chômage* ».

---

118 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 111

119 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 66

120 CJCE, 20 septembre 1988, « *Gebroeders Beentjes bv* », aff. C-31/87

121 CJCE, 26 septembre 2000, « *Commission c/ France* », aff. C-225/98

122 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 91

Sur la base de l'ancien Traité des Communautés Européennes, il en déduit que « *la protection de l'environnement est également un critère servant l'intérêt général* ». L'ancien article 6 du Traité prévoyait en effet que « *[l]es exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté [...], en particulier afin de promouvoir le développement durable* »<sup>123</sup>. L'objet du marché pouvait donc en partie concerner des préoccupations de santé publique.

Cette notion de critère d'intérêt général répond pour lui à une « *logique certaine* ». Il s'attache à la raison d'être des « *autorités publiques [qui ont] par essence vocation à servir l'intérêt général* ». Partant, « *celui-ci doit pouvoir les inspirer également si elles concluent un marché public* »<sup>124</sup>.

Ce critère tiré de l'intérêt général doit toutefois répondre, selon l'avocat général, à deux conditions : d'une part, le respect des « *principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non-discrimination* » et, d'autre part, « *le respect de toutes les normes procédurales de la directive pertinente, et notamment des règles de publicité qu'elle contient* »<sup>125</sup>.

Ces restrictions s'inscrivent en cohérence avec la notion d'intérêt général, pour éviter que « *les principes fondamentaux du droit communautaire ne soient plus respectés* » et que soit assurée « *l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires, qui est à la base même de la réglementation en matière de marchés publics* »<sup>126</sup>.

---

123 Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, *JOUE*, 30 mars 2010, C83/49, article 11 (ex-article 6 TCE)

124 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 93

125 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérants n° 96 et 97

126 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 98

Devant la Cour de justice, Concordia soutient que « *les critères de sélection doivent [...] toujours être de nature économique* »<sup>127</sup>. Les parties défenderesses considèrent quant à elles, que les « *critères d'ordre écologique* » sont admis par le droit communautaire, sur le fondement des directives « *marchés* » alors en vigueur, du Traité des Communautés Européennes<sup>128</sup>, « *qui exigerait l'intégration de la protection de l'environnement dans les autres politiques de la Communauté* », et des jurisprudences « *Bentjees* » et « *Evans Medical et Macfarlan Smith* », relatives au libre choix des critères d'attribution<sup>129</sup>.

Du point de vue du gouvernement néerlandais, les critères d'attribution « *doivent toujours présenter une dimension économique* ». En l'espèce, cette condition serait pour lui remplie, « *la ville d'Helsinki étant à la fois le pouvoir adjudicateur et l'organisme responsable financièrement de la politique de l'environnement* »<sup>130</sup>.

L'avantage économique, au sens entendu par la Commission, se doit en plus d'être « *au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur* ». L'adjectif direct semble sous-entendre que l'avantage ne pourrait profiter, en tout cas pas directement, à l'usager du service public concerné.

Selon l'avis de l'avocat général, « *un critère d'ordre écologique peut être intégré parmi les critères d'attribution sans qu'il soit nécessairement établi qu'il ait une dimension économique ou présente un avantage économique, direct ou non, pour l'entité adjudicatrice* »<sup>131</sup>. Si les directives « *marchés* » et la jurisprudence de la Cour de justice se réfèrent en effet à la notion d'offre « *économiquement la plus avantageuse* », « *on ne saurait cependant déduire [...] que chaque critère doit obligatoirement être de nature économique ou présenter une telle dimension* »<sup>132</sup>.

---

127 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 44

128 Aujourd'hui Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

129 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 45

130 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 46

131 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 103

132 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 104

Jean Mischo prend à l'appui de son argumentation l'exemple du critère esthétique : « Sauf à interpréter la notion d'«économique» d'une manière extrêmement large, je suis d'avis qu'un critère d'esthétique peut difficilement revêtir un caractère économique. A fortiori ne voit-on pas en quel sens il pourrait apporter un avantage économique direct au pouvoir adjudicateur »<sup>133</sup>.

Cette conception restrictive de l'avantage économique n'est pas souhaitable, « un tel critère se justifie également s'il présente un avantage pour d'autres que l'entité adjudicatrice ou pour l'environnement en général »<sup>134</sup>.

L'avocat général reprend pour sa démonstration les propos de la Commission. Lors d'une question relative à l'avantage économique susceptible de découler du « fait d'accorder, comme cela a été le cas, des points supplémentaires aux soumissionnaires qui sont en mesure de proposer le service à l'aide de bus surbaissés, apporte un avantage économique direct à la ville d'Helsinki », celle-ci concède que « ceci augmenterait les recettes de l'entité adjudicatrice, en ce sens que des personnes handicapées et âgées seraient alors plus en mesure de prendre le bus »<sup>135</sup>. Or, « un tel avantage serait tout au plus indirect » et constituerait en réalité en « un service rendu à certaines catégories de la population plutôt qu'un moyen d'augmenter les recettes de l'entité adjudicatrice »<sup>136</sup>.

---

133 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 104

134 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 105

135 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 106

136 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 107

Plus récemment et dans ce sens, le juge français a accepté qu'un « *sous-critère* » n'ayant « *pas de rapport direct avec la valeur économique des offres* » était bien lié « *à l'objet du marché* »<sup>137</sup>.

Pour comprendre les appréhensions inhérentes aux considérations non économiques des critères d'attribution, il convient de se référer aux termes de l'article 53 de la directive 2004/18, qui énonce que l'attribution d'un marché implique de déterminer « *l'offre économiquement la plus avantageuse* »<sup>138</sup>. Le terme n'est donc pas neutre et dès le départ, la perception des critères d'attribution par les pouvoirs adjudicateurs s'en trouve faussée. En appliquant un raisonnement tautologique, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il suffit simplement d'« *apprécier la valeur économique d'une offre* »<sup>139</sup>. De fait, il existe une « *controverse persistante relative à la légalité de l'utilisation de considérations non économiques dans la phase d'attribution* »<sup>140</sup>.

Si dans le cadre d'un marché public, il s'agit certes d'évaluer « *des offres de prestations économiques* »<sup>141</sup>, rien ne semble interdire d'évaluer ces offres selon des considérations qui n'ont pas directement trait au domaine économique. Tout est, en réalité, affaire d'équilibre : il ne s'agit pas de proscrire les critères économiques au profit de ceux non économiques, mais au contraire, d'intégrer les deux aspects dans les marchés publics. L'objectif n'est pas de juger une offre sur le seul aspect économique, pour sélectionner le « *moins-disant* », comme ce fut longtemps le cas sous l'empire des précédents codes, mais de permettre aux entreprises de se démarquer, en apportant une plus-value non économique.

---

137 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 18 décembre 2012, « UGAP », req. n° 363208, inédit au recueil Lebon

138 Directive 2004/18/CE, article 53

139 DURVIAUX Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 469, point 434

140 DURVIAUX Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 479, point 437

141 DURVIAUX Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 479, point 437



La critique de ces critères, au motif que ceux-ci seraient sans dimension économique, paraît en outre inutile. En effet, ces « *valeurs non marchandes comme l'environnement, la santé, voire le social* » pourraient obtenir une « *valeur concurrentielle* »<sup>142</sup> dès leur intégration au marché. Le « *droit des marchés publics* » peine pourtant « *à prendre en compte [...] ces valeurs* »<sup>143</sup>.

En définitive, les considérations relatives à la prise en compte ou non d'éléments non économiques pour un marché donné, relèvent de l'appréciation subjective des acheteurs publics au moment de la définition de leurs besoins. Il suffit d'établir à l'avance les « *règles de choix* », qui devront permettre de procéder à des « *appréciations [...] objectives* » reposant « *sur des éléments vérifiables* »<sup>144</sup>.

Ces constatations permettent de conclure que l'admission d'un tel critère n'est pas, en réalité, soumise à titre principal à l'exigence d'un lien strict à l'objet du marché, mais au respect du principe de non-discrimination.

C) Le critère lié à l'objet du marché, une composante du principe de non-discrimination :

Dans l'affaire « *Concordia Bus Finland* », le gouvernement hellénique, tout comme le gouvernement suédois rappelle que les critères d'attribution sont librement définis par le pouvoir adjudicateur, à condition qu'ils respectent les principes fondamentaux du Traité « *tels que le droit d'établissement, la libre prestation des services et l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité* »<sup>145</sup>. Ces principes ont par ailleurs été repris par l'actuelle directive 2004/18, qui cite d'autres d'autres principes tels « *l'égalité de traitement, la*

---

142 BOY Laurence, « *Cluses sociales et environnementales et marchés publics en Europe* », in *Questions de droit économique : les défis des Etats africains*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 14 novembre 2011, 440 p.

143 BOY Laurence, « *Cluses sociales et environnementales et marchés publics en Europe* », in *Questions de droit économique : les défis des Etats africains*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 14 novembre 2011, 440 p.

144 DURVIAUX Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 479, point 437

145 CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 47

*reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* »<sup>146</sup>.

L'avocat général constate que les documents de la Commission et notamment la communication « *Les marchés publics dans l'Union européenne* », autorisent les pouvoirs adjudicateurs à « *choisir les produits et services qui correspondent à ses préoccupations environnementales* », sous réserve de respecter « *les règles et principes du traité, notamment au principe de non-discrimination* »<sup>147</sup>.

Ayant une vision extensive des propos de la Commission, il considère que « *si le pouvoir adjudicateur peut établir d'office que les autobus doivent fonctionner au gaz, il peut aussi, dans le cadre des critères d'attribution, accorder un certain nombre de points aux entreprises qui peuvent assurer le service à l'aide d'autobus respectant des normes de pollution particulièrement strictes* »<sup>148</sup>.

Il examine ensuite la jurisprudence antérieure de la Cour, où celle-ci à eu l'occasion de se prononcer sur la légalité de critères d'attribution. Il retient notamment les arrêts « *Bentjees* » et « *Evans Medical et Macfarlan Smith* ». La condition récurrente posée par la Cour tient en réalité au respect des principes fondamentaux des traités, des « *normes procédurales de la directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient* ». En tout état de cause, le critère doit servir à « *identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* »

<sup>149</sup>.

---

146 Directive 2004/18/CE, considérant introductif n° 2

147 Commission Européenne, «Les marchés publics dans l'Union européenne», [COM(1998) 143 final], 11 mars 1998

148 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 80

149 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 87

Il se réfère également à l'arrêt rendu le 17 septembre 2000, « Commission contre France », qui « *n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation de service* »<sup>150</sup>. Ici encore, la question centrale concerne le principe de non-discrimination.

La condition de l'applicabilité d'un critère à l'ensemble des offres, et donc de l'objectivité dudit critère, rejoint en fait celle de la non-discrimination.

Le gouvernement autrichien rappelle que les « *critères doivent être susceptibles d'orienter le pouvoir d'appréciation reconnu à l'entité adjudicatrice sur une base objective et ne pas comporter d'éléments de choix arbitraire* ». L'objectivité du critère se traduira par « *des effets objectivement mesurables et [...] quantifiables sur le plan économique* »<sup>151</sup>. Selon le Royaume-Uni, le caractère objectif d'un critère se mesure notamment au fait qu'il permette « *une comparaison de toutes les offres* » déposées pour un marché. Dans le même sens, la Commission requiert que les critères soient « *applicables à toutes les offres* »<sup>152</sup>.

Reprenant l'exemple du critère esthétique, l'avocat général reste perplexe sur l'objectivité d'un tel critère. Celui-ci implique une grande part de subjectivité du pouvoir adjudicateur, au contraire des « *critères relatifs aux émissions d'oxyde azotique et au niveau sonore [qui] remplissent bien cette condition* »<sup>153</sup>. De tels critères laissent par ailleurs peu de place à l'erreur pour l'acheteur public, puisqu'ils sont « *quantifiables ou mesurables et ne laissent aucune marge d'appréciation subjective au pouvoir adjudicateur* »<sup>154</sup>.

---

150 CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 50

151 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 49

152 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 51

153 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 114

154 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 115

Le gouvernement finlandais considère que « *l'appréciation de l'objectivité des critères fixés dans l'appel d'offres litigieux relève, en définitive, de l'appréciation de la juridiction nationale* »<sup>155</sup>. Ce sont donc les juges des États membres qui, en dernier ressort, qualifieront ou non un critère comme discriminatoire.

Par ailleurs, la société Concordia considère comme discriminatoire le « *critère supplémentaire de réduction des émissions d'oxyde azotique et de niveau sonore* » étant donné que « *la possibilité d'utiliser des bus fonctionnant au gaz naturel, qui étaient, en pratique, les seuls à répondre au critère supplémentaire [...], était très réduite* »<sup>156</sup>.

Il ressort en outre implicitement de la décision de la Cour, « *Fracasso et Leitschutz* »<sup>157</sup>, que même lorsqu'il « *ne reste plus qu'un seul soumissionnaire en raison des critères d'attribution appliqués* », il n'en découle pas nécessairement que « *lesdits critères seraient illicites* »<sup>158</sup>. Tant le Royaume-Uni que la Commission rappellent en substance que « *la directive n'interdit pas l'attribution de points supplémentaires dans l'évaluation des offres lorsque l'on sait d'avance qu'il y a peu d'entreprises qui peuvent potentiellement obtenir ces points supplémentaires, pour autant que l'autorité adjudicatrice ait fait connaître au stade de l'avis d'adjudication cette possibilité d'obtenir ces points supplémentaires* »<sup>159</sup>. Il s'agit donc de prévenir tout effet discriminatoire au stade de la procédure de passation du marché.

« *Admettre le contraire reviendrait à obliger le pouvoir adjudicateur à fixer les critères en fonction des soumissionnaires potentiels* »<sup>160</sup>, indique l'avocat général. Le fait de fixer les critères selon les candidats conduirait à « *une espèce de « nivellement par le bas » des critères d'attribution en écartant tous les critères véritablement sélectifs* », voire même à

---

155 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 74

156 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 71

157 CJCE, 16 septembre 1999, « Fracasso et Leitschutz », C-27/98

158 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 132

159 CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 79

160 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 153

l'extrême à une rupture du principe d'égalité « *si un pouvoir adjudicateur enlevait un critère de l'appel d'offres au motif qu'un ou plusieurs soumissionnaires ne sont pas en mesure d'y répondre, il désavantagerait par ce même fait le soumissionnaire pouvant remplir ce critère en neutralisant l'avantage dont il aurait pu se prévaloir* »<sup>161</sup>.

Une discrimination à l'égard d'une entreprise ne peut, selon l'avocat général, être établie sur la seule constatation du fait qu'une entreprise ait reçu des points sur le fondement d'un critère et une autre non. Il rappelle à cet égard la jurisprudence constante de la Cour relative au « *principe d'égalité de traitement [qui] exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière identique, à moins qu'une telle différence de traitement ne soit objectivement justifiée* »<sup>162</sup>. Tel était le cas en l'espèce : « *l'une [des entreprises] était en mesure de proposer le matériel requis et l'autre non* ». La différence de points était donc justifiée.

A l'issue de l'examen des trois caractéristiques fondamentales qui ont pu être dégagées pour les critères environnementaux, il est alors possible de constater l'interdépendance de celles-ci. Pour qu'un critère soit lié à l'objet du marché, celui-ci ne doit pas être discriminatoire. Dès lors, un critère lié à l'objet du marché peut intégrer des considérations qui ne relèvent pas uniquement de la sphère économique, sous réserve du respect du principe de non-discrimination. La question de la non-discrimination apparaît donc comme l'élément central des critères environnementaux.

## **II - L'évolution des critères environnementaux :**

La Cour de justice a pu réaffirmer sa position relative aux critères environnementaux (A), permettant ainsi de l'entériner. Bien que consacrés par la jurisprudence, ces critères ont pu connaître un regain d'intérêt en jurisprudence par l'utilisation des labels en tant que critères d'attributions (B).

---

161 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 154

162 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, considérant n° 149

A) Une solution réaffirmée en faveur des critères environnementaux :

Dans la lignée de l'arrêt « *Concordia Bus Finland* », l'arrêt « *EVN* »<sup>163</sup> a contribué à banaliser le recours aux critères environnementaux. Dans cette affaire, un pouvoir adjudicateur autrichien avait fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence un critère visant à noter l'« *incidence des prestations sur l'environnement* », nommé « *énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables* ».

Estimant le critère précité illégal, la société « *EVN* » intenta un recours devant le juge national. La juridiction sursit à statuer pour déterminer « *un critère d'attribution, affecté d'un coefficient de 45 %, exigeant du soumissionnaire qu'il indique la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables* ».

Se posait notamment la question de la légalité des « *critères visant à obtenir des avantages non susceptibles d'évaluation financière immédiate, comme le respect de l'environnement* ». En effet la Commission souhaitait exiger depuis l'arrêt « *Concordia Bus Finland* » « *un avantage économique [...] direct* »<sup>164</sup>. Le gouvernement suédois pointe cependant l'absence de référence à cette exigence dans les directives communautaires<sup>165</sup>. La Cour a d'ailleurs rapidement écarté ce moyen puisqu'elle rappelle que la portée de l'arrêt précité, en indiquant que la directive « *marché public* » en vigueur au moment du litige « *ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique* »<sup>166</sup>.

---

163 CJCE, 4 décembre 2003, « *EVN AG c/ République d'Autriche* », aff. C-448/01

164 CJCE, 4 décembre 2003, « *EVN AG c/ République d'Autriche* », aff. C-448/01, considérant n° 52

165 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « *EVN AG c/ République d'Autriche* », aff. C-448/01, considérant n° 58

166 CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 55

Sur la pondération elle-même, la Cour relève que la pondération des critères d'attribution est libre « *pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* »<sup>167</sup>. Il s'agit donc de trouver un juste équilibre entre chaque critère pour ne pas désavantager les candidats.

Cette position marque un cap important dans la prise en compte des critères environnementaux car la pondération élevée à 45% est un signal fort à destination des acheteurs publics. Cela signifie que la protection de l'environnement est quasiment sur un pied d'égalité avec le critère phare qu'est le prix. En l'espèce, la Cour se contente de relever « *la pondération du critère d'attribution en cause au principal à hauteur de 45 % n'est pas en soi incompatible avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics* »<sup>168</sup>. En dépit du fait que peu de pouvoirs adjudicateurs osent s'aventurer vers un tel niveau de pondération sur des critères aussi sensibles, cette position relativement audacieuse montre la souplesse de la Cour et plus que jamais son intérêt pour les objectifs du Traité en matière de développement durable.

L'avocat général Jean Mischo relève que le critère concernant les caractéristiques de l'électricité achetée par le pouvoir adjudicateur est par ailleurs sujet à problème. La Cour a déjà mentionné dans son arrêt « *PreussenElektra* » qu'« *il est difficile d'en déterminer l'origine et notamment la source d'énergie à partir de laquelle elle a été produite* »<sup>169</sup>. Or, un critère d'attribution se doit d'être objectif, afin d'assurer l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'effectuer un « *contrôle effectif de l'exactitude des informations reprises par les fournisseurs* »<sup>170</sup>, on peut d'ores et déjà douter de l'objectivité du critère en question.

---

167 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 39

168 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 43

169 CJCE, 13 mars 2001, « PreussenElektra AG », aff. C-379/98, considérant n° 79

170 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 39

L'avocat général rappelle qu'il est de jurisprudence constante que les critères d'attribution doivent respecter les principes du Traité et notamment le fait de permettre d'évaluer objectivement les offres<sup>171</sup>. En l'espèce, il relève « *qu'il n'existe aucune garantie à ce qu'un critère d'attribution soit appliqué de façon objective et uniforme à tous les soumissionnaires si le pouvoir adjudicateur laisse entendre dans l'appel d'offres qu'il ne vérifiera pas si les soumissionnaires remplissent effectivement ce critère* »<sup>172</sup>.

Pour pallier à ces difficultés d'application, le gouvernement néerlandais suggère alors d'exiger « *des soumissionnaires la preuve de la quantité d'électricité produite ou achetée par eux et provenant de sources renouvelables* »<sup>173</sup>. Or une telle exigence paraît dangereuse étant donné qu'on se rapproche de la politique des entreprises. Les requérants arguent d'ailleurs du fait que le critère d'attribution, qui évalue la capacité des candidats à fournir le maximum d'électricité renouvelable serait « *en réalité, un critère de sélection déguisé* »<sup>174</sup> et non un critère d'attribution.

L'argumentation des requérants se base, pour déclarer le critère illicite, à dénier à celui-ci tout lien avec l'objet du marché. Le critère en question vise « *à attribuer des points pour la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables que le soumissionnaire sera en mesure de fournir à une clientèle non délimitée, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres* »<sup>175</sup>. Un tel critère marquerait une intrusion de la part du pouvoir adjudicateur dans la politique des entreprises et serait alors sans rapport avec l'objet du marché.

---

171 Voir en ce sens CJCE, 22 juin 1993, « Commission contre Danemark », aff. C-243/89, considérant 37 et CJCE, 18 octobre 2001, « SIAC Construction », aff. C-19/00, considérant n° 44

172 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 44

173 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 61

174 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 63

175 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 60



L'avocat général, s'appuyant sur ses conclusions précédentes et l'arrêt « *Concordia Bus Finland* » rappelle tout d'abord que la Cour a « *explicitement* » déclaré que « [...] *le pouvoir adjudicateur [...] peut prendre en considération des critères écologiques [...] pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché [...]* »<sup>176</sup>. L'avocat général Jean Mischo partage cependant l'avis des requérants, remarquant que « *par sa formulation même, il est, en effet, clair qu'un tel critère ne concerne précisément pas l'objet lui-même du marché* »<sup>177</sup>.

Plus préjudiciable encore, ce critère est susceptible « *de créer une discrimination entre les soumissionnaires et, plus particulièrement, entre les fournisseurs de petite taille, d'une part, et de grande taille, d'autre part* »<sup>178</sup>. C'est en effet le cas, puisque l'évaluation de la dimension écologique de l'électricité fournie ne s'effectue qu'à partir du moment où une certaine quantité d'électricité, déjà conséquente, a été atteinte. Ce critère, en fixant un tel seuil, est donc discriminatoire.

Cependant, si le critère a été sanctionné en l'espèce, il ne faut pas pour autant dénier toute utilité aux critères environnementaux et sociaux. La doctrine a ainsi pris partie pour leur utilisation. François Guy Trébulle, professeur en droit, prend pour exemple un marché de construction et démontre la cohérence de la combinaison des critères classiques et de ceux durables. Ainsi « *la pertinence de l'approche multi-critères en matière de marchés de construction est évidente et il se déduit sans peine du lien entre environnement et construction que les critères environnementaux - on peut notamment penser aux modes de chauffage et/ou de climatisation, aux matériaux employés, aux consommations et rejet du bâtiment dans le cadre de son utilisation... - pourront très systématiquement être regardés comme justifiés par l'objet du marché* »<sup>179</sup>.

---

176 CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 69

177 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « *EVN AG c/ République d'Autriche* », aff. C-448/01, considérant n° 68

178 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « *EVN AG c/ République d'Autriche* », aff. C-448/01, considérant n° 70

179 TREBULLE François Guy, « *Marchés publics et développement durable (suite)* », *RDI*, 13 novembre 2006, n° 6, p. 440

En suivant ce raisonnement, le recours aux critères environnementaux pourrait être étendu dès lors qu'un lien existe entre un critère et les attentes du pouvoir adjudicateur. Un tel lien pourrait être caractérisé entre un critère basé sur un label « *développement durable* » et l'achat de fournitures écologiques.

#### B) L'utilisation des labels comme critères d'attribution :

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne du 10 mai 2012<sup>180</sup> a permis d'étoffer le contenu des critères d'attribution. Dans le cadre d'un appel d'offres, « *une collectivité territoriale néerlandaise s'était référée aux labels «Max Havelaar» et «EKO»* ». La finalité de son achat était d'obtenir des « *produits «durables», se caractérisant notamment par le fait d'être respectueux de l'environnement et socialement responsables* ». La Commission européenne exerça alors un recours en manquement contre le Royaume des Pays-Bas, pour violation des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics.

La principale problématique du litige était de déterminer s'il était possible « *de tenir compte d'aspects écologiques et sociaux et en particulier de se référer à des labels existant dans les domaines de l'environnement et du commerce équitable* ». Il s'agissait en effet de trouver « *un juste équilibre entre les exigences du marché intérieur et des préoccupations environnementales et sociales* »<sup>181</sup>.

L'examen du cadre juridique amène à se questionner sur l'interprétation à donner à l'article 23 de la directive 2004/18. Celui-ci dispose notamment qu'« *à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits* ». A fortiori, il semble que la référence à de telles mentions au sein des critères d'attribution ne pourrait être admise.

---

180 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10

181 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 3

L'avocate générale Julianne Kokott rappelle que « *le droit des marchés publics a, longtemps, réprouvé la poursuite d'objectifs de politique environnementale et sociale* », en bannissant tout critère qui viserait des « *objectifs étrangers au marché* ». Cette matière a cependant évolué et permet depuis, comme en l'espèce, de « *passer des marchés publics ayant spécifiquement pour objet la fourniture de produits biologiques et issus du commerce équitable* »<sup>182</sup>.

C'est donc dans cette optique que la province de Hollande-Septentrionale indiqua dans une annexe aux pièces du marché, nommée « *programme d'exigences* », qu'elle accorderait des points supplémentaires si « *les «ingrédients» à fournir (à savoir le sucre, le lait en poudre et le cacao) satisf[aisaient] «si possible» aux labels EKO et/ou Max Havelaar* » tout en précisait « *qu'il accepterait également des labels équivalents* »<sup>183</sup>.

Dans ses observations préliminaires, l'avocate générale écarte la condition tirée de ce qu'un critère soit forcément de « *nature purement économique* »<sup>184</sup>. Les critères que le pouvoir adjudicateur « *applique doivent être liés à l'objet du marché public en question* », être « *objectifs [assurer] le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et [garantir] l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective* »<sup>185</sup>.

C'est précisément sur le non-respect des principes des traités que la Commission engage son recours : « *d'une part, il n'existe, d'après elle, aucun lien entre les labels Max Havelaar et EKO et l'objet du marché public. [...] D'autre part, [...] la province de Hollande-Septentrionale a élevé les deux labels eux-mêmes au rang de critères d'attribution, au lieu de prendre uniquement en considération les exigences de fond sur lesquelles ils*

---

182 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 36

183 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 40

184 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 102

185 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 105

*reposit* ». S'il est compréhensible de reprocher, d'un point de vue formel, l'utilisation des labels en tant que critères d'attribution, il semble en revanche disproportionné de dénier tout lien avec l'objet du marché au critère en question, alors que l'objet du marché visait précisément l'achat de produits « durables ». Le critère litigieux se référait par ailleurs à des labels connus du grand public pour leur engagement en matière de développement durable. Plus particulièrement, ils visent à assurer des « conditions commerciales plus justes pour les cultivateurs défavorisés des pays d'Afrique, d'Asie et d'Amérique du Sud », ce qui passe notamment par des « critères économiques, sociaux et environnementaux »<sup>186</sup>, qui sont pris en compte par les marchés publics.

Or, pour la Commission, « ces labels ne sont afférents qu'à la politique générale d'achat des soumissionnaires potentiels »<sup>187</sup>. Ces labels ne constitueraient donc pas des critères d'attribution mais des critères d'évaluation des aptitudes des soumissionnaires à assurer la bonne exécution du marché.

Juliane Kokott relève que « le label EKO concerne directement les caractéristiques – plus précisément les caractéristiques environnementales – des ingrédients à fournir ». La Commission relève elle-même que ce label entre dans le cadre de l'article 23 de la directive 2004/18, en tant que « spécification technique visant à déterminer les performances ou les exigences fonctionnelles des produits à fournir » et dès lors, l'avocate générale indique qu'il « ne saurait se voir dénier tout lien avec l'objet du marché public »<sup>188</sup>.

---

186 Site officiel de Max Havelaar France, <http://www.maxhavelaarfrance.org/le-commerce-equitable-en-dix-questions.html>, « Qu'est ce que le commerce équitable selon Max Havelaar »

187 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 107

188 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 109

Quant au label « *Max Havelaar* », s'il ne présente pas les « *caractéristiques des produits au sens strict, tels qu'ils sont objet des spécifications techniques* », il « *indique cependant si les transactions dont les produits ont fait l'objet étaient équitables* » et dès lors « *le lien avec l'objet du marché [...] ne saurait donc lui être dénié d'emblée* »<sup>189</sup>.

En revanche, elle considère « *excessif* » qu'un pouvoir adjudicateur puisse fixer un critère aux fins d'« *évaluer la politique générale d'achat des soumissionnaires potentiels* »<sup>190</sup>. Un tel critère qui, par sa généralité, ne correspond pas à l'objet du marché, a ainsi pu être censuré en France le 15 février 2013 dans l'arrêt du Conseil d'État, « *Société Derichebourg Polyurbaine* »<sup>191</sup>.

Or dans l'affaire litigieuse, l'objet du critère était « *de savoir si les ingrédients qui devaient lui être fournis bénéficiaient d'un label de nature à attester qu'ils étaient issus du commerce équitable* ». En réalité, le pouvoir adjudicateur hollandais entendait non pas se référer aux labels eux-mêmes mais « *aux exigences de fond sur lesquelles reposent ces deux labels* »<sup>192</sup>.

L'examen des faits permet de constater que le pouvoir adjudicateur a entendu intégrer ses critères d'attribution environnementaux au marché, puisque ceux-ci sont indiqués dans le cahier des charges. Là où le pouvoir adjudicateur a manqué de probité, c'est dans l'avis de publicité, car il n'énonçait pas clairement ce qu'il souhaitait valoriser au travers du critère d'attribution se référant aux labels. L'avocate générale relève certes que les termes employés dans l'avis de marché étaient ambigus, mais qu'eu égard à la notoriété des labels mentionnés, il était aisé de comprendre que « *pour obtenir la meilleure notation possible, les produits à fournir par eux devaient porter le label EKO et/ou le label Max Havelaar ou, à tout le moins,*

---

189 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « *Commission c/ Pays-Bas* », aff. C-368/10, considérant n° 110

190 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « *Commission c/ Pays-Bas* », aff. C-368/10, considérant n° 111

191 CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 25 mars 2013, « *Département de l'Isère* », req n° 364950, publié au recueil Lebon

192 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « *Commission c/ Pays-Bas* », aff. C-368/10, considérant n° 115

*des labels équivalents* »<sup>193</sup>.

Si Juliane Kokott estime que la « *démarche de la part du pouvoir adjudicateur n'est pas conforme aux exigences de formulation des critères d'attribution résultant de l'article 53 [...] de la directive 2004/18* », elle ne considère pas, toutefois, que le pouvoir adjudicateur ait en l'espèce commis une violation du principe de transparence. Elle se réfère à la bonne foi des candidats, car « *il peut tout à fait être attendu d'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent qu'il connaisse les labels utilisés sur le marché en cause* »<sup>194</sup>.

Elle constate cependant, comme la Commission, une violation du principe de non-discrimination. En effet, un pouvoir adjudicateur ne peut « *récompense[r] – comme en l'occurrence la province de Hollande-Septentrionale – dans le cadre des critères d'attribution du marché, par des points supplémentaires, le fait que les produits à fournir portent des labels de production biologique et de commerce équitable. Cela a en effet pour conséquence de défavoriser des entreprises qui distribuent des produits issus de l'agriculture biologique et du commerce équitable sans bénéficier d'un label. Les soumissionnaires potentiels doivent avoir la possibilité de prouver que leurs produits satisfont pleinement aux critères d'attribution fixés par le pouvoir adjudicateur alors même qu'ils portent un label autre que ceux cités par le pouvoir adjudicateur ou qu'ils ne portent pas de label du tout* »<sup>195</sup>.

La Cour, statuant sur cette affaire le 10 mai 2012, va examiner si le critère d'attribution se référant aux labels présente un lien avec l'objet du marché. Celle-ci décide « *de prendre en considération les critères sous-jacents aux labels EKO et MAX HAVELAAR* ». Elle relève que ceux-ci « *caractérisent des produits issus, respectivement, de l'agriculture biologique et du commerce équitable* »<sup>196</sup>. Elle en déduit alors que « *le critère d'attribution litigieux concernait des caractéristiques environnementales et sociales entrant dans le cadre de l'article 53 [...]*

---

193 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 118

194 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 120

195 KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 122

196 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 53

de la directive 2004/18 »<sup>197</sup>. La Cour confirme d'ailleurs que « la rédaction du critère d'attribution litigieux » permettait de comprendre que « celui-ci visait uniquement les ingrédients à fournir dans le cadre dudit marché, sans aucune implication quant à la politique générale d'achat des soumissionnaires. Partant ces critères portaient sur des produits dont la fourniture constituait une partie de l'objet dudit marché »<sup>198</sup>.

La Cour insiste sur le fait qu'« il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci »<sup>199</sup>. Elle avait d'ailleurs reconnu dans son affaire « EVN » la validité du critère « consistant dans le fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables »<sup>200</sup>.

Cependant la Cour déclara illégal le critère dans le cas d'espèce. Suivant les conclusions de l'avocate générale, elle énonça que « le fait que certains produits à fournir soient munis de labels déterminés donnerait lieu à l'octroi d'un certain nombre de points dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, sans avoir énuméré les critères sous-jacents à ces labels ni autorisé que la preuve qu'un produit satisfait à ces critères sous-jacents soit apportée par tout moyen approprié », impliquait que « la province de Hollande-Septentrionale a[it] établi un critère d'attribution incompatible avec l'article 53 »<sup>201</sup>. Le critère était donc trop restrictif et engendrait une discrimination entre les candidats, puisqu'un soumissionnaire non doté d'un label ne pouvait obtenir de points supplémentaires en apportant la preuve de l'équivalence de ses produits à ceux labellisés.

---

197 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 89

198 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 90

199 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 91

200 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01

201 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 97

La Cour n'a toutefois pas écarté la légalité d'un tel critère dans l'hypothèse où celui-ci permettrait aux candidats de satisfaire au critère par d'autres moyens que l'obtention d'un label. C'est en effet « *le législateur [de l'Union qui] a autorisé les pouvoirs adjudicateurs à recourir aux critères sous-jacents à un éco-label* »<sup>202</sup>. Il est donc permis de supposer que le recours à un critère se référant à un label ne serait donc pas dénué de lien avec l'objet du marché dès lors qu'il ne provoque pas de discrimination à l'égard des soumissionnaires.

L'idée est de pouvoir valoriser le processus de production, car « *un produit ou service est élaboré dans certaines conditions, sur le plan social et sur le plan environnemental. Par conséquent, il n'existe pas d'incompatibilité entre l'existence d'une règle liée à l'objet du marché et l'examen des conditions dans lesquelles cet objet a été produit* »<sup>203</sup>.

## **SECTION II : L'ADMISSION DES CRITÈRES SOCIAUX EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS :**

Désormais « *les considérations écologiques ne posent plus problème au stade de l'attribution* »<sup>204</sup>. C'est donc vers la question des critères sociaux que le juge communautaire a pu porter son attention. D'emblée, on peut percevoir que celui-ci s'est inspiré de ses jurisprudences antérieures relatives aux critères environnementaux (I). Bien qu'ils aient fait l'objet d'un lent processus d'admission et de nombreuses réserves, les critères sociaux ont finalement obtenu consécration en droit français (II).

---

202 CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10, considérant n° 94

203 DAJ – OEAP, « Colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique », 17 octobre 2008, 34 p., p. 16, propos de RISSER Rémi

204 DURVIAUX Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 480, point 437



## **I - Une analyse calquée sur celle des critères environnementaux :**

Le juge administratif s'est appliqué à transposer sa jurisprudence sur les critères environnementaux au domaine des critères sociaux. C'est un phénomène en réalité plus complexe, puisque les jurisprudences relatives à ces critères se sont influencées réciproquement. Cependant, les critères environnementaux ayant été pleinement consacrés bien avant ceux sociaux, ils ont alors inspiré ces derniers. Les critères sociaux devront donc être liés à l'objet du marché (A) mais surtout ne pas être discriminants (B).

### **A) L'exigence du lien avec l'objet du marché :**

Dès 1988, la Cour de justice s'est prononcée sur la légalité d'un critère social dans une procédure d'attribution de marché public. Candidate évincée d'une procédure de passation d'un marché, la société Bentjees forma un recours contre la décision d'attribution. En dernier ressort, la juridiction nationale posa une question préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés Européennes aux fins de savoir si un critère de notation imposant l'emploi de chômeurs longue durée était licite.

Marco Darmon, avocat général près de la Cour de justice dans cette affaire, met en avant un « *facteur commun* » à l'ensemble des critères d'attribution énoncés à l'article 29 de la directive 71/305/CEE<sup>205</sup>. Ces critères « *doivent [...] concerner des caractères de la prestation à fournir, ou des modalités de son exécution, à l'exclusion de considérations tenant au « prestataire ». Ces critères doivent « concerne[r] le « produit », et non le « producteur », les qualités du « travail », et non celles de l'entrepreneur de travaux »*<sup>206</sup>.

---

205 Désormais remplacé par l'article 53 de la directive 2004/18.

206 DARMON Marco, conclusions sur CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 35

Il précise par ailleurs qu'« *un critère d'aptitude ne peut être utilisé comme critère d'attribution* »<sup>207</sup>. Cette considération est légitime car le pouvoir adjudicateur n'est pas censé influencer la politique d'une entreprise pour obtenir satisfaction dans la réalisation d'un marché ; celui-ci ne peut qu'exiger que la prestation elle-même soit de qualité. Le critère d'aptitude en tant que critère d'attribution n'est donc pas lié à l'objet du marché.

Analysant la condition d'emploi de chômeurs longue durée, l'avocat général estimait que « *ce critère, sans rapport avec des qualités intrinsèques du travail à effectuer, de la prestation à accomplir, du « produit », ne pouvait rentrer dans les critères d'attribution du marché au sens de la directive, et par conséquent permettre d'exclure un soumissionnaire* »<sup>208</sup>.

Pourtant, la Cour développe une solution contraire à celle de son avocat général, et insiste sur le fait que le critère ne concerne nullement « *la vérification de l'aptitude des entrepreneurs* ». Elle n'écarte pas la légalité du critère et considère qu'elle sera acquise pour peu que les principes des Traités soient respectés.

Complétant sa jurisprudence de 1988, la Cour se prononça par arrêt du 18 septembre 2000 en faveur d'un critère social lié à l'emploi de chômeurs longue durée dans le cadre d'un marché de travaux. La Commission européenne, avertie de l'existence d'un tel critère, forma un recours en manquement à l'encontre de la France, en considérant qu'elle avait « *manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité* », notamment en raison du critère social qu'elle considère « *illicite* »<sup>209</sup>.

---

207 DARMON Marco, conclusions sur CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 37

208 DARMON Marco, conclusions sur CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 38

209 ALBER Siegbert, conclusions sur C JCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 1

L'illicéité du critère résulterait, selon la Commission, du fait que la condition visant à recruter des chômeurs longue durée était employée en tant que critère d'attribution et non en tant que « *critère d'exécution* », comme l'exprime selon elle l'arrêt « *Bentjees* » rendu précédemment en la matière<sup>210</sup>. Le raisonnement sous-jacent impliquait qu'un tel critère d'attribution serait, d'une part, dépourvu de lien avec l'objet du marché qui était, stricto sensu, la « *réhabilitation et [le] gros entretien* » de lycées. D'autre part, il provoquerait une discrimination à l'égard des plus petites entreprises, pour qui l'embauche de nouveaux salariés n'est pas sans risques ni difficultés. C'est sous l'angle du principe de non-discrimination que la Cour va choisir d'examiner les critères et décider de les déclarer ou non légaux.

**B) Le nécessaire respect du principe de non-discrimination :**

La Cour, statuant par sa décision « *Bentjees* » du 20 septembre 1988, concluait dans cette affaire que « *la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États membres de la communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché* »<sup>211</sup>.

La Cour confie en outre aux juridictions nationales le soin de déterminer si « *une telle condition a ou non une incidence discriminatoire directe ou indirecte* »<sup>212</sup>. Elle précise que la « *mise en œuvre [des critères] doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient* »<sup>213</sup>. En l'espèce, ladite condition faisait « *l'objet de dispositions particulières du cahier des charges et était explicitement mentionnée dans l'avis de marche publié au journal officiel des communautés européennes* »<sup>214</sup>.

---

210 ALBER Siegbert, conclusions sur C JCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 36

211 CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 37

212 CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 30

213 CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 31

214 CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87, considérant n° 32

Dans l'affaire « *Commission contre France* » du 18 septembre 2000, la Commission, afin de faire barrage à tout critère d'emploi de personnes en difficulté, se réfère à la lettre de l'article 30 de la directive 93/37, et en tire une vision restrictive des critères d'attribution jugés licites. La directive ne citant en effet que « *deux critères possibles d'attribution, d'une part, le critère du prix le plus bas, d'autre part, le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse* »<sup>215</sup>, tout autre critère et notamment un critère « *additionnel* » lié à l'emploi ne saurait, selon ce point de vue, être toléré.

Le gouvernement français réfute l'argumentation de la Commission et interprète dans un tout autre sens l'arrêt « *Bentjees* » précité, en estimant le critère mis en place légal, puisqu'exempt d'« *incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires* »<sup>216</sup>, avec une précision apportée par la Cour dans le sens de la prévention de tout effet discriminatoire : « *Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché* »<sup>217</sup>.

Il se réfère par ailleurs à sa circulaire du 29 décembre 1993, dans laquelle il apportait des conseils aux pouvoirs adjudicateurs nationaux sur l'emploi d'un critère social dans leurs marchés publics, et explique qu'un tel critère n'est qu'« *additionnel* », « *subsidaire* »<sup>218</sup>, « *accessoire* » et « *non déterminant* »<sup>219</sup>. De tels qualificatifs se comprennent ici comme une volonté de minimiser l'impact de ces critères, de leur donner une apparence secondaire, afin d'écartier tout soupçon de discrimination. Toutefois, une telle prise de position pourrait paraître sinon dangereuse, tout au moins incohérente : si le pouvoir adjudicateur a pris soin de vouloir noter les soumissionnaires sur leur faculté à embaucher du personnel en difficulté d'insertion, pourquoi dénier cette volonté de recourir aux personnes exclues du monde du travail en minimisant le poids des critères d'attribution sociaux sur des marchés qui ont été

---

215 CJCE, 26 septembre 2000, « *Commission c/ France* », aff. C-225/98, considérant n° 46

216 CJCE, 20 septembre 1988, « *Gebroeders Beentjes bv* », aff. C-31/87, considérant n° 37

217 ALBER Siegbert, conclusions sur CJCE, 26 septembre 2000, « *Commission c/ France* », aff. C-225/98, considérant n° 39

218 DARMON Marco, conclusions sur CJCE, 20 septembre 1988, « *Gebroeders Beentjes bv* », aff. C-31/87, considérant n° 41

219 CJCE, 26 septembre 2000, « *Commission c/ France* », aff. C-225/98, considérant n° 47

conçus, dans l'esprit de l'acheteur public, pour dynamiser l'emploi sur son territoire.

L'utilisation d'un « *critère subsidiaire* », comme celui de « *l'emploi* » permettrait, selon le gouvernement français, de « *départager des offres équivalentes* ». L'avocat général estime à l'inverse qu'en pratique, « *cette démarche aurait cependant pour conséquence que dans ces cas le critère relatif à l'emploi serait en définitive le seul critère déterminant pour l'attribution du marché* »<sup>220</sup>. Il minimise l'importance d'un tel critère qui ne servirait pas, selon lui, « *directement à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse* » et serait par suite, discriminatoire.

En considérant « *le critère relatif à l'emploi comme critère supplémentaire d'attribution* », l'avocat général estime que la France a violé sur ce point les dispositions de l'article 30 de la directive<sup>221</sup>. Il se réfère d'ailleurs à l'interprétation de la Commission au sujet de l'arrêt « *Bentjees* » en énonçant que seule la « *promotion de l'emploi [...] comme condition* », c'est-à-dire comme « *critère d'exécution* »<sup>222</sup> était admise, et non en tant que critère d'attribution.

La Cour va s'écarter de l'avis de son avocat général et réfuter l'argumentation de la Commission, en dissipant toute interrogation sur la portée de la jurisprudence « *Bentjees* ». Elle rappelle dans un premier temps le contenu de la décision du 20 septembre 1988 : le critère doit respecter le principe de non discrimination, les « *normes procédurales* » et notamment l'obligation de publicité, qui implique sa mention dans l'avis de marché<sup>223</sup>.

---

220 ALBER Siegbert, conclusions sur CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 45

221 ALBER Siegbert, conclusions sur CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 46

222 Le terme « *critère d'exécution* » est assez ambigu et renvoie en réalité aux conditions d'exécution.

223 CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 51

Elle va ensuite discréditer la thèse de la Commission selon laquelle l'arrêt « *Bentjees* » se référerait à une condition d'exécution et non un critère d'attribution. Elle énonce ainsi explicitement qu'« *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* »<sup>224</sup>.

Dès lors, l'argumentation de la Commission, qui se borne à déclarer le critère illégal du fait de sa simple mention dans l'avis de marché et « *ne fait pas valoir que le critère lié à la lutte contre le chômage ne respecterait pas les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination, ou qu'il n'aurait pas été publié dans l'avis de marché* »<sup>225</sup> ne fut donc pas accueillie.

Cette solution claire, faisant principalement référence à la question de la non-discrimination, a mis pourtant un certain temps à être admise par le juge français.

## **II - Une mise en conformité avec la jurisprudence européenne :**

Le juge administratif français s'est finalement rallié à la position européenne après une longue lignée jurisprudentielle opposée aux critères sociaux dans les marchés publics. Ce revirement inattendu (A) permet alors de déterminer les caractéristiques objectives de ces critères (B).

### **A) Un revirement de jurisprudence inattendu :**

L'arrêt « *Département de l'Isère* » du 25 mars 2013 est revenu sur une décennie de jurisprudence défavorable aux critères sociaux. Dans ses conclusions, le rapporteur public estimait que la question de l'objet du marché, bien qu'étant « *délicate et controversée* », méritait d'être reconsidérée « *parce que l'évolution du droit pendant ces années nous paraît*

---

224 CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 52

225 CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, considérant n° 53

*avoir modifié certaines données du problème »<sup>226</sup>.*

En première instance, un candidat évincé de la procédure d'attribution forma un référé pré-contractuel aux fins d'annulation de la procédure de passation auprès du Tribunal administratif de Grenoble. Le Tribunal accueillit la demande du requérant aux motifs « *que, par nature, les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées sur lesquels porte le marché en litige ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté ; que les documents de la consultation ne font pas ressortir un tel lien, alors d'ailleurs que le règlement de la consultation précise en son article 2.5 que la consultation ne comporte aucune des conditions particulières d'exécution visées par l'article 14 du code des marchés publics qui permet d'introduire notamment des éléments à caractère social dans les conditions d'exécution d'un marché ; que le département de l'Isère n'établit pas l'existence d'un tel lien en évoquant le fait que certaines tâches relevant de l'exécution du marché pourraient être confiées à des personnes éloignées du marché de l'emploi »<sup>227</sup>.*

Le département de l'Isère forma alors un pourvoi en cassation contre la décision rendue en premier ressort.

De ce litige relatif au critère des « *performances en matière d'insertion professionnelle* », le rapporteur en dégage deux questions principales : « *1) La condition, posée à l'article 53 du code des marchés publics, selon laquelle les critères de sélection des offres concourant à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liés à l'objet du marché, s'apprécie t-elle au regard du seul objet des prestations commandées ou également au regard de leurs modalités d'exécution ?* » ; « *2) La fixation d'un critère social, c'est-à-dire d'un critère fondé sur les performances des candidats en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, est-elle subordonnée à la présence de clauses d'exécution à caractère social ?* »<sup>228</sup>.

---

226 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

227 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

228 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

L'examen de ces questions révèle une subtilité que le juge français n'avait jusqu'alors pas pris en compte. Un critère pourrait être légal s'il correspond à l'objet du marché (travaux, fournitures ou services) ou s'il est relatif aux modalités d'exécution du marché. Le rapporteur dissipe ensuite toute confusion à l'égard des modalités d'exécution puisque la seconde question implique de savoir si le critère n'est légal qu'en présence d'une clause d'exécution ; les deux notions sont donc bien indépendantes.

Le rapporteur rappelle les conditions de légalité des critères d'attribution : « *ils sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* »<sup>229</sup>.

Il considère alors que « *la condition tenant au lien avec l'objet du marché n'a donc pas pour fonction d'assurer le respect des autres conditions de légalité des critères de sélection* »<sup>230</sup>. Cependant, on constate en pratique que les différentes juridictions européennes ou nationales, vont intégrer ou non la question du lien avec l'objet du marché à la condition de non-discrimination, ce qui ajoute davantage de confusion à la notion.

Si l'on s'en tient, pour examiner « *le lien du critère de sélection avec l'objet du marché [...] au seul regard de l'objet des prestations commandées* », on ne peut que constater, selon le rapporteur, que « *dès lors que ces prestations n'ont aucun caractère social particulier, les offres ne peuvent être départagées selon un critère social* »<sup>231</sup>. Le critère serait par là-même inopérant, ce qui tend à poser de nouveau la question de l'objet du marché sous l'angle de la non-discrimination.

---

229 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

230 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

231 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon



Le rapporteur met en garde les magistrats contre la tentation d'exiger un lien entre le critère d'attribution et une condition d'exécution. Dans l'affaire « Région Nord-Pas-de-Calais », la Cour administrative d'appel de Douai considérait que « *si la région pouvait retenir, au nombre des conditions d'exécution du contrat, des éléments à caractère social prenant en compte l'objectif de progrès social, tel que mentionné à l'article 14 du code des marchés publics, elle ne pouvait pas le faire au titre des critères d'attribution* »<sup>232</sup>.

Cette position n'est pas souhaitable car « *si elle ne fait pas obstacle à l'application des autres critères de sélection, elle rend pratiquement impossible l'adoption d'un critère social. En effet, la finalité du critère social est de permettre une comparaison des performances des offres en matière d'emploi de publics en difficultés pour l'exécution des prestations du marché. En cantonner l'usage aux marchés dont l'objet même présente un caractère social conduit pratiquement à le neutraliser car ces marchés non seulement sont très peu nombreux, mais en plus ils ne sont pas soumis aux procédures d'appel d'offres* »<sup>233</sup>.

Or, la neutralisation d'un tel critère serait un non-sens d'un point de vue strictement juridique puisque l'article 53 du Code des marchés publics prévoit expressément le recours aux critères des « *performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté* », pourvu qu'ils soient « *non discriminatoires et liés à l'objet du marché* »<sup>234</sup>. Le juge devrait au contraire s'attarder sur le caractère précis du critère litigieux afin d'évaluer si celui-ci permet bien de distinguer objectivement les offres déposées.

---

232 CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, « Région Nord/Pas-de-Calais » req. n° 10DA01501, inédit au recueil Lebon

233 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

234 Code des marchés publics, édition 2006, article 53

Interdire l'utilisation d'un critère social reviendrait à « *prive[r] le pouvoir adjudicateur de la possibilité de solliciter des propositions des candidats et de valoriser la performance des offres sur ce point sans en faire une condition d'exécution. Ce critère n'étant qu'un critère additionnel parmi d'autres, qui peut être faiblement pondéré, il permet au pouvoir adjudicateur d'introduire cet objectif social dans la compétition tout en modulant sa valeur au regard des autres critères et ainsi d'en adapter l'importance à ses besoins* »<sup>235</sup>.

Pour réfuter les arguments des détracteurs du critère social, le magistrat instructeur s'attache à la lettre même de la directive 2004/18 et constate que « *même les marchés destinés à répondre aux besoins propres à des catégories de population particulièrement défavorisés, qu'évoque le 46ème considérant introductif de la directive de 2004, n'ont pas pour objet de favoriser l'emploi de personnels en difficulté* »<sup>236</sup>.

Ledit considérant énonce notamment que « *un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins — définis dans les spécifications du marché — propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché* »<sup>237</sup>. On voit ici que l'objet du marché est bien l'achat de travaux, fournitures ou services à titre principal, et que s'ajoute à cet objet principal la volonté de faire participer des personnes en difficulté, ce choix étant indiqué dans les pièces du marché. De ce fait, on voit naturellement que le critère n'est pas destiné à s'appliquer directement sur l'objet principal du marché mais bien sur la façon dont le marché va être exécuté. La solution identique est retenue pour les critères environnementaux dans le même considérant.

---

235 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

236 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

237 Directive 2004/18/CE, considérant introductif n° 46

La jurisprudence de la Cour de justice s'est d'ailleurs inspirée de la directive, souligne le rapporteur. Cela transparaît clairement dans un arrêt relativement récent du 10 mai 2012, « *Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas* ». Citant expressément le considérant 46 et l'article 53 de la directive, relatif aux critères d'attribution, elle énonce « *qu'il y a dès lors lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont également autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes* »<sup>238</sup>. La Cour valide donc de façon explicite les critères de nature sociale et non uniquement au bénéfice des pouvoirs adjudicateurs ou des usagers d'un service public, mais aussi « *d'autres personnes* », sous-entendu les personnes éloignées de l'emploi.

La Cour de justice va plus loin et ajoute qu'« *il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci* »<sup>239</sup>.

Dans la « *pratique, exiger un lien avec l'objet des prestations du marché conduit donc à rendre inutilisable ce critère social* » et conduirait même « *à rendre pratiquement impossible la sélection des offres en fonction notamment de leurs performances sociales dans l'exécution des prestations* »<sup>240</sup>.

Le rapporteur ne force toutefois pas la main aux conseillers d'État, expliquant que la solution posée dans l'arrêt « *Commune de Gravelines* », bien qu'imparfaite, pourrait demeurer en l'état. Cependant, il considère que « *cette application au critère social de l'exigence de lien avec l'objet du marché ne [...] paraît plus correspondre à la place qu'occupent aujourd'hui les considérations sociales dans les marchés publics, en droit interne comme en droit européen, et qu'elle produit l'effet inverse à celui recherché* »<sup>241</sup>.

---

238 CJUE, 10 mai 2012, « *Commission c/ Pays-Bas* », aff. C-368/10, considérant n° 85

239 CJUE, 10 mai 2012, « *Commission c/ Pays-Bas* », aff. C-368/10, considérant n° 91

240 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « *Département de l'Isère* », req n° 364950, publié au recueil Lebon

241 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « *Département de l'Isère* », req n° 364950, publié au recueil Lebon

Pour saisir la portée de la notion d'objet du marché, il faut en revenir à la définition la plus simple possible des marchés publics, soit comme l'énonce l'article 1 du code des marchés publics, des « *contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* »<sup>242</sup>.

Comme le précise le rapporteur public, « *les critères de sélection des offres ont pour finalité de dégager celle d'entre elles qui répondra le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur. A partir du moment où ces objectifs [de développement durable] peuvent faire partie des besoins que le pouvoir adjudicateur cherche à satisfaire par le marché, il est logique que les critères traduisent ces besoins, notamment en matière de performances sociales et qu'ils contribuent à désigner l'offre économiquement la plus avantageuse* »<sup>243</sup>.

Dès lors, en poursuivant ce raisonnement, le terme d'offre économiquement la plus avantageuse semble inapproprié. Le rapporteur note en effet que « *la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne recouvre donc plus uniquement des aspects économiques au sens strict, à supposer qu'elle ne l'ait jamais fait. Une offre est économiquement plus avantageuse lorsqu'elle répond le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, en termes quantitatifs (notamment le prix) mais aussi qualitatifs, ce que les critères esthétique, environnemental ou social permettent de révéler* »<sup>244</sup>.

Au vu de l'ensemble de ces éléments de réponse, le rapporteur souhaite donner une pleine application au critère social. Ce critère lui paraît en effet « *occuper aujourd'hui dans le code des marchés publics une place identique à celle des autres critères additionnels de sélection des offres, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir être utilisé selon l'importance que les pouvoirs adjudicateurs souhaitent lui donner* »<sup>245</sup>.

---

242 Code des marchés publics, édition 2006, article 1

243 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

244 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

245 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

Cette position n'est, en réalité, que l'aboutissement en droit jurisprudentiel français de la position, relativement neutre, de la Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt du 26 septembre 2000, « *Commission contre France* ». Dans cette affaire, la Cour « *n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation de service* »<sup>246</sup>.

La directive 2004/18 avait d'ailleurs conforté cette première ligne jurisprudentielle de la Cour de justice, comme le relève Gilles Pellissier, et ce dès son premier considérant : « *La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux* »<sup>247</sup> du droit européen.

La position de l'arrêt « *Commune de Gravelines* » « *qui cantonne pratiquement la poursuite d'objectifs sociaux aux clauses d'exécution des marchés* »<sup>248</sup> semble donc dépassée. Paradoxalement, le rejet des critères d'attribution sociaux au profit du seul recours aux clauses sociales, peut même aboutir à l'apparition de discriminations. En effet, lorsque le pouvoir adjudicateur rédige une clause sociale, il « *doit définir précisément à l'avance ce qu'il attend des entreprises en termes de promotion de l'emploi des publics en difficultés* ». Or, souligne le rapporteur, « *des modalités d'exécution trop exigeantes ou simplement mal évaluées sont susceptibles de réduire le nombre des offres, au risque de l'infructuosité, ou d'être regardées comme discriminatoires* »<sup>249</sup>.

246 CJCE, 26 septembre 2000, « *Commission c/ France* », aff. C-225/98, considérant n° 50

247 Directive 2004/18/CE, considérant introductif n°1

248 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « *Département de l'Isère* », req n° 364950, publié au recueil Lebon

249 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « *Département de l'Isère* », req n° 364950, publié au recueil Lebon

Les évolutions qu'a connu le droit en matière de critères sociaux et environnementaux impliquent donc naturellement de revoir la « *conception stricte du lien avec l'objet du marché* », pour considérer que « *ce lien peut également s'apprécier au regard des conditions dans lesquelles seront exécutées les prestations du marché, ce qui rejoint l'idée que les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent recouvrir non seulement le résultat qu'il commande mais aussi les moyens mis en œuvre pour le réaliser* »<sup>250</sup>.

A l'opposé, les modalités d'exécution ne peuvent en aucun cas concerner la « *politique sociale de l'entreprise* », car il s'agirait là d'une immixtion dans la gestion de l'entreprise et un critère d'attribution évaluant cette politique serait donc illégal car « *sans lien avec l'objet du marché* ». C'est d'ailleurs Gilles Pellissier qui, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Société Derichebourg polyurbaine* » du 15 mars 2013, a dégagé cette solution, et le Conseil d'État suivant son avis, a censuré le critère tenant à la « *politique sociale de l'entreprise* »<sup>251</sup>.

La conception selon laquelle l'objet du marché est lié à la manière dont le marché est exécuté « *permettra ainsi au pouvoir adjudicateur de solliciter des offres socialement performantes sans pour autant en faire des modalités d'exécution du marché, c'est-à-dire d'intégrer les objectifs de développement durable dans la sélection des offres et de les poursuivre avec plus de souplesse que s'ils se traduisaient par des clauses du marché conditionnant leur recevabilité* »<sup>252</sup>. Les détracteurs des critères sociaux considèrent à l'inverse qu'imposer ceux-ci, reviendrait à interférer avec la politique sociale des entreprises. En effet, dans un tel cas de figure, ce n'est pas le pouvoir adjudicateur qui encadre grâce à une clause les exigences d'insertion, mais le soumissionnaire qui propose une action d'insertion pour satisfaire au critère d'attribution.

---

250 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

251 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

252 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

Le Conseil d'État a pourtant donné suite à l'argumentation de son rapporteur public, en se fondant en l'espèce sur la combinaison des articles 5 et 53 du Code des marchés publics, afin de remettre en cause la conception antérieure de l'objet du marché.

Il rappelle dans un premier temps que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable* »<sup>253</sup>, puis que « *pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : [...] sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment [...] les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté* »<sup>254</sup>.

Le pouvoir adjudicateur avait prévu dans le cadre de ce marché un critère tiré des « *performances en matière d'insertion professionnelle* », dont le contenu était détaillé dans le règlement de consultation du marché, comprenait l'indication des « *modalités d'accueil et d'intégration de la personne en insertion recrutée dans le cadre de l'exécution du marché, [la présentation à] son référent avec son éventuelle formation au tutorat ou [l'indication de] la progression et la formation de la personne en insertion recrutée* »<sup>255</sup>.

Le juge poursuit donc, en reprenant les conditions préalablement posées dans l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, « *Concordia Bus Finland* » en énonçant que « *le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres* »<sup>256</sup>.

---

253 Code des marchés publics, édition 2006, 1er août 2006, article 5

254 Code des marchés publics, édition 2006, 1er août 2006, article 53

255 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

256 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

Il relève qu'en l'espèce, le marché de travaux concerne « *le renouvellement, le renforcement des chaussées, l'entretien des voies vertes et des abords des bâtiments du Conseil général* » et était « *eu égard à son objet, [...] susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion* »<sup>257</sup>.

Le Conseil estime alors que « *le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit en relevant que, par nature et indépendamment des personnels susceptibles d'être concernés par l'exécution du marché, les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées prévus par le marché litigieux ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté* »<sup>258</sup>.

On perçoit donc que là où le juge de première instance se basait sur une vision très objective de l'objet du marché, fondée sur les définitions de l'article 1 du Code des marchés publics, le Conseil d'État y substitue une vision plus sociale et subjective, en tenant compte du degré de complexité des travaux à réaliser. En l'espèce, les travaux visés par le marché peuvent s'apparenter à de la manutention et du nettoyage de voirie et semblent donc un terreau propice à l'insertion de personnes en difficulté.

Cette évolution repose en grande partie sur la volonté du rapporteur public, Gilles Pellissier, qui souhaitait « *assouplir la jurisprudence pour plus de cohérence avec la volonté du législateur* ». Il émet cependant des réserves, car « *il ne s'agit pas pour autant de modifier l'exigence générale d'un lien entre objet du marché et l'ensemble des critères. [...] Mais de faire en sorte qu'un pouvoir adjudicateur puisse choisir l'offre économiquement la plus avantageuse aussi bien en termes de quantité que de qualité en insérant par exemple des exigences de développement durable* »<sup>259</sup>.

---

257 CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

258 CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

259 PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon



Il ne s'agit pas en effet de remettre en cause toute idée de lien avec l'objet du marché mais de permettre l'insertion professionnelle ou la prise en compte de l'environnement de manière raisonnée.

Une partie de la doctrine n'hésite pas à se montrer confiante en la pérennité de cette nouvelle position et considère ainsi que si « *l'interprétation de la jurisprudence revenait à rendre quasiment impossible le recours à des critères d'attribution sociaux ou environnementaux, la solution se trouve aujourd'hui renversée : le recours à de tels critères devraient, en pratique, être presque toujours possible, sous réserve du respect de certaines conditions* »<sup>260</sup>. C'est en fait une « *présomption de régularité* »<sup>261</sup> pour les critères sociaux que le juge administratif a posé dans cette décision. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc recourir plus aisément à ces critères, depuis que le juge en a fixé les contours.

#### B) Vers une objectivisation du critère en lien avec l'objet du marché :

L'évolution de la jurisprudence a permis de cerner plus précisément les contours de la notion d'objet du marché. On peut donc établir de façon plus juste la pondération (1) et la portée (2) conférée par le juge au critère lié à l'objet du marché.

##### 1) *La pondération admise par le juge :*

Au nombre des tentatives de légitimation des critères tirés du développement durable, on peut citer l'ordonnance du Tribunal administratif de Fort-de-France du 21 février 2011 qui énonçait que « *les sous-critères du critère de la valeur sociale, pondéré à hauteur seulement de 10%, tenant, respectivement à la « politique salariale » et aux nombres, qualification et expérience des agents affectés à l'ensemble des prestations* », *lesquels ne sont pas constitutifs en eux-mêmes de discriminations ni ne sont contraires aux lois sociales applicables, ne sont*

---

260 LEPRON Franck, « De l'utilisation des critères sociaux et environnementaux (I) » [en ligne], *achatpublic.info*, 2 mai 2013

261 BRACONNIER Stéphane, « Retour gagnant du mieux-disant social dans les marchés publics », *RDI*, 01 juillet 2013, n° 7, p. 365

*pas dénués de tout lien avec l'objet du marché* »<sup>262</sup>. Cette vision extensive de l'objet avait pourtant été sanctionnée en cassation par le Conseil d'État.

L'arrêt du 15 février 2013, « *Société Derichebourg polyurbaine* », permet d'apprécier les raisons de l'annulation de l'ordonnance du juge des référés de Fort-de-France. Le juge foyalais se réfère en effet à la « *politique salariale* » des candidats, domaine éminemment privé des entreprises. C'est d'ailleurs pour cette raison que le conseiller d'État, Gilles Pellissier, préconisait de déclarer un tel critère illégal dans l'arrêt « *Société Derichebourg polyurbaine* »<sup>263</sup>, car, en sortant de la sphère du marché public, il était dépourvu de lien avec celui-ci. Celui-ci n'était pourtant affecté que d'une note de 7 points sur l'ensemble du marché, mais la simple présence du critère entachait d'illégalité le marché.

L'arrêt « *Département de l'Isère* » du 25 mars 2013 a ouvert plus largement la possibilité de recourir à des critères sociaux et permet de fixer avec plus de précision les limites de l'objet du marché.

Dans cette espèce, le critère des « *performances en matière d'insertion professionnelle* » était pondéré à 15% et celui de la « *performance en matière de protection de l'environnement* » à 10%. Comme le relève Patrick Loquet, « *la pondération de 15 %, accordée au critère des performances en matière d'insertion des publics en difficulté, n'est pas neutre* »<sup>264</sup>. C'est un « *seuil intéressant* » puisqu'il permet au critère de devenir « *significatif* »<sup>265</sup>. Il s'interroge également sur la faculté des donneurs d'ordre à dépasser un tel seuil, et met en garde ceux-ci « *de ne pas dépasser le taux de 30%* », seuil au delà duquel « *le risque de discrimination peut apparaître* »<sup>266</sup>.

---

262 TA Fort-de-France, 21 février 2011, « *Sté Clean Garden SARL* », req. n° 1100060

263 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « *Société Derichebourg polyurbaine* », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

264 LOQUET Patrick, « Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat » [en ligne], *Le Moniteur*, 22 avril 2013

265 LOQUET Patrick, « Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat » [en ligne], *Le Moniteur*, 22 avril 2013

266 LOQUET Patrick, « Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat » [en ligne], *Le Moniteur*, 22 avril 2013

Un exemple a contrario serait par exemple celui d'un critère d'évaluation des énergies renouvelables fournies par les soumissionnaires, pondéré à 45%, comme ce fut le cas dans l'arrêt « EVN » de la Cour de Justice, rendu en 2003. La juridiction autrichienne, qui avait sursis à statuer, considérait qu'il était « *interdit d'accorder à un élément insusceptible d'évaluation financière directe une influence aussi importante sur la décision d'attribution* »<sup>267</sup>. Toutefois, l'avocat général Jean Mischo ne critiquait aucunement la pondération du critère puisqu'il rappelle que « *si le pouvoir adjudicateur est libre de choisir les critères d'attribution* », comme le juge européen l'a énoncé auparavant dans son arrêt « *Evans Medical et Macfarlan Smith* »<sup>268</sup>, il « *paraît également libre de choisir la pondération entre ces critères* »<sup>269</sup>.

Bien que le critère en question ait été annulé car il présentait un caractère discriminatoire pour les entreprises, la Cour a néanmoins constaté qu'« *eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* »<sup>270</sup>. Elle ajoute par ailleurs que « *la pondération du critère d'attribution en cause au principal à hauteur de 45 % n'est pas en soi incompatible avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics* »<sup>271</sup>. On aurait pu penser qu'une telle pondération aurait été sanctionnée, or tel n'a pas été le cas. Une telle pondération pourrait de nouveau être admise si elle est cohérente avec le marché concerné, qui devra posséder une connotation environnementale ou sociale importante.

---

267 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 77

268 CJCE, 28 mars 1995, « Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd », aff. C-324/93

269 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 78

270 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 42

271 CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01, considérant n° 43

Dès lors que le critère se trouve combiné à une clause d'exécution<sup>272</sup> ou appliqué à un marché dont l'objet serait le développement durable<sup>273</sup> (article 30 CMP), son appréciation s'en trouve affectée. Ainsi, la pondération d'un critère applicable à une clause d'exécution devra être « *raisonnable* », tandis que dans le second cas, celle-ci « *pourra être plus importante* »<sup>274</sup>.

## 2) La portée admise par le juge :

Pour rationaliser l'usage des critères d'attribution environnementaux et plus particulièrement de ceux sociaux, il convient également de fixer la portée que le pouvoir adjudicateur peut consacrer au critère.

En réalité, « *ce n'est pas l'objet du marché ou la nature de ses prestations qui est déterminant, mais l'objet et le périmètre du critère en cause* »<sup>275</sup>. L'acheteur doit donc s'interroger sur deux points : d'une part quelle sera l'utilité du critère pour le marché et d'autre part jusqu'où le critère peut-il permettre d'évaluer les offres. Le risque en intégrant sans précaution un critère environnemental ou social serait soit d'être intrusif et de s'immiscer dans la politique des entreprises, soit de créer une discrimination entre les entreprises susceptibles de répondre au marché.

Le critère « *doit être directement en rapport avec les modalités d'exécution des spécifications du marché, de sorte qu'il ait ainsi effectivement pour objet « d'évaluer » la qualité des offres* »<sup>276</sup>. Partant, on pourrait admettre l'existence d'un critère, quelle que soit la pondération qui lui soit attribuée, dès lors que celle-ci soit en cohérence, non pas forcément avec l'objet du marché lui-même, mais avec la façon de l'exécuter. Pour admettre un critère d'attribution, il suffit que celui-ci satisfasse à son but premier, à savoir déterminer l'offre

---

272 En vertu de l'article 14 du Code des marchés publics.

273 En vertu de l'article 30 du Code des marchés publics.

274 DIRECCTE Rhône-Alpes, « Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique », janvier 2013, 40 p., p. 19

275 LEPRON Franck, « De l'utilisation des critères sociaux et environnementaux (I) » [en ligne], *achatpublic.info*, 2 mai 2013

276 LEPRON Franck, « De l'utilisation des critères sociaux et environnementaux (I) » [en ligne], *achatpublic.info*, 2 mai 2013

économiquement la plus avantageuse.

Il en ressort qu'un critère peut être compatible avec un marché qui « *ne vise ni n'implique, par lui-même, la poursuite de tels objectifs sociaux ou environnementaux* »<sup>277</sup>. Pour établir le lien avec l'objet du marché, il convient que « *le critère retenu par le pouvoir adjudicateur se rapporte aux conditions d'exécution des prestations ou aux produits objet du marché* »<sup>278</sup>. Cela explique que le critère de la politique sociale des entreprises ait été exclu par le Conseil d'État dans son arrêt « *Société Derichebourg polyurbaine* »<sup>279</sup>.

On peut donc considérer que le juge est venu instaurer une exigence de « *proportionnalité* »<sup>280</sup> entre le critère mis en place et les prestations ou modalités d'exécution du marché.

---

277 LEPRON Franck, « De l'utilisation des critères sociaux et environnementaux (I) » [en ligne], *achatpublic.info*, 2 mai 2013

278 LEPRON Franck, « De l'utilisation des critères sociaux et environnementaux (I) » [en ligne], *achatpublic.info*, 2 mai 2013

279 CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

280 LEPRON Franck, « Quand et comment utiliser les critères sociaux ou verts », *Le Moniteur*, 28 juin 2013, p. 70 et 71

## CONCLUSION

Le droit des marchés publics aura finalement réussi à dépasser les appréhensions des pouvoirs adjudicateurs concernant les critères d'attribution environnementaux et sociaux. Ces évolutions n'auront été rendues possible que par la volonté de la Cour de justice de l'Union Européenne qui s'efforce de rendre ce droit plus perméable et souple pour les acheteurs publics. Il s'agit d'éviter la paralysie des pouvoirs adjudicateurs qui, par crainte des recours susceptibles d'être formés à l'égard de leurs marchés, se priveraient des possibilités offertes par la législation des marchés publics.

La Cour se pose de ce point de vue en garante du droit communautaire originaire. Elle va, d'une part, garantir la prise en compte du développement durable dans les critères d'attribution, à savoir la protection de l'environnement et la valorisation du progrès social, et, d'autre part, veiller au respect des principes fondamentaux des Traités, dont fait partie le principe de non-discrimination.

La notion d'objet du marché relève en définitive de l'appréciation subjective des pouvoirs adjudicateurs qui doivent pouvoir définir eux même ce qu'est cet objet. La simple distinction entre marchés de fournitures, de services et de travaux semble dépassée et mériterait d'être reconsidérée.

Laurent Richer constatait déjà en 2006, au sujet des critères environnementaux, l'ambivalence de la notion d'objet du marché. Celle-ci relève, tout d'abord, « *de l'ordre du politique ; le juge tient compte de ce que la préservation de l'environnement fait partie des objectifs poursuivis dans le secteur concerné ; tel est le cas pour les transports en commun ou la fourniture d'énergie. [Ensuite], l'analyse porte sur la relation établie par le pouvoir adjudicateur entre les considérations environnementales et la satisfaction de ses besoins ; il s'agit de vérifier que les conditions écologiques sont en relation avec l'exécution de la prestation* »<sup>281</sup>. Une telle vision semble bien éloignée de la simple exigence d'un lien strict entre l'objet et le critère.

---

281 RICHER Laurent., Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2008, 6<sup>ème</sup> éd., 784 p., points n°733 et s.

Il est en outre surprenant de voir la Commission Européenne entreprendre des recours à l'égard de critères environnementaux et sociaux considérés illicites, car dénués de lien avec l'objet du marché, dès lors qu'elle n'a pas défini la notion d'objet. En effet, à l'occasion d'un colloque de 2008 « *sur le développement des clauses sociales dans la commande publique* », un intervenant souhaitait obtenir, de la part d'un représentant de la Commission, membre de la Direction Générale Marché intérieur et services – Direction de la politique des marchés publics, la réponse à la question suivante : « *Pourriez-vous préciser, en particulier, ce que signifie la notion de « lien avec l'objet du marché » ?* »<sup>282</sup>. Face à cette interrogation, le représentant a répondu qu'un futur guide de la Commission définirait précisément la notion. Devant l'insistance des intervenants, il avoua alors qu'une telle question « *[touche] là aux limites de ce qu'il est permis d'affirmer, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la compatibilité d'un cas de figure avec le droit communautaire* »<sup>283</sup>.

Si par la suite, le guide en question fut publié par la Commission, celle-ci n'apporta pas d'éclaircissement sur la notion, rappelant simplement que « *l'objet d'un marché désigne le produit, le service ou les travaux que le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir* »<sup>284</sup>.

Une tentative de définition est possible mais celle-ci ne peut que demeurer imparfaite. On pourrait ainsi décrire le critère lié à l'objet du marché, par analogie avec l'article 53 du Code des marchés publics, comme étant un critère destiné à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, non discriminatoire, et lié aux prestations commandées ou à leurs modalités de mise en œuvre. Mais ici encore, cette définition est sujette à interprétation.

---

282 DAJ – OEAP, « Colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique », 17 octobre 2008, 34 p., p. 18, propos de TORNÉREAU Romain

283 DAJ – OEAP, « Colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique », 17 octobre 2008, 34 p., p. 18 et 19, propos de BASSI Ugo

284 Commission Européenne, « Acheter social - Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale », Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2011, 56 p., p. 23

De la même manière qu'un marché peut comporter à la fois des prestations de travaux et de services, le marché étant qualifié de marché de services ou de travaux selon le montant des lots du marché, il devrait être permis aux acheteurs de prévoir un objet multiple, impliquant un volet relatif aux prestations de fournitures, services ou travaux, et un volet relatif aux considérations environnementales ou sociales. L'objet du marché comporterait ainsi un « *noyau dur [et des] satellites* »<sup>285</sup>.

Une autre piste serait de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'intégrer leurs objectifs environnementaux et sociaux au sein d'autres critères plus généraux. C'est dans ce sens que la ville d'Helsinki s'était prononcée dans le cadre de l'affaire « *Concordia Bus Finland* », estimant que « *les critères relatifs aux émissions d'oxyde d'azote et aux émissions sonores entr[ai]ent dans les catégories qualité et valeur technique* »<sup>286</sup>. L'avocat général abondait dans ce sens, puisque, dans cette affaire, il considérait que « *les critères d'émission [étaient] indissolublement liés à la configuration du matériel avec lequel la ville d'Helsinki souhaite voir assuré le service des autobus* »<sup>287</sup>. Dès lors, il est tout à fait envisageable, selon les cas d'espèce, d'intégrer les critères environnementaux et sociaux au sein de critères plus techniques, par le biais de sous-critères.

Cela nécessiterait dans tous les cas une réflexion en amont de la part des autorités européennes, pour une future réforme des directives marchés. L'idée serait d'abandonner toute référence à l'objet du marché pour se concentrer sur l'essentiel, c'est-à-dire le respect des principes découlant des Traités et notamment celui de non-discrimination. En effet, la question de l'objet du marché semble superfétatoire dès lors qu'un critère dénué de tout lien avec le marché serait forcément discriminatoire puisque les entreprises concernées par l'adjudication se verraient écartées sur le fondement de ce critère illégal. A l'inverse, un critère lié à l'objet du marché pourrait tout à fait être discriminatoire.

---

285 LE FOLL Yann, « Les sous-critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liés à l'objet du marché — Questions à Laurent Givord, avocat associé, cabinet AdDen Bordeaux » [en ligne], *LexBase*, 21 février 2012, n° 278

286 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 76

287 MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « *Concordia Bus Finland* », aff. C-513/99, considérant n° 77



La polémique sur les critères environnementaux et sociaux, dont on exige un lien avec l'objet du marché est donc un faux problème. Si les réticences vont, semble t'il, s'atténuer au fil du temps, il convient de rester prudent car la jurisprudence n'est favorable à ces critères que depuis peu de temps et de façon très timorée, notamment pour les critères sociaux.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient donc éviter tout excès dans l'utilisation de critères d'attribution évaluant les considérations sociales et environnementales dans leurs marchés. Au contraire, il devraient agir de façon raisonnée, en s'interrogeant, conformément à l'article 5 du Code des marchés publics, sur les moyens mis à leur disposition pour intégrer le développement durable dans leurs procédures.

On peut néanmoins prédire un regain d'intérêt pour ces critères, qui devraient pouvoir s'intégrer dans la pratique des pouvoirs adjudicateurs et non plus seulement dans les textes en vigueur.

## TABLE DES MATIERES

<b>Remerciements</b> .....	p. 3
<b>Avertissement</b> .....	p. 5
<b>Sommaire</b> .....	p. 7
<b>Table des abréviations</b> .....	p. 9
<b>Introduction</b> .....	p. 11
<b>CHAPITRE I : LE REJET DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS</b> :.....	p.22
<b>SECTION I : LE REJET DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX, UNE POSITION LONGTEMPS ANCRÉE EN DROIT FRANÇAIS</b> : .....	p.22
<b>I - <u>L'hostilité de la jurisprudence à l'égard des critères sociaux et environnementaux</u></b> : ...	p.23
A) Une réticence marquée avant toute consécration réglementaire : .....	p.23
B) Une analyse stricte fondée sur la nature même des prestations : .....	p.27
<b>II - <u>Un rejet réitéré dans un contexte pourtant plus favorable</u></b> : .....	p.61
A) Une conception française en marge des juges européens : .....	p.62
B) De faibles tentatives d'évolution : .....	p.66

SECTION II : UN REJET MOTIVÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF : ..... p.38

I - Un rejet motivé par l'inadéquation des critères aux marchés : ..... p.38

A) Un contrôle du juge limité à l'erreur manifeste d'appréciation : ..... p.38

B) Le contrôle de l'« extériorité » du critère : ..... p.41

II - Un rejet motivé par l'existence d'outils juridiques complémentaires aux critères : .... p.43

A) Le critère lié à l'objet du marché comme accessoire des conditions d'exécution du marché : ..... p.44

B) Le critère lié à l'objet du marché, appliqué au marché d'insertion ou environnemental : ..... p.46

**CHAPITRE II : L'ACCEPTION PROGRESSIVE DES CRITÈRES SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX SOUS L'IMPULSION DE LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE** : ..... p.48

SECTION I : L'ADMISSION DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS : ..... p.48

I - Les caractéristiques du critère environnemental : ..... p.48

A) Un critère lié à l'objet du marché : ..... p.49

B) Un critère légal indépendamment de sa dimension économique : ..... p.52

C) Le lien avec l'objet du marché, une composante du principe de non-discrimination : ..... p.57

II - <u>L'évolution des critères environnementaux</u> : .....	p.61
A) Une solution réaffirmée en faveur des critères environnementaux : .....	p.62
B) L'utilisation des labels comme critères d'attribution : .....	p.66
SECTION II : L'ADMISSION DES CRITERES SOCIAUX EN DROIT DES MARCHES PUBLICS : .....	p.72
I - <u>Une analyse calquée sur celle des critères environnementaux</u> : .....	p.73
A) L'exigence du lien avec l'objet du marché : .....	p.73
B) Le nécessaire respect du principe de non-discrimination : .....	p.75
II - <u>Une mise en conformité avec la jurisprudence européenne</u> : .....	p.78
A) Un revirement de jurisprudence inattendu : .....	p.78
B) Vers une objectivisation du critère en lien avec l'objet du marché : .....	p.89
1) <i>La pondération admise par le juge</i> :.....	p.89
2) <i>La portée admise par le juge</i> :.....	p.92
<b>Conclusion</b> .....	p. 94
<b>Table des matières</b> .....	p. 98
<b>Bibliographie</b> .....	p. 101

## BIBLIOGRAPHIE

### I - Ouvrages

BOY Laurence, « Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe », in *Questions de droit économique : les défis des États africains*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 14 novembre 2011, 440 p.

DURVIAUX Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système*, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, 612 p.

PINAUD Xavier, *L'intégration des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Limoges, Pulim, 2003, 188 p.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2012, 799 p.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2008, 784 p.

### II - Textes officiels

#### A) A valeur normative

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*, 30 avril 2004

Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF*, 19 janvier 2005

Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF*, 2 mars 2005

Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF*, 8 mars 2001 p. 37003

Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, *JORF*, 8 janvier 2004 p. 37003

Décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant Code des marchés publics, *JORF*, 4 août 2006, p. 11627

Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, *JOUE*, 30 mars 2010, C83/49

## **B) A valeur interprétative**

Circulaire relative à la « Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics », 29 décembre 1993

Circulaire relative à la « Prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux », 14 décembre 1995, n° 95-94

Commission Européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à des marchés publics pour un environnement meilleur », [COM(2008) 400/2], 16 juillet 2008

Commission Européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés », [COM(2001) 274 final], 4 juillet 2001

Commission Européenne, «Les marchés publics dans l'Union européenne», [COM(1998) 143 final], 11 mars 1998

### **III - Articles**

AddEN Avocats, « L'application stricte de l'article 53 du code des marchés publics par la cour administrative de Douai : impossibilité de prévoir un critère de jugement des offres lié à la performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors qu'il est sans lien avec l'objet du marché » [en ligne], 8 février 2012. Disponible sur <http://www.adden-leblog.com/?p=1775> (consulté le 15 février 2013)

BALLOUL Raphaël, « Des précisions sur l'emploi des critères environnementaux et sociaux », *RDA*, juin 2013, n° 6, comm. 43

BRACONNIER Stéphane, « Retour gagnant du mieux-disant social dans les marchés publics », *RDI*, 01 juillet 2013, n° 7, p. 365

CANTILLON Guillaume, « Marchés publics et développement durable », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fascicule n° 57, 17 octobre 2011 (mis à jour en janvier 2012)

CLOATRE Élodie, « L'achat public responsable, oui mais comment ? » [en ligne], *Le Moniteur*, 21 juin 2013.

Disponible sur <http://www.lemoniteur.fr/165commandepublique/article/actualite/21533682-l-achat-public-responsable-oui-mais-comment> (consulté le 11 juillet 2013)

DREYFUS Jean-David, PASTOR Jean-Marc, « Dans quelles mesures peut-on prendre en compte les critères sociaux dans les marchés publics ? », *AJCT*, 18 novembre 2010, n° 03, p. 113

HARADA Louis-Narito, « La boîte à outils de l'achat public écologique », *Lamy coll. territoriales*, septembre 2006, n° 16, p. 89

HEINTZ Mathieu, « La transposition des critères sociaux, environnementaux et économiques », *Contrats publics*, novembre 2005, n° 48, p. 43 à 46

HUL Sylvain, « Critère « social : une conception renouvelée du lien avec l'objet du marché », *AJCT*, 24 juin 2013, n° 6 , p. 294

LAVOILLOTTE Marie-Pierre, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics : l'affirmation du contrat au service de l'environnement », *AJDA*, 8 novembre 2004, n° 38, p. 2081

LE FOLL Yann, « Les sous-critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liés à l'objet du marché — Questions à Laurent Givord, avocat associé, cabinet AdDen Bordeaux » [en ligne], *LexBase*, 21 février 2012, n° 278. Disponible sur [http://www.presentation.lexbase.fr/sites/default/files/actualites/fichiers/les\\_sous\\_criteres\\_de\\_c\\_hoix\\_de\\_l\\_offre\\_economiquement\\_la\\_plus\\_avantageuse\\_doivent\\_etre\\_lies\\_a\\_l\\_objet\\_du\\_mar\\_che.pdf](http://www.presentation.lexbase.fr/sites/default/files/actualites/fichiers/les_sous_criteres_de_c_hoix_de_l_offre_economiquement_la_plus_avantageuse_doivent_etre_lies_a_l_objet_du_mar_che.pdf) (consulté le 20 avril 2013)

LEPRON Franck, « Quand et comment utiliser les critères sociaux ou verts », *Le Moniteur*, 28 juin 2013, p. 70 et 71

LEPRON Franck, « De l'utilisation des critères sociaux et environnementaux (I) » [en ligne], *achatpublic.info*, 2 mai 2013. Disponible sur <http://www.uggc.com/actualite/detail/de-l-utilisation-des-criteres-sociaux-et-environnementaux/2/1372> (consulté le 15 juin 2013)

LOQUET Patrick, « Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'État » [en ligne], *Le Moniteur*, 22 avril 2013. Disponible sur <http://www.lemoniteur.fr/165-commande-publique/article/actualite/20865519-comment-manier-les-clauses-sociales-apres-le-revirement-de-jurisprudence-du-conseil-d-etat> (consulté le 27 avril 2013)



MAUPIN Emmanuelle, « Le juge sanctionne le recours au critère insertion professionnelle » [en ligne], 2 février 2012. Disponible sur <http://alma-monceau.com/wp-content/uploads/2012/09/Le-juge-sanctionne-le-recours-au-crit%C3%A8re-%C2%AB-insertion-professionnelle-%C2%BB.pdf> (consulté le 17 février 2013)

METZGER Olivier, « Clauses d'insertion sociale : les questions à se poser lors de la passation de marchés publics » [en ligne], *Contrats Publics*, juin 2012, n°122. Disponible sur [http://www.seban-associes.avocat.fr/fichiers/pub\\_art.o.metzger.pdf](http://www.seban-associes.avocat.fr/fichiers/pub_art.o.metzger.pdf) (consulté le 15 février 2013)

RALLU Bénédicte, « Article 53 : quel lien entre l'objet du marché et le critère social ? » [en ligne], *achatpublic.info*, 12 mars 2013

SUPPLISSON Didier, « Critères d'attribution : quelques changements dans la continuité », *AJDA*, 2 octobre 2006, n° 32, p. 1765.

TREBULLE François Guy, « Marchés publics et développement durable (suite) », *RDI*, 13 novembre 2006, n° 6, p. 440

WILLAMSON Simon, « L'actualité des clauses environnementales dans les marchés publics » [en ligne], *Lettre des Juristes de l'Environnement*, 07 février 2010. Disponible sur [http://www.juristes-environnement.com/article\\_detail.php?id=282](http://www.juristes-environnement.com/article_detail.php?id=282) (consulté le 15 juin 2013)

## **IV - Jurisprudence**

### **A) Décisions**

#### *1) Ordonnances de référé*

TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

TA Lille, 21 septembre 2010, « NC Déménagement », req. n° 0700900

TA Fort-de-France, 21 février 2011, « Sté Clean Garden SARL », req. n° 1100060

TA Cergy-Pontoise, 30 octobre 2012, « Sté Europe Services Déchets c/ Cne de Colombes », req. n°1208269

#### *2) Arrêts de Cour administrative d'appel*

CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, « Région Nord/Pas-de-Calais » req. n°10DA01501, inédit au recueil Lebon

#### *3) Arrêts du Conseil d'État*

CE, Ass., 29 janvier 1954, « Institution Notre-Dame du Kreisker », req. n° 07134

CE, Ass., 29 juillet 1994, « Commune de Ventenac-en-Minervois », req. n° 131562, mentionné dans les tables du recueil Lebon

CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *AJDA*, 20 février 1997, n° 2, p. 196, note de MALJEAN-DUBOIS Sandrine

CE, 7ème et 5ème sous-sections réunies, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, publié au recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 26 avril 2006, « Commune de Toulouse », req. n° 280197, mentionné dans les tables du recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 5 novembre 2008, « Commune de Saint-Nazaire », req. n° 310484, mentionné dans les tables du recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 décembre 2008, « Communauté Urbaine de Dunkerque », req. n° 310380, inédit au recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 23 novembre 2011, « Communauté urbaine de Nice-Côte-d'Azur », req. n°351570, mentionné aux tables du recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 18 décembre 2012, « UGAP », req. n° 363208, inédit au recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon, AJDA, 08 juillet 2013, n° 24, p. 1398, note de MARTIN Julien

#### 4) *Arrêts de la Cour de justice*

CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87

CJCE, 22 juin 1993, « Commission c/ Danemark », aff. C-243/89

CJCE, 28 mars 1995, « Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd », aff. C-324/93

CJCE, 16 septembre 1999, « Fracasso et Leitschutz », C-27/98

CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98, *AJDA*, 20 décembre 2000, p. 1055, n° 12, note de Christian LAMBERT

CJCE, 13 mars 2001, « PreussenElektra AG », aff. C-379/98

CJCE, 18 octobre 2001, « SIAC Construction », aff. C-19/00

CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99, *AJDA*, 16 février 2004, p. 334, n° 4, note de GLIOZZO Thomas

CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01 *AJDA*, 10 mars 2003, p. 433, n° 9, note de BLAISE Damien

CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10

## **B) Conclusions**

ALBER Siegbert, conclusions sur CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/98

DARMON Marco, conclusions sur CJCE, 20 septembre 1988, « Gebroeders Beentjes bv », aff. C-31/87

DEVILLIERS Pascal, conclusions sur TA Strasbourg, 30 novembre 1999, « Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg », req. n°991028, *AJDA*, 20 mai 2000, p. 459

FRATACCI Stéphane, conclusions sur CE, 10 mai 1996, « Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment », *RFDA*, 1997 p. 73

KOKOTT Juliane, conclusions sur CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10

MARJANOVIC Vladan, conclusions sur CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, req. n°10DA01501, inédit au recueil Lebon

MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 4 décembre 2003, « EVN AG c/ République d'Autriche », aff. C-448/01

MISCHO Jean, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. C-513/99

PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », req n° 364950, publié au recueil Lebon

PELISSIER Gilles, conclusions sur CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », req n° 363921, inédit au recueil Lebon

PIVETEAU Denis, conclusions sur CE, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n°229666, *AJDA*, janvier 2002, p. 46

## **V - Rapports**

Commission mondiale sur l'environnement et le développement, « *Rapport Brundtland* », éditions du Fleuve, publications du Québec, 1988, 432 p.

DAJ – OEAP, « Colloque sur le développement des clauses sociales dans la commande publique », 17 octobre 2008, 34 p.

## **VI - Questions parlementaires**

DUMOULIN Marc, 11ème législature, question écrite n° 42175, *JOAN*, 17 avril 2000, p. 2455 et réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

PIRAS Bernard, « Conditions de mise en œuvre du critère de choix performances d'une offre en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté », 13ème législature, question écrite n° 00422, *JO Sénat*, 5 juillet 2007, p. 1164 et réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, publiée au *JO Sénat*, 8 octobre 2009, p. 2365

PIRAS Bernard, « Justification de l'absence d'objectif de développement durable dans la définition du besoin », 12ème législature, question écrite n° 25167, *JO Sénat*, 09 novembre 2006, p. 2793 et réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, publiée au *JO Sénat*, 11 janvier 2007, p. 75

## **VII - Guides**

Commission Européenne, « Acheter social - Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale », Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2011, 56 p.

Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, « Méthode pour la réalisation des bilans d'émission de gaz à effet de serre », version n° 2, avril 2012, 46 p.

DIRECCTE Rhône-Alpes, « Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique », janvier 2013, 40 p.

OEAP, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées - Guide à l'attention des acheteurs publics », juillet 2007, 59 p.

## VIII - Sites internet

Max Havelaar France, <http://www.maxhavelaarfrance.org/le-commerce-equitable-en-dix-questions.html>

Patrick Loquet.fr, <http://www.patrickloquet.fr/>

