

FLASH ACTUALITÉ • COMMANDE PUBLIQUE

Critère social : que peut-on faire ?

Résumé

1. Les critères sociaux dans la commande publique sont autorisés à la condition soit d'être en lien avec l'objet du marché, soit d'être en lien avec les conditions d'exécution du marché à l'instar de tous critères de sélection des offres.
2. Par conséquent, les critères d'examen de la politique générale des candidats (de type « critère RSE ») sont prohibés. En revanche sont autorisés des critères de performance de l'insertion professionnelle ou encore des critères d'impact sur l'emploi local.
3. Le recours à des labels ou à des certifications en vue de sélectionner des entreprises responsables est une piste à privilégier.

Les marchés publics se sont vu assigner progressivement des objectifs secondaires. En plus d'être efficace économiquement – comme le sous-entend l'expression d'offre économiquement la plus avantageuse –, l'achat public peut être « durable », « innovant », « social » comme l'indique l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique. Dernièrement, l'article 213 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a ajouté un autre objectif à l'achat public en indiquant que les conditions d'exécution des marchés peuvent aussi prendre en compte la politique menée par le titulaire en matière de lutte contre les discriminations. C'est dans ce cadre que les acheteurs ont développé la pratique du recours à des critères sociaux.

Le critère social : un critère comme les autres

Le critère social obéit aux mêmes règles que les critères « traditionnels » de sélection des offres. Le Code de la commande publique ne distingue pas le régime juridique selon que le critère se rapporte à l'analyse financière, technique, environnementale ou sociale de l'offre. L'article L. 2152-7 du Code de la commande publique indique que les critères doivent être (i) objectifs, (ii) précis et (iii) liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. C'est sur la 3ème condition que la jurisprudence sanctionne régulièrement les acheteurs publics en matière de critères sociaux.

Critère général = critère interdit

La jurisprudence est constante sur ce point. Tout critère d'ordre général est sanctionné. Le critère social ne peut pas permettre d'examiner la politique générale des candidats en matière sociale. Ainsi, tous les critères analysant les actions mises en œuvre pour un management responsable à savoir la lutte contre le turn-over, l'emploi des personnes handicapées, l'emploi des seniors, l'égalité ou la parité homme-femme, le mécénat, la politique en faveur d'associations, la politique de mobilité interne sont des critères illégaux. A cet égard, la jurisprudence ne fait que se réapproprier le considérant 57 de la directive interdisant aux acheteurs de recourir à des critères en lien avec la politique générale de l'entreprise puisque cette politique générale

n'est pas directement et spécifiquement en lien avec les conditions d'exécution du marché : « *la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise* ».

Ne se rapportant ni à l'objet du marché, ni à ses conditions d'exécution, l'introduction de critères trop généraux est susceptible de remettre en cause l'ensemble de la procédure de mise en concurrence. C'est ainsi que le Conseil d'État a sanctionné un acheteur public pour avoir mis en œuvre un critère RSE¹. Comme le résume à juste titre Gilles Pellissier, « *l'exigence du lien avec l'objet du marché n'interdit pas seulement la prise en compte de la politique générale de l'entreprise. Elle interdit de se fonder sur toute autre considération que le contenu et les modalités d'exécution des prestations objet du marché* ».

Le même raisonnement et la même logique ont d'ailleurs prévalu lors du contrôle de la légalité des clauses dites « clauses Molière » même s'il convient de rappeler que dans ce cas, il ne s'agissait pas d'un critère de sélection des offres mais bien d'une clause d'exécution du marché public.²

Deux exemples peuvent être donnés en vue de guider les acheteurs publics à mieux définir les critères sociaux de sélection des offres.

¹ CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580

² CE, 4 décembre 2017, Région Pays de la Loire, n° 413366

Exemple #1 - Critère social et insertion professionnelle

Dès 2013, le Conseil d'État a adressé un signal aux acheteurs s'agissant des critères sociaux en lien avec l'insertion professionnelle³. En effet, il a considéré que l'examen de la performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté était en lien avec l'objet du marché, à savoir un marché de travaux en matière de voirie.

Cet arrêt est important à deux égards. D'une part, les juges retiennent une interprétation souple et large de la notion d'« objet du contrat ». Les critères sociaux ne sont pas uniquement cantonnés aux marchés publics à vocation sociale. Ils peuvent aussi figurer au sein de marchés publics « ordinaires » dès lors que les prestations qui forment l'objet du marché sont susceptibles d'être au moins partiellement exécutées par des publics en difficulté. L'approche de la jurisprudence n'est plus de voir si l'objet du marché est à vocation sociale (et donc autorisant le recours à des critères sociaux) mais plutôt de déterminer si le critère social peut se rattacher, même partiellement, à l'objet du marché public à conclure.

D'autre part, il prend soin de préciser que l'absence de clauses d'exécution du marché spécifiques sur l'insertion professionnelle n'est pas un obstacle au critère social. Autrement dit, il n'est donc pas nécessaire d'insérer une clause d'exécution à vocation sociale en vue de sélectionner les candidats sur la base d'un critère social.

Exemple #2 - Critère social et emploi local

Récemment, le Conseil d'État est allé encore plus loin puisqu'il a considéré qu'un critère tenant aux retombées sur l'emploi local était en lien avec une concession portant la gestion et l'exploitation d'un port par un département et pouvait légalement

³ CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950

être utilisé pour comparer des offres⁴.

Selon le Conseil d'État, le critère contesté n'est pas irrégulier car il n'implique pas par lui-même de favoriser les entreprises locales mais bien d'examiner les apports des offres en termes de création d'emplois locaux induits par l'activité objet de la concession.

Les juges ont dû s'interroger sur le point de savoir si le critère était en lien avec l'objet de la concession ou encore avec ses conditions d'exécution. Le lien entre l'objet de la concession – la gestion et l'exploitation du port de Mayotte – ou ses conditions d'exécution avec le critère en cause – l'impact sur l'emploi local – n'est pas si évident à établir. Si « *l'objet de la délégation n'est évidemment pas, au sens strict, la création d'emplois locaux induits* » comme le rappelle Mireille Le Corre, rapporteure publique, un lien existe néanmoins entre d'une part le critère des retombées en matière d'emploi local, d'autre part les conditions d'exécution de la concession entendue au sens large et de troisième part, le choix par l'autorité concédante de l'offre présentant le meilleur avantage économique global (art. L. 3124-5 du Code de la commande publique). Ce faisant, le Conseil d'État s'est placé dans la continuité de l'approche dégagée en 2013 au regard de l'approche large entre l'objet du contrat et le critère social.

Points de vigilance

Le recours à des critères sociaux est désormais balisé par la jurisprudence administrative. Deux points de vigilance doivent néanmoins être rappelés.

Premièrement, l'utilisation de critères sociaux ne doit pas dissimuler ou déguiser un localisme toujours prohibé en matière de commande publique.

Deuxièmement, l'attention de l'acheteur doit être portée sur la nécessaire vérification des offres sur ce point. Il appartiendra à l'acheteur de prévoir des annexes spécifiques en vue d'examiner ce point afin de comparer objectivement les offres entre elles pour juger du critère social.

Et pourquoi pas un label ?

Si l'utilisation d'un critère RSE est prohibé, l'acheteur peut en revanche demander aux candidats de respecter un label ou une certification des candidats en matière de politique RSE. C'est en ce sens d'ailleurs que le Conseil économique, social et environnemental préconise de renforcer l'aspect social et RSE des marchés publics. Partant du constat que les démarches RSE des candidats ne peuvent pas être des critères d'attribution « *ces démarches pouvant apparaître, en raison de leur approche globale, comme étant trop éloignées de l'objet du marché (...) le CESE encourage la prise en compte de ces labellisations RSE ou de référentiels professionnels au cours de l'appréciation des offres puisqu'il s'agit bien de « conditions de production et de commercialisation* »⁵.

La démarche RSE des candidats n'est donc pas en dehors du champ de la commande publique ; néanmoins, il convient de lui attribuer la place qui lui revient à savoir une démarche de labellisation plutôt qu'une démarche de comparaison et de discrimination des offres entre elles.

RÉFÉRENCES

CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950

CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580

CE, 20 décembre 2019, Société EDEIS, n° 428290

⁵ CESE, « Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité », 2018

⁴ CE, 20 décembre 2019, Société EDEIS, n° 428290

L'ÉQUIPE DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Alain de Belenet

Avocat associé
adebelenet@lexcase.com



Raphaël Apelbaum

Avocat associé
rapelbaum@lexcase.com



Maxime Büsch

Avocat of counsel
mbusch@lexcase.com



Freddy Leprodhomme

Avocat
fleprodhomme@lexcase.com



Florent Gadrat

Avocat
fgadrat@lexcase.com



Alexandre Lo-Casto-Porte

Avocat
alocastoporte@lexcase.com



Claire Martin

Avocat
cmartin@lexcase.com



Fanny Vandecasteele

Avocat
fvandecasteele@lexcase.com

