

Quel cadre public pour faciliter l'accès des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics ?

Mars 2011



LE GOUVERNEMENT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Ministère de l'Économie
et du Commerce extérieur

Département de l'économie solidaire



Think Tank européen
Pour la Solidarité

Table des matières

Préface de Romain SCHNEIDER, Ministre délégué à l'Economie solidaire	3
Le cadre juridique européen	4
La prise en compte des considérations sociales	4
Les autres avancées récentes	7
Quelques autres prises de position intéressantes en faveur d'une plus grande participation des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics	9
Des dispositifs européens à mobiliser	10
Entre directives européennes et législations nationales : la prise en compte des critères sociaux dans les marchés publics en France, Belgique, Italie - Exemples de bonnes pratiques	12
En France	12
En Belgique	16
En Italie	20
Les freins qui existent à la participation des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics et les préconisations	22
Clauses sociales	22
Préconisations plus générales au niveau européen	24
Recommandations	25
Références bibliographiques	27



Préface

L'économie solidaire est une façon de concevoir le développement économique en prenant en compte d'autres éléments que la seule rentabilité financière. Elle replace l'humain au cœur des préoccupations et agit dans le respect de l'environnement et de nos ressources. Les structures engagées dans cette voie apportent des réponses innovantes, fondées sur des principes de solidarité, à des difficultés auxquelles sont confrontés les citoyens dans leur vie de tous les jours.

Par l'institution d'un département ministériel spécialement dédié à l'économie solidaire et rattaché au ministère de l'Économie et du Commerce extérieur, le gouvernement luxembourgeois a affirmé la reconnaissance politique de l'économie solidaire comme partie prenante de notre économie nationale.

La mise en place d'une politique publique efficace de développement et de soutien pour ce secteur au Luxembourg, s'opère suivant un programme de travail qui se décline de manière participative et associe les structures qui revendiquent leur appartenance à l'économie solidaire, mais aussi les autres acteurs économiques luxembourgeois à l'élaboration d'un plan d'action pour le secteur.

Un objectif majeur étant l'identification des ingrédients pour une politique publique efficace de promotion et d'appui à l'entrepreneuriat solidaire comme atout de développement économique durable, les réflexions communes porteront, entre autres, sur l'un des leviers de développement les plus reconnus que sont les clauses sociales dans les marchés publics.

Par rapport à cet outil majeur de sensibilisation des entreprises attributaires pour un engagement dans une démarche socialement responsable, les entreprises solidaires, reconnues pour leur savoir-faire en matière d'accompagnement vers l'emploi de personnes en difficultés, sont des acteurs de prédilection pour la mise en œuvre de ces clauses, soit par réponse directe aux appels d'offres, soit indirectement à travers une sollicitation par les entreprises attributaires.

Afin d'alimenter la réflexion autour du développement, mais aussi de la sécurisation du cadre juridique des clauses sociales, ce dossier a été réalisé en partenariat avec le Think Tank européen **Pour La Solidarité**, dans l'optique d'identifier les principaux freins et moteurs à la participation des entreprises de l'économie solidaire aux marchés publics au Luxembourg.

Ministre délégué à l'Économie solidaire

Romain SCHNEIDER

Quel cadre public pour faciliter l'accès des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics ?

Par Béatrice Romet, Think Tank européen Pour la Solidarité

I/ Le cadre juridique européen

■ La prise en compte des considérations sociales

■ Les cas de jurisprudence avant l'adoption des directives européennes de 2004 sur les marchés publics

La Cour de Justice européenne a invalidé à plusieurs reprises les positions de la Commission européenne en matière de prise en compte de considérations sociales.

Dans un premier arrêt dit **Beentjes**, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé valable dans son principe, à partir du point 14, **un critère d'attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage**, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire (CJCE, C-31/87, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, *Rec.*, p. 4635).

Puis, la Cour de justice européenne va admettre la prise en **considération de données sociales dans l'attribution des marchés publics** à l'occasion de la passation de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région **Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord**. Dans cet arrêt, l'exigence du lien avec l'objet du marché n'était pas posée (CJCE, arrêt République française, 26 septembre 2000, C-225/98).

Enfin, dans l'arrêt **Concordia Bus Finland** de 2002 (CJCE, arrêt Concordia Bus, 27 septembre 2002, C-513/99), la Cour de justice européenne reconnaît que les critères peuvent ne pas être tous de nature économique. Les critères d'attribution peuvent prendre la forme d'une combinaison de critères qualitatifs et économiques sous quatre conditions :

1. le critère doit être lié à l'objet du marché ;
2. le critère doit être objectif et suffisamment précis, c'est-à-dire que son utilisation ne doit pas donner lieu à une liberté inconditionnée de choix pour le pouvoir adjudicateur ;
3. le critère doit respecter les obligations de publicité ;
4. le critère ne doit pas violer le principe de non-discrimination.

En conclusion, la CJCE admet la prise en compte de **critères éthiques** (au sens large) pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour autant qu'ils soient liés à l'objet du marché et ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, car ils doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination. Soulignons

que les directives de 2004 sur les marchés publics annoncent dans leur premier considérant qu'elles se fondent sur cette position de la Cour de Justice.

A noter également que la Cour de Justice européenne s'est montrée particulièrement vigilante au regard du principe de non-discrimination. L'exemple de la loi italienne de 1991 sur les coopératives sociales¹, qui prévoyait une réservation de marchés publics en faveur de ces dernières, illustre cela. La loi a en effet dû être révisée en 1995 afin de prévoir cette réservation sous les seuils européens d'application des directives et, pour respecter le principe général d'égalité de traitement, la réservation a été ouverte aux entreprises de l'UE équivalentes aux coopératives sociales italiennes.

■ **La directive européenne 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**

La **directive 2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil **relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**, intègre les points suivants :

- Elle affirme être fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice², en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités, pour les pouvoirs adjudicateurs, de réponse aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou **social**, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux du droit communautaire.

- **Article 26 : condition d'exécution du marché**

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté **peuvent notamment viser des considérations sociales** et environnementales.

- **Article 19 : marchés réservés**

Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Si la directive 2004/18/CE précise les considérations environnementales à prendre en compte dans les critères d'attribution des marchés, elle ne le fait pas pour les considérations sociales. Il en résulte que la prise en compte de considérations sociales et éthiques n'est pas formellement prévue dans les textes tant au stade de la sélection que de l'attribution. Cela laisse la porte ouverte aux interprétations.

■ La Présidence française de l'Union européenne a organisé en octobre 2008 le colloque européen sur « **le développement des clauses sociales dans la commande publique** », qui rassemblait des représentants de la Commission

¹ Voir partie consacrée à l'Italie

² Voir page précédente

européenne et des praticiens européens. Elle visait à clarifier un certain nombre de points, parmi lesquels celui de la prise en compte des considérations sociales dans la directive.

M. Ugo BASSI, Chef d'unité à la Direction Générale Marché intérieur et services – Direction de la politique des marchés publics, a tenu à rassurer les acheteurs publics en précisant que « *même si la liste des critères d'attribution reprend les critères environnementaux et non les considérations sociales, le caractère non exhaustif de cette liste permet d'y ajouter des clauses sociales, qui devraient ainsi être prises en compte au même titre que les préoccupations environnementales. Il n'existe pas de différence juridique dans les conditions de prise en compte de ces deux types de préoccupations* ». Il a ajouté « *qu'aucune procédure d'infraction n'a d'ailleurs été engagée à ce sujet, alors même que de nombreux Etats, depuis 2001, ont explicitement mentionné des critères sociaux, à côté des critères environnementaux, parmi les critères possibles d'attribution d'un marché public. Cela montre que la Commission n'a pas contesté l'affirmation d'aspects sociaux au titre de la directive* ».

La Commission européenne insiste beaucoup plus sur la **notion d'objet du marché**, qui doit, selon elle, être interprétée strictement. Ce principe, entériné par les directives de 2004, précise que l'acheteur public **peut poursuivre, au travers de son achat, des objectifs de quelque nature que ce soit, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché**. La Commission considère que la notion de lien avec l'objet du marché doit jouer pour les **critères sociaux d'attribution** mais aussi pour les **conditions d'exécution** des marchés.

- Comme cela avait été annoncé par Michel Barnier, Commissaire européen chargé du Marché intérieur et des services, la Commission européenne a publié le 28 janvier 2011 « **Acheter social – Un guide sur les appels d'offres publics avec clause de responsabilité sociale** », qui apporte un certain nombre de précisions sur l'interprétation du lien avec l'objet du marché. Jugé essentiel, « *ce principe garantit que les critères d'attribution se rapportent aux besoins du pouvoir adjudicateur, tels que définis dans l'objet du marché* ». La Commission illustre son propos en s'appuyant sur l'affaire **Wienstrom** (C-448/01), dans laquelle la Cour de justice a considéré que, dans le cadre d'un appel d'offres pour la fourniture d'énergie, un critère se référant uniquement à la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dépassant la consommation prévue du pouvoir adjudicateur (qui était l'objet du contrat) ne pouvait être considéré comme lié à l'objet du marché. Pour établir un tel lien à l'objet du contrat, le critère portant sur la quantité d'électricité produite à partir de sources renouvelables aurait dû concerner uniquement l'électricité réellement fournie au pouvoir adjudicateur.

Plus largement, le guide vise à apporter un éclairage sur les possibilités offertes par le cadre juridique communautaire en matière de prise en compte de considérations sociales dans les marchés publics, et à inciter les acheteurs publics à les intégrer avec davantage de confiance dans leurs appels d'offres.

- Par ailleurs, la législation européenne des marchés publics est en cours d'**évaluation**. Une large consultation a été lancée le 27 janvier 2011 à travers le **livre vert** sur « **la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics - Vers un marché européen des contrats publics plus performant** », qui s'achèvera le 18 avril 2011. Michel Barnier a présenté le livre vert en ces termes : « *Nous devons clarifier les règles applicables aux marchés publics afin de faciliter la tâche des pouvoirs publics comme des entreprises qui souhaitent participer à des marchés en Europe. Cette consultation portera essentiellement sur*

l'accès des petites entreprises à ces marchés, sur la réduction des formalités administratives et sur la promotion des marchés publics transfrontaliers en Europe. Mon ambition est de faire en sorte que les marchés publics puissent contribuer à la création d'emplois, à l'innovation et à la protection de l'environnement ».

Parmi les questions soulevées dans le livre vert et qui appellent l'avis des parties concernées d'ici au 18 avril 2011, plusieurs concernent directement les services sociaux (chapitre 4.4). « Pensez-vous que la législation de l'UE sur la passation des marchés publics devrait mieux tenir compte des particularités des services sociaux? Si oui, de quelle manière? Estimez-vous que certains aspects concernant l'achat public de services sociaux devraient être davantage régulés au niveau de l'UE en vue d'améliorer la qualité de ces services? Les directives devraient-elles offrir la possibilité de réserver des marchés de services sociaux à des organisations à but non lucratif? Ces organisations devraient-elles bénéficier d'autres privilèges dans le cadre de l'attribution de marchés de services sociaux? », figurent parmi les questions posées.

Les résultats de l'évaluation et de la consultation seront débattus lors d'une **conférence sur la réforme des marchés publics** qui aura lieu à Bruxelles le 30 juin 2011. Les conclusions de ces différents travaux serviront à élaborer des propositions législatives au plus tard en 2012, visant à simplifier et à moderniser les règles européennes pour rendre plus fluide l'attribution des marchés, et à permettre un meilleur usage des marchés publics en soutien à d'autres politiques.

■ Les autres avancées récentes

■ **Communication de la Commission** au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « **Vers un Acte pour le Marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive - 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble** », COM (2010) 608 final.

Cette communication européenne publiée le 27 novembre dernier fait une place à l'économie sociale, à travers ses propositions 36, 37 et 38.

La **proposition 36** nous intéresse ici particulièrement : « *La Commission proposera une Initiative pour l'Entrepreneuriat Social en 2011, afin de soutenir et d'accompagner le développement de projets d'entreprise innovants sur le plan social au sein du marché unique en utilisant notamment la notation sociale, les labellisations éthiques et environnementales, la commande publique, la mise en place d'un nouveau régime de fonds d'investissement et la captation de l'épargne dormante* ».

La communication souligne qu'au cours des dernières années, des entrepreneurs agissant individuellement ou des grandes sociétés ont mis sur pied des projets très innovants sur le plan social. Cette première décennie des années 2000 a montré à travers l'Europe et le monde l'existence d'un énorme potentiel d'innovation dans le domaine de l'économie sociale. Sans nécessairement renoncer à une logique de profits, ces projets nés de la volonté d'une personne ou d'un groupe de personnes ont apporté des solutions créatives à des problèmes socio-économiques importants souvent causés par une situation d'exclusion (accès aux produits agro-alimentaires, accès au logement, accès aux soins de santé, accès au marché du travail, accès aux services bancaires, services permettant une meilleure insertion des personnes

handicapées, etc.), ainsi que par le vieillissement de la population. L'innovation apportée par ces nouveaux modèles génère de la croissance économique et un impact positif pour toutes les parties prenantes (entrepreneurs, salariés, consommateurs, investisseurs et autres partenaires financiers, etc.) L'organisation de la commande publique et privée (les politiques d'achats dans le secteur privé et la responsabilité sociale des entreprises), l'accès amélioré aux financements (bancaires ou sur les marchés financiers notamment à travers l'utilisation de l'épargne dormante), la mise en place d'un nouveau régime de fonds d'investissement afin de promouvoir et d'améliorer la liquidité des investissements sur les projets à forte innovation sociale, économique et technologique auprès de l'industrie financière et des consommateurs de produits financiers, et la mise en œuvre d'outils de communication ad hoc seront autant de leviers d'action.

■ **Rapport de Mario Monti « Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européennes » (mai 2010).**

Le chapitre 3 « *Edifier un consensus sur le renforcement du marché unique* » préconise notamment une simplification et une plus grande modernisation des règles de la commande publique, de renforcer l'accès des PME à la commande publique et de clarifier les règles applicables aux prestations de quasi-régie, de mettre les marchés publics au service de l'innovation, de la croissance verte et de l'inclusion sociale, en introduisant des critères obligatoires spécifiques.

■ **Résolution du Parlement européen du 18 mai 2010 sur la passation des marchés publics**, qui juge le droit des marchés publics au sein de l'Union européenne « *complexe* » et « *opaque* ». Le Parlement « *demande instamment à la Commission européenne de remédier à cette situation* ». Il recommande à la Commission de poursuivre les « *objectifs de simplification et de concision de la procédure de passation des marchés publics* », de réfléchir aux répercussions du droit communautaire sur le droit des Etats membres, de mettre en œuvre des mesures permettant aux pouvoirs adjudicateurs de préférer l'offre la plus avantageuse économiquement et **qualitativement**. Le Parlement réclame également plus de transparence dans les instances de l'Union européenne en matière de passation des marchés publics. Il encourage la Commission et les États membres à organiser des formations et des campagnes de sensibilisation à l'intention des autorités locales et des décideurs politiques et à y associer d'autres parties prenantes, **notamment les prestataires de services sociaux**.

■ Les services de la Commission européenne ont publié en janvier 2011 une mise à jour du **Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur"**, SEC(2010) 1545 final. Ce nouveau guide vise, entre autres, à répondre aux questions posées quant à l'application aux SSIG des règles sur les marchés publics, afin de clarifier les obligations qui incombent aux autorités publiques lorsqu'elles achètent des services sociaux sur le marché.

■ Quelques autres prises de position intéressantes en faveur d'une plus grande participation des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics

■ Conclusions du 3ème Forum sur les Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG), des 26 et 27 octobre 2010 à Bruxelles

2.14. « Renforcer la dimension et l'orientation sociales des marchés publics »

Les directives sur les marchés publics, hormis quelques règles spécifiques, consacrent davantage de dispositions particulières à la dimension environnementale qu'à la dimension sociale. Aussi, la question de l'extension de ces règles à la dimension sociale se pose-t-elle. Parmi les suggestions faites, celle notamment de prendre en compte tant dans les critères de sélection, d'attribution et d'exécution des marchés publics que dans les spécifications techniques, **davantage d'objectifs sociaux**, notamment en termes d'inclusion et de protection de santé humaine, des travailleurs et de l'emploi, tout en veillant au respect de l'exigence d'un lien avec l'objet du contrat.

2.15. « Privilégier la qualité comme critère principal, et l'inclusion sociale comme objectif principal »

Les marchés publics sont attribués majoritairement au candidat prestataire le plus offrant et ce, au détriment le plus souvent de la qualité des services prestés (critère important pour des services sociaux). Il est par conséquent préconisé d'encourager et d'inciter les pouvoirs adjudicateurs à accorder à la qualité un poids obligatoire de plus de 50 % dans l'octroi d'un marché public visant la prestation d'un SSIG, dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne : transparence, non-discrimination et égalité de traitement ; de faire en sorte que les pouvoirs adjudicateurs requièrent un niveau constant de qualité dans le service presté et puissent s'assurer la pluralité des prestataires pour refléter la diversité du secteur des SSIG et ce faisant permettre le choix à l'utilisateur suffisamment informé ; de favoriser la coopération et le partenariat en réseaux entre prestataires pour contribuer à la fourniture de SSIG de qualité, notamment lorsque ces derniers expriment des besoins complexes.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a pris part aux débats organisés dans le cadre de ce Forum. Elle a insisté sur l'importance de prendre en compte la **dimension sociale** de l'UE, tout en rappelant qu'il était indispensable de clarifier les règles relatives aux SSIG de façon à ce que la législation ne repose pas sur la capacité d'interprétation des juges.

■ **L'Intergroupe du Parlement européen sur l'économie sociale**, ainsi que celui sur les services publics ont, lors de leur réunion conjointe du 10 novembre dernier, appuyé les recommandations issues de ce Forum, et souligné qu'il était indispensable que le secteur des SSIG soit davantage pris en compte au niveau européen.

■ **Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250(INI))**, qui souligne l'importance de l'économie sociale et qui demande à la Commission européenne d'agir sur des points précis, en répertoriant les moyens nécessaires pour favoriser la reconnaissance de l'économie sociale comme acteur

clé intervenant en faveur de l'emploi, de la cohésion économique, sociale, territoriale et environnementale. Le texte évoque entre autre la possibilité de mettre en place une unité transversale de l'économie sociale reliant les directions générales concernées. De plus, la ligne budgétaire spécifique à l'économie sociale devrait être réactivée. Plus généralement, la Commission se doit d'assurer une plus grande visibilité de l'économie sociale dans les politiques européennes et de favoriser sa promotion.

■ Des dispositifs européens à mobiliser

■ **Question écrite** (E-4715/2010) posée par M. Georgios Papastamkos (PPE) à la Commission européenne, le 25 juin 2010, **sur les entreprises sociales** dans l'UE :

1. L'Union européenne dispose-t-elle d'une stratégie précise concernant les « entreprises sociales » ? Comment envisage-t-elle le phénomène de ces entreprises qui mettent en avant la responsabilité sociale de l'entreprise en tant que principal axe de leur activité, dans le but d'obtenir des bénéfices commerciaux ?

2. Des entreprises sociales ont-elles été financées par des budgets de l'UE ? Dans l'affirmative, la Commission pourrait-elle nous fournir une liste des activités, le montant et leur origine géographique ?

Réponse (E-4715/2010) apportée le 12 août 2010 par M. Antonio Tajani (Commissaire européen en charge de l'industrie et de l'entrepreneuriat) au nom de la Commission européenne :

L'objectif de la Commission est de garantir que les entreprises sociales peuvent croître et prospérer aux côtés d'autres formes d'entreprise, veiller à ce que toutes les politiques communautaires dans des domaines comme la concurrence, le droit des sociétés, les **marchés publics**, la santé, les affaires sociales, l'agriculture, la pêche, les partenariats public-privé et le développement régional prennent en compte les besoins spécifiques, notamment les objectifs, la philosophie et le mode de travail de ce type d'entreprise...

... Les « entreprises ayant des objectifs sociaux » peuvent obtenir un financement du Fonds social européen (FSE), pour autant qu'elles contribuent à ses objectifs... Afin de faciliter le partage de bonnes pratiques promouvant l'économie sociale, et de renforcer la connaissance entre les États membres et les régions, la Commission soutient un réseau d'apprentissage des autorités de gestion du FSE, afin de leur permettre d'améliorer la qualité et l'impact de leurs programmes FSE...

... Plusieurs acteurs (comme le Comité européen des travailleurs des coopératives de production (CECOP) et projets (comme le projet WISE sur les entreprises sociales d'intégration par le travail et leur rôle dans les politiques européennes) ont reçu un soutien important du programme Progress. En outre, il convient de mentionner que, sur la base d'une proposition de la Commission, le Parlement et le Conseil ont adopté le 25 Mars 2010, la décision n° 283/2010/UE portant sur un instrument européen de micro-financement Progress en faveur de l'emploi et de l'inclusion sociale. D'un montant de 100 millions d'euros, ce dispositif est destiné aux individus mais aussi aux micro-entreprises (employant moins de 10 travailleurs, et dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 2 millions d'euros), en particulier celles relevant de **l'économie sociale**...

A noter que la Commission européenne ne mentionne pas d'autres dispositifs comme le **Feder**, le **Small Business Act**, les **politiques incitatives de l'Union européenne en faveur des actions innovantes mises en œuvre par les entreprises**, etc. Comme cela a été souligné lors de la conférence européenne de l'économie sociale **«Les entreprises de l'économie sociale : une dynamique dans le marché et dans les territoires d'Europe »**, qui a eu lieu à Strasbourg les 21 et 22 novembre 2008, les entreprises de l'économie sociale demandent à pouvoir bénéficier de l'ensemble de ces programmes, en même temps qu'il soit tenu compte de leur spécificité et particularisme. A ce propos, le rapport Monti demande également d'accélérer la mise en œuvre du Small Business Act, et l'adoption du statut de la société privée européenne pour créer un environnement favorable au bon fonctionnement des PME européennes et à leur accès aux marchés publics européens.

II/ Entre directives européennes et législations nationales : la prise en compte des critères sociaux dans les marchés publics en France, Belgique, Italie - Exemples de bonnes pratiques

■ En France

■ En droit

- Suite aux directives européennes de 2004, la prise en compte des critères sociaux dans les marchés publics a été reconnue par le droit français avec la loi de cohésion sociale, dite **loi Borloo** de janvier 2005.

- Le Code des marchés publics 2006, dans son **article 5**, impose désormais aux acheteurs publics de prendre en compte les objectifs de développement durable sur le plan environnemental et **social**. Pour ce faire, ils ont la possibilité d'intégrer dans leurs marchés une clause sociale, dont l'objectif est de favoriser le retour à l'emploi et l'insertion professionnelle et sociale des personnes, connaissant une situation de chômage ou d'exclusion.

- **L'article 14** permet aux acheteurs publics d'imposer aux entreprises attributaires de **réserver une partie des heures de travail générées par le marché à une action d'insertion**, correspondant soit à un volume déterminé d'heures de travail, soit à un pourcentage déterminé des heures travaillées du marché. C'est une condition d'exécution du marché. Pour répondre à leur obligation, les entreprises ont le choix entre l'embauche directe, la sous-traitance ou la co-traitance avec une structure d'insertion par l'activité économique (SIAE), la mise à disposition de personnel par une SIAE. L'utilisation de l'article 14 est facilitée par **l'article 10**, qui permet de décomposer un marché en plusieurs lots. L'allotissement offre la possibilité de définir les lots les plus adaptés en termes de volume, de technicité, etc., pour y introduire une clause sociale pertinente.

Incontestablement, le recours aux clauses dans le cadre l'article 14 représente pour les structures d'insertion par l'activité économique, un moyen d'accéder à de nouveaux marchés qui leur étaient auparavant inaccessibles. Les hausses de chiffres d'affaires peuvent ainsi atteindre jusque 40 % grâce à ces nouveaux marchés.

- **L'article 15** permet de **réserver un ou plusieurs lots du marché, voire le marché entier**, à une entreprise adaptée (EA), un établissement ou service d'aide par le travail (ESAT) ou à toute autre structure employant majoritairement des personnes handicapées dans l'objectif de leur insertion.

- **L'article 30** permet aux acheteurs publics qui en ont la compétence d'acquérir directement des prestations d'insertion, celles-ci pouvant prendre appui sur différents supports d'activité, tels que le nettoyage de la voirie, la collecte des déchets, l'entretien des espaces verts, etc. Ces marchés sont dits de services de qualification et d'insertion professionnelle. Leur objet est l'insertion. Ils relèvent d'une procédure allégée (marché à procédure adaptée). L'article 30 est plus particulièrement adapté aux ateliers et chantiers d'insertion, voire aux régies de quartier.

- **L'article 53-1** permet aux acheteurs publics de prendre en compte parmi les critères d'attribution du marché, en lien avec son objet ou ses conditions d'exécution, les performances de l'entreprise en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté (accompagnement mis en place, formations proposées, etc.) au même titre que des critères classiques tels que la valeur technique, le prix, le délai de réalisation, etc. Dans le jugement des offres, le poids accordé au critère de "**performance sociale**" doit toutefois rester raisonnable, voire faible. En effet, ce critère ne doit pas être discriminant, tout en restant en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Aussi l'article 53-1 doit-il être utilisé combiné avec l'article 14.
- Les acheteurs publics peuvent également recourir utilement à **l'article 50**. Cet article leur permet d'autoriser les candidats à présenter des variantes par rapport aux spécifications du cahier des charges, et ce en complément de leur offre de base. Les variantes peuvent porter sur les **aspects sociaux**. Les candidats ont ainsi la possibilité d'intégrer dans leur offre des objectifs en matière d'insertion des publics en difficulté.

L'article 14 et l'article 30 constituent les deux types de disposition les plus utilisés. D'après une étude réalisée par l'Alliance Villes Emploi, l'article 14 est mis en œuvre par 92 % des chargés de mission et l'article 30 par 36 % d'entre eux. Les deux autres dispositions sont moins utilisées, l'article 15 (4 %) ne cible pas les SIAE mais permet de réserver les marchés à des organisations comme les entreprises adaptées qui ciblent les personnes handicapées, et les établissements et services d'aide par le travail. 16 % des chargés de mission travaillent sur l'article 53. Or celui-ci permettrait aux entreprises d'insertion, grâce aux performances de l'entreprise en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté qu'il prévoit, de prendre un avantage sur leurs concurrents privés (Loquet, 2007).

L'article 14 s'adresse plutôt aux ETTI (entreprises de travail temporaire d'insertion) et aux GEIQ (groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification). La combinaison article 14 et 53 est bien adaptée aux EI (entreprises d'insertion). Les AI (associations intermédiaires) sont confrontées à une contrainte réglementaire d'un plafond du nombre d'heures de mises à disposition en entreprises, qui ne leur permet pas ou peu d'intégrer le dispositif clause sociale. En comparaison des ETTI ou des GEIQ, elles accompagnent généralement un public en insertion plus éloigné du travail en entreprise et sont intéressées à trouver des passerelles avec ceux-ci.

A noter qu'il existe en France depuis le 20 octobre 2010 un **Conseil Supérieur de l'Économie Sociale et Solidaire** (CSESS). Il remplace le Conseil supérieur de l'économie sociale, qui avait été institué en 2006. Présidé par les ministres en charge de l'économie sociale et solidaire, le CSESS est composé de 45 membres (acteurs de la société civile, représentants d'élus, experts du secteur et représentants des administrations) et a pour mission de contribuer à la promotion de l'économie sociale et solidaire et de ses innovations. Il est chargé d'assurer la concertation entre les pouvoirs publics et les différents secteurs de l'économie sociale et solidaire. Dans ce cadre, trois commissions ont été mises en place, dont une sur **le renforcement de la dimension européenne**, afin notamment de réfléchir à l'extension des champs de l'innovation sociale, aux moyens de mieux mobiliser le **FSE**, ainsi qu'à la mise en place d'un **Social Business Act**, et une

autre sur le développement économique et le financement, afin notamment de réfléchir sur l'**accès aux marchés publics et privés socialement responsables**.

■ En pratique

- Le Chantier de réhabilitation des immeubles Tilleul et Cèdre – OPAC de Nancy et Maison de l'emploi du Grand Nancy – Clause d'insertion article 14

Le chantier "Tilleul – Cèdre" à Nancy, lancé fin 2006, visait la réhabilitation de deux très grands immeubles d'habitat social sur le Haut-du-Lièvre (Site du Plateau de Haye). Financé par l'Agence de rénovation urbaine (ANRU), le chantier était de ce fait soumis aux contraintes de la **charte spécifique ANRU**, qui rend **obligatoire la clause d'insertion** par l'application de l'article 14 sur les chantiers financés dans ce cadre. Le chantier était de longue durée et de grande ampleur, il s'est achevé en septembre 2009.

Le Grand Nancy a fait de la clause sociale son credo et ce faisant a réussi en deux ans à susciter une dynamique de grande ampleur : passage de 2006 à 2009, d'un seul chantier à 51 chantiers. Il apparaît que la contrainte ANRU a contribué au formidable développement des chantiers en clause article 14, dont elle a en quelque sorte presque banalisé le recours. Ce fort développement a nécessité un travail important du « **facilitateur** » (Maison de l'emploi) pour préparer le lancement du chantier et pour assurer un accompagnement rapproché destiné à soutenir au jour le jour les entreprises dans la mise en œuvre de la clause.

Ce chantier aujourd'hui terminé, il devient nécessaire pour le Grand Nancy d'**évaluer** les « sorties » de clause pour éviter d'entrer dans une mise en **application trop mécanique de la clause**, sans poser certaines questions de fond (comme par exemple celle de la qualité des sorties en rapport avec les durées de mission).

Le fort développement des clauses sur le Grand Nancy pose également la question de l'avenir : que devient la clause d'insertion si elle se transforme en norme applicable à presque tous les marchés ? Que deviendra aussi la clause après le projet de rénovation urbaine, et après la levée de la contrainte ANRU ?

- La démarche du Conseil général du Var

Depuis 2007, le Conseil général du Var s'est engagé dans une démarche de mise en œuvre des clauses sociales sur la base de ses compétences en matière d'insertion. Convaincu par les résultats d'une première expérience en matière de clause sociale, il a souhaité généraliser la démarche en s'appuyant sur une **ingénierie adéquate**. L'action du Conseil général est aujourd'hui en plein développement et s'étend à tous les types de marchés. Pour se lancer, il s'est tout d'abord appuyé sur des outils existants ainsi que sur des expériences réussies. Sa démarche a été au départ **incitative**, afin de sensibiliser l'ensemble des acteurs aux clauses sociales et de vaincre les réticences. Le Conseil général a ensuite engagé une **action d'accompagnement des entreprises**, en les informant sur les modalités d'exécution de la clause, en leur proposant des candidats, ainsi qu'une **action de suivi de l'application de la clause et de son évaluation**. Cette ingénierie est pilotée au sein du Conseil général par une chargée de mission de la direction des solidarités. Un groupe de travail dédié, réunissant les différents services concernés, a également été mis en place et a pour principal objectif de suivre la programmation des opérations et d'identifier les marchés dans lesquels

intégrer des clauses. Des réunions spécifiques sont aussi organisées afin d'étudier les **contraintes** propres à chaque secteur d'activité.

Le Conseil général étudie aujourd'hui la possibilité d'intégrer des clauses sociales dans tous les marchés d'un montant supérieur à 150 000 € et d'une durée minimum de 6 mois. Ces clauses sont des conditions d'exécution du marché (article 14 du code des marchés publics). Si les marchés de travaux restent les plus concernés par les clauses sociales, le Conseil général n'écarte a priori aucun secteur d'activité. Il a par exemple intégré des clauses dans des marchés de transport (exploitation du réseau Varlib), en mettant en place des formations de conducteur de bus pour les candidats.

12 400 heures d'insertion ont été réalisées en 2009, avec une nette augmentation par rapport à 2008. Le dispositif a prouvé son efficacité : d'une part les entreprises adhèrent à la démarche, et vont même au-delà de ce qui leur est imposé ; d'autre part, les résultats en termes d'insertion sont tangibles avec 60% de sorties positives. Au vu de ces résultats, le Conseil général envisage de fixer la clause à hauteur de 10% des heures de travail, au lieu des 5% actuellement pratiqués.

■ En Belgique

■ En droit

- La base légale des clauses sociales est la loi du **24 décembre 1993** sur les marchés publics, et plus particulièrement les articles **16 et 18 bis**. Le chapitre XII de la loi programme du 8 avril 2003 introduit des précisions dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, traduisant les dernières évolutions du droit communautaire en matière de prise en compte du développement durable dans le cadre des marchés publics. Afin de sécuriser de manière juridique la prise en compte du développement durable dans l'appréciation de « l'offre économiquement la plus avantageuse », la loi-programme ajoute à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 que les critères d'attribution peuvent être notamment des **considérations d'ordre social et éthique**. Elle précise également la possibilité d'intégrer des conditions d'exécution en faveur de l'insertion sociale ou prenant en compte des considérations éthiques.
- En 2003, la Belgique a fait preuve de courage politique et a réalisé, dans le cadre des marchés publics, un grand pas en faveur du développement durable en général et de l'économie sociale en particulier. En effet, l'inclusion de ces précisions juridiques et d'une possibilité de réserver certains marchés ouvrent de nombreuses pistes permettant de valoriser les dimensions environnementales, sociales ou éthiques à tous les stades de la procédure, que ce soit lors de la définition de l'objet du marché, lors de la sélection et de l'attribution ou lors de l'exécution. Cette loi a été modifiée par les lois des 15 et 16 juin 2006 pour transposer les directives européennes. Sur base du texte actuel il apparaît que, même si le mot éthique a disparu des textes, le législateur belge reste fidèle à sa position progressiste en la matière. Néanmoins, il a fallu une mobilisation des partisans du développement durable et en particulier de la Secrétaire d'État au développement durable et à l'économie sociale pour arriver à un tel résultat.
- Une clause sociale est une stipulation dans un cahier des charges d'un marché public poursuivant un objectif de formation ou d'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi peu qualifiés, d'apprentis, de stagiaires ou d'apprenants. Il s'agit d'une obligation sociale imposée à l'entreprise adjudicataire pour la durée du marché.
- Les clauses sociales s'appliquent **uniquement aux marchés de travaux et de services** et non aux marchés de fournitures. Elles concernent les secteurs de la construction et des travaux publics, des espaces verts, des parcs et jardins, de la collecte et de la valorisation de déchets, du nettoyage, de l'archivage, de l'imprimerie, etc.

Il existe **cinq clauses sociales**. Le pouvoir adjudicateur choisit celle qui rencontre son objectif de la manière la plus percutante :

- **La réservation** : il est stipulé dans l'article 18 bis § 2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, que la participation à la procédure de passation de marché public est **réservée à des entreprises de travail adapté et à des entreprises d'économie sociale d'insertion**. Une condition cependant : que le marché ne soit pas soumis à des obligations résultant des directives européennes. Les entreprises d'économie sociale d'insertion dont il est question sont celles qui répondent à la définition donnée à l'article 59 de la loi du 26 mars 1999. La réservation ne s'applique que pour les marchés de

services ne dépassant pas 206 000 € et pour les marchés de travaux ne dépassant pas 5 150 000 €. L'obligation est faite de consulter au moins trois entreprises d'économie sociale d'insertion pour chaque marché.

- **La sous-traitance à l'économie sociale** : il est stipulé dans l'article 18 bis § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, que l'entreprise adjudicatrice doit, au cours de l'exécution du présent marché, sous-traiter x % du montant total hors TVA (soit un lot ou soit un % du marché) du marché avec des entreprises d'économie sociale d'insertion. Les documents démontrant qu'il satisfait à cette condition sont produits dans les trente jours qui suivent la notification de la décision d'attribution. En cas de violation de cette clause sans justification admise ou fournie dans les délais requis, le pouvoir adjudicateur peut réclamer à l'entreprise adjudicatrice une pénalité de 5% du montant initial du marché. La clause de sous-traitance à l'économie sociale est une condition d'exécution du marché. Le montant de cette sous-traitance peut aller jusqu'à 135 000 €.

- **La clause sociale « jeune »** : il est stipulé dans l'article 18 bis § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, que l'entreprise adjudicatrice doit, au cours de l'exécution du présent marché, mettre en place des actions de formation pour des jeunes pour X % du montant total hors TVA du marché. Le public cible concerné par cette clause est celui des apprenants en alternance issus des Centres de Formation en Alternance de la Communauté française (CEFA) ; de l'IFAPME sous forme de Contrat d'apprentissage (à partir de 15 ans) et Convention de stage (à partir de 18 ans) ; de l'Enseignement de Promotion Sociale ; du Régime Apprentissage Construction (RAC) ; du Contrat d'Apprentissage Industriel (CAI) ; des stages professionnalisants (effectués au troisième degré de l'enseignement qualifiant). Cette clause est une condition d'exécution du marché. Elle concerne tous les marchés publics, qu'il s'agisse de marchés de services ou de marchés de travaux. Il est préconisé de l'appliquer pour des marchés au-delà de 200 000 € et pour des missions ou chantiers d'une durée d'au moins 20 jours ouvrables.

- **La clause sociale formation « FOREM »** : il est stipulé dans l'article 18 bis § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, que l'entreprise adjudicatrice doit, au cours de l'exécution du présent marché, mettre en œuvre des actions de formation et d'insertion socioprofessionnelle pour les chômeurs ou pour les jeunes, en assurant sur le chantier la formation de X stagiaires de 456 h en entreprise au métier de « XX/XX/XX », via un dispositif FOREM. Les stagiaires doivent être chômeurs complets indemnisés, bénéficiaires du minimum de moyen d'existence ou demandeurs d'emploi libres ; ils doivent être âgés d'au moins 18 ans ; ils ne doivent pas disposer d'une expérience professionnelle comptabilisant plus de 150 heures de travail dans les 12 derniers mois. Cette clause est une condition d'exécution du marché. Elle doit concerner des chantiers de 20 jours ouvrables minimum. Cette clause concerne les marchés de travaux de bâtiment d'un montant supérieur ou égal à 496.000€, incluant des travaux de gros œuvre pour un montant supérieur ou égal à 248.000 € et/ou de parachèvement pour un montant supérieur ou égal à 74.400 €. Elle concerne tout marché de travaux de génie civil d'un montant supérieur ou égal à 248.000 €. Elle concerne les marchés de services d'entretien et de réparation (catégorie 1), de nettoyage de bâtiments et de gestion de propriété (catégorie 14), de voirie et d'enlèvement d'ordures, d'assainissement (catégorie 16), et autres (catégorie 27).

- **La clause sociale « en critère d'attribution » : cette clause ne concerne que les marchés dépassant les seuils européens de marchés de services et de travaux.**

- Pour répondre à un appel d'offres dans le cadre d'un marché public, **toute entreprise doit être enregistrée** et, au-delà de certaines sommes, posséder **l'agrément « marchés publics »**. L'enregistrement fait notamment la preuve de l'accès à la profession, du respect des règles de l'ONSS (Office national de sécurité sociale) et des impôts.

A noter que la Région wallonne envisage (d'ici à 2013 ?) de rendre obligatoires les clauses sociales pour les marchés cofinancés à 50 % par la Région et dépassant certains montants de marchés. La Région de Bruxelles devrait lui emboîter le pas.

▪ En pratique

- **L'entreprise Casa Blanco** (statut associatif) à **Bruxelles**, vise à l'insertion professionnelle des personnes en difficultés sur le marché du travail, c'est-à-dire des demandeurs d'emploi peu qualifiés ou des chômeurs de longue durée. Casa Blanco leur offre une expérience de travail dans les métiers du bâtiment et les accompagne au moment de leur passage vers le marché du travail. Casa Blanco est enregistrée comme entrepreneur de travaux (parachèvement). La structure travaille notamment avec des collectivités, des agences immobilières sociales, des centres de formation pour des chantiers de rénovation et de parachèvement intérieur. Afin de pouvoir répondre aux appels à marchés publics, Casa Blanco a décidé de passer l'agrément. Cet enjeu était essentiel pour permettre à l'entreprise de répondre à des objectifs de formation d'un plus grand nombre de demandeurs d'emplois peu qualifiés ou à des chômeurs de longue durée. « *Cela prend tout son sens à Bruxelles, où on investit d'énormes sommes dans le bâtiment et où le taux de chômage est l'un des plus élevés* » explique le coordinateur de la structure. « *Pour nous, en jouant dans la cour des marchés publics, l'enjeu est d'offrir le plus de postes de formation possibles, parce que nous en avons besoin, tout simplement* ». En inscrivant Casa Blanco dans le circuit des marchés publics, le coordinateur voit également une occasion de montrer aux détracteurs de l'économie sociale que les entreprises sociales peuvent se soumettre aux mêmes contraintes que les autres. Il considère par ailleurs qu'une réponse à un marché public nécessite moins de temps administratif que si la structure avait une multitude de petits dossiers à monter. Plus fondamentalement, cette hybridation entre « *subsidés* » et revenus générés par les chantiers est, pour le coordinateur, la piste que doit suivre une entreprise de formation par le travail (EFT).

- **Le Trusquin, entreprise de formation par le travail (EFT) à Marloie**, spécialisée dans l'éco-construction, est une habituée des marchés publics. Elle répond tous les mois à un appel d'offres, quasi exclusivement pour le Fonds du logement namurois. Le souhait de l'entreprise est de ne répondre qu'à un appel à la fois, considérant que chaque marché nécessite un suivi régulier et qu'il est important de privilégier la qualité pour garder la confiance des entreprises et des particuliers. Tout en se positionnant sur les chantiers de rénovation du Fonds du logement, Le Trusquin choisit de répondre à ceux qui nécessitent des matériaux écologiques. Ce positionnement permet aux stagiaires plus confirmés de mettre en œuvre leur savoir-faire nouveau. En interne, l'entreprise dispose d'un conseiller capable de rédiger les plans de réduction des risques exigés sur certains chantiers. Afin de permettre aux stagiaires moins qualifiés d'acquérir des compétences, Le

Trusquin maintient par ailleurs des chantiers qui ne nécessitent pas de répondre à des marchés publics et pratique donc le mélange chantiers privés-chantiers publics. Mais la plus grosse difficulté ne réside pas dans la réponse à un marché public, mais bien dans le manque de formateurs pour accompagner les stagiaires...

■ En Italie

■ En droit

- L'Italie a été précurseur en matière de prise en compte de critères sociaux dans les marchés publics, puisqu'elle avait voté la loi du 8 novembre 1991 prévoyant que les marchés protégés seraient réservés aux coopératives sociales. Comme évoqué précédemment, la loi a dû être reformulée en février 1996, afin de se mettre en conformité avec la réglementation européenne. Ainsi, la pratique des marchés protégés a été abolie, pour être remplacée par de nouveaux marchés ouverts à tous et portant sur l'acquisition de produits conjoints (biens et services classiques plus insertion) en dessous des seuils européens d'application des directives.

- Sur le terrain, les coopératives sociales, qui interviennent en faveur de l'insertion des publics en difficulté, restent bien armées pour concourir à ce type d'appel d'offres.

- Du fait de l'intérêt collectif qui est reconnu aux activités d'intégration des coopératives sociales, elles peuvent accéder aux marchés publics (en-dessous du seuil de l'UE) grâce à la signature de contrats directs avec l'administration publique, sans passer par des appels d'offres.

- Les coopératives sociales sont en général de petite taille et agissent au niveau d'un territoire limité. C'est en se positionnant comme un partenaire privilégié des pouvoirs publics, et notamment des collectivités locales, dans le domaine des services de proximité et de l'insertion qu'elles ont connu cet essor.

- L'obligation étant faite aux contrats publics qui se situent au-dessus du seuil européen de recruter un pourcentage de travailleurs vulnérables, cela constitue un avantage pour les coopératives sociales de type B.

- Une initiative plus récente vise à créer un modèle d'accord spécifique entre les entreprises classiques, les coopératives sociales, les services publics, les partenaires sociaux et les associations représentant les personnes handicapées. La loi obligeant les entreprises de 15 salariés à employer obligatoirement un quota de travailleurs handicapés, ces accords pourraient viser à favoriser l'intégration temporaire de personnes vulnérables issues des coopératives B dans des entreprises classiques.

■ En pratique

- **Le projet européen PASE** (Public Policies and Social Enterprises) a été lancé en 2008 par la Région des Marches en Italie, dans le cadre du programme Interreg IVC (Innovation et économie de la connaissance / Entrepreneuriat et PME) de la Commission européenne. Il mobilise 9 partenaires (collectivités territoriales et organismes publics) issus de 7 pays européens pour conduire un projet interrégional de transfert de bonnes pratiques en matière de soutien public à l'économie sociale. Ce projet interrégional PASE (Politiques publiques et entrepreneuriat social), reconnu parmi les meilleurs projets en matière d'« Innovation et d'économie de la connaissance », doit permettre aux partenaires européens impliqués d'accroître « l'efficacité des politiques publiques en matière de promotion et de soutien à **l'entrepreneuriat social** comme atout du développement

économique local et de la compétitivité territoriale ». Deux phases préliminaires ont été définies : le repérage des bonnes pratiques de politiques publiques en faveur de l'économie sociale et une réflexion sur **l'ouverture des marchés publics aux entreprises sociales**. La première phase est pilotée par la région Paca, la seconde par l'Andalousie. Sur une cinquantaine de bonnes pratiques repérées, les partenaires en ont retenu 16 dans les domaines de la formation, des outils financiers, du montage de projet, de l'accompagnement, etc. Des visites ont été ou vont être organisées sur chacun de ces lieux d'expérimentation. En Provence-Alpes-Côte d'Azur, c'est autour de ses actions « Progress » que la Région s'est montrée novatrice : l'accompagnement financier des structures d'ESS avec Esia, le soutien aux groupements d'employeurs et aux GEIQ, et le dispositif Creatives de soutien pluriannuel au démarrage.

L'enjeu de PASE consiste également à faire avancer la cause de l'économie sociale au niveau de la Commission européenne.

- **La coopérative sociale italienne de type B, Città e Salute**, basée à Milan, intervient en faveur de l'intégration des personnes souffrant d'un handicap physique et psychique. Ses activités s'articulent autour du tri des déchets, notamment des vêtements et des chaussures, et de la réalisation de bijoux artisanaux. L'objectif est de permettre aux personnes handicapées de bénéficier de formations qualifiantes, d'acquérir une expérience professionnelle au sein de la coopérative sociale, pour ensuite être en capacité d'intégrer le marché du travail traditionnel. En même temps qu'elle intervient sur les compétences professionnelles des personnes handicapées, la coopérative agit sur leurs compétences sociales. Ce travail est mené en partenariat avec un centre psycho-social. L'intégration se fait en plusieurs étapes. Les services sociaux ou les centres locaux de l'emploi échangent avec la coopérative sur la personne à intégrer. Sur la base de ses compétences, un type d'emploi lui correspondant le mieux est identifié et un plan personnalisé est arrêté entre les services sociaux, la coopérative et la personne. Celle-ci suit ensuite une formation - souvent financée par la région ou d'autres administrations publiques – et est suivie par un tuteur qui évalue ses compétences, et celles qui seraient à améliorer pour gagner en spécialisation. Durant tout ce temps, le tuteur est en contact avec le service social qui a adressé la personne. Ce suivi permet à Città e Salute d'avoir une très bonne connaissance des capacités réelles de la personne et ainsi d'aider les entreprises privées ou les administrations publiques à définir l'emploi qui sera le mieux adapté à la personne. Son rôle est essentiel. Lorsque la période de formation est évaluée favorablement, la personne handicapée peut être embauchée par la coopérative sociale, voire même en devenir membre, ou sur le marché du travail traditionnel. Au cours des dernières années, Città e Salute a aidé 60 personnes à intégrer le marché de l'emploi traditionnel.

III/ Les freins qui existent à la participation des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics et les préconisations

■ **Clauses sociales**

Les clauses sociales sont prévues dans la législation européenne et dans les législations nationales des marchés publics. Pourtant, leur introduction dans les marchés publics apparaît encore limitée. Les raisons identifiées sont les suivantes :

- **Une volonté politique limitée**, qui peut s'expliquer par une crainte des coûts de mise en œuvre de tels dispositifs, mais aussi par une méconnaissance des avantages qu'entraînent les clauses sociales. Le portage politique de la clause sociale est essentiel.
- Les clauses sociales ne sont pas encore considérées comme un **élément habituel** de l'achat public.
- Les clauses sociales devraient être considérées comme une **compétence à part entière** à acquérir au titre de la professionnalisation de l'achat public.
- Il est nécessaire de développer une **ingénierie de la clause**, afin de définir les clauses pertinentes, de faciliter leur mise en œuvre et de vérifier leur bonne application, ce pour répondre au mieux aux enjeux des politiques publiques de lutte contre l'exclusion et pour sécuriser, juridiquement, l'acheteur, toujours hanté par le risque de contentieux. Les freins à la mise en œuvre des clauses se situent principalement en amont et dans la phase de démarrage du chantier. Il s'agit d'abord, pour le donneur d'ordre, de dépasser certains préjugés, puis de dépasser l'inquiétude, très présente au départ, dans les services juridiques et services de marchés, à propos de l'utilisation d'articles comme l'article 14 ou 30 (France). Par ailleurs, les autorités publiques devraient bénéficier de conseils afin d'interpréter correctement le droit européen des marchés publics.
- Le terme "**insertion**", **fortement connoté**, ajoute à l'incertitude de la démarche. Au moment du lancement, le repérage des interlocuteurs de la clause, et le mode d'organisation du suivi, peuvent, s'ils sont insuffisants ou encore tâtonnants, augmenter l'appréhension initiale.
- **Il est nécessaire de « démarcher »** les donneurs d'ordre **et de se faire connaître** des services techniques. Les structures d'insertion ont un rôle actif à jouer dans la construction des marchés publics. Faire connaître ses compétences dans des domaines techniques divers, constitue une réelle ouverture pour les structures d'insertion, utile pour montrer aux donneurs d'ordre qu'elles sont en mesure de répondre de manière efficace aux marchés, non seulement du fait de compétences avérées dans le domaine de l'insertion, mais également au niveau technique (ceci est particulièrement vrai pour l'article 30 du code des marchés publics français).
- De même, pour réaliser de bons achats, il est nécessaire de bien connaître le secteur d'activité concerné ainsi que les fournisseurs potentiels, et de savoir ce que ceux-ci sont susceptibles d'offrir. Un bon acheteur doit pouvoir identifier les

entreprises ou les types d'entreprises qui peuvent répondre à ses besoins, leur niveau de technicité et leur surface financière. Or, **les acheteurs sont souvent mal informés des données du marché et des caractéristiques des entreprises pouvant se porter candidates**. Il est donc nécessaire qu'ils mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour améliorer leur connaissance des données concrètes de l'offre dans chaque zone géographique et pour chaque catégorie de biens ou de services à acquérir.

- **Les secteurs d'activité ne sont pas assez diversifiés**, la clause sociale reste encore trop souvent cantonnée aux métiers du bâtiment, des travaux publics, de la propreté, de l'entretien des espaces verts, de la gestion des déchets. Cette typologie a tendance à favoriser l'emploi masculin, et limite les champs d'intervention. Le développement de clauses sociales sur les activités tertiaires permettra vraisemblablement de mobiliser plus facilement un public féminin ainsi qu'un public jeune sur des postes de travail entreprises. Un travail de **recherche et d'expérimentation** est à conduire par les cellules d'ingénierie, avec les donneurs d'ordre pour l'analyse de leurs achats sous cet angle, avec les entreprises concernées pour identifier les modalités d'intégration de clauses sociales dans de nouveaux marchés.
- **La mutualisation des moyens reste insuffisante**, même si les entreprises sociales commencent à émettre des réponses groupées aux appels d'offres ou en proposant des prestations communes construites sur leurs complémentarités. A titre d'exemple, en France, des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE), de différentes natures, peuvent se regrouper sur un territoire donné sous forme de **Groupe Economique Solidaire (GES)**, afin de mutualiser des moyens, mener des opérations commerciales communes, et coordonner leur stratégie de développement. Le GES est matérialisé par une structure juridique en capacité de répondre à des marchés publics qui mobilisent l'ensemble des compétences et savoir-faire existant au sein du groupe. La constitution sous forme de GES est un processus à mener sur le long terme et nécessite une véritable **structuration des partenariats** entre différentes SIAE. Mais le regroupement paraît quasiment indispensable pour accéder à des marchés dont la taille tend à croître.
- Un manque d'**articulation entre l'ensemble des acteurs du territoire**, Etat, collectivités territoriales, branches professionnelles, opérateurs d'insertion. Il s'agit d'introduire du débat public sur l'organisation du marché et des coopérations entre ces différents acteurs, pour tenter de juguler les stratégies habituelles de rapports de force et de lobbying, et d'évoluer vers une **co-construction de stratégies de développement territorial**.
- Un manque **d'organisation de la gestion des clauses sociales** peut freiner sa mise en œuvre. La mise en place d'une fonction de « **facilitateur** », interlocuteur unique, apparaît comme fondamentale et quasiment incontournable pour réussir la mise en œuvre des clauses sociales. Parmi les avantages de cette fonction, citons la simplification des démarches pour les différents acteurs de la clause, la possibilité de travailler très en amont des chantiers (au niveau de l'information ; au niveau du choix des lots...), la cohérence d'ensemble (vision d'ensemble) depuis la définition des besoins des entreprises jusqu'aux critères de sélection et au suivi des bénéficiaires, ainsi qu'aux étapes de bilan, la capacité (grâce à la vision d'ensemble) de susciter la **confiance**.
- Un manque de **démarche globale**, qui ne permet pas de mobiliser l'ensemble des partenaires autour des clauses sociales. Il semble à ce titre intéressant de

diversifier l'utilisation des clauses sociales, d'imposer également aux délégations de services publics et autres le principe de la clause sociale.

- ...

■ Préconisations plus générales au niveau européen

- Pallier à l'insuffisance des fonds propres des entreprises sociales.
- Développer des systèmes de micro-crédit, de prêts et de titres participatifs, d'avances remboursables.
- Mettre en œuvre des conditions pour faciliter les investissements dans le secteur des entreprises sociales et des SSIG.
- Prendre en considération la mission d'intérêt général des entreprises sociales à travers des politiques adaptées.
- Développer au niveau européen une meilleure coordination entre les politiques d'inclusion sociale, d'emploi, d'entreprise et de compétition et entre les différentes DG responsables.
- Mettre en œuvre une politique européenne institutionnalisée de reconnaissance, de promotion et de développement de SSIG de qualité.
- Initier un fonds européen d'innovation sociale visant à soutenir et développer la capacité d'expérimentation et d'innovation des entreprises sociales.
- Renforcer l'accès des entreprises sociales et des SSIG aux Fonds structurels (FSE et FEDER), au programme PROGRESS, à tous les programmes liés aux entreprises et à l'innovation.
- Tenir compte des caractéristiques des entreprises de l'économie sociale dans la mise en œuvre de la réglementation européenne relative à la concurrence et au marché intérieur, en appliquant de manière systématique le principe de proportionnalité.
- Clarifier le droit des marchés publics et renforcer leur dimension sociale.
- Reconnaître les entreprises de l'économie sociale comme des acteurs incontournables de la cohésion sociale et territoriale, reconnaître leur rôle dans la mise en œuvre de politiques de l'emploi, dans leurs pratiques et leur modes d'entreprendre au sein des territoires.

- ...

IV/ Recommandations

Afin de soutenir l'utilisation des clauses sociales dans les marchés publics, plusieurs types d'action et d'outils spécifiques seraient donc à développer.

■ Mise en place de services d'information et de formation auprès :

■ Des élus, des fonctionnaires des administrations publiques

Ces services devraient permettre en particulier de motiver l'acheteur public et de l'inciter à s'engager dans une démarche plus volontariste en faveur des clauses sociales. Ils devraient également viser à le sécuriser juridiquement en lui apportant des éclairages très précis sur la question. L'interprétation du droit européen en matière de marchés publics, le choix des modes opératoires, la rédaction d'un cahier des charges incluant des clauses sociales, l'organisation des différentes étapes de la mise en œuvre de ces marchés, leur contrôle, la fonction de facilitateur, le rapport coût-avantage, devraient par exemple être traités dans le cadre de ces services d'information et de formation.

■ Des acteurs de l'économie sociale

Ces services devraient viser en particulier à outiller les acteurs de l'économie sociale pour se positionner sur de nouveaux marchés et répondre au mieux aux attentes des entreprises et aux spécificités des marchés à clause sociale. Ils devraient donc leur permettre de se former au code des marchés publics, ainsi qu'aux conditions de mise en œuvre des clauses sociales. Le positionnement des entreprises sociales pour s'adapter, sous de multiples formes, au contexte local, la démarche commerciale, la pratique de la négociation, la mutualisation de compétences, la construction de partenariats avec des collectivités territoriales, des donneurs d'ordre public, des entreprises classiques, pourraient par exemple être traités dans le cadre de ces services d'information et de formation.

■ Elaboration d'un vade-mecum concret à l'usage des acheteurs publics :

Ce document pourrait s'élaborer à l'appui du nouveau guide de la Commission européenne « *Acheter social – Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale* », tout en s'adaptant au contexte spécifique de chaque pays. Ainsi, il pourrait se structurer autour d'une première partie incluant des éléments sur l'approche légale et la politique d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans l'UE, sur les conditions de préparation (stratégie, identification des besoins, planification des marchés), de mise en œuvre et de suivi des clauses sociales. Afin de compléter cette première partie et de rassembler les conditions optimum pour réussir l'application des clauses sociales, le vade-mecum consacrerait une deuxième partie à des exemples concrets de rédaction de cahier des charges incluant des clauses sociales, ainsi qu'à la présentation de bonnes pratiques, l'analyse de leurs modalités de mise en œuvre, des moyens affectés, des partenariats, des résultats en termes d'emploi pour les personnes en difficultés et d'impact dans les territoires.

■ Evaluation

L'évaluation des marchés publics à clauses sociales devrait être développée. Le manque de capitalisation et d'outils de mesure des résultats autour de la mise en application des clauses ne permet pas d'avoir une vision claire des difficultés rencontrées, des points d'amélioration à prévoir, et de faire de cette politique un élément courant de la démarche d'achat public professionnalisée. Autre point central de cette évaluation : celui de l'employabilité et de l'insertion des personnes. Comment agir pour soutenir au mieux le recrutement des personnes en difficulté d'emploi dans le cadre des clauses sociales tout en répondant au mieux aux besoins et aux contraintes des entreprises ? Comment faire des clauses sociales un véritable levier pour l'emploi, en répondant véritablement aux besoins des personnes en difficulté d'emploi et en créant les conditions d'une nouvelle opportunité de rencontre employeurs – personnes en difficulté, entreprises classiques et structure d'insertion par l'activité économique ? L'évaluation est ici essentielle.

V/ Références bibliographiques

- Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 « *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* », Journal officiel de l'Union européenne L134/1 du 30.4.2004.
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 « *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* », Journal officiel de l'Union européenne L134/114 du 30.4.2004.
- Communication interprétative de la Commission « *sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés* », COM(2001) 566 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « *Vers un acte pour le marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive - 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble* », COM(2010) 608 final.
- « *Une nouvelle stratégie pour le marché unique - Au service de l'économie et de la société européennes - Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso* », Mario Monti, mai 2010.
- « *Position française sur le rapport Monti "Une nouvelle stratégie pour le marché unique"* », République française, septembre 2010.
- Livre vert « *sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics - Vers un marché européen des contrats publics plus performant* », COM(2011) 15/4.
- « *Acheter social - Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale* », Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité D.2, Direction générale du marché intérieur et des services, Unité C.3, octobre 2010
- Document de travail des services de la commission « *Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, de "marchés publics" et de "marché intérieur"* », SEC(2010) 1545 final.
- Résolution du Parlement européen sur « *l'évolution de la passation de marchés publics* » du 18 mai 2010, 2009/2175(INI).
- Avis du Comité économique et sociale européen sur « *La diversité des formes d'entreprise* », CESE 1454/2009.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « *"Think Small First": Priorité aux PME - Un "Small Business Act" pour l'Europe* », COM (2008) 394 final.

- Avis du Comité économique et social européen sur « *la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : "Think Small First" : Priorité aux PME – Un "Small Business Act" pour l'Europe* », COM(2008) 394 final.
- « *Priorité PME - L'Europe c'est bon pour les PME, les PME c'est bon pour l'Europe* », Commission européenne, DG Entreprises et industrie, 2008.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur « *la mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises* », COM(2006) 136 final.
- Résolution du Parlement européen sur « *l'économie sociale* » du 19 février 2009, 2008/2250(INI).
- « *Quelle reconnaissance de l'économie sociale par l'Europe ? Le « rapport Toia » du Parlement européen* », analyse novembre 2010 SAW-B.
- « *Les Services Sociaux d'Intérêt Général : Au cœur du modèle social européen* », note de contexte général élaborée par la Présidence belge du Conseil de l'Union européenne dans le cadre du 3^{ème} Forum sur les services sociaux d'intérêt général, 2010.
- 3^{ème} Forum sur « *les Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG) - Quinze recommandations adressées au Parlement Européen, au Conseil et à la Commission* ». Présidence belge du Conseil de l'Union européenne - Bruxelles, 26 – 27 octobre 2010.
- « *From words to action: supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe - Open Letter to the European Commission* », 2009.
- « *Les clauses sociales et environnementales dans les marchés publics* », synthèse de l'atelier 5 du colloque Lux'09 RIPESS INEES, 22-25 avril 2009.
- *Colloque sur « le développement des clauses sociales dans la commande publique »*, 17 octobre 2008, Direction des Affaires Juridiques – Observatoire économique de l'achat public.
- « *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées - Guide à l'attention des acheteurs publics* ». Guide élaboré par l'Atelier de réflexion sur les aspects sociaux dans la commande publique, Observatoire économique de l'achat public, juillet 2007 et mise à jour décembre 2010.
- « *Remettre l'économie sociale au cœur de la politique européenne* », Espace Social Européen n°935, 16 au 22 avril 2010.

- « *L'économie sociale dans l'Union européenne* », rapport d'information élaboré pour le Comité économique et social européen par le Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), 2007.
- « *L'Economie Sociale et Solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi* », Francis Vercamer, avril 2010.
- « *Economie sociale et marchés publics* », analyse n°04 juin 2006 SAW-B.
- « *Les entreprises sociales tentées par les marchés publics ?* » Imagine 61, mai et juin 2007.
- « *L'ESS et les marchés publics - Le cadre réglementaire - L'expérience en francophonie belge* ». Raphaël Dugailliez, 10 juin 2010.
- « *Marchés publics et développement durable : quelles possibilités de prise en compte des particularités des entreprises d'économie sociale et socialement responsables ?* » Ann Lawrence Durviaux et Françoise Navez, Cahiers de Sciences politiques de l'ULg, n°12, juillet 2006.
- « *Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit* », Ann Lawrence Durviaux et Françoise Navez, 2006.
- « *Rapport d'enquête sur les achats publics socialement responsables (APSR)* », Jean-Baptiste de Foucauld, Agnès Audier, Inspection générale des Finances n° 2007-M-084-01, août 2007.
- « *Guide pratique et concret des clauses sociales dans les marchés publics* », SAW-B, 2009.
- « *Du bon usage des aspects sociaux - Le choix du meilleur candidat à l'exécution d'un marché public peut être influencé par la prise en compte, au nom de l'intérêt général, de considérations sociales dont on mesure bien l'acuité aujourd'hui* », dossier de Contrats Publics n° 50 - décembre 2005.
- « *Clauses sociales : jusqu'où peut-on aller ?* », Marie-Hélène Pachon-Lefevre et Philippe Guellier, le Moniteur, 7 septembre 2007.
- « *Des clauses sociales à manier avec précaution* », Marie-Hélène Pachon-Lefevre et Philippe Guellier, le Moniteur, 14 septembre 2007.
- « *Clauses sociales et promotion de l'emploi dans les marchés publics – Guide en direction des donneurs d'ordre* ». Alliance Villes Emploi, 2007.
- « *Les clauses sociales entre rationalité économique et construction sociopolitique - Appréciation de la mise en œuvre des clauses sociales dans les marchés publics* ». CRIDA, rapport final, décembre 2009.
- « *Les politiques locales de l'économie sociale et solidaire à la croisée des chemins* », Laurent Fraise, Institut Polanyi France, avril 2009.
- « *Clause d'insertion dans les marchés publics* ». Colloque du 22 novembre 2010, Pierre Buffière.

- « *Commande publique responsable : la mise en œuvre des clauses sociales* », compte-rendu de la journée de formation organisée par le RTES (Réseau des Territoires pour l'Economie Solidaire), le 16 septembre 2010.
- « *Guide d'utilisation à l'usage des donneurs d'ordre publics - Plan local d'insertion et d'emploi de l'agglomération grenobloise (PLIE)* », Communauté d'agglomération Grenoble-Alpes Métropole, mars 2010.
- « *Les clauses d'insertion dans la rénovation urbaine - Quel effet levier sur l'emploi?* », dossier documentaire du centre de ressources interrégional des acteurs de la politique de la ville et du développement territorial « Villes au carré », décembre 2009.
- « *Appréciation de la mise en œuvre des clauses sociales dans les marchés publics - Analyse de quatre chantiers sur le territoire lorrain, autour de l'article 14 et l'article 30 du code des marchés publics* », DARES – ALEXIS-Lorraine, octobre 2009.
- « *A WISE way of working – Work Integration Social Enterprises and their role in European Policies – National cross cutting reports* », Diesis, Pour la Solidarité, 2009.
- « *Plusieurs modèles de RSE en Europe et plusieurs manières de promouvoir la diversité en entreprises ? Recommandations pratiques aux entreprises selon le modèle de RSE adopté* », Pour la Solidarité, 2010.
- « *L'insertion par l'activité économique* », Alternatives économiques, hors-série poche n°44, mai 2010.

Pour plus d'informations
denis.stokkink@pourolsolidarite.eu



Think Tank européen
Pour la Solidarité

www.pourolsolidarite.eu
