

# Le critère de la performance de l'approvisionnement de produits agricoles : le plus court circuit vers le tribunal correctionnel ?

- L'ajout d'un critère d'attribution, celui de la performance des approvisionnements de produits agricoles, à la liste indicative des critères de l'article 53 du code des marchés publics, ne modifie en rien l'obligation des pouvoirs adjudicateurs de respecter le principe de non-discrimination des candidats.
- Le lien avec l'objet du marché devra, en tout état de cause, être justifié au risque de favoriser un opérateur économique local.

## Auteur

Pierre De Baecke, avocat associé, cabinet Volta avocats

## Référence

Article 53 du code des marchés publics

## Mots clés

Marché public • Produit agricole • Circuit court • Approvisionnement direct • Performance • Critère d'attribution • Objet du marché •

Le 18 mai 2010, le ministre de l'Agriculture et de la Pêche prononce au Sénat le discours introductif à la discussion, en première lecture, du projet de loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche. Il y déclare notamment que :

La « politique publique de l'alimentation défendra aussi un nouveau modèle de commercialisation des produits, pour mettre fin aux aberrations que nous constatons tous. Il n'est pas raisonnable, en effet, que les produits agricoles parcourent en moyenne 2 000 kilomètres, avant de se retrouver sur la table du consommateur ! Nous développerons donc les circuits courts, en modifiant le code des marchés publics et en préservant les terres agricoles à proximité des grandes agglomérations ».

C'est cette volonté politique de promouvoir les « circuits courts » en matière d'approvisionnement agricole, qui justifie officiellement l'ajout opéré par le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique<sup>(1)</sup>, qui ajoute, à son article 18, un nouveau critère, celui des « performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture » dans la liste énumérant les critères d'attribution mentionnée au 1° du I de l'article 53 du code des marchés publics.

Les marchés cibles, le plus souvent évoqués, de cette mesure, sont les marchés publics de restauration collective, administrative ou scolaire. Ce qui écarte au passage les hypothèses dans lesquelles l'activité de restauration a été déléguée dans le cadre d'une concession ou d'un affermage, soit environ 50 % des cas. Il appartiendra aux autorités déléguées qui veulent privilégier les circuits courts d'insérer des clauses idoines dans leurs conventions de délégation de service public, ce qui se négocie avec les opérateurs. Dans les hypothèses d'une exploitation en régie, les pouvoirs adjudicateurs pourraient donc, désormais, introduire cette préoccupation dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

(1) JORF n°0197 du 26 août 2011, p.14453.

## I. Une disposition juridiquement inutile

En légistique<sup>(2)</sup>, il est de ces règles qui souffrent en pratique peu d'exception, si bien qu'il faudrait les qualifier de théorèmes. L'une de ces règles réside dans le constat, toujours vérifié, que toute énumération insérée dans un texte normatif appelle à être augmentée. Le droit des marchés publics ne fait pas exception à ce théorème.

Le code des marchés publics contient plusieurs listes énumératives. Certaines ont une portée obligatoire, elles sont opposables aux pouvoirs adjudicateurs et matérialisent, par exemple, le champ d'application d'un texte ou d'une procédure dérogatoire au droit commun des marchés publics et des procédures formalisées. Il en va ainsi, d'abord, de l'article 2 du code, qui fixe la liste des personnes publiques qui relèvent de son champ d'application, ou de celle de l'article 179 du code, qui fixe la liste des marchés ayant pour objet la défense ou la sécurité et relèvent, à ce titre de la troisième partie du code, dans sa rédaction issue du décret du 14 septembre 2011<sup>(3)</sup>.

Il en va encore ainsi de la liste des bénéficiaires du droit d'attribution préférentiel prévue au IV de l'article 53 du code. L'énumération présentée par le texte est limitative et d'interprétation stricte : en dehors des bénéficiaires mentionnés sur cette liste, il n'est pas possible d'appliquer ce droit de préférence à un autre opérateur, sans rompre au profit de celui-ci le principe d'égalité de traitement des candidats et commettre, si les autres éléments constitutifs du délit sont réunis, un octroi d'avantage injustifié à autrui<sup>(4)</sup>. La liste énumérative est contraignante, la portée d'un ajout constitue un enjeu qui peut être substantiel et considérable, ces listes ne se modifient pas à la légère et l'exemple du IV de l'article 53 est, à cet égard, un bon exemple<sup>(5)</sup>.

Tel n'est pas le cas d'autres énumérations du code des marchés publics, qui n'ont pas de portée normative. Il en est ainsi des listes énumératives qui ne présentent qu'un caractère indicatif. La liste figurant au 1° du I de l'article 53 du code en constitue un exemple.

Ces dispositions obéissent à un régime juridique simple, qui tient en quelques mots : les critères d'attribution doivent être en lien avec l'objet du marché. Voilà tout. Le juge contrôle strictement l'application de cette règle en veillant au respect de la neutralité du droit de la commande publique<sup>(6)</sup> : celui-ci ne peut avoir d'autre objet que la protection des deniers publics et l'efficacité économique de l'achat public<sup>(7)</sup>. La liste qui suit l'énoncé de cette règle ne présente qu'un caractère indicatif : précédée d'un « notamment », elle constitue une énumération longue destinée,

uniquement, à donner des exemples aux acheteurs publics. De sorte qu'en légistique, cette liste n'a rien à faire dans un texte réglementaire, elle relève de la simple circulaire interprétative. Il en résulte que l'ajout d'un item supplémentaire ne présente, en droit, strictement aucun intérêt : la règle n'est pas changée.

Il faut tirer de ce constat deux observations. D'abord, les acheteurs publics pouvaient déjà, par le passé, faire des performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture un critère d'attribution de leurs marchés, pour autant que ce critère ait un lien avec l'objet de leur marché. Ensuite, l'insertion de ce critère dans la liste du I de l'article 53 du code ne les dispense, en aucune manière, de justifier de ce lien avec l'objet du marché. Il sera donc, le cas échéant, indispensable d'insérer, dans le cahier des charges, des éléments de nature à justifier que les opérateurs économiques puissent être jugés sur le fondement de ce critère, selon la même logique que celui de l'achat socialement responsable. Dans ce cadre, il a déjà été expliqué aux acheteurs publics comment orienter ces stipulations en insérant des conditions d'exécution sociales dans les stipulations des cahiers des charges pour infléchir l'objet du marché et, ainsi, pouvoir tenir compte des composantes sociales des offres<sup>(8)</sup>. Voilà qui demande des efforts supplémentaires aux acheteurs publics. Quel bénéfice pourraient-ils en attendre ?

## II. Une disposition juridiquement risquée

Favoriser les circuits courts dans les approvisionnements directs des produits de l'agriculture semble intéressant, mais à quoi cela sert-il ? Une explication figure dans la fiche explicative concomitamment mise en ligne par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, qui explique :

« Cette mesure permettra de rapatrier de la valeur ajoutée pour les agriculteurs en diminuant le coût des intermédiaires et de préserver l'environnement en limitant le déplacement des produits et le recours aux plateformes de répartition. »

Il y a plusieurs observations à formuler.

### A) Une meilleure rémunération des agriculteurs

Il faut s'interroger, en premier lieu, sur la question de savoir si le fait de « rapatrier » (sic) de la valeur ajoutée pour les agriculteurs, constitue un objectif de la réglementation de la commande publique. Le pouvoir d'achat des agriculteurs est-il le problème des acheteurs publics ? Cela devrait être admis dans certaines circonstances<sup>(9)</sup>. Il est en effet essentiel, nous semble-t-il, pour les pouvoirs adjudicateurs, de pouvoir protéger la concurrence et, partant, la sécurité de leurs filières d'approvisionnement. Cette considération n'est pas propre aux marchés de défense et de sécurité, dont le régime vient d'être complété par l'insertion, dans le code des marchés publics, d'une troisième partie nouvelle<sup>(10)</sup>. Au passage, les textes ont été harmonisés de manière à éviter tout effet *a contrario* indésirable et la liste de l'article 53 du code à nouveau complétée, pour cette raison, de

(8) Observatoire économique de l'achat public, Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées, déc. 2010.

(9) En ce sens : P. De Baecke et M.-A. Brossay, « L'acheteur public : prévenir, détecter et gérer les pratiques anticoncurrentielles », CP-ACCP n° 99, mai 2010, p. 41.

(10) Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité, JO du 15 sept. 2011, p. 15450.

(2) La légistique est l'étude systématique des méthodes de rédaction des textes de loi, par extension des textes normatifs.

(3) Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité, JORF du 15 septembre 2011, p. 15450.

(4) Code pénal, art. 432-14.

(5) Les projets d'extension de la liste du IV de l'article 53, qui figuraient dans les projets initiaux de modification du code, tels qu'ils ont pu être publiés à l'automne dernier sur le site achatpublic.com, ont été abandonnés. Il est vrai que ce projet télescopait alors une remise en cause devant la CJUE de la compatibilité du droit de préférence avec les directives communautaires (TA Montreuil, 16 mars 2010, Soc. Accor Services France, n° 0901510, la question qui n'est aujourd'hui pas encore tranchée en raison du désistement des parties dans cette affaire).

(6) CE 13 mai 1987, Société Wanner Isaf isolation, Lebon, p. 171 ; TA Strasbourg, 30 nov. 1999, Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, n° 991028, MTP 24 décembre 1999, Suppl. TO p. 323, concl. P. Devillers ; CE 25 juil. 2001, Commune de Gravelines, n° 229666, Lebon p. 391, AJDA 2002, p. 46, concl. D. Piveteau.

(7) Cons. const., n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

deux exemples inédits, la sécurité d'approvisionnement et l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. La sécurité d'approvisionnement a un sens sur le plan de la concurrence. Il s'agit d'empêcher la destruction des opérateurs économiques de petite taille par l'attribution systématique des marchés aux moins-disants. À défaut, ce serait la certitude, une fois une situation oligopolistique ou monopolistique constituée au profit de ces derniers, de voir les conditions économiques des acheteurs publics se dégrader substantiellement et durablement. Tel pourrait bien ainsi, être le prix payé par l'État après quelques années de mise en œuvre de sa politique de massification de ses achats, efficace à court terme sur le plan budgétaire, potentiellement dramatique et absurde, à long terme, sur le plan de la concurrence et de l'économie.

### B) La prise en charge de coûts annexes

Il convient, en deuxième lieu, de ne pas confondre la notion de « circuit court » et celle du raccourcissement de la distance séparant le lieu de production du lieu de consommation. Le « circuit court » signifie la disparition des intermédiaires de la chaîne de distribution d'un produit et, notamment des plateformes logistiques, mais si la logistique sert au transport, elle assure aussi certains services<sup>(11)</sup>. L'acheteur public devra prendre certaines précautions inhérentes à la notion de « circuit court », tenant par exemple à la disparition des plateformes de répartition. Ces plateformes jouent un rôle en termes de logistique, certes, mais aussi de stockage et, partant, de régularité des approvisionnements. Ces services justifient habituellement, d'ailleurs, une rémunération qui s'évalue à hauteur de 3 à 3,5 % du prix de vente des produits. Cette problématique devra gérée assumée par le pouvoir adjudicateur, s'agissant, par exemple, du stockage des denrées, ou être directement traitée par les producteurs agricoles. Ces derniers assumeront ces fonctions de stockage ou de répartition dans le temps des approvisionnements. Si tel n'est pas le cas, l'acheteur pourrait rencontrer des difficultés d'exécution de son marché.

### C) Un alibi du favoritisme local ?

Pourquoi, en troisième lieu, ne pas avoir utilisé ce critère avant le décret du 25 août 2011 puisqu'il était autorisé par le code, dès lors que lié à l'objet du marché ? La véritable justification de cette disposition n'est-elle pas inavouable ? Préférer les circuits courts dans les approvisionnements directs des produits agricoles n'aurait-il pour seul objet de permettre le favoritisme local ?

Dans cette perspective, la liste d'exemples indicatifs de critères de l'article 53 du code des marchés publics n'a aucune valeur juridique mais présente une valeur pratique certaine : celle d'un alibi très commode. Les pouvoirs adjudicateurs pourraient s'autoriser à s'en prévaloir pour s'abriter et écarter, d'une manière discriminatoire, les opérateurs économiques non locaux au prétexte que les circuits courts sont plus économiques et moins polluants. Il faut que les acheteurs publics sachent que tout ceci reste, en pratique, à démontrer. Faut-il le rappeler ? Le favoritisme local est interdit ! Dès lors que l'allongement de la liste du I de l'article 53 ne modifie en rien le régime juridique applicable aux critères d'attribution des offres, s'abriter derrière un tel paravent est illusoire. Si la performance en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture est justifiée par l'objet du marché, le critère de sélection des offres est légitime. S'il n'est pas lié à cet objet, il présente un caractère discriminatoire et, dès lors qu'il a pour effet de favoriser un ou plusieurs opérateurs économiques locaux, son usage est susceptible de constituer le délit d'octroi d'avantages injustifié à autrui, en application de l'article 432-14 du code pénal. Justifier avoir respecté la lettre d'un texte juridiquement creux pourrait n'être, alors, d'aucun secours. La chambre criminelle de la Cour de cassation l'a plusieurs fois répété : le respect formel du code n'exonère en rien du respect des principes généraux du droit de la commande publique<sup>(12)</sup>.

Acheteurs publics, si votre but est de faire du favoritisme local, ne vous illusionnez pas sur la protection que ne vous octroie pas la nouvelle rédaction de l'article 53 du code des marchés publics ! ■

(11) Sur le rôle de la logistique et des plateformes dans les circuits de distribution, on pourra se reporter à l'étude très claire du Sétra (Service d'études techniques des routes et autoroutes), un service du ministère de l'Écologie, La logistique de la grande distribution, réalisée en juin 2008 et téléchargeable à l'adresse suivante : [http://www.setra.equipement.gouv.fr/IMG/pdf/0835w\\_Logistique\\_grande\\_distribution.pdf](http://www.setra.equipement.gouv.fr/IMG/pdf/0835w_Logistique_grande_distribution.pdf).

(12) Par ex. : Cass. crim., 14 février 2007, pourvoi n°06-81924, Bull. crim. n°47 ; AJDA 2007, p.853, J.-D. Dreyfus ; BJCJP juillet 2007, p.317, obs. C. Maugüe ; JCP A 4 juin 2007, p.15, F. Linditch : « dès lors que la méconnaissance de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics [...], qui s'appliquait à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal, la cour d'appel, qui a caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits dont elle a déclaré les prévenus coupables, a justifié sa décision ».