

LES CLAUSES D'INSERTION DANS LES MARCHES PUBLICS

Etude réalisée par Maître Bonnefoi

Docteur d'Etat en Droit
Docteur en Droit Public
Diplômée de Sciences Politiques
Certificated of advanced European studies
Avocat spécialiste en Droit Public
Avocat spécialiste en Droit Communautaire
Avocat au Barreau de Marseille
Avocat au Barreau de Bruxelles

SOMMAIRE

Préambule

Introduction

1 – Quels sont les changements qui permettent d'envisager des solutions ?

2 – Cet arrêt entraîne-t-il une contradiction entre le droit communautaire et le droit interne ?

3 – L'arrêt BEENTJES

3.1. Explications

3.2. Conséquences

4 – Le critère Insertion

5 – Question supplémentaire

5.1. Situation

5.2. Est-ce qu'une mairie a compétence en matière de lutte contre l'exclusion et de réinsertion sociale ?

5.3. Est-ce que la démarche d'insertion est pertinente ?

5.4. Quelle est la pertinence de la traduction du coût de réinsertion en coût de nettoyage ?

5.5. Exemple de ce qu'il serait possible de faire

6 – Synthèse

PREAMBULE

Dans le cadre du PIC (Programme d'Initiative Communautaire) Emploi INTEGRA, ayant pour thème « Clauses sociales dans les marchés publics – Application du mieux disant social », l'association ALLIES, en partenariat avec le Conseil Régional, a organisé un séminaire avec les responsables des marchés publics des principaux donneurs d'ordre du département.

Cette rencontre avait pour objectif de faire connaître les principales évolutions juridiques qui permettent d'envisager une solution légale à l'application de tels critères dans le choix des prestataires.

INTRODUCTION

Maître Bonnefoi a fait l'exposé suivant :

1. Le Droit en la matière a été bâti sur les problèmes de rapprochement des législations et de la concurrence, mais pas dans une logique sociale ou d'insertion.
2. Il y a une grande frilosité de l'ensemble des autorités publiques, notamment des élus depuis la loi « Sapin » pour aller dans le sens d'un développement trop fort de ces clauses car les risques encourus sont importants, allant de l'annulation du marché à, dans des cas particuliers, la mise en examen pour favoritisme.

Pour ce qui concerne le droit français, le terme de « clause du mieux disant social », n'est pas admis par les tribunaux. Il faut donc réduire l'utilisation de ce mot.

Le mieux disant signifie que c'est au niveau de la sélection des entreprises que l'acheteur peut choisir en fonction de la proposition de l'entreprise en matière sociale. Les tribunaux ne s'expriment pas en tant que tel sur la clause du « mieux disant » ; par contre ils considèrent que les entreprises doivent connaître, dès les premières étapes de la mise en concurrence, la règle du jeu. Aucun élément du code des marchés publics ne prévoit l'existence d'une telle clause.

Cette clause, ainsi définie, est légitimement interdite lorsqu'elle devient un facteur de sélection et non plus un facteur de compétition à armes égales des entreprises.

Elle pourrait, en effet, engendrer des abus, y compris au niveau même du principe de la concurrence. Un refus systématique sera opposé. Il faut donc parler d'interventions en faveur d'une politique d'insertion, où là il existe une latitude.

Introduire des « clauses sociales dans les marchés publics » n'est pas plus acceptable et revêt en outre un caractère beaucoup trop large.

Pour autant, l'entrée « insertion » est possible sous condition de limiter le champ par des approches sectorielles et par l'élaboration de cahier des charges extrêmement précis et surtout non discriminatoire.

1 – Quels sont les changements qui permettent d'envisager des solutions ?

L'arrêt de 1988 (BEENTJES) de la Cour de Justice des Communautés Européennes reconnaît qu'il peut y avoir une position favorable, notamment en ce qui concerne l'embauche de chômeurs.

Il définit la marge de manœuvre possible. Par contre, il a ses limites.

L'arrêt reconnaît, notamment, la prise en compte de la problématique du chômage et des chômeurs, mais pas celle de chômeurs locaux.

2 – Cet arrêt entraîne-t-il une contradiction entre le droit communautaire et le droit interne ?

Il est d'abord nécessaire de rappeler qu'un arrêt de la cour de justice s'impose aux Etats membres. Contrairement à ce qui a été trop souvent dit, il n'y a pas de contradiction entre cet arrêt et notre propre droit interne si cet arrêt est bien resitué dans son domaine et dans les limites qu'il impose. En effet, nous sommes aujourd'hui dans le cadre d'une coopération judiciaire en matière civile et pénale, et ce depuis 1993. Donc cet arrêt fait d'autant plus jurisprudence en droit français.

Cet arrêt a été pris en 1988, dans un contexte communautaire qui était celui du marché commun. Depuis il y a eu des modifications très fortes, notamment en 1999 avec l'ouverture des compétences communautaires sur la politique de l'emploi.

L'arrêt de la cour de Justice précité date de 1988 ; or il rappelle qu'il y a compétence dans la limite des traités. Juridiquement, aujourd'hui il existe dans les traités, une finalité de lutte contre les exclusions et une finalité emploi.

Le nouvel élément existe depuis le 1^{er} mai 1999, le traité érigeant en vocation transversale à l'ensemble des politiques communautaires la protection de l'emploi et la lutte contre les exclusions.

3 – L'arrêt BEENTJES **(Cour Européenne de justice – 20 septembre 1988)**

3.1. Explications

Au niveau communautaire, il n'y avait en 1988, aucune compétence en matière d'emploi ni en matière sociale. La vision est purement économique et il s'agissait d'assurer le droit à la concurrence.

Dans l'affaire en question la procédure utilisée était celle de l'adjudication. Des entreprises se présentent en répondant à un cahier des charges qui comprend des clauses prévoyant une préférence aux entreprises qui présenteraient les meilleures propositions en matière d'embauche de chômeurs. Sur cette base, deux entreprises sont retenues. La moins chère est écartée au motif qu'elle ne répond pas aux exigences du cahier des charges en matière d'embauche de chômeurs, d'où contestation devant les tribunaux communautaires.

La position de la Cour est très importante : « *La condition de l'emploi de chômeurs est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte* ».

La position de la Cour est claire, si cette condition est dans l'avis et dans le cahier des charges, ceci est légal. Ceci du moins n'est pas contraire au droit communautaire. Les conditions sont strictes si on n'a pas non plus d'incidence discriminatoire directe ou indirecte.

La Cour précise pour autant : « *... les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent effectuer la vérification de l'aptitude des entrepreneurs que sur la base de critères fondés sur leur capacité économique, financière et technique* ».

On ne peut donc pas le faire par rapport à la capacité sociale. Si clause d'insertion ou sociale il y a, il faut donc pouvoir la rattacher à une capacité économique financière et technique.

La Cour précise encore que « *...le choix des critères d'attribution ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.* »

C'est à dire que le choix ne peut pas être fait en fonction de critères sociaux, mais bien toujours économiques. Par contre cela n'exclue pas une offre qui participe à la politique de l'emploi.

Dans le traité de 1999, article 2, il est bien dit qu'un niveau d'emploi élevé constitue l'un des objectifs de la communauté des Etats membres. En ce sens, toutes les politiques communautaires doivent comporter la recherche d'un niveau élevé de l'emploi.

C'est donc en amont qu'il faut bien préciser les conditions d'embauche des publics en difficulté ou de chômeurs de longue durée.

Ces conditions doivent permettre de s'assurer que l'entreprise n'agit pas en situation d'effet d'aubaine mais qu'elle a bien une politique maintenue en matière d'emploi.

Dans ce cas, et uniquement dans ce cas, il y a conformité avec la politique communautaire.

Si la problématique est clairement inscrite dans l'avis et dans le cahier des charges, les entreprises ne seront recevables que si elles font des propositions en matière de politique de l'emploi.

La Cour précise enfin que « *...les Etats membres restent libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, à condition de respecter toutes les dispositions du droit communautaire...* »

En 1988, il n'y avait pas de politique de l'emploi par contre, en 1999 il y en a une. Il est donc aujourd'hui, à la différence de ce qui se passait en 1988, obligatoire de tenir compte de la politique de l'emploi dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.

Il y a donc une nette évolution entre « l'avant 1999 et l'après 1999 ».

Une position fermée concernant ces aspects devient illégale.

3.2. Conséquences

Le niveau communautaire reconnaît la clause d'insertion par l'approche cohésion économique et sociale, c'est à dire politique de développement territorial. L'introduction, sous les réserves précédemment indiquées, d'une « clause » de cohésion économique et sociale s'avère donc être parfaitement pertinente. Par contre, l'introduction d'une clause sociale est irrecevable.

Au niveau actuel du contrôle de légalité, une clause du mieux disant social ne peut qu'être illégale. Effectivement, la notion de « mieux disant » intervient au niveau de l'examen des offres alors que la jurisprudence dit bien que cela doit figurer en amont au niveau de l'avis et du cahier des charges, pas comme critère d'évaluation.

La clause du mieux disant sociale ou la clause sociale sont toutes deux inacceptables. Par contre, une « clause » emploi, ou cohésion économique et sociale cela est valable.

Il faut donc privilégier l'approche « emploi » plutôt que l'approche « sociale » : la lutte contre les exclusions n'est de compétence communautaire que sous l'angle de la cohésion économique et sociale, c'est à dire de la lutte contre les disparités trop fortes entre les régions intra-communautaires

Il pourrait donc, désormais, sur la base de l'application du droit communautaire et quel que soit le seuil des marchés concernés, y avoir une clause, dite « clause d'insertion », sous condition que cette clause soit conforme à loi française de lutte contre les exclusions, et s'inscrive dans le cadre des exigences de la politique communautaire dans ce domaine.

Le Plan National d'Action pour l'Emploi (PNAE) est la résultante de l'accord communautaire et de l'accord national des interventions sur le sol français en matière de lutte contre les exclusions.

Si l'acheteur public a un accord contractuel en précisant, par exemple, qu'existe une convention spécifique signée entre les collectivités territoriales et les PLIE sur certains types de publics dans le cadre de la politique nationale et de la politique communautaire, le raisonnement juridique peut permettre l'application d'une telle pratique.

A noter que le PNAE a des lignes très précises : l'exclu doit être dans un processus d'insertion accompagné dans le cadre d'une politique publique.

4 – Le critère insertion :

Ce critère doit répondre à certaines exigences :

- il doit figurer dans l'avis
- il doit figurer dans le cahier des charges
- il doit être calé sur le volet emploi et non pas le volet social
- il doit cadrer avec les priorités du PNAE ; en ce sens un contrat doit être signé entre l'entreprise, la collectivité et le PLIE, le PLIE faisant partie des grandes orientations du PNAE.

La collectivité territoriale doit donc tenir un raisonnement préalable, au niveau du PNAE, au niveau de sa politique territoriale, concernant sa volonté de prendre en compte un certain public.

Le nouvel objectif 3 pour la France, sur la période 2000 – 2006, permettra donc bien ces « clauses », en lien avec le PNAE. L'opérateur peut en être le PLIE.

Il faut donc bien négocier, au moment de la signature du contrat, avec l'entreprise la relation à avoir avec la sélection des travailleurs, sans pour autant lui imposer de nouvelles charges ou des obligations

supplémentaires non prévues au moment de l'offre. Les personnes embauchées par l'entreprise, sur la base de ces dispositions, devront être des personnes figurant sur un registre public adressé par le PLIE ; ces personnes seront suivies par le PLIE et devront relever d'une politique publique mise en œuvre par le PLIE.

Le fait qu'il y ait pour certains types de travailleurs, une contractualisation à faire avec le PLIE doit figurer dans l'avis. Ce n'est pas à l'entreprise de faire son choix sans passer par certains organismes qui eux-mêmes ont contractualisé avec l'Etat.

Dans le même esprit, la Cour rajoute que « ...la prise en considération de l'expérience spécifique pour le travail à réaliser est fondée sur la capacité technique des soumissionnaires ».

Ces derniers devront faire une offre indiquant comment ils intégreront les publics dans leurs équipes, ce qu'ils apporteront en plus, c'est cela que l'acheteur devra faire apparaître : il demande à l'offreur de faire des offres sur ce public. Ce critère rentre donc bien dans la capacité technique des soumissionnaires. Cela devient donc une clause technique.

Les points 28 et 29 de l'arrêt précité montrent que si l'on raisonne comme cela est exposé, il y a parfaitement conformité, tant au droit national qu'au droit communautaire.

Prendre contact avec le PLIE est effectivement non discriminatoire si cela est bien inscrit dans l'avis. Le PLIE doit pouvoir donner toute les informations nécessaires aux soumissionnaires, quelque soit leur nationalité.

Il faut être prudent en ce qui concerne l'origine des demandeurs d'emploi, puisque la cohésion économique et sociale au niveau communautaire s'analyse au niveau d'un territoire.

Par exemple, une entreprise vient travailler en Rhône Alpes mais est installée à Strasbourg. Si cette entreprise souhaite uniquement travailler avec le PLIE de Strasbourg, ce n'est pas possible... La base qui nous permet d'agir est la politique de l'emploi et celle de la cohésion économique et sociale dont les objectifs sont aujourd'hui régionalisés.

Ainsi, l'Etat peut favoriser l'insertion par les marchés publics, et ceci dans le respect du cadre communautaire.

Le cadre communautaire ne présente que deux ouvertures : la politique de l'emploi ou la politique sociale sous l'angle de la lutte contre les exclusions.

Le Préfet de Région a un rôle majeur dans cette organisation.

La Cour apporte des précisions importantes : « ...en revanche la condition de l'emploi des chômeurs de longue durée faisait l'objet de dispositions particulières de cahier des charges et était explicitement mentionnée dans l'avis de marchés publics au journal officiel ... ».

La Cour précise encore que « ... par conséquent un renvoi général à une disposition de la législation nationale ne saurait satisfaire à cette exigence de publicité ... ».

Ainsi, ce n'est pas parce que dans notre code français des marchés publics, il n'est pas prévu de règles spécifiques concernant les aspects sociaux qu'on ne peut pas les faire figurer, sous condition que ce soit dans les limites de l'emploi ou la cohésion économique et sociale.

La Cour réaffirme avec force qu' « en ce qui concerne une condition telle que l'emploi de chômeur de longue durée, il convient de constater que s'agissant d'une condition particulière supplémentaire elle doit être mentionnée dans l'avis afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition. ».

Ainsi, la sélection se fait par la mesure de la capacité technique qu'a l'entreprise à accompagner la politique publique de l'emploi et de la cohésion économique et sociale.

Ce n'est pas une politique sociale, c'est une logique de rapprochement des législations en matière de passation des marchés publics sur des territoires aidés et accompagnés dans le cadre d'une politique de cohésion économique et sociale.

La Cour précise bien les conditions d'application du système dérogatoire : « *la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres...* » .

Il n'est pas discriminatoire d'imposer à une entreprise de travailler avec tel ou tel PLIE sous condition que ce soit bien défini préalablement dans l'avis et que ceci soit clairement compréhensible des éventuels offreurs.

La Cour repositionne les relations de la Communauté européenne avec les Etats membres : « *...obligation des Etats membres, découlant d'une directive, d'atteindre les résultats prévus par celle-ci...* ».

Ceci est essentiel : ayant maintenant dans le traité, pour principe la compatibilité entre les réglementations et les politiques nationales et communautaires, notamment l'objectif d'un niveau d'emploi élevé, les réglementations nationales concernant les marchés publics ne peuvent omettre, sous les conditions précitées, cet objectif.

La finalité de l'emploi est pleinement transversale aujourd'hui.

Ainsi, par exemple, toute aide de la Communauté européenne à un projet instruit et mis en œuvre par un Etat membre, qui aurait pour conséquence une perte d'emploi ne devra pas être acceptée. Cette règle sera donc particulièrement difficile à appliquer.

5 – Question supplémentaire

5.1. Situation

La Ville de Blois a passé un marché de concurrence à objet clairement social. Le présent marché a pour objet la réinsertion sociale d'habitants du quartier Blanc, de la ville de Blois :

« Le présent marché qui se décompose en un lot faisant l'objet d'une tranche unique a pour objet la réinsertion sociale d'habitants des quartiers nord de la ville de Blois durablement exclus du marché du travail. Pour réaliser cet objet social, la ville de Blois confiera au candidat retenu des tâches socialement utiles axées sur le nettoyage et l'entretien des espaces publics. Ces heures de travail rémunérées, support de la démarche d'insertion, seront obligatoirement accompagnées d'un dispositif d'accompagnement spécifique à chaque individu. »

C'est donc bien un marché de prestation de service, mais de service d'insertion et non pas de service de nettoyage, le nettoyage n'étant que l'élément matériel de la finalité. Dans les critères de jugement, il y a bien le fait que l'offre devra être pertinente avec les marchés d'insertion par l'économique. Ce marché est tout à fait légal, la finalité n'est pas de nettoyer, la finalité est l'insertion.

L'examen de ce travail passe par plusieurs étapes de questions.

5.2. Est-ce qu'une Mairie a compétence en matière de lutte contre l'exclusion et de réinsertion sociale ?

Une mairie n'a qu'une compétence partagée. Cela signifie qu'elle ne peut le faire que dans le cadre de la convention signée avec les services de l'Etat et dans les limites de son domaine d'intervention.

Il y a donc dû y avoir un accord préalable avec les services de l'Etat.

Le marché pourrait alors être attribué à une entreprise individuelle, société de groupement d'intérêt économique, entreprise ou groupe solidaire ou association.

5.3. Est-ce que la démarche d'insertion est pertinente ?

Oui, puisque la finalité est l'insertion. Ce qui sera examiné sera l'expérience de l'entreprise dans le domaine, de qualification du personnel d'encadrement, de la nature et de la durée de contrat de travail, du parcours individuel.

5.4. Quelle est la pertinence de la traduction du coût de réinsertion en coût de nettoyage ?

Le coût du dispositif de réinsertion sociale traduit en coût de réalisation des services de nettoyage et d'entretien des espaces publics est une exigence de la Mairie.

Si le but est de nettoyer, le marché est illégal, par contre, si le but, c'est l'insertion, l'approche est juridiquement bonne.

La Mairie a même été plus loin que ses obligations légales, puisque c'est un marché de prestations de services, et dans ce cadre, vu la directive « services », l'insertion ne fait pas obligation d'un appel d'offres. Ils auraient pu se contenter d'une consultation.

5.5. Exemple de ce qu'il serait possible de faire

Le Conseil Régional fait un appel d'offres classique en informant, que le Conseil Régional a signé un accord avec le PLIE, les entreprises retenues devront avoir une démarche d'insertion en lien avec le PLIE. Le cahier des charges pourra permettre aux entreprises de faire des propositions dans ce sens (que proposez-vous comme action pour travailler avec le public en difficulté ? etc....).

Ces personnes en insertion n'auront pas pour but de produire, mais d'acquérir un meilleur savoir-faire. Cette action peut avoir un coût spécifique à bien identifier dans l'offre.

Le Conseil Régional respecte sa finalité, non pas en tant que constructeur de lycée, mais de mise en place de politiques publiques transversales (politique de l'emploi), à condition d'un accord préalable avec l'Etat, représenté par le Préfet de Région.

Dans le cadre actuel qui n'est pas le « moins-disant », applicable dans le cas d'une adjudication, mais bien le « mieux-disant », la capacité de l'entreprise à répondre à l'obligation de la démarche d'insertion devient donc un élément technique, comme les autres, qui peut permettre d'évaluer l'entreprise : il s'agit d'un critère technique comme un autre.

6 – Synthèse

Si pendant longtemps, la politique publique avait comme objectif le développement économique, depuis 1999, les politiques publiques, sous l'impulsion du droit communautaire, sont passées dans une logique de développement durable.

Ainsi, en plus de l'économie, l'environnement mais aussi l'emploi sont devenus des finalités de politiques publiques dans le cadre d'un développement durable.

Le traité d'Amsterdam (Art.2) érige la politique de l'emploi comme priorité dans la politique des Etats Membres, priorité transversale, au même titre que l'environnement et l'égalité hommes/femmes.

Ainsi, une collectivité doit s'accorder avec l'Etat pour respecter cette politique européenne. L'Etat en est le Premier garant.

En ce sens, elle peut contractualiser avec l'Etat une démarche d'insertion qu'elle imposera à ses prestataires.

Le critère Insertion devient donc un critère technique et est acceptable à condition que :

- 1 - il figure dans l'avis
- 2 - il figure dans le cahier des charges
- 3 - il s'inscrive dans la logique du volet emploi (et non pas de volet social)
- 4 - il ne porte pas atteinte au niveau d'emploi global (l'entreprise doit montrer cet élément)
- 5 - il cadre avec le PNAE, d'où contrat signé entre l'entreprise, la collectivité et le PLIE, le PLIE faisant partie des grandes orientations du PNAE .

La collectivité territoriale doit donc tenir un raisonnement préalable, au niveau du PNAE, au niveau de sa politique territoriale, concernant sa volonté de prendre en compte un certain public.