

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

A côté des règles sociales et environnementales qui s'imposent à tous, les pouvoirs publics ont entrepris depuis déjà plusieurs années, au niveau national comme européen<sup>1</sup>, d'inciter les opérateurs économiques à prendre davantage en compte les questions sociales et environnementales. C'est ainsi qu'est apparu un concept et une norme pour l'évaluer. Le concept est celui de « responsabilité sociale des entreprises », que l'Union européenne a défini dans une communication de 2011<sup>2</sup> comme désignant « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». La référence est la norme ISO 26 000 de l'organisation internationale de normalisation, dont il est cependant précisé qu'elle ne contient que des « lignes directrices et non des exigences ».

Le droit n'est pas resté à l'écart de ce mouvement et nombreux sont les régimes juridiques qui font une place à ces préoccupations alors même que ce n'est pas leur objectif principal. Elles n'ont à vrai dire jamais été étrangères au droit de la commande publique, dont l'importance économique a toujours été grande. Les décrets Millerand du 10 août 1899 imposaient déjà dans les marchés publics des clauses sociales relatives aux conditions de travail, notamment en termes de repos hebdomadaire et de durée de travail. Mais le développement d'un droit d'origine européenne essentiellement procédural de la commande publique, concentré sur la lutte contre la corruption et le souci d'assurer, grâce à la transparence et à l'égalité d'accès, l'obtention de la meilleure prestation au meilleur prix, avait pu les faire oublier. En témoigne votre décision du 21 juillet 2001, *commune de Gravelines* (n° 299666, p. 391), qui juge qu'un critère « relatif aux propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation était sans rapport avec l'objet d'un marché public conclu pour la réhabilitation d'une décharge et, par suite, illégal ». Elles sont réapparues depuis, dans la réglementation applicable, qui a progressivement intégré la possibilité de tenir compte de ces considérations dans les conditions d'exécution des marchés (voyez les codes des marchés publics de 2001, 2004 puis l'article 14 du code de 2006), comme dans la jurisprudence de la CJUE, qui a admis à partir de la fin des années 1980 que les acheteurs publics pouvaient poser des conditions tenant aux modalités sociales ou environnementales d'exécution de leurs marchés, à condition qu'elles soient en rapport avec l'objet du marché et n'aient pas d'effet

---

<sup>1</sup> Communication de la Commission Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 ; Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097(INI)), JO C 24 du 22.1.2016, p. 33 ; Avis du Comité économique et social européen sur la «Politique économique de la zone euro (2017)» (supplément d'avis), JO C 81 du 2.3.2018, p. 216

<sup>2</sup> « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 »

discriminatoire (considérations sociales : CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes* (aff C-31/87) ; 26 septembre 2000, *Commission c/ France, Bâtiments scolaires de la région Nord-Pas-de-Calais*, aff. C-225/98, AJDA 2000, p. 1055, note C. Lambert, § 50. Considérations environnementales : CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Rec. p. I-7213, § 59) ; CJCE 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom* (C-448/01, Rec. p. I-14527) ; CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10). Vous l'avez admis à votre tour, revenant sur la position assez rigide qui avait été la vôtre en 2001 mais qui ne correspondait plus à la place que le code de 2006 faisait à ces considérations, par une décision *Département de l'Isère* du 25 mars 2013 (n° 364950, au rec), aux termes de laquelle « dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionné au 1° du I de l'article 53 du code des marchés publics (CMP), dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ».

Les nouvelles dispositions régissant la commande publique consacrent ces jurisprudences : la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics prévoit désormais expressément, contrairement à la précédente, la possibilité de tenir compte de ces considérations au titre des conditions d'exécution (art 70) ou des critères d'attribution (art 67.2) des marchés, à condition dans les deux cas qu'ils soient liés à l'objet du marché. L'article 52 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui la transpose dispose que « *Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38.* », lequel prévoit que « *I. - Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. Elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations.* »

La possibilité d'intégrer dans les procédures d'achat public des considérations sociales et environnementales est donc confirmée voire renforcée. Mais elle n'est pas sans limite et cette limite, elle aussi constamment affirmée et réaffirmée par les nouvelles dispositions, est le lien qu'elles doivent conserver avec l'objet du marché. La présente affaire vous permettra de le rappeler tout en en donnant une illustration.

Nantes Métropole a lancé en octobre 2017 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre multi-attributaires portant sur la réalisation de travaux d'impression hors rotatives. Au terme de la procédure, la société Imprimerie Chiffolleau a appris le rejet de son offre et a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Nantes de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auquel il a fait droit au motif qu'en sélectionnant les offres au regard d'un critère relatif à la performance en matière de « responsabilité sociétale des entreprises », pondéré à 15 %, dont il a relevé qu'il « traduit des obligations génériques que Nantes Métropole entend faire prévaloir auprès des entreprises candidates aux marchés publics dont elle engage la passation ; qu'il a pour objectif d'évaluer la politique générale des entreprises candidates, sans s'attacher aux seuls éléments caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés ; [et] qu'il est ainsi sans lien avec l'objet du marché », le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses obligations de mise en concurrence.

La collectivité requérante soulève à l'encontre de ces motifs trois moyens qui se rejoignent largement tirés de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en jugeant que l'article 38 de l'ordonnance de 2015 interdisait l'introduction d'un critère de responsabilité sociétale des entreprises, de ce qu'il aurait commis une erreur de qualification juridique en estimant que ce critère avait pour objectif d'évaluer la politique générale des entreprises candidates et enfin une erreur de droit en considérant qu'un critère d'attribution sans lien avec l'objet du marché était illicite.

Sur ce dernier point, il ne fait aucun doute, comme nous l'avons dit et ainsi que cela ressort expressément des dispositions applicables, que le lien avec l'objet du marché est une condition de validité de tout critère de sélection des offres. Compte tenu de l'appréciation essentiellement factuelle à laquelle il donne lieu, nous pensons que vous devrez laisser aux juges du fond l'appréciation souveraine de cette condition de lien avec l'objet du marché, comme vous les laissez définir souverainement le contenu et la portée de stipulations contractuelles.

Il convient, pour apprécier le bien-fondé des deux autres moyens, d'examiner plus précisément ce que recouvre en l'espèce ce critère de « responsabilité sociétale des entreprises » car cette formulation très vague est susceptible d'accueillir les considérations les plus diverses. Or c'est précisément ce que fait le critère de Nantes Métropole : l'ordonnance attaquée en donne la description suivante, qui n'est pas critiquée : ce critère est « subdivisé en cinq sous-critères, relatifs à la « protection de l'environnement », aux « aspects sociaux », aux « aspects sociétaux », à la « performance économique durable » et à la « gouvernance » de l'entreprise candidate ; qu'il ressort du cadre de réponse intitulé « Diagnostic RSE », annexé au dossier de consultation, auquel renvoie l'article 3 du règlement de la consultation et des entreprises, que, pour évaluer chacun des ces sous-critères le pouvoir adjudicateur s'attache à évaluer de nombreux aspects de l'activité des entreprises candidates, telles que leur pérennité financière, leur capacité à « disposer d'un potentiel de développement de l'activité (R&D...) », le « respect des fournisseurs », leur participation à la « lutte contre les discriminations » et à la « promotion de l'égalité en faveur des salariés susceptibles d'être affectés ou participant de manière directe ou indirecte au processus de production et de commercialisation », leur « respect de la loi Egalité Hommes / Femmes en faveur des salariés susceptibles d'être affectés ou participant de manière directe ou indirecte au processus de production et de commercialisation », leur politique en matière de « santé et sécurité au sein du processus de production et de commercialisation », la mise en œuvre des politiques d'encouragement au recours aux énergies renouvelables et à l'utilisation de transports doux ou collectifs, la formation des stagiaires et apprentis, la motivation et l'implication des « salariés dans l'efficacité du processus de production à travers le partage des bénéfices et du profit » ou « dans l'efficacité du processus de production à travers la réduction des déséquilibres de répartition des rémunérations » et si elles améliorent « les conditions de travail, le processus de production » et cherchent à « prévenir les risques sociaux grâce à la promotion du dialogue social et le respect du droit syndical des salariés » ».

Il suffit de lire cette énumération pour se convaincre que le juge du référé n'a absolument pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que les éléments ainsi soumis à l'appréciation du pouvoir adjudicateur relevaient de la politique générale de l'entreprise en matière sociale et environnementale.

Nous n'avons enfin aucun doute que de tels critères généraux sont sans lien avec l'objet du marché. Reprenant les termes de la directive, l'article 38 de l'ordonnance précise que « *Sont réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux*

*travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services ».* Le lien avec l'objet du marché est explicitement fait par la référence aux travaux, fournitures et services à fournir en application du marché. La référence aux « facteurs intervenant dans le processus spécifique de production » ne saurait avoir pour effet d'attirer dans l'orbite de l'objet du marché tout ce qui, de près ou de loin, est susceptible de concourir à son exécution. La précision relative au processus spécifique de production vise bien à exclure tout ce qui ne participe pas directement à l'exécution des prestations du marché.

L'article 62 du décret du 25 mars 2016 donne quelques exemples de ces critères, qui montrent bien qu'ils doivent être en rapport avec les prestations et leur exécution : « a) *La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public ».*

La seule disposition clairement discordante susceptible d'aller dans le sens de l'argumentation de la requérante est la dernière phrase du premier alinéa du I de l'article 38 qui prévoit que les conditions d'exécution d'un marché public « *peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations.* » Cette disposition issue de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ne figure pas dans la directive européenne et nous paraît tout à fait contraire à l'exigence qu'elle pose de lien avec l'objet du marché. Nous ne pensons donc pas qu'elle doive vous influencer dans la portée que vous devez donner de ces textes. Elle ne serait d'ailleurs en tout état de cause de nature qu'à sauver l'un des nombreux critères litigieux.

Votre décision précitée *Département de l'Isère* donne aussi une illustration de ce que peut être le lien entre un critère de performances en matière d'insertion professionnelle de publics en difficulté et l'objet du marché : il suffit que celui-ci soit « susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion ». Le lien n'est donc pas excessivement étroit ; il ne s'agit pas par exemple de vérifier que le marché ait pour objet l'insertion professionnelle ou qu'il puisse être légalement réservé à cette catégorie de personnes. Votre récente décision sur les clauses d'interprétariat dans les marchés publics (4 décembre 2017, *Min de l'intérieur c/ Région Pays de la Loire*, n° 413366, aux T), dont l'intérêt que vous leur avez reconnu peut concerner tous les marchés de travaux, le montre aussi. Mais elles visaient bien à améliorer la protection des travailleurs pour l'exécution du marché dans lequel elles figuraient.

En revanche, des critères relatifs à la politique sociale de l'entreprise n'ont aucun lien fonctionnel avec l'objet du marché, comme le rappelle le considérant 57 de la directive : « 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 ». Vous avez vous-mêmes jugé qu'un critère portant sur la politique sociale de l'entreprise et non sur les propositions faites par les candidats pour l'exécution du marché était sans lien avec l'objet de celui-ci (15 février 2013, *Sté Dérichébourg polyurbaine*, n° 363921, à nos conclusions).

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 : la Cour de justice a par exemple jugé sans lien avec l'objet du marché « le critère d'attribution retenu [qui] ne porte pas sur la prestation qui fait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres, mais sur des quantités que les soumissionnaires ont fournies ou vont fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur » (CJCE, 4 décembre 2003, *EVN AG, Wienstrom*, aff. C-448/01, pt. 67-68)

Le lien avec l'objet du marché garantit que les critères permettent effectivement de sélectionner des offres et non des candidats. Les performances sociales et environnementales peuvent être une valeur ajoutée aux prestations proposées par les candidats mais non une source de discrimination entre les entreprises. Non seulement ce n'est pas l'objet de la commande publique, mais cela conduirait à une immixtion illégale des pouvoirs publics dans la gestion des entreprises qui, par ailleurs, respectent les lois et règlements, ce que d'autres dispositions permettent de garantir.

En l'espèce, certains des éléments pris en compte par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres au regard de ce critère des performances sociétales des entreprises, auraient peut-être pu, présentés de manière beaucoup plus précise, être regardés comme en lien avec l'objet du marché. Mais ils sont rares et dans l'ensemble les critères, tels qu'ils sont présentés, parfois même explicitement, portent sur la politique générale des entreprises. Ils sont donc effectivement sans lien avec l'objet du marché, comme l'a jugé l'auteur de l'ordonnance attaquée.

Nous passerons plus rapidement sur les deux moyens tirés d'irrégularité de l'ordonnance, que vous écarterez sans difficultés. Contrairement à ce que soutient la requérante, le manquement retenu par le juge du référé n'avait pas été soulevé pour la première fois oralement à l'audience. Il figurait dans un mémoire en réplique de la société Chiffolleau. Quoiqu'il en soit, vous savez qu'il aurait pu l'être, à condition d'être repris par écrit (19 avril 2013, *Cne de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617, au rec).

Le moyen tiré de ce que certains des mémoires produits par la société Chiffolleau n'auraient pas été communiqués à la requérante n'est pas de nature à entacher d'irrégularité d'ordonnance dont les motifs ne reposent pas sur des moyens ou éléments contenus uniquement dans ces mémoires.

**EPCMNC** : Rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de Nantes Métropole le versement à la société Chiffolleau d'une somme de 4 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans la présente instance.