

Du sang neuf pour l'insertion sociale

MARCHÉS PUBLICS // La future ordonnance relative aux marchés publics doit renforcer la politique sociale de la commande publique. L'incitation auprès des acheteurs publics est désormais consacrée au plan européen.

LA
CHRONIQUE
de **Thomas Rouveyran***



Les textes actuels (Code des marchés publics et ordonnance du 6 juin 2005) autorisent déjà les pouvoirs adjudicateurs à retenir des critères d'attribution fondés sur considérations sociales ou directement à imposer des conditions d'exécution du marché portant sur des considérations liées à l'insertion des personnes en situation de précarité ou handicapées. Le recours à des marchés réservés en faveur d'entreprises adaptées ou des organismes d'aide par le travail (essentiellement au soutien du travail des personnes handicapées...) est également prévu. Les politiques d'achat intègrent toutefois très rarement des considérations en faveur de l'insertion sociale. La réforme en cours de la commande publique en France a pour objectif d'inciter les acheteurs publics à soutenir bien plus largement ces mesures à vocation sociale.

Vers la recherche de mesures équilibrées

Le « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics », rédigé par le ministère de l'Économie (dernière version en ligne en date du 26 septembre 2014), rappelle juste la nécessité de s'assurer de la juste proportion de la main d'œuvre ainsi que de la disponibilité des structures d'insertion dans le secteur d'activités concernés, en se faisant assister si besoin par un « facilitateur » lié au secteur de l'emploi local, en amont du lancement de la procédure jusqu'au suivi concret de la mise en œuvre de la mesure sociale dans le marché. Dans le même sens, la décision de mettre en œuvre des marchés réservés – ou certains lots seulement d'un marché – impliquera nécessairement d'apprécier la nature des prestations en jeu – avec un besoin limité en qualification – ainsi que la part du marché ou du lot qui devra être exécutée par du personnel handicapé. En définitive, l'objectif sera atteint si le résultat attendu est socialement utile.

Le renforcement des marchés réservés

Les nouvelles directives étendent le régime actuel de ces marchés en instaurant un seuil de 30 % du personnel des structures concernées devant être des travailleurs handicapés ou défavorisés. Le projet d'ordonnance prévoit pour sa part de distinguer le cas des marchés réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements ou services d'aide par le travail qui emploient des personnes handicapées de celui des marchés réservés à des structures d'insertion par l'activité économique. Deux systèmes indépendants sont donc voulus car dirigés vers des acteurs opérant dans des domaines différents. La fixation de la proportion minimum de personnes à insérer sera fixée par voie réglementaire.

Les nouvelles directives instaurent un seuil de 30 % du personnel des structures concernées soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

Sur ces mesures proposées, il est intéressant de relever la position retenue par la plate-forme RSE (responsabilité société des entreprises), créée sous l'égide du Commissariat général à la stratégie et à la prospective, dans son avis tout récent du 26 janvier : s'agissant des marchés réservés à des personnes handicapées, un seuil de 50 % doit selon elle être retenu, celui de 30 % ne correspondant à aucune réalité sur le marché français. La plate-forme propose en revanche de ne pas prévoir de marchés réservés à des personnes en précarité, au motif que l'insertion de critères d'insertion ou de clauses « sociales » dans les marchés suffit amplement à répondre à l'objectif poursuivi, le recours à ces marchés étant jugé au contraire inutilement stigmatisant. On notera enfin que le projet d'ordonnance contient un article complémentaire relatif à la passation de marchés en matière de services de santé, sociaux ou culturels qui peuvent être réservés, dans certaines con-

ditions, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire telles qu'elles viennent d'être définies par la nouvelle loi relative à l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014. On peut néanmoins s'interroger sur l'avenir d'une telle mesure s'il apparaît trop complexe pour un acheteur public d'identifier précisément

s'il répond aux conditions posées par l'ordonnance, tout en s'assurant dans le même temps que les entreprises candidates répondent elles-mêmes au régime défini par la loi ESS.

Des critères et clauses en faveur de l'insertion sociale

L'ordonnance confirme enfin la possibilité de retenir des critères ou d'introduire des clauses du marché qui répondent à la demande d'un soutien à l'insertion sociale. Les nouvelles directives consacrent ces critères et clauses, mais prévoient que les conditions d'exécution de clauses sociales devront dans ce cas être liées aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché. Le lien entre l'objet du marché et la mesure en faveur de l'insertion sociale est toutefois apprécié de manière souple comme le révèle la lecture des considérants des deux directives. En réalité, la seule impossibilité consiste à imposer l'engagement de principe des entreprises à une politique sociale – et cela se pose en des termes identiques pour la politique en matière environnementale – dans leur activité.

L'ordonnance reprend de manière similaire cette nouvelle condition. Elle prévoit également la possibilité d'imposer une mise à disposition de moyens pour exécuter le marché localisés sur le territoire d'un Etat membre, disposition qui jusque-là était réservée au cas de certains marchés seulement et qui sera désormais applicable à tout type d'achat public. Mais indirectement aussi, l'intervention de personnes handicapées ou en situation de précarité aura pour effet de favoriser l'emploi local.

*Avocat associé au Cabinet Seban & Associés