



FEDERATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS

COMITÉ JURIDIQUE (*)

NOTE DE TRAVAIL

(délibérée et adoptée le 13 février 2007)

Objet : Interdictions d'accès aux marchés publics à des entreprises ayant conclu des Contrats Nouvelle Embauche

(*) Le Comité Juridique de la FNTF est présidé par Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université de Paris II, ses membres sont : François-Régis BOULLOCHE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, Christophe LAPP, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Jean-François MARTIN, Avocat Honoraire à la Cour d'Appel de Paris, Roland SANVITI, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Serge-Antoine TCHEKHOFF, Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Des collectivités locales ont décidé d'interdire l'accès à leurs marchés publics aux entreprises ayant conclu des Contrats Nouvelles Embauches (ord. n° 2005-893 du 2 août 2005).

C'est notamment le cas de la commune de Bègles : par délibération du 6 avril 2006, le conseil municipal a demandé à l'exécutif communal de faire figurer dans les documents des marchés publics une clause dite « du mieux-disant social » autorisant la commission d'appel d'offres à évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours à ces contrats.

Le comité juridique a été interrogé sur la légalité de telles décisions (§ I) et sur les recours ouverts pour les contester (§ II).

I- Légalité de la décision

Plusieurs motifs paraissent interdire à des collectivités locales d'écartier une candidature présentée par une société ayant conclu un contrat nouvelles embauches, tenant à l'obligation pour les collectivités locales de respecter la loi (§ A) et aux règles particulières d'attribution des marchés publics (§ B).

A/ Respect de la loi

La décision en cause a pour effet de sanctionner une entreprise qui s'est bornée à appliquer une loi.

Or, une collectivité locale ne peut prendre une décision, réglementaire ou individuelle, ayant pour effet de méconnaître une règle légale s'imposant à elle, de valeur constitutionnelle, législative ou réglementaire ; son pouvoir doit respecter le principe de la hiérarchie des normes.

Certes, l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que :

« Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon » (alinéa 2).

« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseillers élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences » (alinéa 3).

Et selon l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales, *« le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »* (alinéa 1^{er}).

Mais une délibération ne peut porter sur un objet étranger aux attributions légales du conseil municipal.

Est ainsi illégal l'arrêté d'un maire et la délibération d'un conseil municipal interdisant les expulsions de locataires et les saisies mobilières sur le territoire de la commune, ni le maire, ni le conseil municipal ne tirant d'une disposition législative le pouvoir de faire obstacle à l'exécution de décisions de justice (Conseil d'Etat, 9 octobre 1996, Commune d'Ivry-sur-Seine, Rec. Lebon, p. 747).

Une commune ne peut modifier les conditions de fonctionnement du conseil municipal, qui relèvent de la compétence du législateur (Conseil d'Etat, 2 avril 1993, Commune de Longjumeau, Rec. Lebon, p. 91).

Une délibération ne peut être contraire à la loi (ex. : Conseil d'Etat, 18 nov. 1992, Comité de liaison d'Antibes de la Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques, Rec. Lebon, p. 414 ; 20 mai 1994, Préfet du Calvados c/ Ville de Caen, Rec. Lebon, p. 249).

Le Conseil d'État a également jugé que l'article 21 de la loi du 28 novembre 1990 conférait aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics compétence pour déterminer, « dans le respect des critères fixés par la loi », les emplois auxquels peut être attachée l'attribution d'un logement de fonction (Ass., 2 déc. 1994, Commune de Cuers, Rec. Lebon, p. 522, & Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, p. 529).

Les communes qui, sur le fondement de l'article R. 449-1 du code de la construction et de l'habitation, peuvent proposer à un organisme d'HLM des candidats à l'attribution des logements pour lesquels elles bénéficient de réservations, ont la faculté de définir, par voie de dispositions de portée générale, les orientations ou les règles sur la base desquelles elles entendent formuler ces propositions, à condition, toutefois, qu'aucune atteinte ne soit portée par ces dispositions aux prescriptions législatives et réglementaires en vigueur (Conseil d'Etat, 5 octobre 1998, Commune de Longjumeau, Rec. Lebon, p. 768, Petites affiches 1999, n° 94, p. 18).

Méconnaît l'article 2 du décret du 30 décembre 1987 la délibération décidant de créer un emploi de chargé de mission auprès du maire, chargé de la réorganisation des services municipaux, dès lors que les attributions de cet emploi, dont le titulaire n'est pas subordonné au secrétaire général, sont en fait celles du secrétaire général selon l'article 2 précité (Conseil d'Etat, 20 mars 1996, Syndicat national des secrétaires généraux des villes de France, Rec. Lebon, p. 748).

Il pourrait donc être soutenu qu'est étrangère aux attributions du conseil municipal une délibération ayant pour objet d'empêcher une entreprise d'appliquer une disposition légale.

Il en est ainsi, spécialement, lorsque cette délibération porte atteinte à un principe fondamental.

Le Conseil constitutionnel a jugé que « le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en oeuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions des collectivités territoriales, et ainsi puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République » (9 avril 1996, Statut de la Polynésie française, n° 96-373 DC, Rec. Cons. Const. p. 43).

Parmi les principes fondamentaux figurent celui de la liberté d'entreprendre, qui a valeur constitutionnelle (Cons. Const., 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, déc. n° 2001-455 DC, AJDA 2002, p. 1163, JCP éd. G 2002, II, 10091 ; 31 juillet 2003, Loi relative à l'archéologie préventive, n° 2003-480 DC), et qui a également été qualifié par la Cour de Cassation de « principe fondamental » (Soc., 13 juillet 2004, Bull. n° 205 p. 190, JCP éd. G 2005, I, 122, n° 4).

Or, en empêchant une société candidate de recourir à des contrats nouvelles embauches, la collectivité locale s'immisce dans la gestion de l'entreprise, ce qui ne saurait relever de ses compétences.

Pourrait également être invoquée, semble-t-il, une violation du principe d'égalité entre sociétés soumises à la législation française ayant conclu des contrats nouvelles embauches et des sociétés étrangères qui, sans être soumises à cette législation, auraient néanmoins la possibilité de rompre des contrats de travail dans des conditions comparables.

B/ Règles d'attribution des marchés publics

L'article 1^{er} du code des marchés publics, dans sa rédaction résultant du décret du 7 janvier 2004, dispose que « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

Selon le Conseil constitutionnel, les principes rappelés par ces dispositions découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 (déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Consid. n° 10, Dr. Adm. oct. 2003, n° 188) ; ils ont donc une valeur constitutionnelle, de sorte que toute décision d'une personne publique doit respecter les principes de libre accès au marché, d'égalité et de libre concurrence entre candidats.

Dans sa version résultant du décret du 1^{er} août 2006, le code est rédigé de manière un peu différente, puisqu'il prévoit que les marchés publics « respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code » (art. 1^{er}-II). La valeur des principes précédemment rappelés ne s'en trouve cependant pas modifiée.

Précisément, le code des marchés publics fixe des conditions d'accès à la commande publique, relatives à la situation fiscale et sociale des candidats ou aux difficultés des entreprises.

Il résulte de l'article 43 du code, dans sa rédaction de 2006, que certaines personnes ne peuvent soumissionner, par exemple celles qui sont en état de liquidation judiciaire ou dont la faillite personnelle a été prononcée, celles qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou qui n'ont pas payé impôts et cotisations.

Les articles 44 et 45 comportent une liste limitative des renseignements et pièces demandés à l'appui des candidatures, et l'article 52 précise que les candidats qui ne peuvent soumissionner en application de l'article 43 ou qui ont produit des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne peuvent participer à la suite de la procédure.

Seules les exigences résultant de ces dispositions permettent d'écarter la candidature d'une entreprise.

Par ailleurs, l'article 53 fixe les règles relatives aux critères d'attribution des marchés, en précisant que la personne publique se fonde sur divers critères variables liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, etc..., et que d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché.

Or, des critères étrangers à l'objet de la réglementation des marchés publics et à la bonne exécution du marché ne peuvent justifier l'attribution d'un marché.

Selon le Conseil d'Etat, par exemple, la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre, de sorte qu'en recommandant aux responsables des marchés d'écarter les candidatures de certaines entreprises au seul motif que leur chiffre d'affaires serait trop important au regard du montant des marchés, une directive ministérielle a pour effet d'introduire une discrimination qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics, et de porter ainsi une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre (Conseil d'Etat, 13 mai 1987, Sté Wanner Isofi Isolation, Rec. Lebon, p. 171).

L'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux n'étant pas une des conditions de bonne exécution du marché, les motifs retenus, tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle, sont sans rapport avec la réglementation des marchés et entachent la décision d'erreur de droit (29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, Rec. Lebon, p. 1035).

Un critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation est sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution (25 juillet 2001, Commune de Gravelines, Rec. Lebon, p. 391).

Mais des spécifications techniques justifiées par les nécessités propres au service public peuvent limiter la concurrence entre fournisseurs (Sect., 3 nov. 1995, District de l'agglomération nancéienne, Rec. Lebon, p. 391).

En l'occurrence, le motif d'exclusion des candidats à l'attribution du marché est étranger aux objectifs du code des marchés publics, il n'est pas justifié par l'objet du marché ; il pourrait donc être soutenu que ce critère méconnaît les règles de dévolution des marchés publics.

Ces considérations ont conduit le tribunal administratif de Bordeaux, après une ordonnance de suspension rendue le 15 juin (Dr. Adm. août 2006, déc. n° 130), à annuler, par jugement en date du 5 décembre 2006 (Moniteur 22 déc. 2006), une délibération du conseil municipal de la ville de Bègles tendant à inclure dans les documents des marchés publics une clause destinée à permettre à la commission d'appel d'offres d'évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours aux « contrats nouvelle embauche ».

Selon le tribunal, le conseil municipal, en décidant d'exclure de la commande publique certaines entreprises qui emploieraient du personnel dans le cadre des contrats en cause, qui ont été d'ailleurs institués par la loi, a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats aux marchés publics rappelé par l'article 1^{er} du code, et en décidant la mise en oeuvre de cette clause pour l'ensemble des marchés publics, le conseil a également enfreint les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics qui limitent la prise en compte d'autres critères à l'objet du marché.

Il est vrai que le code lui-même comporte des dispositions fixant des critères d'attribution qui n'ont qu'un très lointain rapport avec l'objet du marché, notamment les performances d'un candidat « en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » (art. 53 du code) ; mais il semble que le champ d'application de ce critère soit restreint aux marchés publics « dont l'objet principal sera de favoriser l'emploi des personnes en difficulté », comme l'a indiqué la Direction des Affaires juridiques du Ministère de l'Economie, par courrier du 8 avril 2005 adressé à la FNTP, qui confirme ainsi qu'un critère d'attribution doit être justifié par l'objet du marché.

II- Recours permettant de contester la décision

Il y a lieu de distinguer selon que la décision retenant le critère litigieux est générale ou si elle ne concerne qu'un seul marché.

A/ Décision générale

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une collectivité locale a pris une délibération selon laquelle l'ensemble de ses marchés ne pourrait être attribué à une entreprise ayant conclu des CNE.

Cette décision pourrait être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir par des entreprises de travaux publics locales, susceptibles d'être privées de marchés, et sans doute encore par une fédération professionnelle locale, compte tenu de la portée générale de l'acte.

Par ailleurs, le préfet pourrait déférer la décision au tribunal administratif, conformément à l'article L. 2131-6 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales, et assortir son recours d'une demande de suspension, subordonnée à la seule condition qu'un des moyens invoqués paraisse, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué.

Un tel recours a été exercé, par exemple, à propos de la délibération précitée du conseil municipal de la ville de Bègles, annulée par un jugement du Tribunal administratif de Bordeaux rendu le 5 décembre 2006.

Une entreprise candidate peut demander au préfet de former un déféré (art. L. 2131-8 CGCT), et la demande proroge le délai de l'action propre de cette entreprise (Conseil d'Etat, Sect., 23 avril 1997, *Ville de Caen*, p. 158) ; le délai court alors à nouveau à compter du refus explicite ou implicite du préfet (ce dernier acquis par un silence de deux mois).

B/ Décision relative à un marché précis

Un candidat irrégulièrement évincé peut former un référé précontractuel (art. L. 551-1 du code de justice administrative). Cette procédure est ouverte dès lors qu'est dénoncé un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence qui régissent l'attribution des marchés publics, et sans que le requérant ait à établir un quelconque préjudice personnel, pourvu toutefois qu'il soit une entreprise concurrente de l'attributaire pressenti.

Le référé précontractuel permet de saisir le juge de tous les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics ; le juge peut alors, statuant en

référé, ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte ; la décision est rendue en premier et dernier ressort, elle est donc susceptible d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

Une entreprise candidate peut également former un recours pour excès de pouvoir contre la décision d'attribution du marché, pour en obtenir l'annulation et la condamnation de la collectivité locale à réparer le préjudice que lui a causé cette décision.

Conformément à une jurisprudence aujourd'hui bien établie (Conseil d'Etat, 7 oct. 1994, *Epoux Lopez*, Rec. Lebon, p. 430), il peut aussi être demandé au juge de l'excès de pouvoir de prolonger sa décision d'annulation par une injonction faite à la collectivité locale (au besoin sous astreinte) d'en tirer les conséquences sur le contrat lui-même, par tous les moyens de droit disponibles et au besoin en saisissant le juge du contrat.

La voie du déféré peut, enfin, être suivie, tant à l'encontre de la décision de passer le marché qu'à l'encontre du marché lui-même, afin d'en demander l'annulation.