

MARCHÉS PUBLICS

Un acheteur public peut-il devenir « locavore » ?

- **Le « locavore » est une personne qui achète de la nourriture produite dans un rayon de 160 km autour de son domicile.**
- **Justifiée par des considérations écologiques, cette mode, venue tout droit de Californie, commence à faire des émules en Europe.**
- **Va-t-elle influencer les acheteurs et s'étendre à d'autres secteurs, tels que la restauration collective, les matériaux du BTP ou même les travaux ?**
- **Une réponse négative s'impose.**

« **L**ocavore », le néologisme est plutôt étrange. On le doit, semble-t-il, à une étudiante californienne et il a été consacré comme « mot de l'année » dans la dernière édition de l'« Oxford American Dictionary ». Le « locavore » est un humain omnivore (vous et moi, donc) qui consomme de la nourriture produite, récoltée et distribuée localement; d'où son nom. Pour les « locavores », l'alimentation doit provenir d'un rayon inférieur à 100 miles (160 km). Exit, les bananes, ananas et autres fruits exotiques. Exit aussi les fruits et légumes hors saison. De rares exceptions sont admises: pour les épices notamment, ainsi que pour le poisson et les crustacés. La simplicité du « locavorisme » est à première vue séduisante. Mais cette nouvelle mode, « très tendance », s'oppose à tous les principes qui fondent le droit de la commande publique. Explications.

Remise en cause du commerce équitable

S'inscrivant dans une stratégie de développement durable, le commerce équitable organise des

échanges économiques entre les pays développés et des producteurs désavantagés situés dans des pays en développement. Il vise à assurer une juste rémunération du travail de ces producteurs et à établir avec eux des échanges plus équilibrés.

L'émergence des « locavores » n'est pas sans conséquence pour le commerce équitable. Les « antilocavores » considèrent en effet que si l'on cesse d'acheter des haricots verts du Kenya, on va appauvrir les paysans africains. En fait, le commerce équitable et le « locavorisme » traduisent deux tendances opposées du développement durable: celle qui veut à tout prix faire des économies d'énergie (et donc de transport), et celle qui veut distribuer plus équitablement les ressources de la planète.

LE COMMERCE ÉQUITABLE: UN COMMERCE ÉNERGIVORE ?

Les « locavores » partent d'un constat: aux Etats-Unis, avant de parvenir jusqu'à l'assiette de l'Américain affamé, les aliments parcourent en moyenne 1500 miles, soit environ 2400 kilomètres. Pour les fondateurs du mouvement, « cette mondialisation de l'approvisionnement alimentaire a des conséquences sérieuses pour l'environnement, notre santé, nos collectivités et nos papilles. Une grande partie des produits ali-

mentaires stockés dans des greniers alentours doit être expédiée à l'autre bout du pays pour être redistribuée et prendre le chemin du retour en direction de nos supermarchés. Ces transports à longue distance ont un coût non évalué (pollution de l'air et réchauffement de la planète, coûts écologiques de la monoculture à grande échelle) qui n'est pas directement payé à la caisse ». A ce stade, une précision s'impose: les « locavores » ne constituent pas une secte. Ils n'ont même pas une vie à part comme les 200000 Amish américains, par exemple. Ce sont des gens ordinaires qui ont fait un constat et ont décidé d'en tirer les conséquences.

LE « LOCAVORISME »: UN RETOUR À LA TRADITION

Acheter les légumes du jardin, en respectant les saisons et en restant près de chez soi; voilà une règle de vie qui se défend facilement, surtout en période de crise. Pour « L'Express », le fait de décider de réduire la distance d'approvisionnement de 2400 à 160 km « a des conséquences en chaîne. Écologiques, en premier lieu: on diminue drastiquement son empreinte carbone en n'achetant plus ni crevettes thaïes, ni mangues péruviennes importées par avion, ni tomates ayant traversé un continent d'un bout à l'autre en camion. A la place, on soutient des producteurs locaux, et on mange de

saison, salades du matin et fruits cueillis à point ». En France, note l'hebdomadaire, le mouvement a pris racine il y a une dizaine d'années. Depuis, l'Association pour le maintien d'une agriculture paysanne (Amap) a pris de l'ampleur. Au départ, quelques consommateurs passaient contrat avec un maraîcher, s'engageant à lui acheter sa récolte moyennant un abonnement hebdomadaire. « Aujourd'hui, dans certaines régions, le succès est tel que se met en place, progressivement, un vrai système d'alimentation local! Dans l'agglomération de Pau, par exemple, 12 Amap nourrissent désormais 800 familles, et le contenu des paniers est à 90% local. »

L'idée ne séduit pas seulement les familles. Elle se pratique déjà dans les partenariats public-privé (PPP). Ainsi, dans un entretien au « Moniteur » du 8 février 2008, le président de l'Agence des PPP du Québec, Pierre Lefebvre, expliquait: « On voit que la majeure partie des matériaux provient d'un rayon de 150 km. La raison pour laquelle on fait cela, c'est pour éviter l'émission de gaz à effet de serre des camions qui viennent de pays très lointains. Ça fait en sorte que l'industrie locale travaille. C'est important. » (« Le Moniteur » n° 5437, p. 72). C'est du « locavorisme » appliqué au BTP.

Mais si les familles peuvent librement choisir la provenance de leurs aliments ou de tout autre

L'ESSENTIEL

- ▶ **Les principes de liberté d'accès aux marchés publics, d'égalité de traitement des candidatures et de transparence des procédures interdisent la préférence locale.**
- ▶ **Le « locavorisme », qui consisterait, pour un acheteur public, à s'approvisionner dans un rayon de 160 km, est donc contraire à la fois au droit communautaire et au droit interne.**



produit, il n'en va pas de même pour les acheteurs publics.

Interdiction du localisme

Actuellement, le droit ne permet pas à l'acheteur de devenir «locavore», même s'il en a une furieuse envie. La préférence locale, qu'elles qu'en soient les modalités, demeure interdite.

L'INTERDICTION EN DROIT COMMUNAUTAIRE Libre circulation des marchandises

L'interdiction de la préférence locale est l'un des moteurs de la construction européenne. Celle-ci vise en effet à créer un grand marché intérieur sans barrières douanières. Doivent être également interdites, à ce titre, toutes les mesures ayant un effet équivalent aux dites barrières. On les appelle les «mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (Meerq)» (CJCE 11 juill. 1974, «Proc. du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville», aff. 8-74, Rec. p.837). Plus précisément, les Meerq ont «pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les cou-

rants d'exportation de manière à assurer un avantage particulier à une production nationale ou au marché intérieur de l'Etat intéressé au détriment de la production ou du commerce des autres Etats membres» (CJCE 8 nov. 1979, «Groenveld», aff. 15/79, Rec. p. I-3409 – 1^{er} avril 1982, «Holdijk», aff. 141 à 143/81, Rec. p. 1299). Dans ces conditions, un acheteur public «locavore» serait accusé de favoriser systématiquement les entreprises locales au détriment des autres entreprises européennes. L'affaire du «cassis de Dijon» est emblématique et est bien connue de tous les juristes spécialisés en droit européen. Dans cette affaire, la CJCE a jugé que la réglementation allemande, qui n'autorisait pas la commercialisation d'alcools de fruits ayant une teneur inférieure à 32° d'alcool, était contraire aux principes du traité, car, de fait, elle écartait le cassis de Dijon (CJCE 20 févr. 1979, «Rewe-Zentral AG, Bundesmonopolverwaltung für Branntwein», aff. 120/78, Rec. p.649). Plus tard, elle a jugé que la distinction, aux Pays-Bas, entre les bières brassées traditionnellement et les autres bières était une Meerq, car la protection du consommateur ne lui interdisait pas de consommer

des bières brassées autrement (CJCE 17 mars 1983, «Kikvorsch», Rec. p.947) (1).

Les restrictions à la libre circulation des marchandises sont donc interdites en Europe et ne peuvent être admises qu'à titre exceptionnel, notamment pour des raisons de santé publique (on pense naturellement à la «vache folle»).

Interdiction du protectionnisme local

Dans le cadre d'une politique harmonisée au niveau européen, comme l'est le droit des marchés publics, le juge condamne, de manière plus directe, tout protectionnisme local au nom du principe de non-discrimination issu du traité (v. CJCE 20 mars 1990, «Du Pont de Nemours Italiana SpA c. Unità sanitaria locale di Carrara», aff. 21/88, Rec. I, p.899 – 11 juillet 1991, «Laboratori Bruneau», aff. C-351/88, Rec. I-3641).

Il sanctionne même les mesures incitatives. La Cour a ainsi dit pour droit qu'une campagne publicitaire de promotion des produits irlandais, financée par le gouvernement, n'était pas conforme aux règles du traité (CJCE 24 nov. 1982, «Commission c. Irlande», aff. C-249/81, Rec. p.4005), de même que des mesures d'incitation à l'achat

de produits nationaux par le biais d'aides financières (CJCE 5 juin 1986, «Commission c. Italie», aff. C-103/84, Rec. p.1759), ou encore l'obligation faite aux entreprises grecques d'acheter exclusivement des caisses enregistreuse comprenant dans leur fabrication une valeur ajoutée en Grèce au moins égale à 35% (CJCE 24 juin 1992, «Commission c. Grèce», aff. C-137/91, Rec. p.4023).

Il va de soi que le raisonnement communautaire est entièrement applicable aux achats publics. Mais le droit interne, lui aussi, prohibe les discriminations à caractère géographique.

L'INTERDICTION EN DROIT INTERNE Une interdiction nette

En France, le juge considère invariablement la préférence locale comme une illégalité. L'arrêt de principe en la matière date du 29 juillet 1994. Dans cette décision, le Conseil d'Etat constate que «la commission d'appel d'offres [...] a décidé [...] d'attribuer le marché de préférence à une entreprise locale lorsque celle-ci présenterait des propositions n'excédant pas 4% du devis d'éventuels soumissionnaires, cela dans le souci de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, des taxes professionnelles; il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implan-

Une telle pratique contrevient gravement au principe de la libre concurrence

tation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché». Le juge rappelle que

«les motifs 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» (CE 29 juill. 1994, «Commune de Ventenac-en-Minervois», n° 131562, Lebon tables, p.1035) (2).

Le tribunal administratif de Rennes lui a emboîté le pas. A la suite d'un appel d'offres ouvert, un marché avait été attribué à un groupe- ment des entreprises déjà (●●●)

(●●●) titulaires du marché antérieur, en raison de «leur compétence, de leur bonne connaissance des lieux, de la qualité de la prestation assurée et des difficultés qui résulteraient du changement d'entreprises». Le marché a été annulé: «Il est constant, dit le juge, d'une part, que la compétence de la société (...) n'est pas discutée, d'autre part, que les critères locaux ainsi avancés n'avaient pas été expressément spécifiés dans l'appel d'offres; qu'ils reviennent, en outre, à favoriser les entreprises déjà titulaires du marché et géographiquement proches de son lieu d'exécution; qu'une telle pratique, qui contrevient gravement au principe de la libre concurrence sur lequel

La seule parade est de retenir au moins un support dont l'efficacité ne peut être contestée

repose la réglementation des marchés publics, entache d'irrégularité la procédure poursuivie» (TA Rennes 5 avril 1995, «Préfet du Morbihan c. Syn. intercommunal de Rochefort-en-Terre», n°942005).

Pour des raisons identiques, l'acheteur ne peut pas non plus inciter les entreprises locales à soumissionner à ses propres marchés. Dans l'affaire où était en cause la passation d'un marché de programmation pour la réalisation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, le juge a censuré une procédure adaptée pour un marché de 35000 euros, estimant la publicité insuffisante. Quand on regarde le fond du dossier, on découvre que l'avis avait été publié par un journal local, ainsi que sur le site Internet de la région, alors que la plupart des programmateurs susceptibles d'être intéressés étaient situés justement en dehors de ladite région. C'est d'ailleurs la publication à titre informel par «Le Moniteur» qui a permis à ces cabinets d'être finalement avertis (CE 7 oct. 2005, «Région Nord - Pas-de-Calais», n°278732, concl. D. Casas, «Le Moniteur», 28 oct. 2005, p.98, Y.-R. Guillou; «Contrats publics» n°49, nov. 2005, p.77, A. Hourcabie et A. Tabouis).

Et, de même qu'une campagne d'incitation à l'achat de produits

nationaux est irrégulière au regard du droit communautaire (CJCE 24 nov. 1982 et 5 juin 1986, préc.), une campagne de promotion locale du site Internet régional de l'acheteur public aura pour effet de favoriser plus particulièrement les entreprises locales. De manière plus générale, l'acheteur ne peut utiliser des moyens locaux pour assurer la publicité de ses intentions d'achat, même en dessous des seuils, sauf si la concurrence locale est suffisante. Mais cela reste difficile à vérifier avant le lancement de la procédure, puisqu'on ne peut savoir s'il y aura suffisamment de candidats qu'au terme de celle-ci. Et il suffirait qu'une entreprise située en dehors de la zone ciblée par le support local démontre qu'elle aurait pu être intéressée pour que la procédure se retrouve irrégulière (CE 7 oct. 2005, préc.). La seule parade est de retenir au moins un support dont l'efficacité ne peut être contestée en raison de son audience auprès des entreprises du secteur économique concerné.

En pratique, la tendance à protéger le tissu économique local demeure très forte et, d'une certaine manière, elle se comprend. Mais ce raisonnement n'est jamais admis par le juge. Tout au plus peut-il se voir atténué lorsque la proximité de l'entreprise est une condition nécessaire à la bonne exécution du marché.

L'atténuation du principe

Le principe peut être atténué lorsque l'exécution du marché (mais pas sa passation) comporte une exigence de proximité de l'entreprise, notamment lorsque son intervention doit pouvoir être très rapide en cas de panne. Encore faut-il que cette condition soit correctement appliquée, car cela n'implique nullement que l'entreprise ait son siège localement. Il peut suffire qu'elle justifie de moyens de déplacement suffisamment rapides (MP n°237, oct.-nov. 1988, p.4, pour un marché de maintenance de travaux), ou d'une installation assez proche qu'elle pourra établir après l'attribution du marché (CE 14 janv. 1998, «Soc. Martin-Fourquin», n°168688). Mais l'acheteur ne peut exiger que cette installation soit antérieure à l'attribution

du marché. Sinon, le choix pourrait être sanctionné, là encore, pour protectionnisme local.

Prise en compte du développement durable

Dès lors, si les acheteurs souhaitent procéder à des achats écoresponsables en vertu de l'article 5 du Code des marchés publics, il leur paraîtra préférable de recourir à des spécifications techniques. Les cahiers des clauses techniques peuvent ainsi comporter des stipulations renvoyant à des normes telles que des agréments techniques ou des référentiels élaborés par des organismes de normalisation (art. 6 du Code). Les documents de consultation peuvent définir les performances ou exigences fonctionnelles des prestations en y intégrant des caractéristiques environnementales. L'administration peut ainsi se référer à un écolabel (art. 6 VII). *A priori*, rien n'interdirait d'obliger les produits à afficher un bilan carbone incluant le transport sur le lieu de consommation.

Mais ces spécifications ne peuvent pas faire mention d'un mode ou d'un procédé de fabrication particulier, ou encore d'une provenance, ni faire référence à une marque ou à un brevet, dès lors qu'une telle mention ou une telle référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques, ou certains produits. Ainsi, dans l'affaire du pont Storebaelt au Danemark, la CJCE a sanctionné le manquement de l'administration au droit communautaire, pour avoir lancé une procédure prévoyant «l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation, de main-d'œuvre et de matériel danois» (CJCE 22 juin 1993, «Commission c. Danemark», aff. 243/89, Rec. I-3353). De plus, l'acheteur ne peut en principe se référer aux spécifications d'un produit précis, même sans le nommer (CE 11 sept. 2006, «Commune de Saran», n°257545, AJDA 2006, p. 2140). Il est donc impossible de faire appel à une

L'acheteur doit préserver la liberté, l'égalité et la transparence des procédures

EN SAVOIR PLUS

- **Site des «locavores» :** www.locavores.com, en anglais.
- **Aux éditions du Moniteur :** Revue « Contrats publics », dossier « Droit de préférence et contrats publics », février 2004.

entreprise, en lui imposant à son tour de faire appel une entreprise locale choisie à l'avance (CE 29 juillet 1998, «Commune de Léognan», Lebon tables, p.1017).

L'acheteur public doit préserver la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures de passation, ces trois principes formant le «droit commun de la commande publique» qui répond au droit communautaire ainsi qu'à des exigences de valeur constitutionnelle (Cons. const. 26 juin 2003, déc. n°2003-473 DC). Cela n'interdit pas à la collectivité de définir son besoin en privilégiant le «bio» par exemple, ce caractère étant une qualité intrinsèque du produit acheté. Mais elle ne peut pas imposer une provenance, à moins que celle-ci ne soit la condition déterminante de l'achat du produit (appellations d'origine contrôlée notamment). Enfin, l'acheteur peut fixer des spécifications techniques allant au-delà des normes en vigueur, même si cela aboutit à restreindre la concurrence, mais uniquement lorsque les nécessités du service public l'exigent, condition appréciée strictement par le juge (CE Sect. 3 nov. 1995, «District de l'agglomération nancéienne», n°152484).

A la lumière de ces développements, une constatation s'impose: l'apparition d'acheteurs publics «locavores» en France n'est pas pour demain...

CYRILLE EMERY ■

(1) Lorsqu'une politique a été harmonisée au niveau communautaire, ce qui est le cas des marchés publics, la notion de Meerq ne trouve plus à s'appliquer; il suffit de s'appuyer directement sur un manquement au droit communautaire. Pour les marchés publics, on peut se demander si des Meerq ne pourraient pas subsister en deçà des seuils européens.

(2) Début novembre, on pouvait lire dans un journal local héraultais la publicité suivante: «En ce début de récession, mairies, agglos, conseils général et régional... Dans vos investissements, donnez la priorité aux commerçants et artisans locaux qui, par leurs impôts et taxes alimentent vos budgets. Et choisissez le «journal Y», premier média local, pour les informer de vos avis d'appel public à la concurrence.» (Source: blog «Lex Libris» du Monde.fr, 6 nov. 2008).