

GUIDE

LES CLAUSES SOCIALES DANS LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE



- 2012 -



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE


MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
DES FINANCES ET DU
COMMERCE EXTÉRIEUR

Avant-propos

Le présent guide a été réalisé pour faciliter la mise en œuvre des clauses sociales dans les PPP, qui comportent à cet égard des enjeux particuliers. Il est le fruit du travail collectif d'un groupe de travail qui a associé le Service des Achats de l'Etat (SAE), l'Observatoire Economique de l'Achat Public (OEAP), la Mission d'Appui au PPP (MAPPP), la Délégation Générale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (DGEFP, Ministère du Travail de l'Emploi et de la Santé), le Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), la Direction de l'Evaluation, de la Performance, des Affaires Financières et Immobilières (DEPAFI, Ministère de l'Intérieur), en collaboration avec Alliance Villes Emploi (AVE), l'Observatoire des achats responsables (OBSAR), Réseau Ferré de France (RFF), la Ville de Bordeaux, sous la présidence de Christophe BAULINET, Inspecteur général des Finances.

SOMMAIRE

1. INTRODUCTION.....	1
2. DÉFINITION DES PPP ET LEURS DIFFÉRENTES EXPRESSION JURIDIQUES	1
2.1. Les principaux montages en PPP	2
3. ENJEUX : L'INTÉRÊT DES CONTRATS DE PARTENARIAT (CP) ET DES PPP POUR LE DÉVELOPPEMENT DES CLAUSES SOCIALES.....	4
3.1. Ouvrir à l'ensemble des contrats publics	4
3.2. Les avantages des PPP pour les clauses sociales	5
4. CONDITIONS JURIDIQUES DE MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES SOCIALES DANS LES PPP.....	6
5. BÉNÉFICIAIRES DES ACTIONS D'INSERTION.....	10
5.1. Définitions.....	10
5.2. Privilégier les plus éloignés de l'emploi	11
5.3. Validation du public concerné	11
6. ACTEURS DE L'INSERTION.....	12
6.1. Rôle des PLIE et des Maisons de l'Emploi.....	12
6.2. Rôle des « facilitateurs »	13
6.3. Le rôle des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) :.....	14
6.4. Le rôle de Pôle Emploi :	15
6.5. Le rôle des missions locales :	15
6.6. Le rôle des Cap emploi :	16
6.7. Les organismes d'insertion par le travail des secteurs adapté ou protégé des personnes en situation de handicap:.....	16
7. CONDITIONS PRATIQUES.....	17
7.1. Quand se poser la question des clauses sociales ?	17
7.2. Lien avec les acteurs de l'insertion	18
7.3. Comment fixer les objectifs d'insertion.....	19
7.4. Comment préparer et gérer les difficultés d'exécution	19
7.5. Cas particulier des contrats déjà attribués.....	20
8. FOIRE AUX QUESTIONS	20
8.1. Quelle est la définition d'une clause sociale d'insertion ?.....	21
8.2. Quand, à quel stade d'un PPP, se poser la question de la pertinence d'une clause sociale ?.....	22
8.3. Qui décide de l'introduction d'une clause sociale dans le contrat ?	22
8.4. Qui l'acheteur public doit-il mobiliser pour bâtir efficacement la clause d'insertion ?.....	22

8.5. Quelles informations économiques et en matière d'insertion sont nécessaires pour bâtir une clause d'insertion, et auprès de quels acteurs les obtenir ?.....	23
8.6. La clause sociale peut-elle être un critère de sélection parmi d'autres et à quelles conditions ?	23
8.7. Quelle est l'unité dans laquelle exprimer l'objectif social de la clause ?	23
8.8. Quelles parties du contrat sont les plus adaptées à une clause sociale ? Doit-on se limiter à la phase de construction d'un investissement ?	24
8.9. Quels corps de métiers sont les plus adaptés à une clause sociale ?	24
8.10.. Existe-t-il des références (exemples) de mise en œuvre des clauses sociales et comment les consulter ?	25
8.11.. Y-a-t-il des modèles de rédaction de clauses sociales et où les trouver ?	25
8.12.. Sur quels textes s'appuyer pour prévoir une clause sociale ?	25
8.13.. Dans quels documents de l'appel d'offre doit figurer une clause sociale ?	26
8.14.. Quel degré de détails de l'exécution de la clause sociale doit-on prévoir dans le contrat ? Le contrat peut-il imposer les modalités particulières de réalisation de la clause sociale ?	26
8.15.. Dans quelles conditions une offre peut-elle être écartée si elle prend mal en compte l'exigence d'une clause sociale ou si elle ne la prévoit pas ?	28
8.16.. Comment organiser la sélection des offres sur ce critère particulier et quel degré d'importance lui accorder ?	29
8.17.. Quel degré de liberté doit-on laisser dans les modalités de l'exécution des clauses prévues au contrat ?	29
8.18.. Comment et à quels moments s'assurer que la clause sociale est effectivement mise en œuvre ?	30
8.19.. Comment régler les écarts si on constate que les objectifs de la clause sociale sont imparfaitement exécutés par l'entreprise bénéficiaire du contrat ?	30
8.20.. Sur qui s'appuyer pour accompagner les entreprises dans la mise en œuvre des clauses sociales ?	31
8.21.. Comment définir l'objet de la clause sociale et le public éligible à l'action d'insertion ? Quelles formes l'action d'insertion peut-elle prendre ?	32
8.22.. L'acheteur public peut-il valoriser les contrats au titre de la politique de développement durable développée par ses services ?	33
8.23.. L'entreprise (ou le groupe d'entreprises) retenue pour exécuter le contrat peut-elle valoriser les clauses sociales pour l'appréciation de ses obligations en matière de développement durable ou plus généralement dans le cadre d'une communication mettant en valeur son image ?	33
8.24.. Comment calculer la contribution versée au Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPH-FP) et à l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) en tenant compte de l'attribution d'un contrat à des EA ou à des ESAT ?	34
8.25.. Comment peut-on suivre les résultats sociaux issus des clauses sur le plan local ? Existe-t-il des éléments publiés, notamment statistiques, sur l'efficacité des clauses sociales ?	36

8.26. Les clauses sociales issues de ces contrats sont-elles prises en compte dans le cadre du suivi national déjà organisé pour les clauses sociales insérées dans les marchés publics ? Où trouver les données ?	36
9. EXEMPLES CONCRETS.....	36
10. SUIVI DES RÉSULTATS AU NIVEAU NATIONAL	36
11. ANNEXE : CLAUSES-TYPES (À ADAPTER À CHAQUE SITUATION PARTICULIÈRE).....	38

1. Introduction

Les clauses sociales dans les marchés publics¹ ont émergé dans les collectivités territoriales et ont progressivement été introduites dans le code des marchés publics depuis 2001. Elles visent à prévoir, dans le cadre des travaux ou des prestations de services prévues au contrat, la réalisation d'heures de travail d'insertion par des personnes éloignées de l'emploi.

Dans le cadre du Grenelle de l'environnement, l'Etat en a fait un élément de sa politique de développement durable et l'a formalisé par une circulaire du Premier Ministre du 3 décembre 2008, qui définit la politique de « l'Etat exemplaire ».

Les résultats constatés restent encore limités. Par ailleurs le champ de cette politique, en visant certains marchés publics seulement, s'est privé de lui donner la portée la plus large. La politique développée par l'Etat en matière de développement des clauses sociales dans les marchés publics donne des résultats au niveau micro économique. Après une première phase d'expérimentation, il convient d'en ouvrir le champ le plus large à l'ensemble de la commande publique sous toutes ses formes : marchés publics, mais également contrats de partenariat (CP), ensemble des formes de partenariats public-privé (PPP) et délégations de services publics (DSP), qui offrent des potentialités importantes en termes d'opérations d'insertion. L'application potentielle des clauses sociales aux PPP était présente dès la première édition du document « procédures et méthodes » publié par la MAPPP (www.economie.gouv.fr/ppp/mission-dappui) ; il s'agit désormais d'accompagner le développement de telles clauses dans les PPP.

Les clauses sociales sont perçues positivement par les acteurs économiques. L'acceptabilité, tant du point de vue économique que pour les acheteurs publics, repose sur un équilibre fragile qui conduit à une grande souplesse dans l'exécution des clauses. C'est à cette condition que l'impact pourra être maximisé pour les bénéficiaires des programmes d'insertion concernés, ce qui est l'objectif social essentiel.

Selon une démarche comparable et complémentaire à celle qui a été adoptée pour les marchés publics, il convient de développer les outils opérationnels qui permettront de sécuriser les opérateurs et également de mobiliser les mêmes outils d'insertion, au cœur desquels les « facilitateurs » ont un rôle central.

Les clauses sociales constituent un outil complémentaire de la politique d'insertion professionnelle tout à fait essentiel ; il s'agit aussi d'un devoir absolu de la puissance publique dans son ensemble.

L'un des facteurs indispensables de réussite est le portage politique qui en est fait par les responsables nationaux (Ministères...) et locaux (Collectivités territoriales...) au moment du recensement des besoins à satisfaire ; les pouvoirs adjudicateurs ont un rôle primordial pour que cette politique, au niveau le plus fin, passe de l'intention à une mise en œuvre concrète.

2. Définition des PPP et leurs différentes expressions juridiques

Le partenariat public privé (PPP) est un terme générique qui rassemble toutes les formes de coopération de l'administration avec le secteur privé en vue de la réalisation, du financement et de l'exploitation d'un ouvrage ou d'un service public. Le PPP implique un financement privé et une maîtrise d'ouvrage privée.

¹ C'est-à-dire les clauses des marchés publics prévoyant des dispositions en matière d'insertion de personnes éloignées de l'emploi.

Le PPP peut prendre une forme institutionnelle (SEM, GIP, etc...), et/ou une forme contractuelle. Dans son acception courante, c'est la forme contractuelle qui est visée, un PPP correspondant dès lors à une opération ou un projet.

2.1. Les principaux montages en PPP

IL s'agit :

- de La délégation de service public et autres montages « concessifs »
- du Contrat de partenariat
- des PPP assimilés : AOT-LOA et BEA/BEH-CMD

2.1.1. La délégation de service public et autres montages « concessifs »

La délégation de service public : Il s'agit d'un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public à un opérateur privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au service.

La concession de travaux : Il s'agit d'un contrat dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

<p>Références réglementaires</p> <p>DSP</p> <p>Concession de travaux</p>	<p>Loi du 29 janvier 1993 « dite loi Sapin » modifiée portant sur la DSP</p> <p>L 1411-1 et suivants du CGCT (DSP Collectivités locales)</p> <p>L'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 portant sur les concessions de travaux - 1415 et s du CGCT (Collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux)</p> <p>Décret n°2010-406 du 26 avril 2010 portant sur les concessions passés par l'Etat et certains de ses établissements (titre I)</p>
<p>Objet DSP</p> <p>Objet Concession de travaux</p>	<p>Le délégataire est chargé de la gestion et/ou de l'exploitation d'un service public</p> <p>Le concessionnaire est chargé de réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil et de se rémunérer soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.</p>
<p>Durée</p>	<p>Longue durée</p>
<p>Rémunération</p>	<p>La rémunération du délégataire est assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation du service</p> <p>La rémunération du concessionnaire de travaux consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.</p>
<p>Risques</p>	<p>Ils sont intégralement transférés au délégataire / concessionnaire de travaux</p>

2.1.2. Les contrats de partenariat public privé (CP)

Ce contrat permet de confier à un partenaire privé une mission globale comportant :

- Le financement (total ou partiel) d'un ouvrage, d'un équipement ou de biens immatériels,
- Sa construction ou sa transformation, et –le plus souvent- sa conception
- Ainsi que son entretien, sa maintenance, son exploitation ou sa gestion pour une longue durée, déterminée par l'amortissement de l'ouvrage ou par les modalités de son financement.

Références réglementaires	Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 modifiée et codifiée pour les collectivités locales et leurs établissements aux articles L 1414-1 et suivants du CGCT
Objet	Confier à un opérateur privé une mission globale (financement en tout ou partie, conception en tout ou partie, réalisation ou transformation, entretien, maintenance ou gestion de d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels)
Durée	La durée est fonction de la durée des amortissements des investissements ou des modalités de financement
Rémunération	La rémunération se fait sous la forme de redevances périodiques. Le montant varie en fonction des performances obtenues et des éventuelles recettes annexes.
Risques	Il y a une répartition des risques entre le partenaire et la personne publique.

2.1.3. Les PPP assimilés AOT-LOA et BEA/BEH-CMD

L'AOT-LOA (Autorisation d'occupation temporaire adossée à une location avec option d'achat) : l'article L 2122-6 du CGPPP – article L 1311- 5 du CGCT - autorise un opérateur à édifier sur le domaine public un immeuble sur lequel il exerce les droits d'un propriétaire. Le montage est qualifié de PPP dans le cas où l'opérateur loue l'immeuble à la personne publique qui a accordé l'AOT.

La personne dispose en principe de l'immeuble au terme de la convention de bail (montage aller-retour).

Références réglementaires	Article L 2122-6 du CGPPP (Etat) L 1311-5 du CGCT (Collectivité Territoriale)
Objet	Accorder à un tiers un droit réel sur son domaine afin que ce dernier construise un ouvrage qu'il exploite puis qu'il loue à la personne publique (OAT adossée à une convention non détachable)

Durée	70 ans maximum
Rémunération	Loyer versé par la personne publique
Risques	Ils sont transférés à la personne privée

Le bail emphytéotique administratif et convention de mise à disposition BEA-CMD :

Le BEA consiste pour une collectivité locale (l'emphytéose), à conclure avec une personne privée (l'emphytéote), un bail d'une durée minimale de 18 ans et maximale de 99 ans concernant un bien immobilier faisant partie du domaine public.

La personne privée met à disposition dans le cadre d'une convention non détachable, et en contrepartie d'un loyer, l'ouvrage construit ou réhabilité.

Le bail emphytéotique hospitalier (BEH) qui répond à la même logique que le BEA peut être consenti par des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire.

Références réglementaires	Article L 1311-2 à 1311-4-1 du CGCT et Ordonnance n°2003-850 du 4 sept 2003
Objet	L'emphytéote finance et réalise sous maîtrise d'ouvrage privée le projet. Il bénéficie d'un droit réel sur le bail et les constructions qu'il réalise. Les constructions, une fois achevées sont mises à disposition de la collectivité.
Durée	De 18 à 99 ans
Rémunération	Le preneur est rémunéré par le versement d'un loyer par la personne publique
Risques	Les risques de construction et de disponibilité sont supportés par le partenaire privé

3. Enjeux : l'intérêt des contrats de partenariat (CP) et des PPP pour le développement des clauses sociales

3.1. Ouvrir à l'ensemble des contrats publics

Selon les données recensées par l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), le montant des marchés publics recensés était de **67,2 milliards € en 2010** (dernière année connue), dont 38,1 % de fournitures, 28 % de travaux (soit 18,8 milliards €) et 33,9 % de services. Cela représente 102 246 marchés de l'Etat et des collectivités territoriales. Ce montant se répartit entre l'Etat (60 %) et les collectivités territoriales (40 %).

Mais l'investissement public ne se limite pas aux marchés publics (en particulier de marchés de travaux). Le développement potentiel des clauses sociales est considérable si on l'élargit à l'ensemble des contrats publics sous toutes leurs formes ; **en particulier les délégations de service public (DSP) et les contrats de partenariat public-privé (PPP) n'ont pas été mobilisés jusque là pour la mise en œuvre des clauses sociales.**

Or pour s'en tenir à l'investissement public, celui-ci peut être évalué en partant de la comptabilité nationale à **100 milliards €, dont 70 % proviennent des collectivités territoriales** (dont une part seulement prend la forme d'un marché public).

En se limitant à certains contrats de fournitures ou de services, notamment dans les administrations de l'Etat, le développement des clauses sociales n'a donc pas encore atteint le champ complet de ses potentialités.

3.2. Les avantages des PPP pour les clauses sociales

Les clauses sociales peuvent s'appuyer sur toutes les formes de la commande publique, qui sans entrer, en droit interne, dans la catégorie juridique des marchés publics répondent à des besoins d'investissements publics et recèlent, du fait de leurs caractéristiques des possibilités assez puissantes de mise en place de clauses sociales.

Certains acheteurs publics n'ont d'ailleurs pas attendu pour les introduire, même si c'est encore dans un petit nombre d'opérations et à titre expérimental.

La commande publique ne se limite évidemment pas aux marchés publics et **le large potentiel des délégations de services publics (DSP) et des contrats de partenariats (CP) et autres formes de partenariats public-privé, en développement, offrent des possibilités de mise en œuvre de clauses sociales dont l'effet est potentiellement trop important pour être négligé.**

Ces contrats, notamment les contrats de partenariat, sont des contrats administratifs mais ne constituent pas des marchés publics sur le plan juridique et relèvent de textes particuliers. Ils ont des caractéristiques très intéressantes en vue du développement des clauses sociales dans la commande publique.

Le CP créé par une ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (modifiée) est un contrat administratif qui se place parmi d'autres instruments de la commande publique, tels que les marchés publics, d'une part, et les délégations de service public, d'autre part :

Tableau 1 : place du PPP dans la commande publique

	Marché public	Partenariat public privé (CP)	Délégation de service public (DSP)
Portée du contrat	Monofonctionnel	Multifonctionnel	Multifonctionnel
Durée	Courte	Long terme	Long terme
Paiement	Public	Public et mixte	Usager

Le CP, comme d'ailleurs les DSP, se caractérise notamment par certains éléments susceptibles d'amplifier grandement la portée des clauses sociales :

- ◆ son caractère global (multifonctionnel), embrassant la conception, la construction, le financement en tout ou partie, la maintenance et éventuellement l'exploitation d'un ouvrage ou d'un service ;
- ◆ sa longue durée, comportant une phase construction, puis une phase d'exploitation.

4. Conditions juridiques de mise en œuvre des clauses sociales dans les PPP

Comme pour les marchés publics, on pourra distinguer éventuellement en les combinant :

- la prise en compte des clauses sociales comme critère d'attribution (parmi d'autres plus importants)
- et leur prise en compte au niveau de l'exécution du contrat.

Ce dernier critère est à privilégier dans le contexte de PPP compte tenu des enjeux économiques de tels contrats.

- ◆ En ce qui concerne les contrats de partenariat (CP), les textes applicables sont les suivants (cf. tableau ci-après, dans lequel certaines parties sont soulignées par le présent guide) :

<p style="text-align: center;">ORDONNANCE</p> <p style="text-align: center;">Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Version consolidée au 30 septembre 2011</p>	<p style="text-align: center;">DIRECTIVE 2004/18/CE</p> <p style="text-align: center;">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</p>
<p>TITRE Ier : CONTRATS DE PARTENARIAT DE L'ÉTAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Article 2</u> <p>Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, <u>ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable</u>. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Article 8</u> <p>Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, <u>en particulier en matière de développement durable</u>, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Article 19</u> <p><i>Marchés réservés</i></p> <p>Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à <u>des ateliers protégés</u> ou en réserver l'exécution dans le cadre de <u>programmes d'emplois protégés</u>, 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. L'avis de marché fait mention de la présente disposition.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Article 23</u> <p><i>Spécifications techniques</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Chaque fois que possible, ces spécifications techniques devraient être établies de manière à prendre en considération les <u>critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs</u>. 2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. <ul style="list-style-type: none"> • <u>Article 27</u> <p><i>Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux</i></p>

artisans. On entend par coût global de l'offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus pour la durée du contrat. D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages, équipements ou biens immatériels, leur qualité architecturale, esthétique ou fonctionnelle. Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

- Article 11

Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;
 f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres

dispositions de protection et aux conditions de travail

1. Le pouvoir adjudicateur peut indiquer ou peut être obligé par un État membre d'indiquer dans le cahier des charges l'organisme ou les organismes auprès desquelles les candidats ou soumissionnaires peuvent obtenir les informations pertinentes sur les obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail qui sont en vigueur dans l'État membre, la région ou la localité dans lesquels les prestations sont à réaliser et qui seront applicables aux travaux effectués sur le chantier ou aux services fournis durant l'exécution du marché.

2. Le pouvoir adjudicateur qui fournit les informations visées au paragraphe 1 demande aux soumissionnaires ou aux candidats à une procédure de passation de marchés d'indiquer qu'ils ont tenu compte, lors de l'établissement de leur offre, des obligations relatives aux dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser.

Le premier alinéa ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 55 relatives à la vérification des offres anormalement basses.

- Article 50

Normes de gestion environnementale

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs, dans les cas visés à l'article 48, paragraphe 2, point f, demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de gestion environnementale, ils

<p>entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p> <p>g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;</p>	<p>se reportent au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale produites par les opérateurs économiques.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Article 53</u> <p><i>Critères d'attribution des marchés</i></p> <p>1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :</p> <p>a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.</p>
--	--

- ◆ Pour les autres PPP il convient de se référer aux textes particuliers qui les régissent et à défaut se rapprocher des textes génériques de l'ordonnance de 2004.
- ◆ Textes en matière de DSP :

Les textes en la matière sont les suivants :

Article L1411-1

Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes.

La commission mentionnée à [l'article L. 1411-5](#) dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux [articles L. 5212-1 à L. 5212-4](#) du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur.

Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.

5. Bénéficiaires des actions d'insertion

5.1. Définitions

Les clauses sociales visent à favoriser l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles.

Le public bénéficiaire des clauses sociales est défini par l'article L. 5132-1 du code du travail relatif en particulier aux structures d'insertion par l'activité économique : « L'insertion par l'activité économique a pour objet de permettre à des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières de bénéficier de contrats de travail en vue de faciliter leur insertion sociale et professionnelle. Elle met en œuvre des modalités spécifiques d'accueil et d'accompagnement. »

Concrètement, peuvent notamment être concernées les personnes relevant des catégories administratives suivantes :

- les demandeurs d'emploi de longue durée (plus de 12 mois d'inscription au chômage) ;
- les allocataires du revenu de solidarité active (R.S.A), demandeur d'emploi ou ayants droits ;
- les publics reconnus travailleurs handicapés, au sens de l'article L 5212-13 du code du travail, fixant la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ;
- les bénéficiaires de l'allocation adulte handicapé (AAH), de l'allocation d'invalidité (AI);
- les jeunes de faible niveau de qualification ou sans expérience professionnelle,
- les personnes prises en charge dans le dispositif IAE (insertion par l'activité économique),
- les demandeurs d'emploi de plus de 50 ans.

En outre, d'autres personnes rencontrant des difficultés particulières peuvent, sur avis motivé des Maisons de l'Emploi, des PLIE, des Missions locales (ML), de CAP Emploi, de Pôle emploi, et toute autre structure de médiation concourant au service public de l'emploi (art. 1^{er} de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005), être considérées comme relevant des publics les plus éloignés de l'emploi.

5.2. Privilégier les plus éloignés de l'emploi

Au-delà de cette définition par les statuts, les difficultés d'insertion professionnelle sont diverses et plus ou moins lourdes. Il convient de veiller à ce que le dispositif bénéficie à l'ensemble des publics, et en particulier à ceux qui sont les plus éloignés de l'emploi.

Il est toutefois nécessaire d'effectuer un diagnostic afin de bien connaître le public à l'échelle du territoire pertinent qui serait susceptible de bénéficier de ce dispositif. En l'occurrence, l'autorité publique concernée peut se faire assister par un « facilitateur » (cf. § 6.1 et 6.2 ci-après).

Dans le cadre des marchés relevant d'un Programme de Rénovation Urbaine, le public doit, en outre, être également prioritairement originaire d'un quartier situé en zone urbaine sensible (ZUS).

5.3. Validation du public concerné

Dans certains cas, selon l'effet attendu par l'acheteur public, et selon ses compétences, la liste du public concerné pourrait être plus ciblée. Les Conseils généraux qui ont en charge les allocataires du RSA pourraient notamment privilégier ce public, sans toutefois exclure les autres catégories.

En tout état de cause, la définition du public cible doit être clairement annoncée dans les pièces administratives relatives au contrat (cf. Annexe sur ce point).

La validation de l'éligibilité d'une personne au dispositif par le facilitateur au bénéfice de l'entreprise permet de garantir que les heures d'insertion effectuées au cours du contrat s'inscrivent bien comme une étape de parcours de la personne.

Cette étape est également essentielle pour le facilitateur dans sa fonction de contrôle et de restitution de la bonne exécution du contrat pour le compte du donneur d'ordre.

6. Acteurs de l'insertion

6.1. Rôle des PLIE et des Maisons de l'Emploi

Ce sont les PLIE et les Maisons de l'Emploi qui portent en grande majorité les postes de facilitateurs des clauses sociales.

Les "Plans Locaux pluriannuels pour l'Insertion et l'Emploi" (PLIE), créés à l'initiative des Collectivités territoriales et des Intercommunalités, présidés par les élus, s'inscrivent dans la stratégie territoriale pour l'insertion et l'emploi.

En 2011, 182 PLIE sont présents sur le territoire national. Ils sont des outils d'animation, de coordination, d'innovation et de mise en œuvre des politiques en matière d'insertion, d'emploi et de formation sur un territoire défini, pour un public éloigné de l'emploi.

Plateformes territoriales, fondées sur des diagnostics partagés par les Collectivités Territoriales (Conseils Régionaux, Conseils Généraux, Intercommunalités et Communes), l'Etat et les acteurs sociaux et économiques concernés, les PLIE coordonnent et mettent en œuvre des programmes et des actions en matière d'insertion et d'emploi.

L'action des PLIE contribue à la mise en œuvre du Programme Opérationnel National du Fonds Social Européen pour la période 2007/2013, dans ses objectifs «Compétitivité régionale et emploi» et «Convergence» visant à «renforcer la cohésion sociale, favoriser l'inclusion sociale et lutter contre les discriminations». Dans ce cadre, elle vise à «appuyer les politiques des communes et des structures intercommunales dans la mise en œuvre des Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi».

En outre les PLIE ont pour missions :

- de réunir les acteurs et opérateurs locaux concernés autour d'objectifs quantitatifs d'accès de personnes "en difficulté" à un emploi durable, en organisant pour ces personnes des parcours individualisés d'insertion professionnelle avec un accompagnement renforcé assuré par des référents spécialisés, dans le cadre d'une méthodologie spécifique, qu'ils ont inventée ;
- d'assurer une ingénierie technique et financière des actions et des dispositifs locaux contribuant à l'emploi de leurs bénéficiaires puis au maintien de ceux-ci dans l'emploi pendant plus de 6 mois ;
- de financer des plans d'actions à la carte en fonction des besoins du territoire et des personnes accompagnées par les référents du PLIE.

Les **Maisons de l'Emploi** associent l'Etat, Pôle Emploi et les Collectivités territoriales. Outil territorial d'observation, d'ingénierie, d'animation du territoire sur les politiques de l'emploi, les Maisons de l'Emploi animent et coordonnent l'action de l'ensemble des partenaires emploi sur les périmètres qui sont les leurs. Les Conseils Régionaux et Généraux peuvent être membres constitutifs à leur demande et participer à la gouvernance de la Maison de l'Emploi.

Le cahier des charges des Maisons de l'Emploi porte cinq axes d'actions :

- le diagnostic territorial. La Maison de l'Emploi a d'abord pour priorité d'observer et d'analyser son territoire afin de conduire des diagnostics et de créer des projets pour résoudre les difficultés rencontrées ou détectées
- l'ingénierie de projet et l'anticipation des mutations économiques. Elles interviennent en particulier en matière de Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences Territoriales

- le développement local, l'animation du territoire, afin de le dynamiser en créant des projets qui sont autant de réponses aux difficultés rencontrées par les acteurs économiques et les publics en recherche d'emploi ou de reconversion, demandeurs d'emploi ou salariés. Les Maisons de l'Emploi agissent pour favoriser le développement de l'emploi et la création d'entreprises.
- Les leviers pour lutter contre les freins à l'emploi, quel qu'ils soient de tous les publics et en particulier dont le retour à l'emploi est le plus éloigné.
- l'accueil, l'information et l'orientation : les Maisons de l'Emploi peuvent développer également des actions d'accueil, d'information et d'orientation de premier niveau, en direction des salariés et chercheurs d'emploi. Les Maisons de l'Emploi sont également concernées par la loi relative à l'orientation et à la formation tout au long de la vie (novembre 2009), notamment dans son article 4 qui prévoit des lieux d'accueil sur les territoires et le label "Orientation pour tous".

PLIE et Maisons de l'Emploi peuvent également mobiliser les personnes en parcours d'insertion dans une SIAE (Association Intermédiaire, Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion, Régie de Quartier, Groupement d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification, Entreprise d'Insertion) ou dans une structure du secteur adapté ou protégé des personnes en situation de handicap (Entreprise Adaptée ou Etablissement et Service d'Aide par le Travail).

6.2. Rôle des « facilitateurs »

La présence d'un facilitateur des clauses sociales est une condition fondamentale pour faire bon usage des clauses sociales et pour qu'elles atteignent leurs objectifs. Le facilitateur remplit une fonction d'intermédiation entre tous les partenaires concernés : la personne publique contractante, les entreprises, les personnes éloignées de l'emploi, le service public de l'emploi et les acteurs de l'Insertion par l'Activité Economique.

Dans le cadre d'une mission de service public, le facilitateur contribue au développement, sur un territoire donné, des clauses sociales dans les contrats publics (et privés le cas échéant). Il fournit un appui aux partenaires et auprès de l'ensemble des collectivités publiques du territoire dans la mise en œuvre des clauses sociales dans les contrats publics.

Son action couvre l'ensemble des différentes phases du dispositif.

Le facilitateur intervient en **amont de la passation des contrats** en promouvant le dispositif auprès des collectivités publiques et en les conseillant pour les choix des procédures, des opérations et des secteurs d'activités.

Le facilitateur contribue à identifier les contrats pouvant intégrer des clauses sociales. Il aide à définir la hauteur pertinente des engagements susceptibles d'être demandés aux entreprises et contribue à la rédaction des documents de mise en concurrence.

En aval de la passation, sa mission est de permettre la mise en œuvre des clauses sociales en informant et en accompagnant les entreprises attributaires. Il aide au choix de mise en œuvre des actions d'insertion. Il fait émerger des partenariats territoriaux avec les acteurs de l'insertion, de la formation et de l'accueil et de l'orientation des publics pour construire l'offre d'insertion. Il doit aussi assurer le suivi de l'exécution du dispositif et faire l'évaluation de sa mise en œuvre.

Afin de les aider dans la gestion des clauses sociales, les facilitateurs ont accès à un outil de suivi, spécifique à leur métier, le logiciel ABC Clause (cf. Suivi des résultats au niveau national).

Parce que la gestion des clauses sociales ne peut se faire sans l'action des facilitateurs, ils sont aujourd'hui 273 sur le territoire national employés à près de 90 % par des PLIE et des Maisons de l'Emploi. Le réseau des facilitateurs est représenté et animé par l'Alliance Villes Emploi qui met à jour régulièrement l'annuaire des facilitateurs disponible sur son site internet (www.ville-emploi.asso.fr).

Le positionnement des facilitateurs au sein des PLIE ou des Maisons de l'Emploi leur permet d'avoir accès à l'ensemble des marchés du territoire afin de constituer ainsi un guichet unique de gestion des clauses sociales. Cela permet une homogénéité des pratiques sur un territoire quelque soit le donneur d'ordre.

6.3. Le rôle des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) :

Les différentes structures d'insertion par l'activité économique (SIAE), telles que visées par les articles L. 5132-1 et suivants du code du travail, ont pour objectif commun le retour à l'emploi de publics en difficulté d'intégration sociale et professionnelle. Elles traitent l'ensemble des difficultés des salariés en insertion qu'elles accueillent (santé, logement, surendettement...) et leur permettent de bénéficier d'un contrat de travail, d'un accès à la formation et à la qualification ainsi qu'un accès progressif vers l'entreprise. Les SIAE sont conventionnées par l'Etat pour accueillir des publics préalablement agréés par Pôle emploi

- Les Ateliers et Chantiers d'Insertion (ACI) développent des activités présentant un caractère d'utilité sociale y compris en produisant des biens et des services en vue de leur commercialisation. La mise en situation de travail est obligatoirement réalisée dans le cadre d'actions collectives. Ils recrutent généralement des personnes en contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat aidé du secteur non marchand.
- Les Entreprises d'Insertion (E.I.) se situent dans l'économie marchande. Elles sont soumises aux mêmes obligations commerciales, juridiques, fiscales et sociales (TVA, impôt sur les sociétés, cotisations sociales) que toute entreprise. Elles peuvent adopter toute forme juridique (société anonyme, société à responsabilité limitée – coopérative ou non – ou d'une association régie par la loi de 1901). Elles embauchent des personnes en difficulté dans le cadre d'un contrat à durée déterminée d'insertion, afin de leur permettre de s'adapter ou de se réadapter à l'activité professionnelle. Dans le cadre d'une activité de production et de commercialisation de biens ou de services, les E.I. mettent en place les outils et les méthodes nécessaires à l'élaboration d'un projet professionnel et à l'acquisition d'expériences et de connaissances déterminantes dans l'accès au marché du travail classique.
- Les Associations Intermédiaires (A.I.) ont pour objet l'embauche et la mise à disposition auprès des particuliers, des associations, des collectivités locales et, dans certaines conditions, auprès d'entreprises, à titre onéreux mais à but non lucratif, d'une main d'oeuvre constituée de personnes sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles. L'activité de mise à disposition de personnel sert de support économique à divers objectifs qui vont de l'évaluation des compétences à la validation d'un projet professionnel. Elles se situent, pour partie, dans l'économie marchande.
- Les Entreprises de Travail Temporaire d'Insertion (E.T.T.I) embauchent et mettent à la disposition d'entreprises clientes grâce à des missions d'intérim des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles. Elles interviennent dans le cadre réglementaire et fiscal du travail temporaire et salarient leur personnel suivant le principe de parité de traitement. Par ailleurs, elles mobilisent largement les moyens de

formation de la branche professionnelle pour augmenter la qualification de leurs salariés.

- Les régies de quartier associent des habitants, des pouvoirs publics et des bailleurs sociaux et visent à maintenir et reconstruire la citoyenneté, à développer l'éducation populaire et à procurer du travail aux habitants de ces quartiers. Elles peuvent être conventionnées comme entreprises d'insertion, mettre en place des ateliers et chantiers d'insertion ou créer des activités pérennes notamment dans les services de proximité, embauchant des personnes sous statut de droit commun.
- Les Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification (GEIQ) sont des associations pilotées par des chefs d'entreprise désireux de mutualiser des parcours d'insertion et de formation pour répondre à leurs besoins de recrutement. Les GEIQ recrutent des personnes non qualifiées, présentant des difficultés d'insertion dans l'emploi, les met à disposition de leurs entreprises adhérentes et organisent leur formation dans une perspective de professionnalisation et de qualification. Les salariés bénéficient d'un accompagnement social et professionnel tout au long de leur parcours, de 6 à 24 mois, en liaison avec le tuteur de l'entreprise et les formateurs de l'organisme de formation.

6.4. Le rôle de Pôle Emploi :

Dans le cadre de la mise en œuvre des clauses sociales, Pôle Emploi peut intervenir pour définir le potentiel de personnes loin de l'emploi qui peuvent être concernées par les clauses sociales (nombre, profil, besoins de formation...), assister les entreprises qui s'engagent dans une démarche d'insertion.

En outre, il délivre les agréments prévus dans le cadre des dispositifs de l'insertion par l'activité économique.

6.5. Le rôle des missions locales :

Implantées au cœur des bassins d'emploi, les 467 missions locales exercent une mission de service public de proximité afin de permettre aux jeunes de 16 à 25 ans de surmonter les difficultés qui font obstacle à leur insertion professionnelle et sociale. Pour ce faire, elles s'appuient sur les dispositifs mis en place par l'État et les collectivités territoriales, chacun dans leurs champs de compétences. Inscrites dans le Code du travail, elles font partie du service public de l'emploi et mettent en œuvre le droit à l'accompagnement vers l'emploi des jeunes tout au long du parcours.

Elles repèrent, accueillent, informent, orientent et accompagnent les jeunes en élaborant avec chacun un parcours personnalisé vers l'emploi en :

- Mobilisant l'offre d'insertion disponible sur un territoire avec les partenaires locaux ;
- Soutenant les jeunes dans leur recherche d'emploi ainsi que dans leurs démarches d'orientation professionnelle, d'accès à la formation, à la santé, au logement, aux droits, à la citoyenneté et à la mobilité ;
- Préparant les jeunes candidats à une offre d'emploi, aide au maintien dans l'emploi (soutien matériel, médiation jeune-employeur) et accompagnement post emploi.

6.6. Le rôle des Cap emploi :

Présents dans chaque département, ils apportent un service de proximité aux employeurs et aux personnes handicapées pour toutes les questions liées au recrutement et au parcours vers l'emploi.

- ◆ Recrutement
 - Analyse des postes à pourvoir et des profils recherchés au regard du handicap
 - Information sur le handicap en situation de travail et, en fonction des besoins, les moyens de le compenser
 - Recherche et présentation de candidats
 - Mobilisation des aides financières existantes : contrats aidés par l'Etat, prime à l'embauche Agefiph ...

- ◆ Intégration
 - Suivi de la personne nouvellement embauchée
 - Appui au montage de dossiers Agefiph, le cas échéant : aménagement de poste, formation, tutorat ...
 - Information sur les aides et dispositifs existants pour préserver l'emploi du salarié en cas d'aggravation du handicap ou d'évolution du poste de travail.

6.7. Les organismes d'insertion par le travail des secteurs adapté ou protégé des personnes en situation de handicap:

Les Entreprises Adaptées (EA) sont des entreprises du milieu ordinaire du travail. Les salariés relèvent du code du travail. Leur mission sociale est d'employer majoritairement des travailleurs handicapés (au moins 80% en production) et leur permettre, dans un environnement de travail adapté et avec un accompagnement spécifique, de s'insérer dans le milieu ordinaire du travail.

Les ESAT sont des établissements et services médico-sociaux relevant du code de l'action sociale et des familles chargés de fournir du travail à des personnes handicapées dont la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées a reconnu que les capacités de travail ne leur permettent, momentanément ou durablement, à temps plein ou partiel, ni de travailler dans une entreprise ordinaire, une entreprise adaptée ou un centre de distribution de travail à domicile (CDTD), ni d'exercer une profession indépendante. En plus d'activités professionnelles, les ESAT fournissent un accompagnement médico-social et éducatif aux personnes handicapées, en vue de favoriser leur épanouissement personnel et social.

Les ESAT accueillent :

- des personnes handicapées dont la capacité de travail est inférieure à un tiers de la capacité de travail d'un travailleur non handicapé ;
- ou des personnes dont la capacité est supérieure ou égale à un tiers mais qui ont besoin d'un soutien médical, éducatif, social ou psychologique qui ne peut être satisfait sur le marché du travail.

7. Conditions pratiques

Intégrer des clauses sociales d'insertion dans un contrat de partenariat public privé ne s'improvise pas. Il y faut du professionnalisme et de l'anticipation : pour cela les collectivités publiques doivent bien déterminer leurs objectifs, s'informer sur les possibilités d'insertion existantes sur le terrain et se faire accompagner tout au long du processus.

Plusieurs éléments doivent être impérativement pris en compte lors de la mise en œuvre des clauses sociales :

- anticiper au moment de la détermination du besoin,
- vérifier la capacité de l'offre d'insertion dans le bassin d'emplois pertinent,
- différencier les phases de construction et d'exploitation qui font potentiellement appel à des corps de métiers différents,
- faire de la clause un élément du dossier d'appel d'offres pour ne pas être jugé discriminatoire,
- placer les clauses de préférence au niveau de l'exécution du contrat,
- laisser de la souplesse dans l'application du programme d'insertion en donnant le maximum de chance à l'innovation des acteurs,
- contrôler les résultats avec là aussi de la souplesse dans l'exécution dans le temps.

Les facteurs de réussite résident ainsi principalement dans l'impulsion « politique », qui doit être affirmée de façon explicite, l'anticipation dès la conception du projet et les marges de manœuvre laissées aux acteurs économiques d'innover dans l'exécution. Il est à ce titre très utile de se faire accompagner par un « facilitateur » (cf. § 6.2 ci-dessus), qui permettent aux acteurs de positionner l'objectif de la clause sociale de manière réaliste en tenant compte des potentialités du marché du travail pertinent pour le contrat.

7.1. Quand se poser la question des clauses sociales ?

Un travail de préparation est indispensable à la bonne détermination de la clause d'insertion. Il est donc indispensable de s'y prendre très en amont, bien avant le lancement de la procédure, dès que le projet d'opération qui sera l'objet du PPP est en phase d'élaboration.

En effet, bien déterminer le niveau des clauses sociales à intégrer au contrat nécessite d'abord de mesurer la part de main d'œuvre comprise dans l'opération à ses différents stades (montage du projet, construction, maintenance et fonctionnement de l'ouvrage), le nombre d'heures de travail que cela représente, les différents métiers concernés, le degré de qualification requis pour chaque partie de sa réalisation (et donc a contrario les possibilités de mobiliser des personnes non ou moins qualifiées) .

Cette analyse préalable permettra de se faire une idée du niveau qu'il est possible d'atteindre en termes d'heures d'insertion sur les différentes phases de l'exécution du contrat.

Dans le même temps, le donneur d'ordre aura avantage à se rapprocher des fédérations professionnelles concernées, qui le renseigneront sur les caractéristiques des secteurs d'activité intéressés par l'opération et les contingences qui s'y attachent. Cela permet à la collectivité publique contractante de disposer d'autres informations que celles qui pourraient émaner des entreprises candidates au contrat, notamment si celles-ci n'ont jamais géré de clauses sociales ou manifestent une réticence à cet égard.

Ensuite, il est indispensable de s'informer sur l'existence et les capacités physiques et techniques des structures employant des personnes en insertion là où l'opération sera réalisée c'est-à-dire dans les bassins d'emploi pertinents (au niveau de l'agglomération si l'opération est la construction et l'exploitation d'un stade, par exemple, ou dans toutes les villes du parcours s'il s'agit d'une LGV ou d'un canal...). Cette connaissance préalable est impérative, sauf à prendre le risque de définir des clauses impraticables. Pour connaître les possibilités locales on pourra consulter les sites Internet du secteur de l'insertion par l'activité économique (IAE) et notamment www.socialement-responsable.org, qui référence la totalité des structures d'IAE du territoire français, et, par exemple, www.handeco.org, qui recense toutes les entreprises adaptées (EA) et tous les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) employant des personnes en situation de handicap ou bien www.unea.fr qui représente les entreprises adaptées.

Bien évidemment, si un facilitateur a été contacté au préalable, ces démarches pourront être encore plus efficacement orientées.

Enfin, il y aura tout intérêt à dialoguer avec les prescripteurs et tous les acteurs de l'opération, de façon à éliminer les éventuels a priori qui s'attachent à l'utilisation de personnes en parcours d'insertion. On pourra s'appuyer sur des exemples de succès, ce qui suppose de s'y prendre suffisamment à l'avance pour les identifier.

7.2. Lien avec les acteurs de l'insertion

Dès qu'il aura repéré les acteurs susceptibles d'intervenir, une des premières préoccupations d'une collectivité publique contractante désireuse d'inclure un objectif d'insertion dans le contrat de PPP sera de les informer du projet, de son niveau et de sa durée prévisible, mais aussi de la localisation du chantier et des prestations, ainsi que des types de professionnels concernés. Pour cela, il est conseillé de réunir les réseaux intéressés, ainsi que les institutions qui pourront leur prêter leur concours : facilitateurs et pouvoirs publics en charge des politiques d'insertion et d'emploi.

A ce titre, elle contactera en particulier la DIRECCTE (au plan régional) et ses unités territoriales dans les départements, qui ont mis en place des « référents offre d'insertion » dont le rôle est de soutenir et d'accompagner les SIAE dans leur effort de professionnalisation pour améliorer leur accès à la commande publique. Il est tout à fait opérant de prévenir ces personnels spécialisés avant le lancement du projet de PPP afin qu'ils mobilisent l'ensemble des SIAE potentiellement concernées dans la perspective de missionner des personnes en parcours d'insertion dans le cadre de ce projet. La collectivité publique en fera autant à l'adresse des réseaux du secteur adapté ou protégé des personnes en situation de handicap. Les organisations qui représentent ou apportent un appui aux directeurs d'EA et d'ESAT (l'UNEA, Handicat et le réseau GESAT...) ou les associations représentant les personnes handicapées, gestionnaires de ces structures (APF, UNAPEI...), peuvent faciliter la prise en compte et la réponse aux contrats publics, le plus souvent en groupement momentané d'entreprises (GME).

Cette préparation facilitera par la suite la recherche de solutions adaptées par le « facilitateur ». D'abord pour l'estimation du niveau de la clause sociale d'insertion à inscrire dans le contrat de PPP, globalement ou par segment, qu'il proposera au pouvoir adjudicateur, puis pour aider les entreprises titulaires ou sous-traitantes à trouver les modalités de réalisation pouvant les concrétiser (embauche directe de personnes éligibles, contrat de mise à disposition par une SIAE ou un ESAT, contrat de sous-traitance avec une SIAE ou une EA). En effet, le facilitateur, qui connaît le marché de l'emploi, est en rapport étroit avec Pôle Emploi, et qui connaît aussi les entreprises au plan local, a la charge de bien orienter celles-ci vers des solutions efficaces d'exécution de l'obligation d'insertion inscrite au contrat.

Selon les cas, un facilitateur principal pourra aussi être le coordonnateur de tous les facilitateurs concernés par le projet si celui-ci concerne un ensemble territorial plus vaste.

Il prend également en charge l'animation du collectif de mise en œuvre et de suivi de la clause sociale d'insertion réunissant prescripteur, maître d'ouvrage, titulaire du contrat, EA, ESAT ou SIAE concernées, référent de l'IAE, etc.

7.3. Comment fixer les objectifs d'insertion

C'est évidemment à la collectivité publique qu'il appartient de fixer l'objectif d'insertion qu'elle recherche, mais elle ne peut le faire seule sans s'exposer à un risque d'erreur important et qui peut être particulièrement préjudiciable pour le projet lui-même, notamment si elle encourt une procédure de mise en concurrence infructueuse. Le recours aux services d'un facilitateur est donc souvent indispensable.

L'objectif de la clause sociale est de permettre la réalisation de parcours d'insertion (évalués en principe en heures de travail d'insertion) dans le cadre du contrat de PPP, bien sûr, avec la perspective d'un accès ou un retour à l'emploi des personnes concernées. Cela conduit à une réflexion à partir de plusieurs données qui sont à croiser : les métiers à mobiliser, les qualifications recherchées ou non, le volume de main d'œuvre par activités, la durée de l'opération ou de la partie d'opération concernée, le marché de l'emploi pertinent, les acteurs disponibles et leurs caractéristiques et capacités. C'est au vu de tous ces éléments que le facilitateur proposera au maître d'ouvrage une ou des hypothèses de calibrage du nombre d'heures d'insertion à inclure dans le contrat.

Il proposera de fait une véritable stratégie d'insertion, avec le souci d'un accompagnement des bénéficiaires tout au long de l'opération, en fonction de leur niveau de départ et de leur parcours vers l'emploi, en fonction des qualifications pouvant être obtenues et du niveau de formation requis, du tutorat possible ou nécessaire, mais aussi du statut des intéressés (très différent selon l'agrément dont ils bénéficient ou leur rattachement - ou pas - à un type de structure de l'IAE ou du handicap ou à un autre), selon leur âge, etc. C'est dans cette action complexe de préparation que se forge la réussite de la clause sociale d'insertion.

7.4. Comment préparer et gérer les difficultés d'exécution

Il est de l'intérêt commun de la collectivité publique et de l'entreprise de prévoir précisément les dispositions relatives à la clause sociale, en particulier : l'importance des heures d'insertion attendues, le type de bénéficiaires visés le cas échéant, les partenaires mobilisables pour y répondre, les modalités de suivi et de contrôle de la réalisation effective de la clause, les modalités d'information de la collectivité publique sur la mise en œuvre concrète de la clause, les modalités d'adaptation possibles du rythme d'exécution durant le contrat de PPP, les sanctions éventuelles en cas de non respect de la clause.

La phase de négociation du contrat doit permettre, en particulier, de s'accorder sur l'ensemble des aspects qualitatifs de la mise en œuvre de la clause d'insertion, notamment s'agissant de l'accompagnement des bénéficiaires (tutorat, formations qualifiantes, soutien social, etc...).

Une disposition prévoyant un dialogue direct en cas de difficulté d'application de la clause pourra utilement être prévue également pour résoudre les conflits d'application.

Pour des clauses-types (qui sont toujours à adapter au cas précis du contrat en cause) on se reportera en annexe au présent guide.

7.5. Cas particulier des contrats déjà attribués

Comme il est indiqué au § 7.1, une clé du développement des clauses est l'anticipation au moment de l'élaboration des besoins d'investissements.

Les contrats de partenariat (CP) sont en fort développement depuis l'ordonnance de 2004 déjà citée, mais par leurs caractéristiques juridiques et financières ils ne peuvent constituer un outil de commande publique banal.

Il est donc du plus grand intérêt de prendre en compte le potentiel d'insertion des contrats déjà attribués.

Certes, après attribution du contrat, les clauses sociales qui n'ont pas été prévues au contrat ne peuvent constituer une obligation juridique contractuelle du titulaire. Mais pour certains contrats, notamment ceux dont l'emprise est importante localement et qui font appel au marché local du travail de manière significative, l'objectif social de la collectivité publique et le besoin de main d'œuvre de l'entreprise titulaire peuvent se rejoindre.

On aurait tort en conséquence, dans tous ces cas, de ne pas rechercher à définir la part d'emplois en insertion mobilisable localement. Cela ne peut cependant pas être prévu de manière unilatérale.

Plusieurs voies sont donc possibles pour mettre en œuvre cette préoccupation selon les circonstances :

- ◆ La collectivité publique peut envisager la possibilité d'intégrer par voie d'avenant une clause sociale à des contrats qu'elle aura déjà conclus.

Elle procédera de la même manière que lors de la préparation du contrat en se rapprochant, préalablement, des secteurs d'insertion et des facilitateurs. Le contenu de la clause sociale, ainsi que celui de toute clause associée, devra être préparé et rédigé avec le cocontractant dans le souci d'anticiper toute difficulté d'exécution (cf. supra 7.4)

- ◆ A défaut, et à minima après attribution du contrat, il convient de rechercher les moyens d'atteindre l'objectif partagé d'une clause sociale, par la voie conventionnelle, dont la valeur juridique est cependant plus limitée :
 - Rechercher la conclusion d'une convention avec l'entreprise, qui, sans avoir de portée contractuelle, permet à la puissance publique de définir de manière suffisamment précise l'effort d'insertion porté en pratique par le contrat et, aussi bien à l'entreprise titulaire qu'à la collectivité publique, d'en tenir compte dans ses résultats et sa politique de développement durable.
 - La mobilisation des acteurs locaux de l'insertion reste indispensable dans ce schéma.

8. Foire aux questions

Les Questions/Réponses abordent successivement les sujets suivants, qui sont développés ci-après :

- En amont des contrats
- Lors de la rédaction du contrat
- Lors de la sélection des offres
- Exécution des clauses
- Actions d'insertion
- Valorisation des clauses sociales

♦ **En amont des contrats**

8.1. Quelle est la définition d'une clause sociale d'insertion ?

Les clauses sociales ont émergé dans les marchés publics d'abord dans les collectivités territoriales et ont progressivement été introduites dans le code des marchés publics depuis 2001 (en particulier ses articles 14,15, 30 et 53, cf. guide portant sur les clauses sociales dans les marchés publics publié sous l'égide de l'OEAP).

Pour les besoins du présent guide, une clause sociale se définit, dans le cadre de la commande publique, comme les clauses des contrats (notamment les contrats de partenariats) prévoyant une obligation en matière d'insertion de personnes éloignées de l'emploi.

L'acheteur public a en effet l'obligation de déterminer les besoins à satisfaire avec précision et en prenant en compte des objectifs de développement durable (notamment art. 2 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004). Le développement durable est entendu dans son sens large en prenant en compte ses trois piliers : efficacité économique, équité sociale et développement écologique soutenable². A cet égard, l'insertion professionnelle en est une composante essentielle. Dans les contrats de partenariat, parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable (articles 2, 8 et 11, f) de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat).

Comme pour les marchés publics, les clauses sociales s'analysent selon le cas comme critère de sélection et/ou d'exécution des contrats, qui visent à prévoir l'obligation de proposer un dispositif d'insertion propre au contrat considéré, généralement exprimé en un engagement sur un nombre minimal d'heures d'insertion que l'entreprise retenue devra justifier avoir réalisées au bénéfice de personnes éloignées de l'emploi, à savoir notamment : des demandeurs d'emploi de longue durée, des allocataires du RSA, des travailleurs handicapés, des jeunes sans formation,...

Dans le cadre des contrats de partenariat, les pouvoirs adjudicateurs peuvent dans ce but mobiliser différentes modalités de mise en œuvre de telles clauses, la loi laissant une grande marge de manœuvre en se contentant de prévoir que l'analyse préalable du contrat de partenariat comporte des éléments au regard des préoccupations de développement durable et que les objectifs de performance en matière de développement durable font partie des critères d'attribution du contrat (articles 2 et 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 déjà citée). Deux approches sont donc possibles, qui peuvent être combinées entre elles :

- Prévoir des conditions d'exécution du contrat, qui imposent un volume d'heures d'insertion au cocontractant, technique la plus simple. C'est également la technique la plus sûre dans les cas où le pouvoir adjudicateur n'a pas encore acquis d'expérience en matière de clauses sociales ;
- Prévoir la prise en compte du dispositif d'insertion comme un critère d'attribution des offres (article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 déjà citée), qui peut être combiné avec les conditions d'exécution du marché. Compte tenu de la nature des contrats de partenariat, la pondération de ce critère doit être adaptée avec mesure.

² Les clauses environnementales ne sont pas traitées ici.

8.2. Quand, à quel stade d'un PPP, se poser la question de la pertinence d'une clause sociale ?

La pertinence d'une clause sociale dans un PPP s'apprécie dès l'élaboration du besoin objet du contrat et en tout état de cause lors de l'élaboration de « l'évaluation préalable » prévue par la loi (article 2 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004). Cette évaluation préalable comporte « une analyse comparative des différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage de risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. »

A cet égard le développement durable s'entend en prenant en compte ses trois piliers : efficacité économique, équité sociale et développement écologique soutenable³.

C'est une obligation du pouvoir adjudicateur de se poser la question des options en matière de développement durable, dans les différents modes de commande publique qu'il envisage et qu'il compare dans le cadre de l'évaluation préalable.

L'introduction d'une clause sociale d'insertion doit donc être étudiée et décidée très tôt et au plus tard lors de l'élaboration de l'évaluation préalable.

L'introduction d'une clause sociale demeurera possible en cours d'exécution du contrat, mais en principe par voie d'avenant, qui nécessite le consentement du cocontractant (cf. § 7.5).

8.3. Qui décide de l'introduction d'une clause sociale dans le contrat ?

Le pouvoir adjudicateur a toute latitude pour introduire une clause sociale et la calibrer (notamment au regard des ressources locales ou sur les bassins d'emploi pertinents, susceptibles d'être mobilisées). Il a également en charge d'en assurer par tous moyens appropriés le contrôle de l'exécution, non seulement dans la phase de construction des ouvrages mais également durant la période d'exploitation des investissements objets du contrat.

Il n'est en revanche pas nécessaire ni souhaitable que la rédaction de la clause par le pouvoir adjudicateur aille au-delà de la fixation des objectifs de cette clause et de son contrôle (cet objectif s'exprime généralement en un nombre d'heures d'insertion minimal que le titulaire du contrat doit respecter sur l'ensemble du contrat). Il a au contraire tout intérêt à laisser le titulaire du contrat organiser, en lien avec les acteurs sociaux localement concernés, la mise en œuvre de la clause, gage d'innovation sociale et d'efficacité.

8.4. Qui l'acheteur public doit-il mobiliser pour bâtir efficacement la clause d'insertion ?

La clause d'insertion sera d'autant plus efficacement construite qu'elle prendra en compte les capacités du ou des bassins d'emploi et marchés du travail pertinents pour le contrat et en particulier la capacité d'intervention des organismes spécialisés en matière d'insertion.

Au-delà de l'évaluation des capacités du ou des marchés du travail pertinents pour le contrat (son périmètre géographique peut être localisé – par exemple pour un ouvrage d'art - ou au contraire concerner plusieurs marchés – pour les investissements de réseaux), il convient de préparer la réponse à la demande qui sera adressée, pour la réalisation de la clause sociale, par le titulaire du contrat en s'assurant de la capacité de répondre des organismes spécialisés installés sur le ou les marchés du travail concernés.

³ Les clauses environnementales ne sont pas traitées ici.

Pour ce faire, il pourra s'adresser aux acteurs de l'insertion mentionnés au § 6. Il pourra aussi consulter les sites internet www.socialement-responsable.org, www.handeco.org ou www.unea.fr (cf. § 7.1).

8.5. Quelles informations économiques et en matière d'insertion sont nécessaires pour bâtir une clause d'insertion, et auprès de quels acteurs les obtenir ?

Il apparaît utile de recueillir des informations économiques relatives aux demandeurs d'emplois en particulier non qualifiés et sur la capacité de placement de travailleurs éloignés de l'emploi par les organismes spécialisés.

Des « facilitateurs » des clauses sociales ont été installés progressivement sur le territoire et sont susceptibles de conseiller les acheteurs publics en la matière, généralement implantés (dans près de 90% des cas) dans les PLIE ou dans les Maisons de l'Emploi (MdE). Leur rôle fait le lien entre les acheteurs publics, les entreprises soumissionnaires et les organismes d'insertion susceptibles de présenter des bénéficiaires potentiels des programmes.

8.6. La clause sociale peut-elle être un critère de sélection parmi d'autres et à quelles conditions ?

En application de l'article 8 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, sont nécessairement parmi les critères d'attribution du contrat.

S'agissant de contrats de partenariat public-privé, le lien avec l'objet du contrat est délicat à établir. Il pourrait cependant l'être si la construction de l'investissement qui fait objet du contrat nécessite d'avoir recours au marché du travail voire de former des employés à certaines spécialités. Cela étant, s'agissant d'un PPP, les investissements en cause sont d'une ampleur particulière et nécessitent que la pondération de ce critère soit adaptée à l'objet du contrat et en principe affecté d'un ratio de pondération limité.

Il sera possible d'appuyer en outre ce critère sur une clause d'exécution du contrat précisant les modalités de mise en œuvre et l'ampleur attendues.

Si la clause est un critère de sélection, il faut d'une part s'assurer qu'on peut l'évaluer, d'autre part faire en sorte que le document sur lequel figure l'engagement de la société soit transformé en clause contractuelle.

Les acheteurs publics sans expérience des clauses sociales pourront sans difficulté se contenter de faire de la clause une simple mesure d'exécution du contrat, qui s'imposera au titulaire du contrat, mais ne s'analysera pas comme un critère de sélection.

8.7. Quelle est l'unité dans laquelle exprimer l'objectif social de la clause ?

Il y a un grand intérêt à quantifier l'objectif d'une clause d'insertion dans une unité reconnue par les professionnels de l'insertion. Il s'agit généralement du nombre d'heures d'insertion. Il conviendra également de définir les caractéristiques des bénéficiaires éligibles à la clause d'insertion afin d'éviter toute ambiguïté.

Cela donne une grande latitude dans son exécution et peut être vérifié aisément en lien avec les professionnels spécialisés.

Cette unité a en outre l'intérêt de permettre l'agrégation locale et nationale des données, ce qui permet de rendre compte de cette politique et d'en analyser les caractéristiques.

Il est souhaitable que 5 à 10% de la main d'œuvre employée dans un PPP soit concernés par une clause d'insertion lorsque c'est pertinent. Cela étant, si l'évaluation initiale du potentiel de la clause sociale peut résulter d'un calcul reposant sur la part de main d'œuvre contenue dans les prestations, la fixation de l'objectif en pourcentage de la main d'œuvre contenue n'est pas conseillée, car elle est peu appropriée ; en effet, la part de main d'œuvre contenue dans le contrat, même dans la période de construction n'est pas toujours définie ou susceptible de l'être avec précision du point de vue du donneur d'ordre.

L'expression de l'objectif en pourcentage de la main d'œuvre ferait donc prendre le risque d'un contrôle de la clause problématique voire impossible. A supposer que ces éléments soient définis cela supposerait de faire une analyse globale du prix de revient annuel du contrat pour vérifier l'exécution de la clause d'insertion ce qui est bien trop complexe et aléatoire. Il vaut donc mieux y renoncer et prévoir dans le contrat un critère objectif mesurable directement comme le nombre d'heures d'insertion, fixé en proportion du nombre d'heures estimé de l'opération ou de la partie d'opération visée.

Il pourra en être différemment pour l'exécution de la clause durant l'exploitation, pour laquelle, au delà de la première période d'exploitation de deux ou trois ans, un objectif exprimé en pourcentage de la main d'œuvre employée sera sans doute indispensable et méritera des clauses de revoyure annuelles ou biannuelles pour s'assurer de la poursuite des programmes d'insertion.

8.8. Quelles parties du contrat sont les plus adaptées à une clause sociale ? Doit-on se limiter à la phase de construction d'un investissement ?

Les contrats de partenariat et plus généralement les PPP sont des contrats qui comportent deux phases :

- une phase de construction (relativement courte, mais pouvant s'étaler sur un certain nombre de mois),
- et une phase d'exploitation (relativement longue et pouvant parfois atteindre plusieurs dizaines d'années).

La clause d'insertion peut s'adapter indifféremment à ces deux phases des contrats.

La phase d'exploitation offre en outre, par sa longueur dans le temps, des possibilités de programmes d'insertion d'une ampleur exceptionnelle. Au surplus, la durée des contrats de partenariat offre une possibilité précieuse d'adaptation dans le temps de l'exécution des clauses sociales qu'il conviendra de ne pas amoindrir par des clauses d'exécution contractuelles par trop rigides.

En cas de mise en œuvre d'une clause d'insertion, il conviendra de conduire la réflexion en distinguant l'exécution de la clause en période de construction, dont la visibilité pour les organismes d'insertion est assez grande, de celle en période d'exploitation, dont la visibilité est bien sûr plus faible et les modalités de contrôle à prévoir.

8.9. Quels corps de métiers sont les plus adaptés à une clause sociale ?

Si les programmes d'insertion s'adressent le plus souvent à des personnes peu qualifiées ou dont la qualification est inadaptée aux besoins du marché du travail, on ne saurait pour autant limiter son champ d'application théorique.

Les clauses sociales s'adressent particulièrement aux métiers de main d'œuvre en général, mais beaucoup d'autres secteurs peuvent être porteurs, y compris les prestations intellectuelles.

Les clauses peuvent conduire en outre les acteurs industriels preneurs à former les personnes insérées aux métiers dont ils ont besoin, voire à conduire certains d'entre eux à des emplois qualifiés.

C'est la raison pour laquelle il est préférable de laisser une latitude importante aux acteurs, en leur laissant la capacité d'adapter la clause à la vie du contrat et d'innover dans la définition et l'exécution des programmes.

♦ **Lors de la rédaction du contrat**

8.10. Existe-t-il des références (exemples) de mise en œuvre des clauses sociales et comment les consulter ?

Plusieurs expériences ont été conduites à l'initiative de personnes publiques. On peut se rapprocher du site de la MAPPF pour connaître les PPP mis en œuvre dans tel ou tel domaine et pour consulter les clausiers type et du SAE sur des expériences de clauses sociales dans les PPP. Les chefs de mission régionaux achats (CMRA), placés auprès des Préfets de régions, peuvent également vous indiquer s'il en existe localement à leur connaissance.

8.11. Y-a-t-il des modèles de rédaction de clauses sociales et où les trouver ?

Oui : se reporter à l'Annexe au présent guide. Voir également le site public : socialement-responsable.org

8.12. Sur quels textes s'appuyer pour prévoir une clause sociale ?

Les textes permettant de sécuriser juridiquement le contrat à l'égard des clauses sociales sont :

- au niveau européen : la 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 ;
- au niveau national : l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Il est précisé que la jurisprudence communautaire fixe des conditions relatives à l'utilisation de critères sociaux (cf. CJCE 20 septembre 1998, aff. C-31/87, Beentjes BV c/Pays-Bas, CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-225/98, Commission c/République française, bâtiments scolaires de la région Nord-Pas-de-Calais).

De tels critères doivent :

- être liés à l'objet du contrat,
- ne pas conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix,
- être expressément mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence,
- respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non-discrimination.

Ainsi, si les textes communautaires permettent de faire du critère d'insertion sociale un critère de sélection des offres c'est uniquement dans l'hypothèse où cela n'est pas susceptible d'avoir un effet discriminatoire. Il conviendra donc de vérifier, en fonction du périmètre du projet envisagé et des missions confiées au futur Partenaire, si ces critères sont cumulativement vérifiés.

A défaut, il semble plus pertinent d'en faire exclusivement une modalité d'exécution du Contrat, qui sera discutée au cours du dialogue.

8.13. Dans quels documents de l'appel d'offre doit figurer une clause sociale ?

La clause sociale doit figurer :

- dès l'avis de publicité et le règlement de consultation (notamment si c'est un critère d'attribution) ;
- dans les documents du contrat : dans le cahier des charges transmis aux candidats et dans l'offre du candidat, intégré ensuite dans le contrat afin que l'engagement devienne véritablement une clause contractuelle, qui sera à la base du contrôle, voire des pénalités.

8.14. Quel degré de détails de l'exécution de la clause sociale doit-on prévoir dans le contrat ? Le contrat peut-il imposer les modalités particulières de réalisation de la clause sociale ?

- Il existe plusieurs formes d'emploi des personnes affectées à l'exécution de la clause d'insertion. Les candidats auront le choix pour satisfaire les exigences en matière sociale entre :
 - l'embauche directe de personnes en difficulté d'insertion – tous les types de contrats de travail sont a priori possibles. L'attention de l'acheteur public doit être attirée sur la demande parfois exprimée par les entreprises de pouvoir affecter à la réalisation de la clause une personne récemment embauchée dans le cadre d'un précédent contrat et relevant avant son recrutement des catégories suivantes : demandeurs d'emploi de longue durée, allocataires RSA ou leurs ayants droits, publics reconnus travailleurs handicapés, bénéficiaires de l'allocation spécifique de solidarité (ASS), de l'allocation d'insertion (AI), de l'allocation parent isolé (API), de l'allocation adulte handicapé (AAH), de l'allocation d'invalidité, les jeunes de Niveau infra 5, personnes prises en charge dans le dispositif IAE (insertion par l'activité économique), personnes employées dans les GEIQ (groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification) et dans les associations poursuivant le même objet. Dans un tel cas, l'acheteur public doit apprécier en fonction des éléments de contexte la réalité de l'effort d'insertion ainsi consenti, au regard par exemple de la possibilité de recrutements complémentaires.
 - la mise à disposition des salariés en insertion dans les conditions légales et réglementaires définies par le code du travail. L'entreprise se met donc en relation avec un organisme extérieur qui met à sa disposition des salariés en insertion durant la durée du contrat.
 - l'utilisation des salariés embauchés par un GEIQ ou de toute autre association de même nature ;
 - le recours à la sous-traitance principalement avec une structure d'insertion par l'activité économique en capacité d'accomplir une partie des tâches prévues dans le marché.
- La clause sociale d'insertion doit être rédigée en fixant un objectif de performance, et laisser une part de souplesse à l'entreprise dans sa manière de remplir cet objectif. **Il est vivement recommandé de rédiger la clause contractuelle en nombre d'heures d'insertion**, qui est à déterminer au cas par cas, compte tenu de la spécificité de chaque contrat. Ce type de rédaction simplifie le suivi de l'exécution du contrat, et son contrôle. Les contraintes de traçabilité des données correspondantes doivent aussi être adaptées à l'importance du contrat et à la capacité de la puissance publique d'en apprécier la réalité.

Pour déterminer le nombre d'heures à réaliser, il convient de prendre en compte la différence d'intensité de la main d'œuvre selon le domaine d'activités. Ainsi dans le domaine des travaux publics, on peut prendre en compte, à titre d'exemple, un taux moyen de 30 à 40%. Dans le bâtiment, la part de main d'œuvre varie de façon importante selon les secteurs, les lots et les chantiers considérés : en moyenne, et à titre d'exemple, 70% pour la peinture intérieure, 47% pour la maçonnerie, 20% pour les charpentes métalliques...

L'acheteur public se référera utilement pour fixer les pourcentages de main d'œuvre aux sites internet des fédérations professionnelles.

L'un des moyens permettant de déterminer le nombre d'heures de main d'œuvre réservée à l'insertion est le suivant : déterminer dans le coût estimé du contrat prévu la part de cette dépense qui sera consacrée à la main d'œuvre puis à l'exécution de la clause // puis convertir cette somme en heure de travail à partir d'une évaluation forfaitaire du coût chargé (charges sociales incluses) de l'heure de travail d'un salarié.

Exemples chiffrés :

Contrat de services d'1M€ HT : un taux moyen de 50% de main d'œuvre peut être retenu, soit 500 000 euros :

- si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 10%, on évalue l'effort d'insertion à $500\,000 \times 10/100 = 50\,000$ euros.

Selon les métiers concernés, le taux horaire salarial toutes charges comprises peut varier. Avec l'hypothèse d'un coût moyen de 25 euros l'heure charges comprises, on estime le nombre d'heures d'insertion susceptible d'être demandé à l'entreprise, par le calcul suivant : $50\,000/25 = 2\,000$ heures, soit pratiquement 1,5 équivalent temps plein.

- si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 5%, l'effort d'insertion est de 25 000 euros, soit un nombre d'heures d'insertion équivalentes à 1000 heures.

Dans la plupart des marchés de travaux publics et certains marchés de bâtiment, le taux moyen de 30% de main d'œuvre peut être retenu, soit, pour un marché de 10M€ HT, un montant de 3 000 000 €.

- si le taux d'insertion est fixé par la puissance publique à 10%, on évalue l'effort d'insertion à $3\,000\,000 \times 10/100 = 300\,000$ euros.

Selon les métiers concernés, le taux horaire salarial toutes charges comprises peut varier. Avec l'hypothèse d'un coût moyen de 35 euros l'heure charges comprises, on estime le nombre d'heures d'insertion susceptible d'être demandé à l'entreprise, par le calcul suivant : $300\,000/35 = 8\,570$ heures.

- si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 5%, l'effort d'insertion est de 150 000 euros, soit un nombre d'heures d'insertion équivalentes à 4280 heures.

- les obligations d'exécution doivent intervenir au titre du contrat lui-même. La notion même de clause d'exécution fait obstacle à ce qu'au titre des obligations d'exécution, l'acheteur public prenne en compte les actions menées en matière d'insertion au titre d'autres marchés (antérieurs ou simultanés).

En conséquence, dans le cadre des critères d'appréciation des offres, les actions menées en matière d'insertion ne peuvent pas être prises en compte en tant que telles. **Les offres sont appréciées en fonction des performances exigées pour le marché.**

- Le contrat ne peut pas imposer les modalités particulières de réalisation de la clause sociale d'insertion. Un acheteur ne peut pas exiger de l'entreprise d'utiliser, par exemple, une SIAE ou une embauche par CDI.

Il doit laisser la liberté de choix à l'entreprise afin que, parmi les solutions d'insertion, l'entreprise candidate choisisse la solution d'insertion la mieux adaptée à sa spécificité et ses besoins. L'entreprise doit pouvoir s'organiser parmi les choix recensés précédemment. Ainsi la clause sociale doit se borner à prescrire un objectif d'heures d'insertion sans imposer aux opérateurs économiques une modalité particulière de mise en œuvre. Le contrat peut mentionner le facilitateur comme référent en matière sociale, celui-ci ne pourra néanmoins être prescripteur.

L'acheteur ne peut pas, non plus, imposer de critère géographique pour la réalisation de la clause sociale d'insertion.

- Néanmoins, si les préoccupations sociales ont été utilisées comme critère de sélection, ou si une clause sociale figure dans le contrat, l'entreprise doit en rendre compte.

L'acheteur public doit être en mesure de contrôler que les objectifs sont atteints.

- Tout d'abord, lors de la rédaction du contrat et de la procédure, l'acheteur public doit s'assurer que les entreprises susceptibles de soumissionner peuvent sans obstacle majeur mettre en œuvre la clause pour qu'elle ne soit pas discriminatoire. Il est donc souhaitable au préalable de s'assurer auprès des facilitateurs de l'existence soit d'une offre d'insertion mobilisable, soit de personnes susceptibles d'exécuter la clause et bénéficiant d'un accompagnement. L'écriture de la clause ne doit pas conduire à réduire le nombre d'opérateurs économiques ; il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heure de travail.

- Lorsque la clause sociale (et toutes clauses associées : contrôle, etc...) figure dans un mémoire technique, le donneur d'ordre doit donner à cette clause, surtout si c'est retenu comme un critère de sélection des offres, une pleine valeur contractuelle, faute de cela, il ne pourrait l'opposer ensuite au cocontractant.

- Il est important de prévoir dans le contrat des mesures de suivi et d'évaluation régulières des conditions d'exécution de la clause pendant le déroulement du contrat, tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif.

Les clauses sociales sont soumises au même régime juridique que toutes les autres stipulations d'un cahier des charges. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, le donneur d'ordre appliquera les pénalités et sanctions prévues au contrat.

L'engagement pris doit être respecté sous peine de sanctions. Toute exonération de l'obligation de la clause d'insertion est assimilable à une remise en cause des conditions de la concurrence. Il convient donc au moment de la rédaction du contrat de s'assurer que la clause d'insertion envisagée est effectivement applicable et réalisable.

♦ **Lors de la sélection des offres**

8.15. Dans quelles conditions une offre peut-elle être écartée si elle prend mal en compte l'exigence d'une clause sociale ou si elle ne la prévoit pas ?

Une offre qui prend mal en compte l'exigence d'une clause sociale ou qui ne la prévoit pas peut être écartée si le donneur d'ordre est en capacité de démontrer que l'objectif de performance sociale inscrit dans le contrat n'est pas en mesure d'être respecté par le candidat.

8.16. Comment organiser la sélection des offres sur ce critère particulier et quel degré d'importance lui accorder ?

L'appréciation de ce critère s'effectue en analysant les modalités d'exécution en matière d'insertion, soit dans le cadre d'un contrat dont l'objet est l'insertion soit en combinaison avec des conditions d'exécution.

Ce critère sera pondéré de manière raisonnable (inférieur ou égal à 5% a priori). L'appréciation de ce critère s'effectue en analysant les modalités d'exécution en matière d'insertion qui sont définies dans les offres du candidat. Peuvent être prises en compte par exemple :

- la qualité du tutorat, c'est à dire la manière dont l'entreprise va diriger et encadrer les bénéficiaires de l'action d'insertion pendant l'exécution du marché.
- la nature des compétences pouvant être acquises par les bénéficiaires au cours du contrat, c'est-à-dire la réalité de la transmission d'une expérience professionnelle réelle ou d'une formation permettant aux bénéficiaires de progresser en termes de compétences métiers ;
- la qualité du lien entre l'entreprise et les structures de l'IAE, c'est-à-dire la manière dont l'entreprise effectue un compte rendu vers les structures de l'IAE qui suivent les bénéficiaires notamment sur l'employabilité des bénéficiaires ou sur d'éventuelles difficultés. Ce lien permet en effet d'agir sur le parcours d'insertion des bénéficiaires en le rendant plus efficace. ;
- si l'acheteur a prévu un volume horaire minimum, l'analyse des offres pourra apprécier l'éventuel volume horaire supplémentaire sur lequel l'entreprise s'engage. Il convient cependant de rester prudent sur ce type de critère, qui doit être soigneusement encadré, l'objectif étant de valoriser la dimension qualitative de l'action d'insertion ;
- l'accompagnement social du bénéficiaire de la clause.

Il est difficile de fixer dans l'absolu un seuil limite au-delà duquel le nombre d'heures prévu dans les clauses sociales d'insertion serait a priori discriminatoire. Pour éviter tout effet de ce type, il faut garder à l'esprit que tout opérateur économique, quel que soit son statut juridique, doit être à même de pouvoir remplir cette clause si évidemment il est prêt à s'engager dans une démarche d'insertion. Le seuil doit donc être fixé de manière réaliste, compte tenu de l'offre d'insertion existante.

Concrètement, une clause imposant 50% de public en difficulté pour exécuter le contrat exclurait de facto les opérateurs économiques classiques au profit des seules structures spécialisées de l'insertion par l'activité économique.

Dans la pratique, les exemples d'application qui existent font apparaître que la part des heures travaillées que représente la clause sociale d'insertion dans l'exécution du contrat s'élève au minimum à 5% pour tout ou partie des lots, comme c'est le cas pour les marchés de l'ANRU, souvent à 10% (objectif global fixé pour les marchés de l'Etat).

La pertinence de l'objectif doit tenir compte à la fois du secteur d'activité et des caractéristiques du public mobilisable là où sera réalisées la prestation, objet du contrat.

♦ **Exécution des clauses**

8.17. Quel degré de liberté doit-on laisser dans les modalités de l'exécution des clauses prévues au contrat ?

Les modalités de la clause d'insertion doivent être suffisamment précises afin d'engager réellement l'entreprise titulaire du contrat et pour permettre le contrôle de son exécution effective. L'objectif à atteindre doit donc être quantifié, par exemple en heures d'insertion à réaliser.

En outre, prévoir les modalités de contrôle par l'acheteur public de l'exécution de la clause est indispensable. Leur rythme, les règles de revoyure et les modalités d'échange d'informations doivent être prévues, en prenant en considération l'étendue du contrat dans le temps.

C'est un enjeu juridique, car la charge du programme d'insertion est une exigence du contrat et ne doit pas pouvoir être attaquée par son caractère trop flou laissant un doute sur sa réalité. C'est aussi un enjeu social si l'on veut donner une portée économique réelle à la clause, ce qui est une responsabilité des donneurs d'ordre.

Le donneur d'ordre n'est cependant pas nécessairement le mieux placé pour identifier les modalités précises des programmes d'insertion les mieux adaptés ou les plus aisés à mettre en œuvre sur une longue période. Il pourra sur ce plan se contenter d'orienter le preneur vers les organismes d'insertion les mieux à même de répondre au besoin, en laissant le titulaire du contrat et/ou les acteurs sociaux, dont les facilitateurs, imaginer les types de métiers, les modalités de leur mobilisation et les modalités pratiques susceptibles de donner corps à la clause d'insertion.

Par ailleurs, pour des contrats longs comme les PPP, il y a un grand intérêt à laisser une grande marge de manœuvre à l'entreprise titulaire du contrat, afin de lui permettre de s'adapter aux fluctuations économiques. Ainsi, une exécution de la clause non linéaire dans le temps pourra paraître très souhaitable, sous le contrôle du donneur d'ordre.

8.18. Comment et à quels moments s'assurer que la clause sociale est effectivement mise en œuvre ?

Les modalités de contrôle de la mise en œuvre de la clause d'insertion seront avantageusement définies contractuellement. Il en est de même des sanctions auxquelles l'entreprise s'exposera si elle ne respecte pas son engagement.

Pour un contrat dont l'exécution s'étale sur une longue période, il convient de prévoir un suivi tout au long du contrat, avec l'exigence d'un compte rendu de l'entreprise sur la réalisation de l'objectif et les modalités retenues pour l'exécution du programme, qui pourrait être annuel. Le rythme et les modalités d'application des sanctions éventuellement infligées à l'entreprise pour non exécution de son engagement devront également être précisés contractuellement.

Si des variations annuelles sont possibles, par exemple pour s'adapter aux fluctuations économiques, il convient de se donner les moyens de suivre le rythme d'exécution du programme afin de ne pas laisser s'installer un écart trop important par rapport à l'objectif global contractuel.

Cependant, la souplesse doit être prévue en amont de la rédaction du contrat. Elle ne peut en aucun cas intervenir ensuite, et remettre en cause la mise en concurrence effectuée.

L'acheteur public doit s'organiser pour traiter efficacement les données que lui fournit l'entreprise, voire de circulariser les informations auprès notamment des organismes spécialisés d'insertion. Le facilitateur assure ce suivi auprès de l'entreprise et en rend compte au donneur d'ordre.

Dans tous les cas un échange au moins annuel paraît indispensable pour s'assurer de l'exécution de la clause.

8.19. Comment régler les écarts si on constate que les objectifs de la clause sociale sont imparfaitement exécutés par l'entreprise bénéficiaire du contrat ?

Les écarts éventuels entre la réalisation de l'objectif de la clause d'insertion et l'objectif lui-même faire l'objet de dispositions spécifiques du contrat de partenariat.

Ces dispositions sont a priori de deux types :

- Les dispositions permettant d'assouplir la réalisation de l'objectif dans le temps, ce qui permet de tenir compte des difficultés économiques rencontrées lors de l'exécution de la clause. Il sera possible d'admettre une exécution non linéaire de l'objectif pris par l'entreprise, mais à condition que le contrat prévoie les modalités d'analyse des raisons de cette situation et que des prévisions contractuelles permettent de rattraper les écarts dans un délai raisonnable et sans attendre le terme du contrat, qui peut s'étendre sur plusieurs dizaines d'années. Ces dispositions sont en outre indispensables pour définir les sanctions applicables en cas de non respect de ses engagements par l'entreprise.

- les sanctions contractuelles pour non respect de l'objectif assigné par la clause d'insertion, ce qui crédibilisera l'engagement pris par l'entreprise.

Il pourra en outre être utile de prévoir contractuellement les modalités de règlement des difficultés de réalisation du programme d'insertion qui fait l'objet de la clause sociale.

◆ **Actions d'insertion**

8.20. Sur qui s'appuyer pour accompagner les entreprises dans la mise en œuvre des clauses sociales ?

La seule limite des clauses sociales dans la commande publique réside dans la capacité des acteurs de l'insertion à faire face aux demandes multiples qui leur parviennent et dans celle des entreprises à dialoguer avec les organismes pertinents.

Les « facilitateurs » des clauses sociales ont été installés progressivement sur le territoire et sont susceptibles de conseiller les acheteurs publics en la matière, généralement implantés dans les PLIE ou dans les Maisons de l'Emploi (MdE). Leur rôle fait le lien entre les acheteurs publics, les entreprises soumissionnaires et les acteurs susceptibles de présenter des bénéficiaires potentiels des programmes d'insertion :

- les PLIE
- Les Maisons de l'Emploi
- Pôle emploi
- Cap Emploi
- les diverses SIAE (structures d'insertion par l'activité économique) que sont les AI (associations intermédiaires), les ETTI (entreprises de travail temporaire d'insertion, les Régies de Quartier, les GEIQ (groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification), les EI (entreprises d'insertion)
- les organismes d'insertion par le travail des secteurs adapté ou protégé des personnes en situation de handicap que sont les EA (entreprises adaptées) et les ESAT (établissements et services d'aide par le travail). (Cf. point 7.1 supra)

Les entreprises elles-mêmes ont aussi la possibilité de développer éventuellement leurs propres outils d'insertion.

Par ailleurs, l'Etat et ses partenaires se sont organisés pour répondre au besoin d'accompagnement du développement des clauses sociales. En particulier, le SAE (Service des Achats de l'Etat) a mis en place des Chefs de mission régionale achats (CMRA) auprès des Préfets de Région et la DGEFP (Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) a nommé des « référents offre d'insertion » dans les DIRECCTE ou leurs unités territoriales. Leurs rôles respectifs d'accompagnement se répartissent ainsi :

- ♦ Au stade de la promotion des clauses :

Répartition des rôles des acteurs pour la promotion des clauses

	Analyse des potentialités économiques	Promotion des clauses auprès des acheteurs publics	Visibilité de l'offre IAE	Promotion de l'offre IAE auprès des entreprises	Professionnalisation des IAE	Financements
CMRA (niveau régional)	X	X				
DIRRECTE :Réfèrent IAE (niveau régional)			X	X	X	X (en particulier sur FSE)
Facilitateurs (compétence territoriale de l'organisme de rattachement)	X	X	X			

- ♦ Au stade de la mise en œuvre des clauses :

Répartition des rôles des acteurs pour la mise en œuvre des clauses

	Evaluation des capacités du territoire	Expertise juridique et technique	Intermédiation offre/ demande d'insertion	Accompagnement des attributaires	Evaluation des effets sur l'emploi
CMRA (niveau régional)	X (tout au moins pour les achats de l'Etat)	X			X
DIRRECCTE :Réfèrent IAE (niveau régional)					
Facilitateurs (compétence territoriale de l'organisme de rattachement)	X	X	X	X	X

8.21. Comment définir l'objet de la clause sociale et le public éligible à l'action d'insertion ? Quelles formes l'action d'insertion peut-elle prendre ?

La clause d'insertion devra conduire l'entreprise retenue à prendre l'engagement de réaliser un programme d'insertion permettant d'offrir aux bénéficiaires un nombre d'heures d'insertion conforme à l'objectif de la clause fixé contractuellement.

La clause sociale pourra se contenter de définir l'objectif en nombre d'heures d'insertion attendues sur une période donnée et le type de bénéficiaires concernés. Elle pourra éventuellement présenter plusieurs types d'actions susceptibles de remplir l'engagement de l'entreprise : engagements des bénéficiaires en CDI ou en CDD, chantier d'insertion, formations offertes aux bénéficiaires, rattachement à des programmes d'insertion spécifiques. On aura soin de laisser une grande marge de manœuvre à l'entreprise dans l'exécution de la clause, qui peut être très difficile de définir a priori, surtout à long terme comme c'est le cas des contrats de PPP.

Le public bénéficiaire se définit comme l'ensemble des personnes éloignées de l'emploi, à savoir notamment : des demandeurs d'emploi de longue durée, des allocataires du RSA, des travailleurs handicapés, des jeunes sans formation,... Il est souhaitable de les définir contractuellement.

♦ **Valorisation des clauses sociales**

8.22. L'acheteur public peut-il valoriser les contrats au titre de la politique de développement durable développée par ses services ?

Les clauses sociales sont un des moyens d'une politique de développement durable et peuvent être valorisées en tant que telles.

Les services de l'Etat se voient assigner des objectifs globaux en la matière pour ce qui concerne les marchés publics. Les clauses insérées dans les contrats de partenariat peuvent être un vecteur très puissant de développement de cette politique publique.

Les bilans sociaux pourront donc répertorier le nombre d'opérations conduites de cette nature, les objectifs fixés et le nombre d'heures d'insertion réalisées à ce titre.

Rien n'empêche l'acheteur public d'en faire état dans la cadre de sa politique de développement durable.

8.23. L'entreprise (ou le groupe d'entreprises) retenue pour exécuter le contrat peut-elle valoriser les clauses sociales pour l'appréciation de ses obligations en matière de développement durable ou plus généralement dans le cadre d'une communication mettant en valeur son image ?

L'entreprise est susceptible de valoriser son action dans le cadre des clauses sociales dans les conditions suivantes :

- la communication en termes d'image de l'entreprise est définie librement par celle-ci et l'entreprise est légitime à faire état de son action en la matière ;
- pour les entreprises cotées sur un marché réglementé, au regard de ses obligations de reporting social (articles L. 225-102 et suivants du code de commerce issu de la loi NRE modifiée par la loi 2011-672 du 16 juin 2011), le rapport sur la gestion sociale de l'entreprise décrit notamment les relations avec les organismes d'insertion. A ce titre les programmes d'insertion issus des clauses sociales figurent dans le rapport annuel social et environnemental ;
- au regard des obligations d'emplois de personnes handicapées, les contrats passés avec le secteur protégé ou adapté (ESAT, EA) peuvent être valorisés, selon des modalités différentes selon le secteur public et privé, en vue de la diminution de la contribution au FIPHFP ou à l'AGEFIPH de l'acheteur.

Les donneurs d'ordre publics concernés par la contribution au **Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique** (FIPH-FP) sont référencés à l'article L 323-2 du code du travail. Cette contribution concerne l'Etat, certains établissements publics de l'Etat autres qu'industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, y compris ceux qui sont énumérés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Les autres acheteurs publics sont assujettis à la contribution à l'AGEFIPH comme toutes les établissements du secteur privé.

8.24. Comment calculer la contribution versée au Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPH-FP) et à l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) en tenant compte de l'attribution d'un contrat à des EA ou à des ESAT ?

La contribution versée au FIPH-FP :

Le montant de la contribution est calculé en fonction :

- du nombre d'unités manquantes par rapport à l'obligation d'emploi ;
- et de la taille de l'effectif.

Plus précisément, la contribution est égale par unité manquante à :

- 400 fois le Smic horaire pour les employeurs publics dont l'effectif est compris entre 20 et 199 ;
- 500 fois le Smic horaire pour les employeurs publics dont l'effectif est compris entre 200 et 749 ;
- 600 fois le Smic horaire pour les employeurs publics dont l'effectif est supérieur à 750.

Les dépenses réalisées auprès des entreprises adaptées (EA), ou des établissements et services d'aide par le travail ESAT, permettent de réduire le montant de la contribution et d'obtenir un nombre d'unités déductibles (EETH = Equivalent emploi Travailleur Handicapé) qui viennent réduire le nombre d'unités manquantes.

Aussi, deux solutions s'offrent à la personne publique qui ne remplit pas ses obligations, outre bien sûr l'embauche directe de personnes handicapées : soit elle paye la totalité de la taxe, soit elle passe des contrats avec des EA ou des ESAT.

NB : Nombre d'unités déductibles = montant des dépenses : 16.125,24€19 (le traitement annuel brut minimum servi à un agent lors de l'année écoulée)

Le nombre d'unités déductibles ne peut être supérieur à 50% de l'obligation d'emploi.

Exemple : soit une personne publique de 250 personnes qui a dans ses effectifs : 2 personnes handicapées.

Son obligation d'embauche est de 6%, soit 15 personnes. Ayant déjà recruté 2 personnes handicapées, elle comptabilise encore 13 unités manquantes.

- Si elle paie la totalité de sa taxe, celle-ci s'élèvera à 57.590 € (sachant que le SMIC horaire brut en 2010 s'élève à 8,86 €). En effet, 13 x 500 x 8,86 € = 57.590 €.

- Si elle passe un contrat avec un EA ou ESAT, elle peut diminuer le montant de taxe dû.

Supposons qu'elle passe un marché de 31.000 euros.

Le nombre d'unités déductible s'élève à 31.000/16.125,24 = 1,92.

Le nombre d'unité déductible doit être, dans cet exemple, inférieur à 7,5, ce qui est effectivement le cas avec 1,92 unité déductible.

Le nouveau montant de la taxe finalement à financer est de 13 unités manquantes moins 1,92 unités déductibles, soit 11,08 unités manquantes.

La contribution sera donc de 49.084,40 €. (11.08 x 500 x 8,86).

La contribution versée à l'AGEFIPH :

Tout comme les acheteurs publics définis précédemment, les employeurs du secteur privé et du secteur public à caractère industriel et commercial soumis à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés peuvent s'acquitter de cette obligation dans la limite de 50 % de cette dernière, en passant des contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services avec des entreprises adaptées (EA), des centres de distribution de travail à domicile (CDTD considérés comme des EA), ou des établissements ou services d'aide par le travail (ESAT) (article L. 5212-6 du code du travail).

Il convient de calculer le nombre d'équivalents bénéficiaires de l'obligation d'emploi apporté par la passation de ces contrats, lequel est égal :

- pour les contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services, au quotient obtenu en divisant le prix hors taxe des fournitures, travaux ou prestations figurant au contrat, déduction faite des coûts des matières premières, produits, matériaux, consommations et frais de vente, par 2000 fois le salaire horaire minimum de croissance (SMIC) en vigueur au 31 décembre de l'année d'assujettissement de l'obligation d'emploi (article R. 5212-6 du code du travail).

Soit : Nombre d'unités déductibles = montant des dépenses / 17.720 € (2000 x le SMIC horaire, soit 9,19 € au 31/12/2011).

- pour les contrats de mise à disposition de travailleurs handicapés dans une entreprise du secteur privé par une EA ou un ESAT, considérés comme un type particulier de contrats de prestations de services, la base horaire retenue est de 1600 fois le SMIC horaire (article R. R 5212-7 du code du travail). Il faut noter que ces contrats étant des contrats de prestations de services, les travailleurs handicapés mis à disposition dans le cadre de ces contrats ne doivent pas être décomptés dans l'effectif des bénéficiaires de l'obligation d'emploi des établissements qui les accueillent.

Soit : Nombre d'unités déductibles = montant des dépenses / 14.176 € (1600 x le SMIC horaire, soit 9,19 au 31/12/2011).

Il est à observer que si pendant une période supérieure à 3 ans un établissement, soumis à l'obligation d'emploi, n'a passé aucun contrat avec une entreprise adaptée, un centre de distribution de travail à domicile, ou un établissement ou service d'aide par le travail et n'a ni embauché de bénéficiaires de l'obligation d'emploi, ni appliqué d'accord conclu dans le cadre de l'article L. 5212-8 et L. 5212-17 du code du travail, sa contribution AGEFIPH sera calculée sur la base de 1500 fois le SMIC horaire quel que soit le nombre de salariés de l'entreprise (article L. 5214-1, L.5212-9, L. 5212-10 et L. 5212-11 du code du travail).

La loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées prévoit la fixation, par décret en cours de rédaction à la date de rédaction du présent guide), du montant minimum figurant dans les contrats de sous-traitance passés avec les EA et les ESAT par les entreprises dites à « quota zéro » pour que celles-ci s'exonèrent de la sur cotisation de 1500 fois le SMIC.

8.25. Comment peut-on suivre les résultats sociaux issus des clauses sur le plan local ? Existe-t-il des éléments publiés, notamment statistiques, sur l'efficacité des clauses sociales ?

Il existe peu de publications nationales dans ce domaine. Toutefois les « facilitateurs » installés auprès des MdE ou des PLIE peuvent donner des indications à cet égard. L'association « Alliance Villes Emploi » publie également des données intégrées recueillies auprès des facilitateurs.

Des données sont publiées en la matière, en raison du développement des clauses sociales par les programmes de rénovation urbaine, par l'ANRU (Agence Nationale pour la Rénovation Urbaine).

Des données globales peuvent être éventuellement recueillies auprès de l'ACSE (Agence de Cohésion Sociale et Economique) et par le SGCIV (Secrétariat général du comité interministériel des villes).

8.26. Les clauses sociales issues de ces contrats sont-elles prises en compte dans le cadre du suivi national déjà organisé pour les clauses sociales insérées dans les marchés publics ? Où trouver les données ?

Le nombre des clauses sociales dans les marchés publics (marchés supérieurs ou égaux à 90 K€ HT) est répertorié depuis plusieurs années par l'OEAP (Observatoire économique de l'achat public) et publié sur son site web : www.Economie.gouv.fr/daj/lobservatoire-economique-lachat-public.

Les contrats de partenariat relèvent du même dispositif de suivi depuis 2012. Compte tenu des calendriers de publication des travaux statistiques, aucune publication n'en a encore rendu compte à la date de publication du présent guide.

9. Exemples concrets

Certains acheteurs publics n'ont pas attendu pour introduire des clauses sociales dans les PPP qu'ils ont contractés, même si c'est encore dans un petit nombre d'opérations. On peut citer notamment à titre d'exemples les cas suivants :

- dans le cadre de la construction d'un lycée en contrat de partenariat (CP) ;
- lors de la mise en place d'une chaufferie urbaine en DSP ;
- dans le cadre de la construction d'un stade par une municipalité en CP ;
- pour la mise en place d'un réseau câblé en CP.

10. Suivi des résultats au niveau national

- ◆ Alliance Villes Emploi a favorisé la création d'un logiciel « clauses sociales ».

Ainsi, en 2011, la société ABC Engineering en lien avec l'Alliance Villes Emploi a créé le logiciel **ABC Clause**. Ce logiciel est donc utilisable par l'ensemble des facilitateurs, qu'ils soient en PLIE, en Maisons de l'Emploi ou en Collectivités territoriales, communes ou EPCI.

Ce logiciel, lorsqu'il sera utilisé par l'ensemble des facilitateurs permettra de détenir des informations consolidées sur les résultats de la mise en œuvre des clauses sociales au niveau national.

D'autre part, l'Alliance Villes Emploi a réalisé en 2007 et en 2011 une enquête nationale auprès de l'ensemble des facilitateurs afin d'obtenir des données nationales sur les clauses sociales. Cette enquête pourra être actualisée afin qu'elle prenne en compte la mise en œuvre des clauses sociales dans les contrats de partenariat (CP), dans les partenariats public-privé (PPP) et dans les délégations de service public (DSP).

- ◆ Recensement des contrats avec clauses sociales.

L'OEAP en lien avec la MAPPP recense à partir de 2012 les CP dans le cadre de la collecte d'informations sur la commande publique. Les clauses sociales dans les PPP, comme pour les marchés publics, sont donc prises en compte dans l'outil statistique de la commande publique, parmi d'autres données.

Aucune restitution n'a pu encore en être délivrée lors de la parution du présent guide.

Un suivi statistique pourra cependant progressivement rendre compte des CP avec clauses sociales.

11. ANNEXE : Clauses-types (à adapter à chaque situation particulière)

Un contrat de partenariat (CP) est un contrat administratif et n'entre pas dans la catégorie des marchés publics au sens du code des marchés publics. Il convient d'adapter les clauses sociales à ses caractéristiques.

Des dispositions relatives aux clauses sociales sont susceptibles d'être introduites successivement :

- au stade de l'appel d'offre,
- dans le cadre du règlement du dialogue compétitif,
- et lors de la rédaction du contrat lui-même.

Le présent guide fournit en conséquence des clauses-types concernant ces différents documents, qui correspondent à différents stades de l'élaboration de la clause sociale, parallèlement au processus de choix de l'entreprise retenue et à la rédaction du contrat.

La présente annexe fournit des clauses-types qui font exclusivement référence à la clause sociale comme **mesure d'exécution du contrat**. En effet, cette formule est celle qui permet le plus aisément de faire naître une expérience en la matière, avec la plus grande sécurité juridique.

♦ **L'avis d'appel d'offre :**

Il est souhaitable que l'avis d'appel d'offre pour un contrat de partenariat prévoit l'introduction d'une clause sociale. Il convient donc de rédiger une condition d'exécution dans l'AAPC.

Exemple de rédaction pour l'AAPC :

« Le contrat de partenariat comportera, en ce qui concerne son exécution, une clause obligatoire d'insertion par l'activité économique. Les modalités d'exécution de cette clause seront précisées par le règlement de dialogue ».

♦ **Le règlement de dialogue :**

Dans une procédure de contrat de partenariat, c'est dans le dossier de consultation des entreprises et dans le règlement de dialogue compétitif que les modalités de mise en œuvre de la clause sociale sont définies, par l'introduction d'un article spécifique.

Exemple de rédaction pour le règlement de dialogue compétitif :

Article n : Insertion par l'activité économique

Le (nom de la collectivité publique) dans un souci de promotion de l'emploi et de lutte contre l'exclusion, a décidé d'inclure dans le Contrat de Partenariat une clause obligatoire d'insertion par l'activité économique.

Le Titulaire devra, dans l'exécution du contrat, réaliser des actions d'insertion qui permettent l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières.

L'effort d'insertion attendu du titulaire s'exprime en heures d'insertion. Il est calculé par les services de (nom de la collectivité) à l'issue du dernier tour de dialogue. Il s'applique dans la phase investissement et d'exploitation.

1.1 - Les publics visés

Le dispositif mis en place vise à favoriser l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières et notamment :

- les demandeurs d'emploi de longue durée (plus de 12 mois d'inscription au chômage) ;*
- les allocataires du R.S.A ou ayant droit ;*
- les publics reconnus travailleurs handicapés, au sens de l'article L323-3 du code du travail, fixant la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ;*
- les bénéficiaires de l'Allocation Spécifique de Solidarité (ASS), de l'Allocation d'Insertion (AI), de l'Allocation Adulte Handicapé (AAH), de l'Allocation d'Invalidité ;*
- les jeunes de Niveau infra 5, c'est-à-dire de niveau inférieur au CAP/BEP, de moins de 26 ans sortis du système scolaire sans qualification ;*
- les personnes prises en charge dans le dispositif IAE (Insertion par l'Activité Économique), c'est-à-dire les personnes mises à disposition par une Association Intermédiaire (AI) ou par une Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion (ETTI), ainsi que des salariés d'une Entreprise d'Insertion (EI), ou d'un Atelier et Chantier d'Insertion (ACI)*
- les personnes employées dans les GEIQ (Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification) et dans les associations poursuivant le même objet.*

En outre, d'autres personnes rencontrant des difficultés particulières peuvent, sur avis motivé de Pôle Emploi, des Maisons de l'Emploi, des Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi (PLIE), des Missions Locales, ou de CAP Emploi, ..., être considérées comme relevant des publics les plus éloignés de l'emploi.

1.2 - Les modalités de mise en œuvre

L'attributaire retenu réserve une part du temps total de travail nécessaire à l'exécution du Contrat, à une action d'insertion réalisée selon l'une des modalités définies ci-dessous :

1^{ère} modalité : le recours à la sous-traitance avec une entreprise d'insertion ;

2^{ème} modalité : la mise à disposition de salariés (le titulaire est en relation avec un organisme extérieur qui met à sa disposition des salariés en insertion durant la durée du marché. Il peut s'agir d'une entreprise de travail temporaire d'insertion, d'une entreprise de travail temporaire, d'un groupement d'employeurs pour l'insertion et la qualification ou d'une association intermédiaire) ;

3^{ème} modalité : l'embauche directe par le titulaire du Contrat ou dans le cadre d'un des contrats associés ;

4^{ème} modalité : d'autres modalités peuvent être imaginée en lien avec les acteurs sociaux

1.3 - Les modalités de calcul de l'obligation d'insertion

Pour fixer le nombre d'heures d'insertion à réaliser, le (nom de la collectivité) prend en compte la différence d'intensité de la main d'œuvre pour chacune des étapes de l'exécution des travaux de la phase investissement du contrat.

- ◆ *S'agissant de la phase de construction de l'investissement, pour fixer ces pourcentages, le (nom de la collectivité) se réfère à la structure BT éditée par le ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement.*

Calcul du nombre d'heures :

- *estimation de la part que représente la main d'œuvre dans le montant prévisionnel HT du marché = A*
- *évaluation de l'effort d'insertion sur la part main d'œuvre, fixé à [par exemple 5%] par le (pouvoir adjudicateur)*
- *évaluation du taux horaire salarial moyen toutes charges comprises, fixé à x euros [par exemple 30 €]*
- *le calcul est le suivant*

$$\frac{A \times 5\%}{30} = \text{nombre d'heures d'insertion}$$

- ◆ *S'agissant de la phase d'exploitation, pour la période de [3 ans] suivant la mise en service de l'investissement, le nombre d'heures d'insertion est fixé comme ci-dessus pour l'investissement lui-même.*
- ◆ *S'agissant de la phase d'exploitation s'étalant de la fin de la période de [3 ans] définie ci-dessus au terme du contrat, les parties se réuniront [annuellement] afin de définir conjointement le nombre d'heures d'insertion à la charge de l'entreprise cocontractante.*

Remarque :

On note dans cette proposition que l'on affiche clairement les modalités de calcul de l'obligation d'insertion. En effet, le contrat de partenariat, comme son nom l'indique, engage les deux parties dans des relations contractuelles et sur le long terme. Afficher le mode de calcul dans le règlement de dialogue rend totalement transparentes les exigences minimales de la collectivité, et ouvre aux échanges sur le sujet lors des phases de dialogue avec les différents candidats.

Cet exemple propose que le calcul du volume horaire attendu soit réalisé à l'issue du dernier tour de dialogue. En effet, c'est à ce stade des discussions avec les candidats que leurs propositions financières sont les plus proches des offres finales.

Cet exemple introduit le principe d'une clause sociale sur la phase des travaux liés à l'exécution du contrat et sur l'exploitation de l'ouvrage.

La collectivité publique doit définir l'effort d'insertion attendu, par exemple 5%, ainsi que le taux horaire de la main d'œuvre qu'elle retient.

◆ **Le contrat de partenariat :**

Il s'agit de la pièce maîtresse qui engage les deux parties pour la durée du contrat, laquelle s'étale sur une longue période.

C'est donc dans le contrat que l'engagement effectif du titulaire est rédigé dans un article spécifique :

Exemple de rédaction pour le contrat de partenariat (CP) :

Article x : *Insertion par l'activité économique durant la période de construction*

1.1 - Engagements du Titulaire

Pour ce qui concerne la conception et la construction des Ouvrages, le Titulaire s'engage à réaliser x heures au titre de l'action d'insertion par l'activité économique, selon l'une des modalités définies ci-dessous :

1ère modalité : le recours à la sous-traitance avec une entreprise d'insertion ;

2ème modalité : la mise à disposition de salariés (le titulaire est en relation avec un organisme extérieur qui met à sa disposition des salariés en insertion durant la durée du Contrat. Il peut s'agir d'une entreprise de travail temporaire d'insertion, d'une entreprise de travail temporaire, d'un groupement d'employeurs pour l'insertion et la qualification ou d'une association intermédiaire) ;

3ème modalité : l'embauche directe par le titulaire ;

4ème modalité : (à définir éventuellement)

Le dispositif mis en place vise à favoriser l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières et notamment :

- les demandeurs d'emploi de longue durée (plus de 12 mois d'inscription au chômage) ;*
- les demandeurs d'emploi allocataires du RSA ou ayant droit ;*
- les publics reconnus travailleurs handicapés, au sens de l'article L512-13 du code du travail, fixant la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ;*
- les bénéficiaires de l'Allocation Spécifique de Solidarité (ASS), de l'Allocation d'Insertion (AI), de l'Allocation Adulte Handicapé (AAH), de l'Allocation d'Invalidité ;*
- les jeunes de Niveau infra 5, c'est-à-dire de niveau inférieur au CAP/BEP, de moins de 26 ans sortis du système scolaire sans qualification ;*
- les personnes prises en charge dans le dispositif IAE (Insertion par l'Activité Économique), c'est-à-dire les personnes mises à disposition par une Association Intermédiaire (AI) ou par une Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion (ETTI), ainsi que des salariés d'une Entreprise d'Insertion (EI), ou d'un Atelier et Chantier d'Insertion (ACI), ainsi que les personnes prises en charge dans des dispositifs particuliers, par exemple « Défense 2ème chance » ;*
- les personnes employées dans les GEIQ (Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification) et dans les associations poursuivant le même objet.*

En outre, d'autres personnes rencontrant des difficultés particulières peuvent, sur avis motivé de Pôle Emploi, des Maisons de l'Emploi, des Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi (PLIE), des Missions Locales, ou de CAP Emploi, ..., être considérées comme relevant des publics les plus éloignés de l'emploi.

1.2 - Suivi et contrôle de l'action d'insertion.

Il sera procédé, par tous moyens, au contrôle de l'exécution de l'action d'insertion pour laquelle le titulaire s'est engagé.

Le Titulaire fournit chaque année, un rapport précis d'exécution du programme d'insertion mis en œuvre (dates d'embauches, nombre d'heures réalisées, type de contrat, poste occupé, le cas échéant, organismes d'insertion mobilisés, nombre de personnes concernées, postes concernés ou nature précise des opérations d'insertion, etc.) propres à permettre le contrôle de l'exécution de l'action. Ce rapport chiffre précisément le nombre d'heures d'insertion réalisées dans le cadre du programme par comparaison avec l'engagement contractuel.

L'absence ou le refus de transmission de ces renseignements s'analyse comme la non exécution de l'obligation contractuelle correspondante et entraîne l'application des pénalités prévues.

Le Titulaire doit, dès leur survenance, informer (nom de la collectivité publique co-contractante) par courrier recommandé avec accusé de réception, qu'il rencontre des difficultés pour assurer son engagement et les modalités permettant de remédier à la situation (par exemple étalement de l'obligation...).

1.3 - Pénalités pour non-respect de l'engagement d'insertion par l'activité économique

En cas de non respect des obligations relatives à l'insertion imputable au titulaire ou en cas de refus de transmission des informations attestant de leur réalisation, celui-ci subira une pénalité égale à y € HT par heure d'insertion non réalisée (a priori prévoir le double du taux horaire prévu dans le calcul, ici 60€).

Remarque :

C'est sur la base des offres finales que la collectivité choisit le futur titulaire avec lequel elle entre alors en phase de mise au point du contrat.

Dans le cadre d'un contrat de partenariat, les clauses sociales ne sont évidemment pas le principal sujet de la discussion avec les candidats puis avec le titulaire. Toutefois, ces moments de dialogue permettent de préciser les attentes de la collectivité, de présenter l'organisation territoriale susceptible d'être mobilisée en phase de réalisation, de revenir sur les règles du calcul du nombre d'heures attendues.

Pour la mise en œuvre concrète de la clause, les partenariats habituels sont tout à fait nécessaire : mobilisation d'un relais territorial – le facilitateur – et construction d'une offre insertion avec l'ensemble des structures locales emploi/formation/insertion.

Article y : Insertion par l'activité économique durant la période d'exploitation

1.1 - Pour la première période de 3ans d'exploitation qui suit la mise en service de l'ouvrage objet du contrat, les modalités prévues à l'article x s'appliquent.

1.2 – Pour la durée du contrat à compter de la 3^{ème} année d'exploitation, des programmes glissants d'insertion sont agréés par le cocontractant lors d'une réunion entre les parties. Le programme glissant est révisé chaque année. Il représente tout au long du contrat 5% [10%] de la main d'œuvre contenue dans les prestations contractuelles.

1.3 – L'exécution du programme peut être reportée sur les exercices suivants dans la limite de [3 ans], en cas de difficultés économiques dont le cocontractant aura été avisé au préalable par l'entreprise.

Au-delà de cette période de [3ans], la non exécution du programme reporté encoure la même sanction que celle prévue à l'article x

1.4 – Un rapport d'exécution du programme d'insertion est annuellement fourni par l'entreprise, dont le contenu est le même que celui précisé à l'article x.