



SMF12

Clauses sociales et éthiques dans les marchés publics

Thais Leray, Le Groupe One asbl.

SOMMAIRE :

L'analyse

..... > Clauses sociales et/ou éthiques, un incitant à la RSE

Le dossier pédagogique

..... > L'introduction de clauses sociales ou éthiques aux différentes étapes des marchés publics

..... > Evolution du droit communautaire

..... > Bonne pratique

L'avis des experts

..... > Paolo Romizi, Coop Centro Italia

L'analyse

● **Clauses sociales et/ou éthiques, un incitant à la RSE**

Depuis le mois de novembre 2002, la Région italienne *Umbria* s'est dotée d'une loi introduisant des clauses éthiques pour l'attribution de ses marchés publics. Cette loi stipule que, toutes choses étant égales par ailleurs, et notamment les critères de prix et qualité, les entreprises dotées d'un certificat SA 8000 et inscrites au registre (*Albo delle imprese con certificato di conformità allo standard SA 8000*) seront privilégiées en matière d'attribution des adjudications, ainsi que lors de l'étape de sélection. Introduite sous l'effet d'une initiative du distributeur Italien *Coop*, certifié SA 8000 depuis 2001, et signée et soutenue par quelques 20.000 citoyens, la Région a accepté d'établir une telle loi sous réserve de la position de la Commission Européenne. Publiée, mais non effective, elle est actuellement en examen à la commission afin de vérifier qu'elle est bien conforme au droit communautaire et ne crée pas distorsion de concurrence.

L'idée d'introduire des clauses sociales dans les marchés publics n'est pas neuve et a déjà fait l'objet de plusieurs lois nationales, notamment en France, en Belgique, en Italie et au Danemark. En matière de clauses éthiques, cependant, l'initiative d'*Umbria* est une première. Toutefois, si les Etats membres peuvent légiférer en ce sens, l'introduction de clauses sociales ou éthiques, doit toujours se situer dans le respect des directives européennes, dont l'un des principes fondamentaux est celui de la non-distorsion de la concurrence.

En effet, si la question de l'introduction de clauses sociales ou éthiques dans les marchés publics ne fait toujours pas explicitement partie du cadre légal communautaire, elle n'en est pas moins d'importance, puisque ceux-ci représentent environ 14% du PIB de l'Union Européenne, soit quelques 1000 milliards d'euros.

Alors que le "tout à l'économique" montre de sérieuses lacunes, de telles initiatives des pouvoirs publics constituent un soutien important à la responsabilité sociale des entreprises.

Tout d'abord, l'introduction de clauses éthiques dans les marchés publics non seulement favorise les entreprises socialement responsables, mais incite par ailleurs les entreprises à entrer dans cette démarche. En effet, considérant qu'à offre économiquement équivalente, il sera donné la préférence à une entreprise certifiée SA 8000, une telle clause devrait inciter toujours plus d'entreprises à se faire accréditer.

Ensuite, on pourrait mettre en parallèle l'entreprise socialement responsable qui incite ses fournisseurs à respecter un code de conduite ou les spécifications d'un label, et l'Etat, qui, de même, choisi ses fournisseurs sur base de critères socialement et/ou environnementalement responsables.

Finalement, et de manière plus générale encore, si l'on considère que la RSE entend minimiser l'impact social et environnemental de ses activités sur la société et à pallier les dysfonctionnements de la poursuite d'une stricte logique économique, l'introduction des clauses sociales dans les marchés publics pourrait alors peut-être constituer simplement un principe de bonne gouvernance à l'échelle des Etats ?

Quoiqu'il en soit, alors que 14% des firmes certifiées SA 8000 dans le monde se situent en Italie, et représentent plus de la moitié des firmes certifiées en Europe, l'insertion de cette clause éthique en ce qui concerne les marchés publics de la Région d'*Umbria* constitue une bonne manière d'inciter les entreprises à se faire certifier SA 8000. En outre, pour engager toujours plus d'entreprises dans le processus de la certification, la Région a prévu un mécanisme

incitatif supplémentaire, en octroyant une aide régionale correspondant à la moitié des coûts de la certification à toute entreprise de la Région désireuse de se faire accréditer.

Sommaire 

Le dossier pédagogique

● L'introduction de clauses sociales ou éthiques aux différentes étapes des marchés publics

1. **Clauses sociales et clauses éthiques**

Les marchés publics, sont des marchés de travaux, de fourniture ou de services, en provenance des pouvoirs publics. Dans le cas des **adjudications**, les candidats sont évalués sur base du prix. Dans le cas des **appels d'offre**, les différents soumissionnaires sont évalués sur base du prix et de la qualité (l'offre économiquement la plus avantageuse).

Outre ces critères traditionnels de choix, les **clauses sociales** dans les marchés publics visent généralement

- à favoriser la réinsertion ou la formation de certaines catégories de travailleurs
- ou à imposer des mesures en faveur de l'emploi

Les **clauses éthiques**, quant à elles, concernent d'autres critères tels le respect des droits fondamentaux, de certaines conditions de travail, de non-discrimination...

2. **Le cadre juridique**

Le fait qu'un marché public soit régi par les lois nationales ou européennes en vigueur dépend du montant global de celui-ci. Ainsi, si le montant du marché dépasse le seuil européen, les règles qui s'appliquent sont celles des directives européennes marchés publics. Les marchés présentant un seuil inférieur tombent sous le champ d'application de la loi nationale, mais doivent néanmoins toujours se conformer aux principes généraux du traité, et notamment ceux de transparence et de non-discrimination.

Malgré l'absence de reconnaissance explicite des clauses sociales dans le cadre légal communautaire en vigueur, des possibilités existent à chaque étape, des possibilités d'introduire des clauses sociales et/ou éthiques dans les marchés publics existent à chaque étape. Ainsi, la *communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés* précise le cadre dans lequel des clauses dites sociales peuvent être ajoutées et sous quelle forme. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, par exemple, se fonder sur une condition liée à la lutte contre le chômage, pourvu qu'elle respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment celle de l'absence de d'incidence discriminatoire directe ou indirecte. En outre, ces conditions ne peuvent avoir un effet que dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs se trouveraient confrontés à deux ou plusieurs offres économiquement équivalentes. En ce sens, la clause sociale ou éthique est alors considérée comme un critère accessoire non déterminant après que les offres aient été comparées d'un point de vue purement économique. Pour Françoise Navez, chargée de recherche au centre d'économie sociale de l'Ulg, c'est notamment à travers cet objet accessoire que réside une possibilité importante d'introduire des clauses sociales ou éthiques.

3. **Les différentes étapes:**

d'une manière générale, l'introduction de cette dimension sociale dans les marchés publics peut notamment se faire aux quatre étapes suivantes :

- lors de la rédaction du cahier des charges (les spécifications techniques)
- lors de la sélection de l'entreprise (cause d'exclusion ou critère de sélection)
- lors du choix de l'offre la plus intéressante (critères d'attribution du marché)
- lors de l'exécution du marché (conditions d'exécution du marché)

4. **Les spécifications techniques**

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les produits demandés soient fabriqués selon un certain mode de production dans la mesure où celui-ci répond aux besoins du pouvoir adjudicateur. Toutefois, des exigences qui n'ont aucun rapport avec le produit ou la prestation elle-même, comme par exemple une exigence se rapportant à la façon dont est gérée une entreprise, ne sont pas des spécifications techniques au sens des directives marchés publics et ne peuvent donc être imposées. Ce faisant, un "label social" ayant trait à la capacité "sociale" d'une entreprise ne peut actuellement être considérée comme une "spécification technique" au sens des directives des marchés publics. Toutefois, la communication interprétative de la Commission précise que "d'une manière générale, tout pouvoir adjudicateur est libre, lors de la définition des produits ou des services qu'il entend acheter, de choisir d'acquérir des biens, des services ou des ouvrages qui correspondent à ses préoccupations en matière sociale, y compris en termes de variantes, pourvu que ce choix n'aboutisse pas à un accès restreint au marché en question au détriment des soumissionnaires d'autres états membres."

Cause d'exclusion ou critère de sélection des candidats ou soumissionnaires

Traditionnellement, la sélection des soumissionnaires doit se faire sur base de critères économiques, financiers ou techniques. Cependant, les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs, d'exclure d'une procédure de passation de marché, un candidat ou un soumissionnaire qui n'aurait pas respecté certaines dispositions, lesquelles doivent avoir été prédéfinies dans la législation nationale. Au titre de ces dispositions peuvent figurer des clauses telles que celles concernant l'égalité des chances.

5. **Critères d'attribution du marché**

Au niveau de l'attribution du marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur une condition liée à la lutte contre le chômage, pourvu qu'elle respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et seulement pour autant que les pouvoirs adjudicateurs se trouvent confrontés à deux ou plusieurs offres économiquement équivalentes. En ce sens, cette condition est considérée comme un critère accessoire non

déterminant après que les offres ont été comparées d'un point de vue purement économique.

6. Conditions d'exécution du marché

En général, les clauses sociales se situent au niveau de l'exécution du contrat. Les pouvoirs adjudicateurs ont "la possibilité d'imposer au titulaire du contrat le respect de clauses contractuelles portant sur le mode d'exécution du contrat et qui soient compatibles avec le droit communautaire. Ces clauses peuvent comprendre des mesures en faveur de certaines catégories de personnes et des actions positives dans le domaine de l'emploi." Elles ne peuvent en aucun cas avoir une incidence discriminatoire directe ou indirecte.

● Evolution du droit communautaire

Aujourd'hui, le contexte législatif communautaire évolue et les directives marchés publics sont en train de faire l'objet d'une opération de rationalisation. En effet, les directives marchés publics doivent être refondues en une seule afin de répondre à un besoin de simplification. La procédure vise à "simplifier et clarifier les directives communautaires actuelles et de les adapter aux besoins d'une administration moderne dans un environnement économique en mutation".

Ainsi, parmi les innovations et questions à l'ordre du jour on retrouve la possibilité de procéder à des appels d'offre par voie électronique, mais aussi, quoiqu'en filigrane, le débat sur l'inclusion de critères éthiques, sociaux et environnementaux dans les marchés publics. Ce projet d'ajout de critères "développement durable" est actuellement soutenu par une coalition d'ONGs et de parlementaires européens.

- "Le seuil que les marchés publics doivent évaluer ou dépasser pour être couverts par la directive varie. D'une manière générale, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les règles procédurales communautaires lorsqu'il s'agit de marchés dont le montant hors TVA est égal ou supérieur à 200.000 euros". Le seuil déclenchant un appel d'offre européen est de 200.000 euros hors TVA pour les marchés de fournitures ou de services et de 5.000.000 euros hors TVA pour les marchés de fourniture.

- Position de la Cour dans l'arrêt Beentjes : "la condition de l'emploi de chômeurs est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte".

- Pour plus d'information à ce sujet :

http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/publproc/comm/233.htm

Summaire^ 

● Bonne pratique

L'introduction de clauses sociales ou éthiques se fait le plus souvent à travers les étapes d'exécution, plus rarement à travers des critères accessoires. Le cas de la Ville de Blois en France est, à cet effet, très intéressant en ce qu'il présente une approche très différente des choses. La Ville de Blois a passé un marché de concurrence ayant pour objet la réinsertion sociale d'habitants du quartier blanc :

"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."

Dans ce cas, la Ville de Blois, ayant pour objectif premier la réinsertion sociale, établit un marché de prestation de service d'insertion, au lieu d'établir un marché de service de nettoyage avec une clause d'insertion. Il s'agit bien d'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 sa finalité.

Cependant, pour procéder à un tel marché, conforme au cadre législatif, Maître Bonnefoi, dans son étude sur les clauses d'insertion dans les marchés publics, suggère d'examiner les points suivants ⁽¹⁾ :

- Il convient tout d'abord d'examiner **la compétence de l'autorité publique** qui passe l'appel d'offre en matière d'insertion. En effet, afin que le marché soit conforme, l'objet du marché doit être du ressort des compétences de l'autorité publique soit directement, soit par délégation.
- Ensuite, la **pertinence de la démarche d'insertion** doit faire l'objet d'une évaluation. Dans la mesure où la finalité est l'insertion, c'est l'expérience de l'entreprise dans le domaine, de qualification du personnel d'encadrement, de la nature et de la durée de contrat du travail, qui feront l'objet d'une évaluation en termes de capacité technique des soumissionnaires.
- Finalement, c'est **l'objet même du marché** qui doit être vérifié. En effet, l'objet doit bien être l'insertion et non le nettoyage : "si le but est de nettoyer, le marché est illégal, par contre, si le but, c'est l'insertion, l'approche est juridiquement bonne".

Summaire^ 

L'avis des experts

● Paolo Romizi, direttore affari generali, www.coop.it (Coop Centro Italia)

Pourquoi Coop a-t-il initié un processus législatif visant à favoriser les entreprises SA 8000 ?

Certifié SA 8000 depuis 2001, le distributeur Coop s'est rendu compte du défaut de compétitivité découlant de sa démarche de certification. En effet, adhérer à la norme SA 8000, revient à renoncer à certains comportements de

diminution de coût. Ainsi, la prestation d'heures supplémentaires non payées ou, de manière plus générale, tout ce qui est application non scrupuleuse des contrats, mais qui est pratique courante dans le secteur, ne peut plus être appliqué. Or lorsqu'on sait que le coût du travail est le plus important, cela crée une grosse différence. Paradoxalement donc, les entreprises éthiques, qui décident d'adhérer à une norme telle que la SA 8000, se voient donc désavantagées vis à vis de leurs concurrents, quand bien même elles sont plus respectueuses du travailleur et plus éthiques. Pour contrer cet effet pervers, Coop pense que deux actions sont nécessaires :

- que les citoyens, consommateurs et clients, favorisent l'éthique dans leurs choix de consommation.
- que la loi reconnaisse un avantage à ceux qui sont certifiés, éthiques, pour compenser le désavantage concurrentiel qui en résulte.

Toutefois, les consommateurs n'ont bien souvent pas les moyens de distinguer ou de comprendre si et pourquoi les produits sont éthiques. Le comportement du consommateur est traditionnellement guidé par d'autres critères de choix et l'amener à distinguer les critères éthiques demandera encore beaucoup de travail. C'est sur base de ce constat, que Coop s'est saisi de son droit d'initiative législative citoyenne en faisant une telle proposition de loi. Alors que tout citoyen a le droit de proposer une loi, celle-ci doit recueillir au moins 3.000 signatures de citoyens afin de pouvoir être examinée par la Région. Dans ce cas, ce sont 25.000 signatures qui ont accompagné le projet de loi, approuvé le 4 novembre 2002. Non directement concernée par cette loi, dans la mesure où elle ne participe pas aux appels d'offre et adjudications, cette initiative reste toutefois dans la lignée des actions citoyennes de Coop et confirme son engagement en matière de RSE.

Sommaire^ 

Références

- Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2001/com2001_0566fr01.pdf
- BONNEFOI Me, "Les clauses d'insertion dans les marchés publics", Allies-Plie de Lyon : <http://www.allies-plie.org/documents/publications/etudesactes/etudemarchespublics.pdf>
- Ethical Performance, "Italian authority gives priority to SA 8000 firms", Volume 4, issue 9, February 2003 - www.ethicalperformance.com

NOTE :

(1) BONNEFOI Me, "Les clauses d'insertion dans les marchés publics", Allies-Plie de Lyon
.....<http://www.allies-plie.org/documents/publications/etudesactes/etudemarchespublics.pdf>

Toute reproduction est autorisée avec la mention de la source : Sustainable Economy- Groupe One-Asbl



Cet article provient de Groupe One
http://www.groupeone.be/new_fr

L'URL pour cet article est :
http://www.groupeone.be/new_fr/sections.php?artid=65