



**HAL**  
open science

# Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique

Ronan Le Velly

► **To cite this version:**

Ronan Le Velly. Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique. *Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2022, 2022/1 (110), pp.171-188. 10.3917/drs1.110.0171 . hal-03647718

**HAL Id: hal-03647718**

**<https://hal.inrae.fr/hal-03647718>**

Submitted on 21 Apr 2022

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

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

## **Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique**

Ronan Le Velly, Institut Agro - Montpellier SupAgro, UMR Innovation

2 place Viala, 34060 Montpellier

[ronan.le-velly@supagro.fr](mailto:ronan.le-velly@supagro.fr)

Version finale, 12 avril 2021

Ronan Le Velly est professeur de sociologie à l'Institut Agro - Montpellier SupAgro et membre de l'UMR Innovation. Ses recherches s'inscrivent au croisement de la sociologie économique, de la sociologie rurale et de la sociologie de l'innovation. Il est l'auteur de nombreux articles scientifiques et de deux ouvrages : *Sociologie du marché* (La découverte, 2012) et *Sociologie des systèmes alimentaires alternatifs. Une promesse de différence* (Presses des Mines, 2017).

# **Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique**

## **When competition meets sustainability. The introduction of sustainable development in public procurement law**

### **Résumé / Abstract**

En s'appuyant sur une analyse qualitative de guides pratiques et de commentaires juridiques, l'auteur étudie la façon dont l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique a modifié les règles de concurrence des marchés publics. Il montre qu'il s'est opéré depuis la fin des années 1990 un élargissement progressif du périmètre des discriminations acceptables lors des appels d'offres et la reconnaissance de nouvelles finalités pour la commande publique. Pour autant, cet élargissement est contenu dans son ampleur par les principes fondamentaux de concurrence affirmés dans la loi. La préférence pour un achat local demeure strictement interdite, y compris lorsqu'elle est défendue au nom du développement durable. De même, la promotion du sourcing et de l'allotissement résulte d'une volonté autant d'accroître la durabilité que de renforcer la concurrence.

Based on a qualitative analysis of practical guides and legal comments on sustainable public procurement, the author studies how the introduction of sustainable development objectives in public procurement law has changed the public markets competition rules. He shows that since the end of the 1990s, there has been a gradual widening of the scope of acceptable discrimination in calls for tenders and the recognition of new purposes for public procurement. However, this expansion is contained by the fundamental principles of competition stated in the law. The preference for a local purchase remains strictly prohibited, even when it is promoted in the name of sustainable development. Similarly, sourcing and allotment are promoted both as levers for improving sustainability and as means of increasing competition.

### **Mots-clés / Keywords**

Code de la commande publique, Concurrence, Développement durable, Marchés publics, Sourcing

Competition, Public procurement law, Public purchase, Sustainable development, Sourcing

## Introduction

S'il est aujourd'hui établi que tous les marchés sont des espaces d'action structurés par des règles<sup>1</sup> et que le droit joue un rôle majeur dans cette structuration<sup>2</sup>, il est un ensemble de marchés où ces énoncés ont une résonance particulière : les marchés publics. Ces marchés, qui représentent 14 à 15 % du PIB français<sup>3</sup>, font l'objet d'une abondante réglementation, visant à orienter le comportement des acheteurs, en particulier dans la façon d'exprimer leur demande, de consulter les fournisseurs potentiels, d'effectuer leur choix et de s'assurer de la bonne exécution du marché. Pourtant, à de rares exceptions près, les marchés publics n'ont guère fait l'objet de recherches en sciences sociales.<sup>4</sup> Cet article ambitionne de combler une partie de ce manque, en s'intéressant à l'introduction des objectifs de développement durable dans le droit dans la commande publique.

Les vingt-cinq dernières années ont ainsi été marquées par des évolutions notables. Aujourd'hui, il est non seulement possible mais recommandé de tenir compte d'impératifs sociaux et environnementaux dans la « définition du besoin » couvert par le marché, la spécification des « conditions d'exécution », c'est-à-dire des caractéristiques des biens et services achetés, et la rédaction des « critères d'attribution » en fonction desquels se fera le choix entre les offres. Ceci est devenu progressivement possible, suite à plusieurs arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européenne et aux réformes du droit communautaire en 2004 et du code français en 2004 et 2006.<sup>5</sup> Depuis, ce mouvement n'a jamais été contredit, ni dans les directives de l'Union européenne de 2014, ni dans le nouveau code de la commande publique dont la réécriture s'est achevée en 2019.

Cette évolution peut être comprise comme s'inscrivant dans un mouvement d'ensemble de prise en compte des objectifs de développement durable dans les actes d'achat,<sup>6</sup> mais elle doit aussi

---

<sup>1</sup> Erhard FRIEDBERG, *Le pouvoir et la règle. Dynamiques de l'action organisée*, Paris: Editions du Seuil, 1993. Neil FLIGSTEIN, Luke DAUTER, "The Sociology of Markets", *Annual review of sociology*, 33, 1, 2007, p. 105-128.

<sup>2</sup> Lauren B. EDELMAN, Robin STRYKER, "A Sociological Approach to Law and the Economy", In Neil J SMELSER et Richard SWEDBERG (dir.), *The handbook of economic sociology, Second edition*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005, p. 527-551. Christian BESSY, Thierry DELPEUCH, Jérôme PELISSE (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris: LGDJ, 2011.

<sup>3</sup> OCDE, *Panorama des administrations publiques 2019*, Paris: Editions OCDE, 2019.

<sup>4</sup> Outre les références citées dans la suite de l'article, voir Thierry KIRAT, Frédéric MARTY, "La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économique-juridique du secteur électrique et des marchés publics", *Économie & prévision*, 175-176, 4, 2006, p. 101-116. Hélène LEMESLE, "Réglementer l'achat public en France (xviiiè-xixè siècle)", *Genèses*, 80, 3, 2010, p. 8-26.

<sup>5</sup> Philippe SCHIESSER, Guillaume CANTILLON, *L'achat public durable. Outils et méthode pour réussir des achats publics respectueux du développement durable*, Paris: Le Moniteur, 2007.

<sup>6</sup> Sophie DUBUISSON-QUELLIER, *La consommation engagée*, Paris: Les presses de Sciences Po, 2009.

être restituée au regard d'une question spécifique aux marchés publics. Ainsi, si l'acheteur public peut être confronté aux mêmes interrogations et difficultés qu'un consommateur ou qu'un acheteur d'entreprise (manque de structuration de l'offre, arbitrages entre différentes composantes de la durabilité, surcoûts...),<sup>7</sup> il fait de surcroît face à un impératif central du code de la commande publique : garantir une mise en concurrence équitable des fournisseurs potentiels. Il faut rappeler pourquoi il était jusqu'au début des années 2000 juridiquement risqué de faire référence à des critères sociaux et environnementaux dans les appels d'offres : cela était jugé discriminatoire, contraire à la libre concurrence. Trois grands principes sont ainsi énoncés dans les premières lignes du code de la commande publique : « l'égalité de traitement des candidats », « la liberté d'accès » et la « transparence des procédures » (art. L3). La directive de l'Union européenne les énonce pareillement<sup>8</sup>, en explicitant un objectif de réalisation du marché intérieur.<sup>9</sup> Comme le note Gabriel Eckert, seuls ces objectifs de concurrence sont écrits en préambule, comme principes fondamentaux du droit des marchés publics. Les autres objectifs, en particulier de développement durable, ne sont énoncés que dans des sections ultérieures, détaillant les conditions de mise en œuvre de la commande publique.<sup>10</sup> Nous ne faisons alors pas face à une situation de conciliation entre une série d'objectifs non hiérarchisés comme cela peut s'observer par ailleurs<sup>11</sup> mais à une situation de conciliation entre un objectif supérieur et des objectifs secondaires. La question à laquelle va répondre cet article est donc finalement la suivante : Comment, dans le droit de la commande publique, l'introduction d'objectifs de développement durable amène-t-elle à modifier les règles de la concurrence ? Jusqu'à quel point la reconnaissance de ces objectifs change-t-elle l'espace des possibles pour les acheteurs publics ?

---

<sup>7</sup> Voir pour le cas britannique : Helen WALKER, Stephen BRAMMER, "Sustainable procurement in the United Kingdom public sector", *Supply Chain Management: An International Journal*, 14, 2, 2009, p. 128-137.

<sup>8</sup> Jörgen HETTNE, "Sustainable public procurement and the single market – Is there a conflict of interest?", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 8, 1, 2013, p. 31-40. Francesco MARTUCCI, "Les objectifs de la commande publique en droit de l'Union", In Etienne MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris: Dalloz, 2018, p. 73-87.

<sup>9</sup> « La passation de marchés publics (...) doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. » Directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

<sup>10</sup> Gabriel ECKERT, "La commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales", In Etienne MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris: Dalloz, 2018, p. 1-14.

<sup>11</sup> Voir par exemple, pour le droit de l'environnement, Pierre LASCOUMES, "Les arbitrages publics des intérêts légitimes en matière d'environnement: L'exemple des lois Montagne et Littoral", *Revue française de science politique*, 45, 3, 1995, p. 396-419. Voir aussi, pour la place de l'objectif de concurrence dans la politique agricole commune, Fabrice RIEM, "L'aliment, entre droit du marché et pratiques dans les filières agricoles", *Droit et société*, 101, 2019, p. 37-52.

Pour répondre à cette question, nous inscrirons notre analyse dans la continuité de travaux sociologiques qui ont souligné l'importance des débats quant aux formes de concurrence souhaitable et la diversité des règles de concurrence pouvant s'affirmer dans le temps. Dans cette perspective, nous allons donc chercher à comprendre comment le droit structure l'espace des actions possibles mais aussi ce que les professionnels nomment souvent l'« esprit » du droit. Par exemple, peu de temps après la réforme du code de 2006, Jean-Baptiste de Foucauld, haut fonctionnaire du ministère de l'économie et militant de l'insertion par l'activité économique, écrivait dans l'introduction d'un guide que « l'esprit du code des marchés publics a changé, celui-ci fournit désormais un cadre permettant aux acheteurs d'assumer pleinement leurs responsabilités ».<sup>12</sup> La suite de l'article dira si cette citation doit être prise au mot ou être nuancée. A ce stade à notre exposé, elle témoigne de l'enjeu de travailler sur la dimension culturelle des évolutions du droit.

L'article sera organisé en trois temps. Dans une première partie, nous présenterons les recherches en sociologie économique qui inspirent notre analyse. Nous y justifierons aussi le choix d'un corpus de textes mêlant commentaires juridiques et guides pratiques et exposerons comment nous avons analysé ces documents. Dans la seconde partie, nous montrerons que les 20 dernières années ont été marquées par un élargissement du périmètre des discriminations acceptables lors des appels d'offres et par l'affirmation d'une conception de la commande publique comme « levier » de politiques publiques. Dans la troisième partie, nous verrons que les principes de concurrence demeurent une référence très présente. Nous partirons de l'exposé de l'interdiction du localisme, même lorsqu'un achat local est défendu en tant que vecteur de développement durable. Puis, nous montrerons que la promotion actuelle du sourcing et de l'allotissement dans le droit de la commande publique résulte d'une volonté autant d'accroître la durabilité des achats que de renforcer la concurrence. Nous pourrions alors conclure que l'introduction des objectifs de développement durable a incontestablement élargi le périmètre des actions possibles mais que cet élargissement est contenu par et couplé avec les principes fondamentaux de concurrence du code de la commande publique.

---

<sup>12</sup> OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DES ACHATS PUBLICS, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées. Guide à l'attention des acheteurs publics*: OEAP, Ministère de l'économie, 2007.

## I. Cadre théorique et méthodologie

La sociologie économique a amplement travaillé sur les règles de concurrence et montré que cette dernière n'était en rien un ensemble monolithique. Si ces règles peuvent chercher à se rapprocher du fonctionnement du marché du modèle de concurrence pure et parfaite, il est aussi très fréquent que le droit ou les morales professionnelles visent à exclure les formes de concurrence les plus agonistiques, notamment la guerre des prix et la fraude ou la manipulation.<sup>13</sup> L'observation des régulations publiques qui interdisent les pratiques anti-concurrentielles confirme amplement ce constat et permet en outre de rendre compte de conceptions hétérogènes, concurrentes et mouvantes de ce que devrait être la « bonne concurrence ». Neil Fligstein explique par exemple que les lois états-uniennes anti-trust du début du 20<sup>ème</sup> siècle ne visaient pas à démanteler les cartels existants mais cherchaient à garantir le respect de pratiques commerciales équitables de la part de ces derniers.<sup>14</sup> En France, Claude Didry et Frédéric Marty rappellent que les cartels et la coordination horizontale ont été encouragés dans les années 1930, en tant que vecteurs de stabilisation de l'économie et de progrès technologique, avant d'être combattus à partir des années 1950 dans le cadre d'une politique industrielle soucieuse de réduire les prix mais aussi de renforcer les coordinations verticales dans les filières.<sup>15</sup> Sébastien Billows distingue de même les différentes conceptions de la concurrence observables dans l'histoire du droit encadrant les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. Il montre en particulier qu'un même fait, la création de super-centrales d'achat dans les années 1980, a donné lieu à des interprétations concurrentes selon qu'elles étaient guidées par un modèle de « concurrence au service des consommateurs » ciblant la baisse des prix ou par un modèle de « concurrence au nom de la loyauté » attentif aux risques de pratiques commerciales inéquitables envers les fournisseurs.<sup>16</sup>

En définitive, toutes ces recherches invitent non seulement à restituer comment les évolutions du droit modifient les espaces d'action, les périmètres de la concurrence et de la non-concurrence acceptables, mais aussi à comprendre les fondements culturels et normatifs qui

---

<sup>13</sup> Lucien KARPIK, *Les avocats: entre l'Etat, le public et le marché*, Paris: Gallimard, 1995. Mitchel ABOLAFIA, *Making markets: Opportunism and restraint on Wall Street*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. Alessandro STANZIANI, *Histoire de la qualité alimentaire (XIXe-XXe siècle)*, Paris: Seuil, 2005.

<sup>14</sup> Neil FLIGSTEIN, *The transformation of corporate control*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

<sup>15</sup> Claude DIDRY, Frédéric MARTY, "La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre", *Gouvernement et action publique*, 5, 4, 2016, p. 23-45.

<sup>16</sup> Sebastian BILLOWS, "À qui profite la « concurrence » ? Modèles de concurrence et régulation de la grande distribution française (1949-1986)", *Gouvernement et action publique*, 5, 4, 2016, p. 69-91. Voir aussi Roland CANU, Franck COCHOY, "La loi de 1905 sur la répression des fraudes : un levier décisif pour l'engagement politique des questions de consommation ?", *Sciences de la Société*, 62, 2004, p. 69-92.

leur donnent sens. Les débats économiques et juridiques qui motivent l'évolution du droit renvoient à différentes conceptions de la concurrence, notamment selon que celle-ci soit envisagée comme un ordre spontané ou comme un ordre à construire, et que les régulateurs lui attribuent tel ou tel objectif.<sup>17</sup> L'article de Patrick Le Galès, sur un terrain proche du notre, illustre également l'intérêt d'un tel regard. Ainsi, alors que dans les années 1980, le gouvernement conservateur britannique a réformé le dispositif de passation des marchés publics des collectivités locales avec la visée d'une pure concurrence par les prix, le gouvernement néo-travailliste a cherché 20 ans plus tard à imposer de nouvelles règles tournées vers un objectif de bonne gestion des deniers publics, de « *best value for money* ». <sup>18</sup>

Pour travailler dans cette perspective, nous avons rassemblé un corpus d'une cinquantaine de guides pratiques ou de commentaires juridiques rédigés depuis le début des années 2000 par des professionnels du droit ou des marchés publics, des autorités publiques et des associations défendant l'usage de clauses sociales ou environnementales. L'intérêt de ce corpus est qu'il traite de l'évolution des règles de droit et de ce que les acteurs nomment les changements dans son « esprit » ou sa « philosophie ». Tous ces documents ont ainsi en commun d'expliquer pourquoi certaines discriminations faites au nom du développement durable, mais pas d'autres, sont devenues acceptables. Les acheteurs publics qui les lisent y cherchent des énoncés qui les guident ou les rassurent dans leurs pratiques, mais aussi leur donnent des clés de compréhension des évolutions du code. Même si des débats peuvent exister à certains moments de bascule, ces documents proposent des analyses très convergentes une fois qu'une position dominante s'est établie. Ils fournissent alors une grille de lecture partagée sur les normes juridiques et les logiques qui les sous-tendent.

Pour constituer ce corpus, nous nous sommes tournés vers les sites internet d'organisations particulièrement actives dans la production de guides pratiques, en premier lieu l'Observatoire économique de la commande publique du Ministère de l'économie, et avons fait une recherche par mots clés dans des revues professionnelles (*Gazette des communes, Le moniteur...*) et des revues juridiques (*Contrats et marchés publics...*). Des recherches portant sur des points plus précis (par exemple, l'achat de produits alimentaires locaux) ont amené à étendre le nombre de documents consultés. Le corpus analysé comprend finalement une cinquantaine de documents.

---

<sup>17</sup> Frédéric MARTY, "Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy", *Historical Social Research*, 40, 1, 2015, p. 94-111.

<sup>18</sup> Patrick LE GALES, "Contrôle et surveillance. La restructuration de l'État en Grande-Bretagne", In Pierre LASCOUMES et Patrick LE GALES (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris: Presses de Science Po, 2004, p. 237-272.



Il aurait été possible d'en ajouter de nombreux autres mais en raison de la convergence de leurs contenus, leur lecture finit par aboutir à une saturation comparable à celle constatée dans la conduite d'entretiens semi-directifs.

Nous avons réalisé une analyse qualitative de ce corpus, en faisant émerger une liste de thèmes et de sous-thèmes récurrents, qui a progressivement constitué la structure des résultats de cet article. Nous avons sélectionné et trié ces données en raison de leur récurrence mais aussi de leur adéquation avec ce que nous savons des dynamiques observables sur le terrain. Depuis 2008, nous avons ainsi participé à plusieurs projets de recherche et encadré des stages ou projets finalisés d'étudiants de niveau master qui nous amené à échanger régulièrement avec des professionnels de collectivités territoriales cherchant à améliorer la durabilité de leurs achats alimentaires.

## **II. Des objectifs de développement durable qui modifient les règles de la concurrence**

### *II.1. Des discriminations acceptables au nom du développement durable*

Toute procédure d'appel d'offres implique d'opérer une discrimination entre les candidats. Mais, est-il est constamment rappelé dans le code de la commande publique, cette discrimination ne doit pas être discriminatoire.<sup>19</sup> Par exemple, au début des années 1990, avant même que la commande publique durable ne soit inscrite à l'agenda politique, il était déjà possible de se référer dans un appel d'offres à un certificat de garantie comme Agriculture Biologique ou NF Environnement. Pour autant, à l'époque comme aujourd'hui, il faut laisser la possibilité à un fournisseur de démontrer ses capacités en l'absence de ce certificat. Il est pour cela demandé d'écrire « ou équivalent » dans les documents d'appels d'offres faisant référence à une norme spécifique (art. R2111-9). En 2012, la Cour de Justice de l'Union Européenne a rappelé ce point, suite à recours introduit par la Commission européenne au sujet d'un appel d'offres exigeant les labels d'agriculture biologique et de commerce équitable EKO et Max Havelaar.<sup>20</sup> Depuis quelques années, la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie français va plus loin que cette exigence du « ou équivalent ». Elle recommande de ne pas se référer à des « spécifications techniques » (labels, normes) mais d'exprimer des « exigences fonctionnelles » (comme la protection des milieux naturels contre les pesticides de

---

<sup>19</sup> Le Trésor de la langue française rappelle les deux significations du mot « discrimination », sans ou avec l'idée d'un traitement inégal, et précise que « discriminatoire » correspond au second cas.

<sup>20</sup> CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne contre Royaume des Pays Bas, affaire C-368/10.

synthèse, par exemple). A ses yeux, cela permet d'ouvrir le marché à des solutions techniques variées, sinon innovantes, et donc à un ensemble plus large de fournisseurs.<sup>21</sup>

La reconnaissance des objectifs de développement durable dans le droit de la commande publique ne change rien à l'obligation de ne pas avoir de pratiques discriminatoires. Pour autant, depuis une vingtaine d'années, elle a progressivement modifié les règles de la concurrence, élargi le périmètre de la discrimination acceptable.

Cette évolution est manifeste dans l'histoire de la prise en compte du « mieux-disant social » dans les conditions d'exécution puis dans les critères d'attribution. En 1988, la Cour de Justice des Communautés Européennes a ainsi fait évoluer le droit en ne condamnant pas les Pays-Bas dans le cadre d'une affaire portant sur un marché public de travaux où l'embauche de chômeurs de longue durée avait été mentionnée dans les conditions d'exécution.<sup>22</sup> Même si cet « arrêt Beentjes » rappelait que de telles clauses sociales ne doivent pas avoir « d'incidences discriminatoires directes ou indirectes à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres », il a généralement été interprété comme un tournant, une ouverture à l'utilisation de telles clauses.<sup>23</sup> La Direction générale du marché intérieur de la Commission européenne a alors cherché à revenir aux règles initiales de concurrence.<sup>24</sup> En 2000, dans une réponse à deux questions écrites, Fritz Bolkenstein, commissaire européen en charge du Marché intérieur, a remis en cause les conclusions de l'arrêt Beentjes en énonçant que « les conditions d'exécution ne peuvent pas viser l'exclusion préalable de certaines entreprises, mais un engagement des soumissionnaires de prendre certaines mesures si le marché leur est attribué ». <sup>25</sup> La Commission a aussi porté plainte contre de la France, suite à la passation d'un marché de travaux par la Région Nord-Pas-de-Calais incluant un critère social d'attribution. Cette plainte s'est néanmoins avérée être contre-productive pour la Commission puisque la Cour de Justice a au contraire, dans un arrêt du 26 septembre 2000, validé le recours à ce critère d'attribution.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Voir par exemple OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE L'ACHAT PUBLIC, *Guide pratique. Achat public innovant*, 2019.

<sup>22</sup> CJCE, 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV contre Etat des Pays-Bas, affaire 31/87.

<sup>23</sup> Voir par exemple le dossier « Mieux-disant social » de la revue professionnelle du secteur du bâtiment et des travaux publics *Le Moniteur* d'octobre 1999. Voir aussi Philippe SCHIESSER, Guillaume CANTILLON, *L'achat public durable. Outils et méthode pour réussir des achats publics respectueux du développement durable*, Paris: Le Moniteur, 2007.

<sup>24</sup> Cette histoire est restituée en détail dans la troisième partie de : Christopher MCCRUDDEN, *Buying social justice: Equality, government procurement, and legal change*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

<sup>25</sup> Réponse commune aux questions écrites E-0816/00 et E-0817/00 donnée par M. Bolkestein au nom de la Commission, 12 mai 2000.

<sup>26</sup> CJCE, 26 septembre 2000, Commission contre France, affaire C-225/98.

L'utilisation de critères d'attribution environnementaux a occasionné des débats similaires. En 1997, Mario Monti, le prédécesseur de Fritz Bolkenstein à la Commission, avait rappelé en réponse à une question sur le *Livre vert sur les marchés publics dans l'Union Européenne* qu'elle n'était pas autorisée en l'état du droit. Cette position a été mise à bas par un arrêt de la Cour de Justice du 17 septembre 2002, rejetant la demande d'une société de transport finlandaise qui avait perdu un marché dans le cadre d'une procédure incluant des critères d'attribution sur le niveau sonore et le niveau d'émission d'oxyde d'azote.<sup>27</sup> La Cour avait alors suivi les conclusions de l'avocat général qui avait argumenté qu'un critère d'ordre écologique se justifie « s'il présente un avantage pour d'autres que l'entité adjudicatrice ou pour l'environnement en général. (...) L'idée selon laquelle des critères servant l'intérêt général peuvent figurer parmi les critères d'attribution d'un marché public me paraît d'ailleurs répondre à une certaine logique, voire à une logique certaine. En effet, les autorités publiques ayant par essence vocation à servir l'intérêt général, celui-ci doit pouvoir les inspirer également si elles concluent un marché public ».<sup>28</sup>

En France également, les contentieux ont alimenté la jurisprudence. Ils ont diminué après les réformes du code des marchés publics de 2004 et 2006 mais montrent la persistance de débats quant au périmètre des discriminations acceptables au nom du développement durable. Un point pose particulièrement question : la possibilité d'énoncer un critère social d'attribution sans lien explicite avec l'objet du marché. Un arrêt du Conseil d'Etat de 2013 est à cet égard souvent cité. Une société de travaux routiers, qui n'avait pas été retenue suite à un appel d'offres lancé par le Département de l'Isère, avait obtenu du tribunal administratif de Grenoble l'annulation de la procédure au motif qu'un critère d'attribution portant sur l'insertion professionnelle ne pouvait pas être utilisé pour un marché ne mentionnant pas cette finalité dans son objet. Saisi par le Département de l'Isère, le Conseil d'Etat a estimé qu'un tel montage était conforme au code des marchés publics, et que le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble avait « commis une erreur de droit ». « 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 dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces

---

<sup>27</sup> CJCE, 17 septembre 2002, Concordia bus Finland contre Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, affaire C-513/99.

<sup>28</sup> CJCE, Conclusions de l'avocat général M. Jean Mischo présentées le 13 décembre 2001, Concordia bus Finland contre Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, affaire C-513/99.

offres. »<sup>29</sup> A contrario, l'arrêt du 25 mai 2018 a été interprété par les professionnels de l'achat public comme un avertissement à ne pas aller trop loin dans cette direction. Le Conseil d'Etat a ainsi confirmé que Nantes Métropole n'avait pas le droit, dans le cadre d'un marché de travaux d'impression, de mobiliser un critère d'attribution portant sur la politique de responsabilité sociale d'une entreprise, une politique RSE jugée « trop générale, sans lien suffisamment direct avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, pour pouvoir être un critère de choix non discriminatoire ». <sup>30</sup>

## *II.2. De la commande publique « neutre » à la commande publique « levier »*

Ces évolutions des règles de la concurrence ont été interprétées, tout du moins en France, selon une lecture mettant l'accent sur les finalités de l'achat public. Les documents que nous avons étudiés relatent ainsi l'affirmation dans les années 2000 et 2010 d'une conception de l'achat public comme un levier de politique publique, notamment en matière sociale et environnementale, au dépens d'une conception plus ancienne énonçant que l'achat public n'a pas d'autre fonction que d'obtenir la meilleure prestation au meilleur coût.

Les professionnels du droit nomment la conception dominante dans les années 1990 « principe de neutralité » et se réfèrent à plusieurs arrêts du Conseil d'Etat concernant l'utilisation de critères sociaux d'attribution. Dans une première affaire, le Conseil d'Etat avait eu à se prononcer sur la légalité de la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993 incitant les acheteurs publics à utiliser un critère « additionnel » de choix des candidats portant sur la lutte contre les exclusions et le chômage de longue durée. Le Conseil d'Etat avait répondu que cette circulaire n'avait pas de caractère réglementaire, le critère additionnel n'intervenant que pour départager deux offres équivalentes, et qu'il n'y avait pas donc lieu de l'annuler.<sup>31</sup> Mais, certains juristes y ont aussi vu une condamnation sans équivoque de la possibilité d'établir dans l'avenir de tels critères. C'est notamment le cas de Hélène Pongérard-Payet dans un article de l'*AJDA*. Dans cet article, elle extrayait des conclusions du rapporteur Stéphane Fratacci ces éléments qu'elle qualifiait d'« édifiants »<sup>32</sup> : « Faire de la politique de l'emploi un critère de sélection des offres revient à nier le caractère strictement instrumental assigné au choix des

---

<sup>29</sup> CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950.

<sup>30</sup> CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580.

<sup>31</sup> CE, 10 mai 1996, Fédération Nationale des Travaux Publics, Fédération Nationale du bâtiment, n° 159980.

<sup>32</sup> Hélène PONGERARD-PAYET, "Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus", *AJDA*, 12, 2006, p. 635. Les coupes dans les conclusions du rapporteur sont celles opérées par H. Pongérard-Payet. Voir de même Pierre DE BAECKE, "Critère social et effectivité de la concurrence : un dialogue de sourds ?", *Contrats publics*, 20, 2005, p. 32-36.

offres par l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics (...) il y a là un mélange des genres qui n'est pas loin (...) d'une erreur de droit au regard de la finalité de la commande publique. »

Dans une seconde affaire, en 2001, le tribunal administratif de Lille avait été confirmé dans sa décision d'annuler une procédure d'appel d'offres d'un marché de travaux de déblaiement de la commune de Gravelines, où un critère de « propositions concrètes (...) en matière de créations d'emploi, d'insertion et de formation » avait été utilisé pour sélectionner les offres. A l'époque, le rapporteur public du Conseil d'Etat, Denis Piveteau, avait reconnu adopter une position plus rigoureuse que la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, mais avait argumenté en présentant l'illégalité de ce critère comme « l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est à dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que la réalisation du meilleur achat au meilleur prix ».<sup>33</sup>

Cinq années plus tard, dans un rapport faisant le bilan de l'évolution du droit, Patrick Loquet, un enseignant-chercheur en droit très actif pour la promotion des clauses sociales, brocardait cette conception de la neutralité de la commande publique : « Si l'objet du marché c'est la réalisation d'un bâtiment ou d'une route, le social et l'environnement n'ont rien à y faire. (...) Peu de juristes [défendaient] alors une autre thèse qui depuis a fait son chemin, selon laquelle l'objet du contrat c'est ce dont les parties au contrat conviennent. Dès lors, une collectivité publique soucieuse de cohésion sociale et de développement durable peut décider qu'un marché public a pour objet de faire une route en respectant des préoccupations environnementales et/ou sociales. »<sup>34</sup>

Cet extrait laisse entrevoir un sentiment de victoire pour cet acteur favorable à une plus grande ouverture. Effectivement, la possibilité pour la commande publique de poursuivre des finalités sociales et environnementales s'est affirmée dans les directives communautaires de 2004 et les modifications du code français de 2004 et 2006. Dans l'actuel code de la commande publique, il est écrit que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » (art. L2111-1), que les conditions d'exécution « peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations » (art. L2112-2) et que peuvent être

---

<sup>33</sup> CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, n° 229666.

<sup>34</sup> Patrick LOQUET, *Le projet de nouveau code des marchés publics et insertion sociale et professionnelle*: Rapport d'étape, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis, 2006.

évaluées dans les critères d'attribution « la garantie de la rémunération équitable des producteurs, (...) 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 » (art. R2152-7). Notons que sur chacun de ces points, les acheteurs publics n'ont qu'une obligation de moyens, celle d'envisager de prendre en compte ces considérations. Nous ne sommes donc pas passés d'une situation de « neutralité » à une situation que nous pourrions qualifier de « responsabilité » de la commande publique. Le recensement de l'Observatoire économique de la commande publique pointe d'ailleurs le caractère toujours minoritaire de l'intégration du développement durable dans les appels d'offres.<sup>35</sup>

Ces évolutions marquent néanmoins l'affaiblissement sinon la fin du principe de neutralité. En 2011, le juriste François Wilinski avançait : « D'une neutralité stricte nous sommes passés à une sorte de neutralité "bienveillante" envers le développement durable. »<sup>36</sup> Trois ans plus tard, Noémie Porte, docteure en Droit, enfonçait le clou, en voyant dans l'arrêt Département de l'Isère du Conseil d'Etat (Cf. section II.1) le signe de la fin du principe de neutralité de la commande publique.<sup>37</sup>

Cet affaiblissement est le symétrique de la montée en puissance de l'idée de marchés publics « leviers » de politique publique.<sup>38</sup> Cet argument est historiquement celui des associations qui promeuvent depuis le début des années 2000 la commande publique durable. Par exemple, Alliance Villes Emploi, une association de villes fortement engagée dans la promotion des clauses sociales, souligne depuis longtemps l'effet de levier que peuvent représenter les marchés publics de travaux, de nettoyage ou d'entretien pour l'embauche des populations durablement éloignées de l'emploi. Cette logique a été également fortement affirmée par la Direction générale de l'environnement de la Commission européenne peu après la publication des directives de 2004. Un extrait du préambule de la première version de son guide « *Buying green* » résume bien l'argument avancé, tel que l'on observe encore aujourd'hui de façon récurrente. L'achat public permet d'encourager directement l'accroissement de la durabilité de

---

<sup>35</sup> En 2018, 17,4 % des marchés publics exprimés en montant contenaient une clause sociale dans les conditions d'exécution, 18,6 % pour les clauses environnementales. OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE L'ACHAT PUBLIC, *Deuxième assemblée plénière de l'OECP : présentation des données 2018 de la commande publique*, 2019.

<sup>36</sup> François WILINSKI, "De l'intégration du développement durable dans les contrats de commande publique", *Contrats et Marchés publics*, 12, 2011, p. 11.

<sup>37</sup> Noémie PORTE, "Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ?", *Revue du droit public*, 5, 2014, p. 1249.

<sup>38</sup> Guillaume CANTILLON, "L'achat public durable, un outil au service de l'Etat régulateur", *Revue française d'administration publique*, 134, 2, 2010, p. 335-350.

l'offre par les volumes qu'il représente, mais aussi de l'encourager indirectement en établissant une nouvelle norme de consommation.

« En Europe, les pouvoirs publics sont des consommateurs importants, puisqu'ils dépensent quelque 16 % du produit intérieur brut de l'Union européenne (...). En utilisant leur pouvoir d'achat pour acquérir des biens et des services qui respectent également l'environnement, ils peuvent contribuer de manière significative au développement durable. (...) Les marchés publics écologiques permettent aussi de montrer l'exemple et d'influencer le marché. La promotion des marchés publics écologiques est un moyen pour les pouvoirs publics de véritablement inciter l'industrie à développer des technologies vertes. »<sup>39</sup>

En France, ce discours est devenu celui des collectivités territoriales mais aussi de l'Etat. Ainsi, un premier *Plan National d'Action pour des Achats Publics Durables* a été élaboré en 2007. Il a été suivi d'un groupe de travail lors du Grenelle de l'environnement, de décrets et de circulaires fixant des objectifs d'achat public durable, et de l'inscription de cette priorité dans les objectifs du Service des achats de l'Etat créé en 2009 et renommé Direction des achats de l'Etat en 2016.<sup>40</sup> La fixation d'un objectif de 20 % de denrées issues de l'agriculture biologique dans les repas de la restauration collective publique s'inscrit dans ce mouvement, puisqu'il a été énoncé pour la première fois en 2008 dans une circulaire portant sur l'« exemplarité » de l'Etat.<sup>41</sup> De même, le Ministère de l'économie a porté en son sein la création de structures successives, dont l'actuel Observatoire économique de la commande publique, qui ont publié une vingtaine de guides pratiques affirmant ce rôle de levier de la commande publique (pour les achats de papier, de vêtements, de prestations de nettoyage, etc.). Il est d'ailleurs à noter que si le développement durable a été un aiguillon majeur de cette idée, il n'est aujourd'hui plus le seul. La promotion de l'innovation et le développement des PME sont aussi deux impératifs fortement avancés. Ce schéma, extrait d'un guide de la Direction des achats de l'Etat<sup>42</sup>, illustre bien ce point :

---

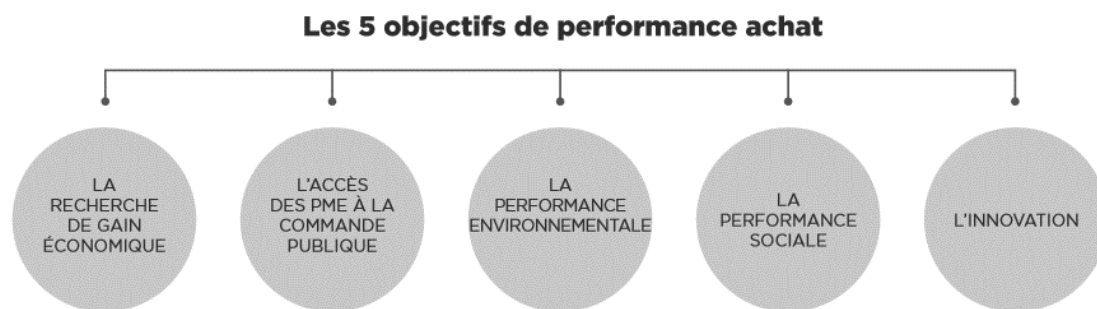
<sup>39</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 2005.

<sup>40</sup> Pour plus de détails sur ces évolutions, voir Guillaume CANTILLON, "L'achat public durable, un outil au service de l'Etat régulateur", *Revue française d'administration publique*, 134, 2, 2010, p. 335-350. Emmanuelle DESCHAMPS, "L'état exemplaire : slogan ou nouveau principe ?", *Revue française d'administration publique*, 143, 3, 2012, p. 829-845.

<sup>41</sup> Circulaire du Premier Ministre du 2 mai 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat en matière d'utilisation de produits issus de l'agriculture biologique dans la restauration collective. Il s'agissait alors d'atteindre cet objectif en 2012. La loi « Egalim » du 30 octobre 2018 fixe au 1<sup>er</sup> janvier 2022 la date de réalisation de ce même objectif.

<sup>42</sup> DIRECTION DES ACHATS DE L'ETAT, *Guide de l'achat public. Le sourcing opérationnel*, 2019.

Dans le secteur public, l'achat constitue un levier pour la mise en œuvre des politiques publiques, que l'Etat articule autour des objectifs de la performance achat.



### **III. La persistance de l'impératif concurrentiel**

La précédente partie témoigne d'une évolution progressive des règles de la concurrence, mais elle ne doit pas amener à conclure à une forme de victoire de la durabilité sur la concurrence ou d'une euphémisation des principes de concurrence affirmés dans les premiers articles du code. Ce constat est particulièrement manifeste dans les débats actuels au sujet du localisme comme dans les arguments avancés en faveur de l'allotissement et du sourcing.

#### ***III.1. L'interdiction du localisme***

Privilégier des fournisseurs locaux fait généralement sens pour les partisans d'une commande publique « levier ». C'est particulièrement le cas pour les collectivités territoriales qui peuvent par ce moyen soutenir les entreprises et l'emploi de leurs régions, et ce quel que soit le domaine d'activité concerné par les achats. Il a par exemple été avancé par les promoteurs des clauses sociales qu'il était absurde que les opérations de rénovation urbaine ne donnent pas lieu à l'embauche des chômeurs des quartiers concernés. Le cas des produits alimentaires est encore plus remarquable tant le « manger local » est actuellement en vogue, notamment dans les discours des pouvoirs publics.<sup>43</sup> Depuis le *Plan d'action en faveur des circuits courts* du Ministère de l'agriculture de 2009 jusqu'à la Loi « Egalim » de 2018, en passant par l'institutionnalisation des « Projets alimentaires territoriaux », les pouvoirs publics appellent à une re-territorialisation de l'agriculture et de l'alimentation. L'achat de produits locaux est alors associé à la promesse de multiples bénéfices, couvrant toute la palette du développement durable : amélioration de la qualité de l'alimentation, soutien aux producteurs du territoire, reconnexion sociale entre les agriculteurs et les mangeurs, réduction des impacts

---

<sup>43</sup> Ronan LE VELLY, *Sociologie des systèmes alimentaires alternatifs. Une promesse de différence*, Paris : Presses des Mines, 2017.



environnementaux liés aux « kilomètres alimentaires ».<sup>44</sup> En définitive, l'achat de produits alimentaires locaux constitue un candidat idéal pour articuler achat public et politique publique et comme un candidat sérieux pour envisager l'usage de critères sociaux et environnementaux dans les appels d'offres.

Pourtant, la référence à une origine locale demeure strictement interdite par le code de la commande publique. Par exemple, un guide édité conjointement par le Ministère de l'agriculture et la Direction des achats de l'Etat rappelle qu'il est illégal d'exiger un produit issu d'une Appellation d'Origine Contrôlée particulière, même s'il est autorisé de se référer aux caractéristiques de son cahier des charges.<sup>45</sup> La proximité géographique peut être un élément de preuve quant à la capacité du candidat à correctement répondre aux demandes exprimées dans un appel d'offres. Pour les denrées alimentaires, elle peut attester de meilleures performances en matière de fraîcheur des produits, de réactivité de livraison, de réduction des émissions de gaz à effet de serre ou de respect de la saisonnalité. Mais, insistons, elle ne peut être exigée dans les conditions d'exécution ni être mentionnée dans les critères d'attribution.

Une évolution de la loi sur ce point a parfois été annoncée, mais elle ne s'est pour le moment jamais produite. En 2010 et 2011, le Ministre de l'agriculture Bruno Le Maire a à plusieurs occasions exprimé son intention de changer le code des marchés publics pour inclure la proximité géographique dans les critères d'attribution. Lors de ses « vœux à la presse », il annonçait : « nous sortirons un décret sur les appels d'offres qui permettra d'ajouter (...) le critère de la proximité de la production (...). On ne va pas se résigner à avoir des centaines de milliers d'enfants en Normandie, ou dans d'autres régions productrices de pommes, consommer les pommes du Chili, alors même qu'il y a des pommes qui sont produites à quelques centaines de mètres de l'école où ils se trouvent. Il y a quelque chose d'aberrant là-dedans qui mérite d'être modifié. »<sup>46</sup> Quelques mois plus tard, un décret du Ministre de l'Economie a effectivement modifié la liste des critères d'attribution autorisés, en ajoutant la possibilité de prendre en compte « les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ».<sup>47</sup> Le code de la commande publique permet donc de mieux

---

<sup>44</sup> Ce discours a été préalablement exprimé, sinon construit, par les acteurs du développement agricole prônant les circuits courts. Voir par exemple FEDERATION NATIONALE DES CIVAM, FONDATION NICOLAS HULOT POUR L'HOMME ET LA NATURE, *Guide la restauration collective responsable à l'attention des collectivités et des entreprises*, 2010.

<sup>45</sup> MINISTERE DE L'AGRICULTURE DE L'ALIMENTATION ET DE LA FORET, DIRECTION DES ACHATS DE L'ETAT, *Localim. La boîte à outils des acheteurs publics de la restauration collective*, 2016.

<sup>46</sup> MINISTERE DE L'AGRICULTURE, « Vœux à la presse : discours de Bruno Le Maire », 26 janvier 2011.

<sup>47</sup> Décret 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.

valoriser les offres impliquant un nombre réduit d'intermédiaires. Pour autant, les auteurs du décret ne sont pas allés jusqu'à inscrire le critère de proximité géographique<sup>48</sup>.

La modification du code opérée en 2011 a donc été moins ambitieuse qu'annoncée, mais aussi moins juridiquement incertaine, tant un critère de préférence locale est contraire aux principes de concurrence du droit de la commande publique (liberté d'accès et égalité de traitement). Il en serait de même pour un critère de préférence nationale, qui serait complètement contraire au droit de l'Union européenne. Ainsi, même si la question est loin d'avoir disparu des débats<sup>49</sup>, une évolution du droit sur ce point semble peu probable dans les années à venir, sauf à réaliser une modification profonde du cadre institutionnel. Le Ministère de l'économie a d'ailleurs ces derniers mois répondu successivement à deux questions parlementaires pour réaffirmer l'interdiction de la préférence locale, tout en expliquant que le droit offrait d'ores et déjà des leviers pour cibler des producteurs locaux et accroître leur accès à la commande publique.<sup>50</sup> Parmi ces leviers, cités dans les réponses du Ministère, nous retrouvons le choix de conditions d'exécution et de critères d'attribution adéquats, mais aussi le recours au sourcing et à l'allotissement.

### ***III.2. Le sourcing et de l'allotissement : la durabilité tout contre la concurrence***

Cette dernière section traite de deux composantes de la conduite des appels d'offres non seulement cadrées mais aussi promues par le droit de la commande publique : le sourcing, incluant la rencontre de fournisseurs potentiels en amont de la rédaction de l'appel d'offres, et l'allotissement, c'est-à-dire la division du marché en un ensemble de lots susceptibles d'être attribués séparément. Ainsi, alors que dans les versions antérieures au code de 2006 l'acheteur pouvait librement choisir entre un marché global ou un marché alloti, l'allotissement est aujourd'hui le principe et le marché global l'exception. La promotion du sourcing est plus récente. La dernière version du code consacre la possibilité d'« échanges préalables » et de « consultations » permettant à l'acheteur de « solliciter des avis ou informer les opérateurs

---

<sup>48</sup> Dernière illustration en date de cette logique, en 2021, la loi « Climat et résilience » a complété la loi « Egalim » en mentionnant de nouveaux critères de qualité reconnus au regard de l'obligation d'introduire 50% de produits durables dans les repas de la restauration collective. Parmi ces critères, il est ainsi ajouté : « Produits dont l'acquisition a été fondée, principalement, sur les performances en matière de protection de l'environnement et de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, dans le respect des règles du code de la commande publique » (art. 257).

<sup>49</sup> Voir par exemple Pierre-Eric SPITZ, "Développement durable, proximité géographique et préférence locale", *Contrats publics*, 189, 2018, p. 62. Jérôme MICHON, "Un certain localisme dans la commande publique peut être légal", *La gazette des communes*, 10 novembre 2020.

<sup>50</sup> Réponse du Ministère de l'Économie et des finances à la question n°09159 de Mme Nadia Sollogoub, 25 mai 2019. Réponse du Ministère de l'Économie et des finances à la question n°24584 de M. Benoit Potterie, 25 février 2020.

économiques de son projet et de ses exigences » (art. R2111-1). A sa suite, les guides édités par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie en détaillent toutes les possibilités.<sup>51</sup> Auparavant, rien n'interdisait de telles pratiques, mais elles étaient tout de même perçues comme relevant d'une zone grise, avec un risque de favoriser les fournisseurs consultés.

La promotion de l'allotissement et du sourcing s'inscrit dans un processus large de modernisation de l'action publique. L'objectif, affirmé depuis le milieu des années 2000, est de professionnaliser les acheteurs publics en s'inspirant des pratiques des entreprises, une tendance parfois rattaché au terme de « Nouveau management public ». Le cas de la commande publique durable témoigne alors bien, à l'image de ce que Jacques Chevallier avait décrit dès le début des années 1990, d'une hybridation entre logique juridique et logique managériale.<sup>52</sup> En pratique, cela veut dire que les services qui pilotent la commande publique des collectivités ou des ministères sont de plus en plus souvent composés d'agents pour les uns formés au droit, pour les autres formés à l'achat. La situation a donc évolué depuis le début des années 2000, où Jean Desmazes, professeur de management, constatait avec regret combien l'objectif de sécurité juridique supplantait dans la grande majorité des services d'achat public celui de performance économique.<sup>53</sup>

Même si elle s'inscrit dans un mouvement général, cette référence au sourcing et à l'allotissement a une grande place dans l'histoire de la commande publique durable. L'accroissement de la durabilité et celui de l'efficacité sont comme accolés l'un à l'autre dans les documents qui la promeuvent depuis le début des années 2000. Les illustrations pourraient sur ce point être multipliées. Nous pouvons citer cette retranscription d'un discours de Jérôme Grand d'Esnon, alors directeur des affaires juridiques au Ministère de l'économie, à l'occasion des assises d'un réseau de collectivités territoriales promouvant la commande publique durable :

« Le critère de développement durable participe du cercle vertueux de l'achat public qui passe d'abord par la définition des besoins. Or, ces besoins doivent être définis puis hiérarchisés afin de répondre aux questions que doivent se poser les acheteurs publics (...)

---

<sup>51</sup> DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Fiche. La définition du besoin*: Paris, 2019. Voir également Yvonnick LE FUSTEC, "Qu'est-ce que le sourcing ?", *Contrats publics*, 185, 2018, p. 18.

<sup>52</sup> Jacques CHEVALLIER, "La juridicisation des préceptes managériaux", *Politiques et management public*, 11, 4, 1993, p. 111-134. Voir aussi Daniel MOCKLE, "Le droit administratif doit-il être vu autrement ?", *Droit et société*, 92, 1, 2016, p. 231-244.

<sup>53</sup> Jean DESMAZES, "Achats publics : la problématique conciliation des dimensions managériale et juridique de la responsabilité publique", *Politiques et management public*, 19, 1, 2001, p. 81-102.

La définition au préalable du besoin est donc fondamentale du bon achat et le critère environnemental s'intègre à ce stade-là. Deuxième élément dans ce cercle vertueux de l'achat public : la connaissance de son marché. Il faut arrêter de croire que le bon achat public est un achat à l'aveuglette, où l'acheteur public ne connaît rien ni personne, qui fait sa publicité, qui ouvre les enveloppes, et que la solution miracle sortira. Ce n'est pas vrai, ça n'a jamais été vrai. Un bon acheteur connaît son marché, un bon acheteur va voir les différentes entreprises et se tient au courant des innovations technologiques et environnementales. »<sup>54</sup>

Dans les guides pratiques, la recherche de bons produits et de bons fournisseurs, comme la veille sur les évolutions de la technologie et les offres disponibles, sont aujourd'hui très souvent identifiées comme des préalables indispensables à un achat durable. Cela a particulièrement été avancé face au constat d'offres encore peu mûres. Par exemple, pour les produits du commerce équitable, il était avancé en 2007 que l'acheteur public ne doit pas raisonner sur la base de ses envies, mais des offres existantes : il est par exemple plus facile de trouver des t-shirts que des vestes ou des pantalons en coton équitable.<sup>55</sup> De même, dans beaucoup de guides, il est expliqué que pour développer des approvisionnements alimentaires en circuits courts, il convient en amont de se renseigner sur les capacités des agriculteurs locaux à répondre aux attentes de la restauration collective (produits transformés, conditionnements spécifiques, logistique maîtrisée...)<sup>56</sup>.

Le sourcing est donc identifié comme une pratique contribuant à l'accroissement de la durabilité des achats. Mais, de façon remarquable, il est tout autant décrit comme indispensable à la bonne réalisation de la concurrence. Sans consultation préalable, un appel d'offres risque ainsi de sous-estimer la gamme de propositions techniques capables de répondre à un même besoin. Reconduire dans un appel d'offres les caractéristiques du bien ou service fourni dans un marché en train de se clore, ce qui est le plus simple en l'absence de professionnalisation de la démarche « achat », conduit bien souvent à privilégier le titulaire actuel du marché. Pour cette raison, le code de la commande publique permet les consultations préalables, tout en rappelant qu'elles ne doivent pas amener à « fausser la concurrence ou méconnaître les principes [de libre accès,

---

<sup>54</sup> INTER-RESEAUX COMMANDE PUBLIQUE ET DEVELOPPEMENT DURABLE, *Synthèse des interventions et des échanges, Premières assises nationales*, 2007.

<sup>55</sup> Voir par exemple : PLATE-FORME POUR LE COMMERCE EQUITABLE, ASSOCIATION DES REGIONS DE FRANCE, *Guide de l'achat public équitable*, 2007.

<sup>56</sup> Voir par exemple : DRAAF RHONE-ALPES, *Guide pratique. Favoriser une restauration collective de proximité et de qualité*, 2010.

égalité de traitement et transparence de la procédure] mentionnés à l'article L3 » (art. R2111-1). Des bonnes pratiques, telles que celles éditées dans un guide consacré à l'accès des PME à la commande publique, permettent de s'en assurer : interroger un panel vaste de fournisseurs, leur transmettre le même niveau d'information et bien évidemment ne pas pénaliser des fournisseurs qui n'auraient pas participé à ces consultations.<sup>57</sup> Dans ces conditions, le sourcing est « loin de fausser la concurrence, il permet de faciliter la concurrence la plus large ».<sup>58</sup>

Le recours à l'allotissement est de façon très semblable promu tout autant parce qu'il permet le développement d'achats plus durables que parce qu'il favorise l'expression de la concurrence. Sur le premier point, l'allotissement est par exemple systématiquement recommandé pour développer les achats auprès d'agriculteurs locaux.<sup>59</sup> Couplé avec une bonne connaissance de l'offre du territoire, il est décrit comme leur permettant de se positionner sur un ou deux lots précis, pour lesquels ils disposent de l'offre attendue. Par exemple, autant il est impossible qu'un éleveur puisse répondre à l'ensemble d'un marché « produits laitiers », autant il peut remporter le lot « fromage blanc ». Il en est de même pour les marchés incluant des volumes de travail en insertion. Le sourcing peut alors être mené auprès de structures comme les Maisons de l'emploi et déboucher sur la détermination de lots qui pourront impliquer des travailleurs en insertion.<sup>60</sup> Au premier abord, l'allotissement peut alors sembler entraver la concurrence. Pour autant, la doctrine juridique, notamment de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, y voit surtout un moyen de l'accroître. Ne pas allotir revient à restreindre le nombre de prestataires à même de répondre à un appel d'offres. Plus les lots sont petits, plus un nombre important de fournisseurs peut s'y présenter. L'enjeu, tel qu'il est énoncé au sujet des PME est de permettre l'« accès au marché ». Cette expression résume bien le propos : il s'agit tout autant de défendre une politique publique tournée vers les PME que de les inclure dans un marché concurrentiel. Pour revenir au cas des circuits courts de proximité, l'allotissement apparaît finalement comme nécessaire à la fois au ciblage des producteurs locaux et à leur entrée dans la concurrence. Dans les termes d'un guide de la Direction des affaires juridiques :

---

<sup>57</sup> DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE, *Guide pratique « faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique »*, 2019.

<sup>58</sup> DIRECTION DES ACHATS DE L'ÉTAT, *Guide de l'achat public. Le sourcing opérationnel*, 2019.

<sup>59</sup> Voir par exemple DRAAF RHONE-ALPES, *Guide pratique. Favoriser une restauration collective de proximité et de qualité*, 2010.

<sup>60</sup> Voir par exemple DELEGATION GENERALE A L'EMPLOI ET A LA FORMATION PROFESSIONNELLE, OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2018.

« L'allotissement des marchés est de nature à susciter une large concurrence et à faciliter la participation directe des producteurs agricoles et de leurs groupements. »<sup>61</sup>

## Conclusion

En 2007, Jérôme Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques du Ministère de l'économie, énonçait dans son discours aux acteurs de collectivités impliqués dans le développement de l'achat public durable : « la problématique du développement durable a provoqué une révolution philosophique sur les marchés publics en Europe ». <sup>62</sup> En restituant, comme nous y invite cette citation, l'évolution du droit et de son esprit, nous avons montré qu'une telle déclaration mérite d'être nuancée. Plutôt qu'une révolution, il convient probablement de parler d'une évolution contrastée. D'un côté, l'introduction du développement durable dans le droit a progressivement modifié le périmètre des discriminations acceptables et des finalités de la commande publique. Ce changement ne doit pas être minoré dans sa portée ; il offre aux acheteurs publics des possibilités qui n'existaient pas auparavant. D'un autre côté, les principes de concurrence affirmés dans les premiers articles du code demeurent contraignants et interdisent toute priorisation pour un achat local. En outre, ils trouvent un relai dans la promotion actuelle de l'allotissement et du sourcing qui vise à accroître autant la durabilité des achats que la mise en concurrence des fournisseurs.

Pour clore cet article, nous pouvons envisager deux développements pour des recherches futures. Premièrement, même si nous avons au fil du texte identifié des acteurs, des interprétations et des moments clés de l'histoire de l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique, soulignons que nous n'avons pour cela mobilisé que des sources de seconde main. Pour aller au-delà de cette histoire « officielle », que les professionnels du secteur énoncent dans leurs publications, il serait fructueux de réaliser une enquête par études d'archives et entretiens auprès de ses protagonistes. <sup>63</sup> Cela permettrait de davantage expliquer les raisons des évolutions que nous n'avons pour l'essentiel fait que constater. La structure du champ des juristes impliqués dans cette histoire pourrait également être précisée, afin de prendre du recul sur les déterminants de leurs positions. Deuxièmement,

---

<sup>61</sup> DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, MINISTERE DE L'ECONOMIE DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 2015.

<sup>62</sup> INTER-RESEAUX COMMANDE PUBLIQUE ET DEVELOPPEMENT DURABLE, *Synthèse des interventions et des échanges, Premières assises nationales*, 2007.

<sup>63</sup> A l'image de cet article : Fabien ÉLOIRE, "Le « tournant de la rigueur » comme processus régulateur. Étude d'une décision de politique économique", *Revue française de sociologie*, 61, 2, 2020, p. 207-241.

la perspective défendue dans cet article invite à ne pas penser l'équilibre ou l'opposition entre deux entités stabilisées, le développement durable et la concurrence, mais à comprendre comment leur rencontre les modifie l'une et l'autre. Nous avons ainsi établi que la référence au développement durable a changé les règles de la concurrence. La relation symétrique mériterait aussi une étude approfondie. Pour montrer que cette question n'est pas futile, nous pouvons faire l'hypothèse que le processus d'appel d'offres pousse à une importante qualification et quantification de la durabilité, qu'il impose de mobiliser des normes et des garanties pour les conditions d'exécution et des indicateurs pour les critères d'attribution. Il convient alors de s'interroger sur les origines de ces normes, garanties ou indicateurs de durabilité, mais aussi sur les bénéfices et les limites de leur mobilisation. De nouveau, les enjeux ne sont pas mineurs et témoignent de l'intérêt de mener des recherches sur ces marchés si méconnus que sont les marchés publics.

## **Remerciements**

L'auteur remercie les organisateurs et participants de la journée d'études « Se faire concurrence, de quel droit » (Centre de sociologie des organisations, janvier 2020), qui l'ont amené à persévérer dans l'écriture de cet article, ainsi que les deux évaluateurs de la revue, qui ont considérablement aidé à clarifier son argument.