

Le droit des marchés publics face aux ambitions d'une prospérité sans croissance

Antoine Bailleux

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

La thèse selon laquelle la prospérité de nos sociétés occidentales serait conditionnée à la poursuite de leur croissance économique fait aujourd'hui l'objet de vives controverses.

D'un côté, les partisans du « modèle croissancier » en soulignent le caractère vertueux, considérant qu'une économie en expansion permet de financer en douceur la sécurité sociale, les services publics et le remboursement de la dette de l'Etat. En douceur, parce que la redistribution des richesses rencontre moins de résistance lorsqu'elle intervient dans une économie en croissance que lorsqu'elle opère sur fond de récession, lorsque le gâteau commun se réduit et que chaque transfert au profit des uns s'accompagne, pour les autres, d'une perte sèche¹.

Dans le camp d'en face, on fait d'abord observer que la croissance est en berne depuis de nombreuses années et que peu d'économistes osent parier sur son retour tonitruant à court ou moyen terme. Plus fondamentalement, on souligne que des décennies de forte croissance n'ont pas apporté la prospérité promise, ni individuellement (le bien-être ne se mesure pas à la seule épaisseur de son portefeuille), ni collectivement (les inégalités subsistent et, à certains égards, ont même tendance à se creuser). Du reste, en faisant peser une charge littéralement insoutenable sur notre planète, cette croissance compromettrait radicalement la prospérité des générations futures².

Convaincu que ces critiques du modèle croissancier doivent interpeller les intellectuels que nous sommes, le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (SIEJ) de l'Université Saint-Louis a mené pendant près de trois ans une réflexion sur les clés juridiques d'une prospérité sans croissance ou, plus précisément, d'une prospérité conçue autrement que comme la résultante de l'accumulation infinie de richesses matérielles. Après avoir écouté des observateurs et des acteurs évoquer les limites de la

¹ Cf. p. ex. P. DE KEYZER, *Parlons croissance, parlons bonheur*, Tielt, Lannoo, 2014; P. ARTUS, M.-P. VIRARD, *Croissance zéro. Comment éviter le chaos ?*, Paris, Fayard, 2015 ; C. DI MEO, *La face cachée de la décroissance*, Paris, L'Harmattan, 2006.

² Pour quelques exemples parmi une littérature abondante, cf. I. CASSIERS, K. MARECHAL, D. MEDA (dir.), *Vers une société post-croissance*, La Tour d'Aigues, éditions de l'aube, 2017; D. COHEN, *Le monde est clos et le désir infini*, Paris, Albin Michel, 2015 ; D. MEDA, *La mystique de la croissance. Comment s'en libérer*, Coll. Champs actuels, Paris, Flammarion, 2014 ; T. JACKSON, *Prospérité sans croissance*, Louvain-la-Neuve – Namur, De Boeck – Etopia, 2010 ; S. LATOUCHE, *Le pari de la décroissance*, Paris, Fayard/Pluriel, 2010 ; P. ARIES, *La simplicité volontaire contre le mythe de l'abondance*, Paris, La Découverte, 2010.

croissance et esquisser des bribes d'alternatives qui font ça et là florès³, une équipe de juristes s'est décidée à prendre la plume et à produire un ouvrage collectif intitulé *Le droit en transition – Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*⁴.

L'intervention des juristes dans ce débat éminemment politique nous a paru justifiée pour au moins deux raisons. La première tient à la montée en puissance de ces revendications post-croissancielles dans la société civile. Si l'on accepte que l'un des rôles du juriste est de traduire dans un langage commun (celui du droit) les conceptions du juste et du bien qui traversent le corps social, c'est non seulement un droit mais aussi un devoir pour celui-ci de s'efforcer de relayer de telles revendications jusqu'au sein du discours juridique.

La seconde tient au contenu desdites revendications. Celles-ci nous paraissent ne rien faire d'autre que rappeler les gouvernants à leurs promesses : assurer la prospérité et la justice, assurer le droit de chacun de vivre une vie digne d'être vécue, sous le double signe de son autonomie et de sa vulnérabilité⁵.

En un certain sens, et jusqu'à un certain point, le marché amplifie cette autonomie. D'abord avec le troc, ensuite avec la monnaie, il a rendu possible une spécialisation du travail qui permet désormais à un grand nombre de nos concitoyens, grâce à des journées de travail passées assis à un bureau, de se procurer un logement, une nourriture et des soins de santé d'une qualité et d'une diversité bien supérieures à celle dont ils pourraient rêver s'ils devaient compter sur leurs seules capacités.

La critique du modèle croissanciel s'enracine toutefois dans l'idée que passé un certain point, cette amplification de l'autonomie par le biais du marché *se retourne* contre l'autonomie elle-même, et devient une menace pour cette dernière. La croissance devient alors contreproductive, nous dit Illich⁶. Vecteur d'émancipation au départ, elle se transforme en facteur d'*aliénation*⁷.

Cette aliénation concerne d'abord l'autonomie individuelle. Elle rapproche l'être humain de la figure de *l'animal laborans* décrite par Arendt, qui se définit dans l'acte de consommation et se trouve dès lors enchaîné à son travail. Mais elle compromet aussi – et doublement – l'autonomie collective. D'une part, elle contribue au délitement du réseau convivial qui détermine les capacités globales d'une communauté (qui sait

³ La quasi-totalité des interventions ont été filmées et sont accessibles à l'adresse https://www.youtube.com/channel/UCiJ_enh8lvRm3lgaK7UXUw. Par ailleurs, certaines d'entre elles ont donné lieu à des contributions écrites, publiées dans un dossier intitulé « Quand la croissance pâlit » (*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, vol. 77).

⁴ A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition – Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, 2020 (à paraître).

⁵ Sur cette notion, cf. A. BAILLEUX, « Introduction. Le droit en transition ou la science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance », in *Ibid.*

⁶ Cf. en particulier I. ILLICH, *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973.

⁷ Cf. en ce sens O. DE SCHUTTER, « La cage et le labyrinthe : S'évader de la religion de la croissance », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, pp. 113-129. Cf. aussi P. CHABOT, *L'âge des transitions*, Paris, PUF, 2015, p. 73 : « L'humain (...) est capable, malgré l'état de sujétion où l'on veut parfois le maintenir pour en faire un consommateur docile, de décider librement. Le changement de maturité est un passage de la minorité spirituelle à la majorité, pour parler en termes kantien ».

encore filer la laine en France ?). D'autre part, elle subordonne l'agir politique d'une société à la quête éperdue des points de croissance nécessaires pour supporter sans douleur la charge d'une dette publique elle-même dopée par l'imaginaire consumériste. Enfin, cette aliénation affecte aussi l'autonomie des entités non humaines. On songe ici tant aux générations futures – privées des ressources naturelles accumulées pendant des milliards d'années qui auront été épuisées en l'espace de deux ou trois générations – et aux êtres vivants non humains – dont la dégradation des conditions de vie affecte le droit de mener une vie conforme aux capacités de base de leur espèce.

Ces débordements qui découlent d'un recours excessif au marché et à la logique croissancielles impliquent que, pour assurer le droit de chaque être vivant à mener une vie digne d'être vécue, notre droit positif doit assurer un certain équilibre entre son versant croissanciel – qui permet l'amplification de notre autonomie optimisant notre capacité à satisfaire nos besoins de base – et son versant convivial – qui préserve l'autonomie originelle et conviviale des êtres vivants, perçus d'abord et avant tout comme des êtres vulnérables (aux autres et à eux-mêmes).

Il en résulte pour les juristes une double mission : d'abord cartographier les rapports de force entre ces « deux droits » (où est la règle, où est l'exception ? Où est la norme internationale, où est la norme locale ? Etc). Ensuite, là où il fait défaut s'efforcer de restaurer cet équilibre, soit en soufflant des solutions clés sur porte à l'oreille des politiques, soit en en proposant, là où c'est possible, des interprétations novatrices du droit positif qui le rendent plus conforme au droit fondamental de tous les êtres vivants à mener une vie digne d'être vécue.

C'est à ce double travail « cartographique » et « propositionnel » que cette contribution propose de s'atteler à l'égard du droit européen de la commande publique – avec toutes les limites d'une connaissance très imparfaite et trop théorique de la matière. Cherchant à appliquer la grille de lecture du droit en transition à cette matière, on commencera par y observer la prééminence du « répertoire croissanciel ». Les principes qui gouvernent cette branche du droit s'enracinent dans une conception purement matérielle de la prospérité collective, réduisant les pouvoirs et organismes publics au seul statut de consommateurs (1). Par-delà ces considérations générales, on notera ensuite que ce régime croissanciel se traduit notamment par la prohibition de trois types d'utilisation des marchés publics qui auraient toute leur place dans des politiques de transition écologique et sociale – influencer la politique générale des entreprises, favoriser les circuits de proximité, et privilégier les PME (2). Pour finir, on suggérera que de telles pratiques pourraient être justifiables à droit constant pour autant que l'on accepte de relire les principes du droit « constitutionnel » européen à la lumière des données de notre temps (3).

1. La prééminence du répertoire croissanciel

Le droit européen de la commande publique est aujourd'hui principalement régi par la Directive 2014/24 du 26 février 2014 – et, pour les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et services postaux, par la Directive 2014/25 adoptée à la même date. Cet

arsenal législatif – auquel on ajoutera la Directive 2014/23 sur l’attribution des contrats de concession – est toutefois triplement limité *ratione materiae*.

D’abord, il ne couvre pas l’ensemble des techniques de « partenariats public-privé » telles que, par exemple, la création de services d’intérêt économique général. Ensuite, il ne concerne que les seuls marchés publics dont la valeur estimée atteint des montants non négligeables (entre 134.000 et 5.186.000 EUR selon le type de marché). Enfin, certains marchés publics en sont exclus en raison de leur objet. A titre d’exemple, on citera l’acquisition de terrains, les services juridiques, les prêts, les contrats d’emploi, les services de protection civile assurés par des organismes sans but lucratif, les services publics de transport par chemin de fer ou métro, les services liés aux campagnes politique et certains marchés relatifs à la défense ou à la sécurité publique.

On aurait toutefois tort d’en déduire que le droit de l’Union se désintéresse des commandes publiques qui sortent du champ d’application du droit dérivé. La Cour a, à de nombreuses reprises, affirmé que les principes sous-jacents à cette législation, à savoir les principes de non-discrimination et de transparence – eux-mêmes découlant des principes de libre prestation des services, de liberté d’établissement et de libre circulation des marchandises –, s’appliquent à l’ensemble des marchés publics⁸, et même au-delà⁹.

Ce paysage juridique mixte – que se partagent le droit prétorien et le droit dérivé – aboutit ainsi à placer l’ensemble du droit de la commande publique sous le signe de l’impératif de concurrence libre et non faussée. Il implique que des opérateurs de toute l’Union – et de nombreux pays tiers – puissent librement concourir à l’obtention d’un contrat avec les autorités et organismes publics des Etats membres. Typiquement libérale, la prémisse sous-jacente à cet impératif est que la libre concurrence générera des gains des deux côtés de la relation contractuelle.

D’une part, le prestataire privé aura la garantie d’être traité équitablement et jugé sur la seule qualité de l’offre qu’il soumet. De l’autre, l’adjudicateur aura la certitude d’obtenir le prix le plus bas – ou, nous le verrons, l’offre économiquement la plus intéressante – pour le bien ou service convoité, assurant en cela une allocation optimale des deniers publics. En ce sens, le droit de la commande publique permet de maximiser l’effet d’« amplification de l’autonomie par le marché » relevé plus haut : il assure aux dépenses publiques le meilleur retour possible sur investissement. Le droit européen de la commande publique traduit ainsi la consécration de la figure de l’« Etat consommateur » – un consommateur prudent et avisé, qui gère avec intelligence l’argent de la collectivité en vue d’en augmenter la richesse globale.

Notons au passage que cet Etat consommateur étend son ombre sur tous les organismes de droit public. Les préceptes qui s’imposent à lui lient également l’ensemble des personnes morales créées pour satisfaire des besoins d’intérêt général autres

⁸ Arrêt *Allianz Vorsorgekasse*, C-699/17, EU:C:2019:290 et jurisprudence citée.

⁹ À propos des concessions de service public, cf. arrêt du 9 décembre 2010, *Engelmann*, C-64/08, EU:C:2010:506, et jurisprudence citée.

qu'industriel ou commercial et qui sont financées ou contrôlées majoritairement par l'Etat ou d'autres entités publiques – ainsi par exemple des universités ou des hôpitaux.

On l'aura compris, cette législation qui réduit la commande publique à un simple acte de « consommation » porte incontestablement la marque du droit croissanciel. Du reste, le préambule des Directives 24 et 25 soulignent l'importance des marchés publics pour la croissance future en Europe¹⁰.

Ce tropisme – qui n'est en soi ni illégitime ni illogique – est-il pour autant contrebalancé par d'autres dispositifs ou dispositions qui permettraient d'en contrer les excès ? Il est permis d'en douter. Il est vrai que la législation actuelle permet d'intégrer des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics. En ce sens, elle n'impose aucunement une politique ultra-libérale ou « austéritaire » qui contraindrait les Etats membres à octroyer le marché au moins-disant, indépendamment des externalités négatives que ce dernier générerait dans l'exécution de la commande. La Commission européenne a d'ailleurs publié de nombreuses communications visant à favoriser et faciliter la prise en considération de ces valeurs non-marchandes dans les marchés publics¹¹.

C'est ainsi qu'à chaque stade du marché public, l'adjudicateur se trouve en mesure de faire valoir certaines considérations non-marchandes.

- En amont même de la commande publique, il peut décider (voire être tenu par le droit interne) d'exclure les entreprises qui ne respectent pas leurs obligations sociales ou environnementales (art. 57, § 4, a) de la Directive 2014/24 et 76, § 6 de la Directive 2014/25). Il peut également décider de réserver le marché à « des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées » (art. 20 de la Directive 14 et 38 de la Directive 2014/25) ;
- Au stade de la définition du marché, l'adjudicateur peut inclure des spécifications techniques relatives aux performances énergétiques ou aux caractéristiques environnementales d'un produit, mais aussi au processus de production ou de fourniture du produit ou du service (art. 42 de la Directive 2014/24 et 60 de la Directive 2014/25) ;
- Au stade de l'attribution du marché, l'adjudicateur peut encore déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse « selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie (...) et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant

¹⁰ Cf. respectivement leurs considérants 95 et 100.

¹¹ Cf. not. *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, 26 janvier 2011 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cdddf081f/language-fr>); *Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 3^e édition, 2016 (https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm).

des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché » (art. 67, § 2 de la Directive 2014/24 et 82, § 2, de la Directive 2014/25) ;

- Au stade de l'exécution, des conditions peuvent être prévues qui imposent la prise en compte de valeurs sociales ou environnementales (par exemple que le service soit effectué par des chômeurs longue durée) (art. 70 de la Directive 2014/24 et 87 de la Directive 2014/25).

Pour remarquables qu'elles soient, ces ouvertures ménagées aux considérations environnementales et sociales ne me paraissent pas suffisantes pour faire des marchés publics les instruments d'une prospérité équilibrée, fondée sur la pleine autonomie des collectivités politiques.

D'un point de vue pratique d'abord, force est d'observer que ces différentes possibilités ne sont que rarement saisies par les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi la Commission affirme-t-elle qu'aujourd'hui, plus de la moitié des marchés publics sont encore déterminés sur la base de la seule valeur du prix¹².

Plusieurs raisons expliquent cet état de fait.

Force est d'abord d'observer une certaine insécurité juridique quant à la détermination des pratiques qui sont légales et celles qui ne le sont pas. Le caractère vague et transversal des exigences de non-discrimination et de transparence rend souvent délicate l'insertion de clauses sociales et/ou environnementales – et avec quelle pondération ? – dont la preuve est quelquefois difficile à rapporter.

Ensuite, certains critères environnementaux demeurent difficiles à quantifier. Il en va tout particulièrement ainsi du « coût du cycle de vie », qui ne peut intégrer que les composantes dont la valeur monétaire peut être déterminée et vérifiée de façon objective et non discriminatoire, et qui demeure une « boîte noire » dans bien des secteurs, en dépit des efforts déjà consentis par la Commission pour l'objectiver (à notre connaissance seules 5 catégories de produits font aujourd'hui l'objet d'un outil de calcul du cycle de vie développé par la Commission)¹³.

Enfin, et ce n'est pas le moindre obstacle, l'effectivité de ces ouvertures vers des marchés publics plus verts et plus sociaux doit être appréciée au regard des règles relatives à la discipline macroéconomique des Etats membres. Dans un contexte de surveillance accrue de la trajectoire budgétaire des Etats et de toutes les entités publiques qui les composent, alors même que l'équilibre reste un objectif inatteignable pour une grande partie de l'Europe, il peut sembler difficile à certains Etats de justifier auprès de la même Commission européenne la conclusion de marchés publics avec des soumissionnaires n'ayant pas offert le prix le plus bas...

¹² Communication de la Commission – Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE, C(2019)5494 final, 24 juillet 2019.

¹³ Cf. <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (dernière visite le 6 mars 2020).

Mais par-delà même leur manque d'effectivité, il faut souligner que ces concessions à ce que l'on a coutume d'appeler le « développement durable » demeurent profondément ancrées dans une idéologie croissancière.

D'une part, il ressort tant du préambule de la Directive 2014/24 que de diverses communications de la Commission sur le sujet que le « verdissement » des marchés publics est au moins partiellement motivé par le souci de renforcer la compétitivité des entreprises européennes, souvent incapables de rivaliser avec des entreprises de pays tiers lorsque l'attribution du marché dépend uniquement du montant des offres, et donc de récupérer pour l'Europe des gisements de croissance¹⁴.

D'autre part, et plus fondamentalement, les aménagements prévus pour les considérations sociales et environnementales demeurent strictement cadencés par le principe de la libre concurrence et ses deux manifestations les plus visibles que sont les principes de non-discrimination et de transparence. A aucun moment – ou presque¹⁵ – ces derniers ne tolèrent de restrictions susceptibles de permettre à l'Etat de sortir de son rôle – économique – de consommateur plus ou moins éclairé pour s'élever au niveau – politique – de promoteur de l'intérêt général.

2. L'illégalité *prima facie* des pratiques de « réencastrement » des marchés publics dans la société

Cette conception strictement économique des pouvoirs publics, combinée à une focalisation sur le seul principe de concurrence libre et non faussée, aboutit – *a priori* du moins – à rendre illégal le recours à trois types de clauses qui seraient susceptibles d'incarner des « marchés publics en transition ». Plus précisément, elle empêche les adjudicateurs de (a) privilégier les entreprises *généralement* vertueuses sur le plan social et/ou environnemental ; (b) favoriser les circuits de proximité dans les secteurs où cela se justifie ; (c) réserver certains marchés aux petites et moyennes entreprises.

(a) L'impératif de non-ingérence dans la gouvernance générale du soumissionnaire

Le droit de l'Union empêche aujourd'hui les adjudicateurs de sélectionner leur cocontractant sur la base de critères environnementaux ou sociaux qui ne sont *pas* liés à l'objet du marché public mais qui relèvent davantage de la politique générale de l'entreprise.

Cette interdiction est clairement exprimée par les Directives de 2014. Celles-ci exigent que soit sélectionnée l'offre *économiquement* la plus avantageuse – à l'exclusion, donc,

¹⁴ Cf. p. ex. Considérants 95 et 96 ; Communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400 final, 16 juillet 2008, pt. 1.1 ; Communication de la Commission – Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE, C(2019)5494 final, 24 juillet 2019.

¹⁵ Une mention spéciale doit à cet égard être accordée aux clauses des deux directives permettant de réserver un marché aux ateliers protégés.

de toute considération éthique ou politique¹⁶ –, sur la base d’une évaluation « qui devrait dans tous les cas comporter un élément en rapport avec le prix ou le coût »¹⁷. Plus précisément, les critères sociaux ou environnementaux pris en compte dans l’évaluation de l’offre la plus avantageuse doivent être « liés à l’objet du marché public concerné »¹⁸.

Cette interdiction n’est pas neuve. La jurisprudence de la Cour de justice relative à la législation antérieure à ces directives avait déjà conclu dans le même sens dans deux arrêts particulièrement éclairants. Dans une affaire *Commission c. Pays-Bas*¹⁹, la Cour a ainsi considéré que, dans le cadre d’un marché relatif à la fourniture, l’installation et l’entretien de machines distributrices de boissons chaudes, et la fourniture de thé, de café et d’autres ingrédients, une autorité adjudicatrice ne peut exiger le respect de « ‘critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises’, notamment en contribuant à rendre le marché du café plus durable et la production du café écologiquement, socialement et économiquement responsable » (pt. 98). Si l’adjudicateur est autorisé à exiger que le café fourni soit issu de l’agriculture biologique et du commerce équitable, il ne peut en revanche utiliser ce marché public comme un levier pour orienter les pratiques de l’entreprise au-delà dudit marché.

Un deuxième arrêt – antérieur – laisse entrevoir une conception plus restrictive encore de la démonstration de ce lien entre l’exigence « éthique » et l’objet du marché²⁰. La Cour a ainsi jugé que le gouvernement autrichien ne pouvait, dans un appel d’offre pour la fourniture d’électricité, prévoir « un critère d’attribution se référant uniquement à la quantité d’électricité produite à partir de sources d’énergie renouvelables *dépassant* la consommation annuelle prévisible fixée dans l’appel d’offres » (pt. 68 – nous soulignons). En d’autres termes, s’il lui était loisible d’exiger que la quantité d’électricité faisant l’objet du marché soit verte, le pouvoir adjudicateur ne pouvait en revanche étendre cette exigence à l’électricité générée *par ailleurs* par les soumissionnaires.

Cette interdiction est problématique dans la mesure où elle empêche les pouvoirs publics d’utiliser leur ressources budgétaires pour influencer, de manière générale, les pratiques des entreprises. En ce sens, elle brime l’autonomie politique de la collectivité, ici réduite à l’agrégation des intérêts privés de ses membres, autonomie qui vient se briser sur la sacro-sainte liberté d’entreprise des acteurs économiques. Paradoxe piquant, les pouvoirs publics se voient ainsi privés du pouvoir de « consomm’action » reconnu aux particuliers : alors que ces derniers sont autorisés à déterminer leurs achats en fonction de leurs convictions politiques – avec la bénédiction de la Cour de justice²¹ –, cette liberté est refusée aux autorités pourtant censées représenter l’intérêt général. Cette

¹⁶ C’est ainsi que le considérant 89 de la Directive 2014/24 précise que « toutes les offres retenues devraient en fin de compte être sélectionnées en fonction de ce que le pouvoir adjudicateur concerné considère comme étant la meilleure solution sur le plan économique parmi celles proposées. »

¹⁷ Considérant 90 du préambule de la Directive 2014/24.

¹⁸ Article 67, § 2, de la Directive 2014/24.

¹⁹ Arrêt du 10 mai 2012, C-368/10, EU:C:2012:284.

²⁰ Arrêt *EVN AG, Wienstrom*, C-448/01, 4 décembre 2003, EU:C:2003:651.

²¹ Cf. à ce propos l’arrêt relatif aux produits issus des territoires occupés par Israël rendu le 12 novembre 2019 dans l’affaire *Organisation juive européenne et Vignoble Psagot*, C-363/18, EU:C:2019:954.

posture de stricte neutralité, qui oblige l'État à sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, cantonne ce dernier dans la figure fantasmée de l'*homo economicus*, dont les choix de consommation ne sont dictés que par ses intérêts particuliers.

Le même constat vaut *a fortiori* pour les organismes publics distincts de l'Etat mais majoritairement financés par de l'argent public. Ainsi, une université n'est pas en mesure d'intégrer des considérations éthiques relatives à la politique générale des entreprises dans un marché relatif à la fourniture de services de restauration collective. Plus étonnamment encore, il ressort de la jurisprudence récente de la Cour de justice que des travailleurs du service public ne peuvent, dans leurs négociations avec leur employeur, s'écarter de l'offre économiquement la plus avantageuse dans le choix de leur caisse de prévoyance professionnelle – quand bien même un autre choix serait-il perçu comme plus stratégique ou plus en phase avec leurs convictions politiques²² : le droit à la négociation collective cède lui aussi le pas face aux principes de non-discrimination et de libre concurrence.

(b) *L'interdiction des circuits de proximité*

Le droit de l'Union n'autorise pas davantage un adjudicateur à inclure, dans ses critères de sélection ou d'attribution, un critère de distance géographique. Dès son arrêt *Du Pont de Nemours* de 1990, la Cour a considéré que le principe de libre circulation des marchandises « s'oppose à une réglementation nationale qui réserve aux entreprises implantées dans certaines régions du territoire national un pourcentage des marchés publics de fournitures »²³. Deux ans plus tard, cette conclusion était étendue à la libre prestation des services et aux marchés publics de travaux²⁴. Le droit dérivé relaie depuis longtemps cette interdiction, prohibant notamment les spécifications techniques ayant « pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence »²⁵.

On comprend aisément pourquoi le droit de l'Union s'oppose à ce type de critères, qui par essence introduit une discrimination indirecte à l'encontre des opérateurs étrangers.

Il est toutefois révélateur que, même lorsqu'une telle exigence est susceptible d'être justifiée par des considérations environnementales, la Commission botte prudemment en touche. Ainsi, dans son récent document de travail établissant des critères – volontaires – pour la passation de marchés publics verts dans le secteur de la fourniture de nourriture et de services de restauration²⁶, la Commission suggère un critère relatif au transport (voir point 15.7). Elle se garde bien, cependant, de faire de la distance entre

²² Arrêt du 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, C-699/17, EU:C:2019:290.

²³ Arrêt du 20 mars 1990, C-21/88, EU:C:1990:121. Dans le même sens, cf. aussi arrêt *Laboratori Bruneau*, 11 juillet 1991, C-351/88, EU:C:1991:304.

²⁴ Arrêt *Commission c. Italie*, C-360/89, 3 juin 1992, EU:C:1992:235.

²⁵ Art. 42, § 2, de la Directive 2014/24 et 60, § 2, de la Directive 2014/25. Pour une application de critère à l'encontre d'une clause de restriction « locale », cf. l'arrêt du 22 octobre 2015, *Grupo Hospitalario Quirón*, C-552/13, EU:C:2015:713.

²⁶ Commission Staff Working Document – EU green public procurement criteria for food, catering services and vending machines, 27 septembre 2019, SWD(2019) 366 final.

le lieu de production et le lieu de consommation des denrées alimentaires un indicateur pertinent pour l'évaluation du degré de satisfaction de ce critère. La Commission se limite en effet à proposer aux adjudicateurs d'attribuer des points aux soumissionnaires en fonction du degré plus ou moins « écologique » de leur flotte de véhicules²⁷. On reconnaît bien là la mantra de la « croissance verte et intelligente » répétée inlassablement par l'exécutif européen.

De la même manière, la Commission reconnaît la possibilité pour les adjudicateurs de demander qu'une part substantielle de la nourriture commandée soit « de saison ». La Commission note à cet égard que les produits de saison cultivés en plein air « pourraient » avoir un impact environnemental plus faible que des produits cultivés en serre et transportés sur une longue distance (p. 17). Elle se borne néanmoins à considérer qu'une autorité publique peut indiquer les périodes de l'année auxquelles tel fruit ou tel légume doit être livré. Une telle faculté n'est bien sûr pas suffisante : une pomme biologique acheminée au mois d'octobre de Pologne à Paris à l'aide de camions satisfaisant la norme Euro V remplira tous les critères de saisonnalité et d'écoperformance proposés par la Commission. Son impact environnemental n'en demeurera pas moins plus élevé qu'une pomme cultivée en île de France.

(c) L'impossibilité de réserver des marchés publics à des petites et moyennes entreprises

Enfin, le droit de l'Union européenne ne semble *a priori* pas autoriser les pouvoirs adjudicateurs à réserver certains marchés publics aux petites et moyennes entreprises, c'est-à-dire, aux entreprises de moins de 250 personnes et dotées d'un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'EUR²⁸, voire aux seules petites et microentreprises (moins de 50 personnes et moins de 10 millions EUR de chiffres d'affaires).

Ce sont pourtant ces entreprises-là qui contribuent le plus directement à la prospérité collective – plus ancrées localement, davantage pourvoyeuses d'emplois²⁹, soumises à des taux d'imposition souvent plus élevées³⁰. De tels marchés publics (bien sûr ouverts à toutes les PME d'Europe) permettraient à l'Union européenne de remplir sa fonction première – créer des opportunités pour des acteurs économiques qui, à défaut, en seraient exclus – tout en assumant un rôle nouveau de bouclier contre les excès de la

²⁷ *Ibid.*, points A.C.3.1 et suivants. Observons toutefois que l'utilisation de bicyclettes pour le « dernier kilomètre » peut également être retenue comme critère.... Ce qui n'empêche pas que la nourriture transportée provienne de l'autre bout du continent, voire du globe.

²⁸ Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.*, L 124, 2003, p. 36-41.

²⁹ Cf. en ce sens, D. PASNICU, « Supporting SMEs in creating jobs », *Journal of Economic Development, Environment and People*, vol. 7, Issue 1, 2018.

³⁰ A cet égard, cf. p. ex. Valdani Vicari & Associati SRL (VVA) and Centre for European Economic research (ZEW), *SME Taxation in Europe - An empirical study of applied corporate income taxation for SMEs compared to large enterprises*, CIP Programme 186/PP/ENT/CIP/12/F/S01C24, mai 2015, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwigipOErYrnAhVFK1AKHf7VCZAQFjALegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2FdocsRoom%2Fdocuments%2F11373%2Fattachments%2F1%2Ftranslations%2Fen%2Frenditions%2Fpdf&usg=AOvVaw2cuV0eq12H2WdxDjeg23po>

globalisation – en favorisant le « réencastrement », pour paraphraser Polanyi, de l'économie dans la société.

Force est toutefois d'observer qu'une telle possibilité n'est pas prévue par la législation européenne sur les marchés publics et qu'elle semble *a priori* peu compatible avec le principe de non-discrimination qui la sous-tend. Plus encore, ce sont au contraire les petites entreprises qui peuvent se voir exclues d'un marché en raison du risque qu'elles représentent pour sa bonne exécution³¹.

Certes, le Commission a, dès 2008, publié un Code européen de bonnes pratiques pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics³². Certes encore, les Directives de 2014 soulignent, dans leurs préambules, la nécessité d'encourager l'accès des PME aux marchés publics et prévoient, dans leurs dispositions, la possibilité pour les adjudicateurs de diviser en lots des marchés *a priori* trop importants pour des petites entreprises³³.

Force est toutefois de constater que de telles pratiques ne peuvent à aucun moment aboutir à des formes de « discrimination positive » en faveur des acteurs de taille modeste. Ainsi dans sa communication précitée la Commission précise-t-elle que « s'il leur est permis de limiter le nombre de lots pour lesquels les soumissionnaires peuvent présenter une offre, [les adjudicateurs] ne peuvent pas faire usage de cette prérogative d'une façon qui fausserait les conditions d'une concurrence loyale » (p. 7). En d'autres termes, si les Etats peuvent faciliter l'accès des PME à la *mise en concurrence* inhérente aux marchés publics – intensifiant ainsi la compétition entre soumissionnaires –, il n'est en revanche pas question de leur faciliter l'octroi des *marchés* eux-mêmes – pratique qui constituerait une distorsion de la concurrence. On le voit donc, la Commission ne cède pas un pouce à des objectifs susceptibles d'entamer le sacro-saint principe de la concurrence libre et non faussée.

3. Plaidoyer pour une autre interprétation – et un autre usage – du droit européen de la commande publique

Un examen rapide du droit européen de la commande publique fait ainsi apparaître un net déséquilibre dans les rapports de force entre un droit « croissanciel », qui libère les forces du marché en vue d'optimiser la production et la consommation de biens et de services conçues comme les seules mamelles de la prospérité collective, et un droit « convivial », qui protège l'autonomie des êtres vivants et des collectivités par-delà les échanges marchands. On l'a vu, les concessions faites aux préoccupations sociales et environnementales cantonnent ainsi le pouvoir adjudicateur dans un rôle de consommateur, ou même d'administrateur, gestionnaire prudent des ressources que lui ont confiées ses « actionnaires » que sont les contribuables.

³¹ Cf. respectivement art. 58, § 3, et 80, § 2, des Directives 2014/24 et 25.

³² SEC(2008)2193, 25 juin 2008.

³³ Cf. respectivement art. 46 et 65 des Directives 2014/24 et 25.

Pourtant, l'État n'est pas l'administrateur d'une entreprise et représente davantage que la somme des intérêts privés de ses citoyens. Il est dès lors regrettable qu'en ces temps où les marchés font la loi, le droit de l'Union ne permette pas aux pouvoirs publics de diffuser leurs « lois » par les marchés. En influençant la politique générale des entreprises, en privilégiant les circuits de proximité dans certains secteurs, en offrant de réelles opportunités aux unités de base du tissu socio-économique européen que sont les PMES, les pouvoirs publics pourraient œuvrer au développement d'une prospérité collective au-delà de l'horizon peu mobilisateur d'une consommation intelligente.

Eu égard aux enjeux, faut-il dès lors se résoudre à ce constat peu riant d'une insurmontable illégalité ? N'y a-t-il pas, au prix de certains efforts d'interprétation, quelque marge susceptible de faire surgir, à droit constant, de « nouveaux possibles » à même d'un tant soit peu rééquilibrer les rapports de force entre les versants croissanciel et convivial du droit de la commande publique ?

La question est trop vaste et complexe pour recevoir dans ces pages le traitement qu'elle mérite. Qu'il nous soit néanmoins permis, pour conclure cette contribution, d'esquisser certaines pistes susceptibles de nourrir des argumentaires juridiques défendant la licéité des trois pratiques de « réencastrement » des marchés publics dans la société présentées plus haut.

Il faut d'abord observer que c'est au regard des principes généraux du marché intérieur, et non des Directives de 2014, que la légalité de ces pratiques doit être défendue. Les préambules de ces directives disposent en effet qu'« [a]ucune disposition de [ces] directive[s] ne devrait empêcher d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre public, de la moralité et de la sécurité publiques, de la santé, de la vie humaine et animale ou à la préservation des végétaux ou d'autres mesures environnementales, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »³⁴. Le législateur de l'Union n'a donc en rien limité la possibilité reconnue aux Etats membres par le droit primaire de déroger aux principes de libre circulation et de non-discrimination au nom de la protection de valeurs non marchandes. Par ailleurs, on rappellera que les commandes publiques qui échappent au champ d'application de cette législation, que ce soit en raison de leur nature, de leur objet ou de leur montant, sont elles aussi régies par les principes généraux du marché intérieur, et en particulier par les dispositions relatives aux libertés de circulation. Ce sont donc bien ces principes qui fournissent le cadre de référence ultime à l'examen de la licéité des utilisations conviviales des marchés publics susmentionnées.

Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour que de tels principes – indépendamment de l'interprétation rigide que peut en faire la Commission dans le cadre des marchés publics – tolèrent d'importantes restrictions, pour autant que celles-ci soient justifiées par des objectifs d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi. Par ailleurs, l'interprétation de ces principes n'est pas gravée dans le marbre et a déjà connu des évolutions majeures. A cet égard, qu'il nous soit permis de mentionner trois éléments

³⁴ Cf. respectivement les considérants n° 41 et 56 des Directives 2014/24 et 25.

susceptibles d'être mobilisés pour défendre la légalité du « triptyque convivial » présenté ci-dessus.

Le premier concerne la tolérance accrue de la Cour de justice à l'égard de mesures nationales de protection de l'environnement qui comportent d'indéniables discriminations entre opérateurs nationaux et étrangers³⁵. Cette nouvelle sensibilité environnementale – si elle se confirme – pourrait permettre de justifier, dans certains secteurs tels que l'alimentation, la prise en compte du critère de la distance de transport dans la fourniture du service ou du produit commandé, quand bien même ce critère aurait-il des effets discriminatoires. A cet égard, il faut rappeler que le projet d'un marché intérieur a été conçu à une époque où la « question écologique » était tout simplement inexistante – en tout cas dans le débat politique. L'idéal de libre circulation et de croissance infinie de la productivité qui le sous-tend a donc été conçu « en apesanteur », en faisant fi de toutes les externalités négatives (à commencer par l'émission de CO₂) qu'un tel projet impliquait. C'est à la Cour qu'il incombe d'adapter à la nouvelle donne écologique son interprétation orthodoxe des traités.

La seconde évolution concerne la jurisprudence relative aux droits fondamentaux. On le sait, la Cour de justice accorde aujourd'hui un « large pouvoir d'appréciation » aux Etats membres lorsqu'ils décident de restreindre un principe du marché intérieur au nom de la protection d'un droit fondamental concurrent³⁶. Cette jurisprudence concerne désormais également la protection de l'environnement en tant que valeur fondamentale protégée à l'article 37 de la Charte³⁷. On aperçoit sans difficulté comment une telle jurisprudence pourrait être mobilisée pour « relâcher » quelque peu l'intensité du contrôle de proportionnalité exercé sur un marché public qui prendrait en compte la façon dont une entreprise participe à l'amélioration des droits sociaux de ses travailleurs ou à la protection de l'environnement *par-delà* le périmètre du marché concerné. Cette jurisprudence pourrait du reste être combinée à celle, plus récente encore, relative à l'effet direct horizontal des droits fondamentaux, qui aboutit à faire peser sur les entreprises des obligations de respect de certains droits fondamentaux *par-delà* ce qu'exige le corpus législatif et réglementaire national³⁸.

Enfin, un troisième enseignement qui se dégage, tant de la jurisprudence de la Cour que de la pratique de la Commission, consiste dans le fait que les petites et moyennes entreprises ne se trouvent pas nécessairement dans des situations comparables aux grandes entreprises³⁹, de sorte qu'une différence de traitement entre ces deux catégories

³⁵ Arrêt du 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, C-2/90 EU:C:1992:310 ; Arrêt du 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, C-389/96, EU:C:1998:357 ; arrêt du 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, EU:C:2001:160 ; arrêt du 11 septembre 2014, *Essent Belgium*, C-204 à 208/12, EU:C:2014:2192, et les conclusions de l'AG Bot dans l'affaire *Essent Belgium*, C-204 à C-208/12, EU:C:2013:294 ; « Élever explicitement la protection de l'environnement au rang d'une exigence impérative d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier des mesures qui restreignent les libertés de circulation, fussent-elles discriminatoires, contribuerait, à notre sens, à assurer sa prévalence sur d'autres considérations » (pt. 96).

³⁶ Cf. arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, pt. 82 ; arrêt du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, C-250/06, EU:C:2007:783, pt. 44.

³⁷ Arrêt du 26 septembre 2014, *Arctic Paper*, T-634/13, EU:T:2014:828, pt. 73.

³⁸ Cf. notamment l'arrêt du 22 janvier 2019, *Cresco*, C-193/17, EU:C:2019:43.

³⁹ Arrêt du 18 juillet 2017, *EDF Toruń S.A.*, T-758/15, EU:T:2017:519, pts 144-145.

peut dans certains secteurs – par exemple ceux fortement affectés par un problème d'*upscaling* – être non seulement justifiée mais même imposée au regard du principe d'égalité de traitement. Ainsi, dès lors que la Commission elle-même reconnaît la licéité de certaines aides d'État réservées aux PME⁴⁰, rien n'empêche *a priori* de défendre la légalité d'une pratique consistant à réserver certains marchés à ces dernières⁴¹.

Bien sûr, ces quelques pistes ne suffisent pas à fournir un argumentaire « clé sur porte » en faveur des « utilisations conviviales » des marchés publics présentées ci-dessus. Elles ont toutefois le mérite d'ouvrir quelque peu le champ des possibles. Car c'est là en effet, à l'ombre de la jurisprudence casuistique et évolutive de la Cour de justice, que de telles pratiques sont susceptibles de s'épanouir – avant, peut-être, de gagner les faveurs du législateur. Appel est donc lancé aux adjudicateurs audacieux et aux juristes imaginatifs, convaincus que l'Union européenne aurait tout à gagner d'une interprétation de ses principes fondamentaux à la lumière du droit de chacun de mener une vie digne d'être vécue.

⁴⁰ Cf. articles 17 à 20 du Règlement de la Commission 651/2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JO L 187 du 26.6.2014, p. 1.

⁴¹ Une pratique plus défendable encore serait de laisser les grandes entreprises participer au marché mais de grever leurs offres d'un handicap correspondant au montant d'aide couvert par le Règlement *de minimis* de la Commission (Règlement 1407/2013 du 18 décembre 2013), à savoir 200.000 EUR