

LIVRE BLANC

10 techniques légales pour vendre du made in france auprès des collectivités locales



Sommaire

04	01. Utiliser toutes les portes ouvertes légales de commandes directes du made in France
08	02. Innover en France, une autre porte ouverte à une commande directe
10	03. Doubler son made in France avec un écolabel
11	04. Mettre en avant son engagement social en France
16	05. S'engager socialement pour l'exécution d'un marché : un donnant-donnant gagnant
18	06. S'engager sur une réactivité ou une implantation locale
19	07. Valoriser le caractère circuit court de son offre
20	08. Promouvoir sa démarche qualité française
21	09. Valoriser ses conditions de production à la française
22	10. Vanter ses conditions de commercialisation



Les techniques commerciales sont nombreuses et chacun dispose de sa propre stratégie. Mais dans le cadre contraint de la réglementation des marchés publics, que doivent respecter les collectivités locales, il faut se poser la question en ces termes : comment un tel acheteur peut-il retenir valablement, en toute légalité, une offre made in France ? Un client soumis à des règles de mise en concurrence préalables à son acte d'achat, ne se traite pas comme n'importe quel client.

Un opérateur économique peut toujours mettre en avant le caractère local de son offre, mais il est couramment affirmé que les administrations n'ont pas le droit de retenir une offre pour le seul motif qu'elle serait « locale », en raison des règles des marchés publics qui favorisent la concurrence européenne.

Or il existe des techniques parfaitement légales qui permettent à une administration de retenir du made in France ou une offre locale. Voici quelques trucs et astuces que les entreprises pourront mettre en avant pour vendre du made in France auprès des administrations contraintes par le formalisme concurrentiel des marchés publics.

01. Utiliser toutes les portes ouvertes légales de commandes directes du made in france



La réglementation des marchés publics impose dans bien des cas, de procéder avant tout achat, à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, à l'exigence de transmission d'un certain nombre de documents qui alourdissent la procédure, au recours à la remise d'offres dématérialisées, et même pendant toute une période de consultation, à une absence de rendez-vous possible (surtout pas un rendez-vous commercial). Certaines procédures interdisent également toute négociation. Une offre de qualité doit être déposée, sans contact humain, sur une plateforme internet de dématérialisation (appelée d'ailleurs « profil d'acheteur »), et cette offre doit être bien souvent considérée comme étant définitive et non régularisable. Dans bien des cas, aucun document supplémentaire ne peut être ajouté au dépôt de son offre. Seul un échange « public » de questions / réponses est envisageable, via la fameuse plateforme :

la question et la réponse étant consultable par tous les candidats potentiels, et donc par les concurrents.

Difficile dans ces conditions de vendre commercialement, au sens noble du terme, tous les atouts d'un produit ou service auprès d'une administration soumise aux règles de la commande publique. Et la seule qualité d'être une proposition made in France ou d'être soi-même un acteur « local », ne suffit pas. Une administration se trouve contrainte de raisonner dans une logique de libre concurrence, au moins au niveau du territoire couvert par l'Union Européenne, avec des critères prédéfinis qui ne sauraient reposer sur celui discriminant de la nationalité. D'où l'impérieuse nécessité de s'interroger sur les techniques permettant quand même de promouvoir du made in France auprès d'une administration.

A

Tout d'abord, il convient de souligner que le made in France dispose de portes ouvertes auprès des administrations, lorsque certains montants ne sont pas dépassés, en termes de coût financier.

Tous les achats relevant d'une famille homogène de prestations de fournitures ou de services, ou d'une opération de travaux, inférieurs à 40 000 euros hors taxes, peuvent être conclus sans publicité et sans mise en concurrence préalable. L'opérateur économique proposant du made in France peut démarcher les agents de la collectivité concernée, en sollicitant un rendez-vous ou en usant de techniques commerciales adaptées au secteur public, et signer directement une commande effective, avec une personne représentant cette collectivité et habilitée à l'engager contractuellement.

Le Code de la commande publique exige simplement, (selon des termes inspirés par le Conseil d'Etat), que l'acheteur retienne « une offre pertinente », qu'il fasse « une bonne utilisation des deniers publics » et qu'il « ne contracte pas systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin » (art. R.2122-8). Dans ce cadre, le promoteur du made in France peut parfaitement être choisi parmi le tissu économique « local », et le formalisme de la contractualisation est très allégé. Il se résume à l'établissement d'un contrat et la preuve d'une régularité fiscale et sociale de l'entreprise signataire. Il est bien évident qu'il ne suffit pas d'être « Made in France », encore faut-il être en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales, pour disposer d'une commande de la part d'une administration.

B

Autre astuce, la théorie des petits lots : le Code de la commande publique autorise les administrations à commander directement un produit, un service, des travaux, pouvant parfaitement être qualifiables de made in France, s'ils relèvent également d'un lot inférieur à 40 000 euros HT, dès lors que le cumul financier de tous les lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de la consultation concernée (art. R.2122-8 renvoyant à l'article R. 2123-1-2°-b). En clair, cela veut dire que si l'achat relève d'une catégorie de prestations ou travaux, totalement autonome, l'agent de l'administration pourra commander ce made in France, si son coût est inférieur à 40 000 euros HT. Et cela veut dire également, qu'il pourra également le faire, même dans l'hypothèse où il aura lancé une vaste consultation (procédure d'appel d'offres européen), découpée en plusieurs lots,



s'agissant de 20 % du montant total de ces lots, et pour uniquement les lots estimés à moins de 40 000 euros HT (individuellement). Ainsi, même si l'acheteur doit lancer une procédure de consultation pour plusieurs milliards d'euros (il n'y a pas de seuil limite), il peut basculer en achat direct d'un made in France, tous les lots estimés à moins de 40 000 euros HT et qui ne représentent pas (au total des lots) plus de 20 % du volume financier de la consultation.

C

Troisième astuce : utiliser la souplesse offerte par le décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020. Ce texte normatif a réévalué le seuil de 40 000 euros HT dans certains cas. Il s'agit du secteur des travaux et de celui des denrées alimentaires.

Si l'opérateur économique propose du made in France en matière de « travaux, il pourra bénéficier d'une commande directe, si son offre ne dépasse le seuil de 70 000 euros HT. Ce rehaussement de seuil s'applique uniquement jusqu'au 10 juillet 2021 inclus (date avant laquelle les acheteurs soumis aux règles des marchés publics, doivent avoir conclu le marché de travaux concerné).

Et s'agissant des denrées alimentaires livrées avant le 10 décembre 2020, le seuil passe à 100 000 euros HT, s'il s'agit de denrées produites, transformées et stockées avant le 11 juillet 2020.

Ces deux dispositions sont certes limitées dans le temps, car elles sont liées à la crise sanitaire ; mais également elles sont limitées à la proportion de 20 % précédemment évoquée. Un acheteur relevant de la commande publique, ne pourra pas commander plus de 20 % de ses volumes estimés dans la famille homogène de fournitures ou services ou dans l'opération de travaux, dans cette souplesse de commande directe.

D

Quatrième opportunité : bénéficier de règles dérogatoires prévues par la réglementation de la commande publique.

Une administration pourra commander du made in France, dans une formule d'achat direct, sans publicité ni mise en concurrence préalables :

- en cas d'urgence impérieuse (art. R. 2122-1) ;
- si après l'engagement d'une consultation, l'acheteur constate qu'il a reçu aucun pli dans le délai maximum imparti, ou aucune candidature recevable ou offre appropriée (art. R. 2122-2) ;
- si un seul opérateur économique déterminé peut répondre au besoin de l'acheteur, pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à des droits d'exclusivité (art. R. 2122-3) ;
- si l'achat porte sur des matières premières cotées en bourse (art. R. 2122-4-2°) ;
- si ce sont des marchés conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement (art. R. 2122-11-1°).

Dans toutes ces hypothèses, il n'existe pas de seuil limite. Peu importe le montant de l'achat made in France (du moins au niveau juridique ... reste à voir ce qu'il en est budgétairement).

A noter que s'agissant d'achats de livres non scolaires, l'acheteur soumis aux règles des marchés publics, est dispensé de toute mise en concurrence par l'article R. 2122-9 du Code de la commande publique, jusqu'à 90 000 euros HT.





E

Cinquième opportunité : mettre en avant les conditions particulièrement avantageuses du made in France.

Cette disposition est souvent ignorée. Or l'article R. 2122-5 du Code de la commande publique autorise les acheteurs devant le respecter, à acheter des fournitures ou services directement, dès lors qu'il est démontré qu'ils bénéficieront ainsi de « conditions particulièrement avantageuses auprès de ces opérateurs » (observons, qu'il n'existe dans ce cas, aucune limite de seuil). Cette expression veut viser les cas où un achat direct, à un instant T, pourrait s'avérer plus avantageux que celui de la mise en œuvre d'une procédure de consultation relativement longue et qui aboutirait à un moins bon achat. Bien évidemment, les offres promotionnelles pourraient être concernées, car elles sont limitées dans le temps. Mais cet article vise bien d'autres cas, où l'opérateur économique arriverait à démontrer des avantages

« L'article R. 2122-5 du Code de la commande publique autorise les acheteurs devant le respecter, à acheter des fournitures ou services directement, dès lors qu'il est démontré qu'ils bénéficieront ainsi de « conditions particulièrement avantageuses auprès de ces opérateurs. »

financiers ou techniques indéniables. L'existence d'un dispositif spécifique aux offres promotionnelles, à l'article R. 2122-11-2° dudit Code, prouve bien que la précédente mesure évoquée, va bien au-delà d'une « promotion » ponctuelle. Cet article R. 2122-11-2° visant quant à lui les « fournitures » (uniquement) qui peuvent être achetées directement, afin de « profiter d'une occasion particulièrement avantageuse, qui se présente dans une période de temps très courte, et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché ».

02. Innover en France, une autre porte ouverte à une commande directe

Le « made in France innovant » a toutes ses chances de déboucher sur une commande directe de la part d'acheteurs soumis aux règles de la commande publique. Ces derniers ne sont pas tenus de procéder à une mise en concurrence, s'agissant de travaux, fournitures ou services « innovants », jusqu'au seuil de 100 000 euros HT. C'est ce que permet la réglementation jusqu'au 26 décembre 2021.

Il existe donc deux conditions à respecter : l'acte d'achat doit se traduire par une contractualisation avant le 26 décembre 2021, et il ne doit pas dépasser 100 000 euros HT.

Reste à savoir ce que l'on entend par un « made in France innovant ». Il s'avère en réalité, que le caractère « novateur » du produit ou service, n'est pas interprété de manière stricte dans le cadre d'une commande publique. Il n'est pas question de disposer forcément d'un brevet attestant d'une véritable invention.

L'article R. 2124-3 du Code de la commande publique précise qu'un achat est « innovant », lorsqu'il découle de « la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ». Il ne s'agit donc pas nécessairement d'une innovation technologique. La Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, estime que « la définition de l'achat innovant reste relativement large pour laisser une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs » (cf. fiche technique « l'expérimentation achats innovants »).

Dans son « Guide pratique : achat public innovant », le Ministère de l'économie confirme le caractère très souple d'interprétation du caractère innovant d'un produit, matériel ou service. L'article L. 2172-3 du Code se contente d'évoquer des biens ou services « sensiblement améliorés ». L'acheteur doit procéder par faisceaux d'indices pour considérer que son achat est novateur. Il peut s'agir « d'une solution permettant de répondre à un besoin de façon plus performante », d'une « solution peu répandue », d'une innovation dans l'utilisation ou la méthodologie (termes du Guide officiel précité).

Il faut donc que les vendeurs du made in France trouvent dans leur proposition, les ferments d'une relative « nouveauté » par rapport à ce qui existe couramment dans le secteur économique concerné. Quelle est l'originalité ? Quel est l'apport nouveau et capital d'un tel produit ou service ? Serait-ce également une méthodologie nouvelle ? Serait-ce une performance quasiment jamais atteinte ? Serait-ce un canal de diffusion totalement nouveau ?



L'innovation peut relever de plusieurs approches, d'interprétations plus ou moins limitatives ou extensives du concept :

- Innovation de rupture : qui révolutionne le marché et les pratiques ;
- Innovation incrémentale : qui améliore l'existant ;
- Innovation sociale : qui répond à des enjeux sociétaux ;
- Ou encore, la « co-innovation » : qui réunit clients et fournisseurs de la structure.



L'innovation doit être distinguée de « l'invention » ou de la « découverte », de par son caractère opérationnel : elle est sur le point ou vient d'être commercialisée et n'est pas nécessairement brevetée. Il s'agit d'une idée nouvelle, qui « doit avoir été mise en œuvre. Un produit nouveau ou amélioré est mis en œuvre quand il est lancé sur le marché. Un procédé, une méthode de commercialisation ou une méthode d'organisation est mise en œuvre quand il est effectivement utilisé dans le cadre des opérations d'une firme » (cf. OCDE/Eurostat, Manuel d'Oslo, « Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation », p. 55).

**« Le made in France innovant
a toutes ses chances de déboucher
sur une commande directe. »**

Pour déterminer un faisceau d'indices d'achat innovant, on peut se demander :

- La solution existe-t-elle déjà sur le marché ?
Si oui, depuis combien de temps ?
- Est-elle répandue au sein du secteur privé ou public soumis à la réglementation des marchés publics ?
- Correspond-elle à un nouvel usage d'une solution existante ?
- Faut-il partiellement adapter la solution aux besoins publics ?
- Faut-il faire développer la solution et donc recourir à de la recherche et développement ?
- Est-ce que le processus organisationnel ou la qualité de service est ainsi améliorée ?
- Cela débouche-t-il sur un meilleur rapport qualité / coûts ?
- Entraîne-t-elle de meilleurs délais, une maîtrise d'impacts environnementaux et/ou sociaux, etc. ?
- S'agit-il d'une innovation de rupture ou incrémentale ?
- S'agit-il d'une innovation de produit, d'usage, de procédé, de commercialisation, d'organisation, d'innovation sociale ?
- Quel est le niveau de risque associé à l'innovation ?
- L'entreprise ayant mise au point ce nouveau produit ou service, a-t-elle bénéficié de financements ou crédits d'impôts en rapport avec cette innovation ?
- Quel est le taux de recherche et développement interne ?
- L'entreprise a-t-elle obtenu des prix, récompenses, labels, brevets, pour cette innovation ?
- L'entreprise est-elle de création récente et sa création est-elle en lien direct avec l'innovation concernée ?

L'opérateur économique est invité à présenter une note mettant en exergue cet aspect, et pourra ainsi mieux convaincre son client (soumis aux règles des marchés publics), de lui acheter directement, sur le champ, sa proposition « Made in France ».

03 ■ Doubler son made in france avec un ecolabel

Si la proposition commerciale made in France est doublée d'une estampille « éco-labellisée », la vente est quasiment gagnée : reste à dérouler le discours commercial adéquat.

En effet, la réglementation de la commande publique autorise un acheteur à – véritablement – exiger, en toute légalité, la détention d'un label ou ecolabel par n'importe quel candidat souhaitant soumissionner à un marché public. La seule condition étant qu'il doit ajouter la mention « ou équivalent » à l'exigence d'un label précis.

Tous les opérateurs économiques ne disposant pas d'un tel ecolabel ne pourront pas proposer une offre à cet acheteur. C'est donc une disposition très discriminante.

Certes, l'ecolabel ou « label » peut laisser une place aux équivalences dans d'autres pays, ou à l'argumentation d'un candidat ne disposant pas d'un tel label mais prouvant être en mesure, dans l'absolu, de se le voir attribuer compte tenu des particularités mises en œuvre dans ses process. Il n'en demeure pas moins, que le candidat made in France qui présentera un label plutôt français pourra voir un acheteur juger que ce label garanti une meilleure qualité et performance que celui présenté par un autre candidat provenant d'un autre pays. Le juge administratif, en cas de litige, ne sanctionnera que l'erreur manifeste d'appréciation. En d'autres termes, il laissera une marge importante d'appréciation subjective à l'acheteur, pour justifier son choix, et ne sanctionnera pas ce dernier, dès lors qu'il estimera qu'il n'aura pas commis d'erreur évidente pour un non spécialiste.

De nombreux labels ou ecolabels existent : Label Rouge, Energy Star, NF environnement, la fleur verte européenne (EU Ecolabel), bleu-blanc-cœur, PEFC (pour le papier, bois, ...), Agriculture Biologique (cf. la « feuille verte » correspondant au label européen), etc. (cf. le site internet ecolabels.fr). Mais attention, beaucoup présentent certaines dénominations comme étant des labels, or il n'en est rien. Pour être recevable en commande publique, le label doit :

- Avoir été établi sur la base d'une étude scientifique ;
- Les pouvoirs publics doivent participer à leur dévolution ;
- Le label doit être accessible à tous ceux s'engageant à respecter un certain cahier des charges de performances environnementales.

« Si la proposition commerciale made in France est doublée d'une estampille « éco-labellisée », la vente est quasiment gagnée. »

Le label ne doit pas cependant être assimilé à une marque de produit, développée par un ou plusieurs opérateurs économiques.

L'apposition d'un label à un produit made in France proposé dans le cadre d'un marché public, doit donc constituer un sujet sérieusement pris en compte par les opérateurs économiques, dans le cadre de leurs développements marketing et commercial. Un label constitue un sérieux atout pour gagner un marché public.

04. ■ Mettre en avant son engagement social en France



Le simple fait de payer ses cotisations sociales en France ou ses impôts en France, n'est pas un argument exploitable par l'acheteur soumis aux règles des marchés publics. Mais le fait, d'entreprendre des actions en faveur de

personnes en difficulté d'insertion, en faveur du retour au monde du travail de chômeurs, en faveur de personnes handicapées, constitue un argument de poids pour justifier le choix de l'offre made in France par une administration.

L'opérateur économique doit s'interroger sur son action sociale en France, voire plus localement encore, sur le territoire de la collectivité concernée ; et valoriser ses implications sociales dans son offre « Made in France ». Cela peut se traduire par le fait que :

• etc.

- Le candidat dispose déjà dans ses employés d'un certain nombre de personnes handicapées ;
- Le candidat entreprend déjà des actions de formations professionnelles de personnels locaux ;
- Le candidat mène une action en faveur de l'insertion de publics en difficulté économique ;
- Le candidat subventionne une action sociale locale ;
- Le candidat a embauché en interne, plusieurs apprentis ; - Le candidat fait recours à de la main d'œuvre venue de structures d'insertion, de régies de quartier ou associations à portée sociale (par exemple, dans le cadre de programmes financés par l'ANRU – Agence Nationale pour la Rénovation Urbaine) ;
- Le candidat est lui-même une structure d'insertion sociale ou entreprise adaptée (au sens où la réglementation l'entend), entreprise d'insertion, entreprise de travail temporaire d'insertion, association intermédiaire, atelier protégé ou opérateur économique gérant un chantier d'insertion.

« L'opérateur économique doit valoriser ses implications sociales dans son offre Made in France. »





Le Code de la commande publique va même jusqu'à permettre de valoriser une « juste rémunération », en conformité avec la jurisprudence européenne. Certes, en l'état actuel du droit Français, cette notion de « juste rémunération » des équipes œuvrant à l'exécution ou production de la prestation, est limitée aux producteurs relevant du secteur alimentaire. Le lait produit localement ne pourra pas être légalement retenu parce qu'il est produit en France, mais parce que sa tarification garantit une juste rémunération des producteurs. Il ne suffit donc pas que cela soit français pour que la qualité soit forcément au rendez-vous, encore faut-il mener une analyse cas par cas, des qualités intrinsèques des offres concernées.

L'article R 2152-7 du Code de la commande publique autorise un acheteur à prévoir comme critère d'attribution, parmi d'autres, celui de « la garantie de la rémunération équitable des producteurs ». Cette disposition, initiée en 2011 par le Ministère de l'Agriculture, vise pour l'instant les professionnels de l'alimentation, et donc les marchés conclus dans le secteur de la restauration collective. Il s'agit d'un critère particulièrement novateur, tout en étant très subtil d'appréciation.

Si l'acheteur traduit un tel critère comme signifiant qu'il veut vérifier que les équipes qui vont exécuter les prestations, de près ou de loin, sont rémunérées au moins au niveau du salaire minimum légal prévu en France : il n'y a pas de débat juridique. Le niveau du salaire minimum est fixé par la loi. Il est clairement déterminé. La réglementation autorise donc un acheteur à s'immiscer dans la politique salariale de tous les intervenants à l'acte d'exécution de son marché. Car c'est bien cela qui est visé : d'un côté les grossistes, revendeurs et divers intermédiaires, de l'autre côté les producteurs en bout de chaîne, qui ne seraient pas rémunérés au moins au niveau du salaire minimum Français.

Un acheteur peut donc demander à un candidat de lui présenter l'ensemble de ses engagements en termes de reversement de royalties entre les différents intermédiaires, pourcentages de rémunération, et garanties de bénéficier au moins du SMIC français pour le producteur de denrées alimentaires.

Reste à savoir si un acheteur pourrait valoriser une offre, au motif que les salariés du candidat sont mieux rémunérés que ceux d'un autre candidat. Formulée ainsi, la question appelle une réponse défavorable, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un élément d'appréciation désormais consacré (à torts ou à raison) par le Code de la commande publique. Un acheteur n'a pas le droit de fixer un niveau de rémunération qui ne serait pas celui établi par la loi, mais il peut parfaitement mettre une meilleure note à l'offre d'un candidat, au regard de sa politique salariale ... si l'acheteur a bien mentionné le critère de la « garantie de la rémunération équitable des producteurs » parmi ses critères d'attribution.

Les opérateurs économiques doivent donc être vigilants sur leurs accords commerciaux entre sociétés, remplissant des fonctions d'intermédiaires, et sur leurs politiques internes d'ordre sociale et salariale.

A noter cependant que la Cour de justice de l'Union européenne est venue limiter la portée d'une telle approche, dans son arrêt « Ville de Dortmund » (C-549/13) du 18 septembre 2014.

Le différend portait sur un appel d'offres lancé par la ville allemande de Dortmund relatif à la numérisation de documents et à la conversion de données pour le service d'urbanisme de la ville. Dans le cahier des charges, la ville exigeait du candidat de s'engager à verser à ses salariés un salaire horaire minimal de 8,62 euros. Et plus intéressant encore, cette disposition visait également les éventuels sous-traitants ... situés le cas échéant dans un pays autre que celui de l'acheteur. En l'espèce, la prestation informatique allait être réalisée par un candidat situé en Allemagne et sous-traitant à une entreprise située en Pologne (sans le moindre déplacement de personnel polonais en Allemagne ... il ne s'agissait pas d'une problématique de travailleurs détachés). L'enjeu était donc celui d'un made in Allemagne de la part d'un acheteur allemand, au détriment d'un made in Pologne.

Cette clause reposait sur l'existence d'une loi adoptée le 10 janvier 2012, par le Land de Rhénanie-Nord-Westphalie. Dans le cadre de la réélection de la chancelière Mme Merkel, celle-ci avait dû réaliser une coalition avec un parti s'étant engagé à adopter un salaire minimum en Allemagne. C'est ainsi qu'un tel salaire minimum avait été consacré.



Dans les faits, ladite clause revenait à exiger qu'un sous-traitant, situé à l'étranger, ne recourant pas à la sécurité sociale du pays où se situait l'acheteur, pratique un même taux horaire de salaire que celui imposé dans le pays de l'acheteur. La Cour de justice a considéré cette disposition comme étant contraire aux règles communautaires, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour s'assurer que l'objectif de protection des travailleurs situés dans le pays de l'acheteur soit atteint. En d'autres termes, le regard de l'acheteur sur la politique salariale d'un candidat à un marché public, ne va pas jusqu'à ses sous-traitants situés à l'étranger. Mais cela n'exclut pas un regard de sa part, sur la politique salariale à l'égard de ses propres équipes, situées dans le pays où se situe le candidat. Cela revient à dire que la comparaison entre une offre franco-française avec une certaine politique salariale et couverture sociale, peut être comparée favorablement avec une offre étrangère ne présentant pas le même niveau de politique salariale et couverture sociale (sans aller jusqu'à une analyse des sous-traitants éventuels, surtout lorsque cette sous-traitance demeure à l'étranger et ne se traduit pas par la venue de personnel étranger en France).

C

Autre nuance juridique : un acheteur doit intégrer des considérations sociales et/ou environnementales eu égard à l'objet de son marché, mais pas en renvoyant à une approche plus générale, liée au mode de fonctionnement de l'entreprise, qui ne concernerait pas directement l'objet même de son achat. Il ne peut pas ainsi, exiger une démarche de « responsabilité sociétale de l'entreprise » (RSE) dans le cadre de la commande publique.

Cela a été affirmé dès le début des années 2000 par la Commission Européenne dans ses guides

« Acheter vert » et « Acheter social », puis confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne et des juridictions françaises. Il faut une approche plus concrète, liée à l'objet même sur lequel porte l'achat envisagé. Le fait qu'un candidat se soit engagé dans une démarche RSE, peut cependant être un élément valorisant de l'une de ses notes d'appréciation au regard de l'un des critères de sélection définis par l'acheteur. Il ne peut s'agir d'un critère à part entière, mais cela peut valoriser les qualités d'une offre franco-française parmi d'autres éléments.

D

La question peut enfin se poser de l'engagement « éthique » d'une offre franco-française par rapport à celle – beaucoup moins éthique – venue d'un pays étranger.

Un « achat durable » ou « achat responsable » recouvre des considérations sociales et/ou environnementales. La question se pose régulièrement sur le plan juridique, de l'extension de cette obligation issue de la réglementation de la commande publique, à des exigences « d'éthique des achats ». La problématique n'est pas anodine. Il existe des labels de « commerce équitable », qui pourraient valablement être intégrés dans le rédactionnel d'un marché public. Mais la Cour de justice de l'Union européenne est venue nuancer cette tendance à aller vers des considérations « éthiques », en imposant aux acheteurs de définir plus précisément quels étaient leurs objectifs éthiques. En d'autres termes, ils doivent expliciter, de manière concrète, ce qu'ils recherchent comme performance éthique dans leur acte d'achat.



La réticence des magistrats et autres juristes, tient au fait qu'un achat « éthique » renvoi à une appréciation éminemment subjective de la « moralité » de l'acte d'achat. Or le juriste ne se pose que la question de la légalité ou non d'une clause, et non pas, si elle est « moralement » concevable. Est-ce que c'est « juste » ou pas « juste » de favoriser telle ou telle structure, ne constitue pas une logique des tribunaux administratifs ayant à connaître des litiges de la commande publique. Le commerce équitable n'est pas pour autant écarté des considérations des acheteurs soumis aux règles de la commande publique, mais il suppose une traduction plus concrète du caractère « équitable » dudit achat.

05. S'engager socialement pour l'exécution d'un marché : un donnant-donnant gagnant

On veut évoquer présentement, un engagement de l'opérateur économique à recourir – en cours d'exécution – à une main d'œuvre en difficulté sociale, déjà présente en France. En clair, le candidat « Français » s'engage à exécuter le marché public, s'il le remporte, en faisant appel à du personnel en difficulté qui est déjà en France. Ce n'est pas une entreprise étrangère qui vient avec ses chômeurs et qui les fait travailler, via la manne financière des marchés publics Français.

On parle de « localisme social d'exécution », s'inscrivant dans une logique de territorialisation de l'acte d'achat. Et c'est même l'acheteur qui peut imposer dans ses documents de consultation, à tout candidat intéressé, qu'il s'engage à contribuer à l'insertion de personnes en difficulté se trouvant déjà sur un territoire donné (et qui est plutôt – par définition – celui où se situe l'acheteur lui-même).

Ce territoire peut être celui d'une métropole ou région, mais également d'une petite commune, voir simplement d'un quartier, ou d'une zone très limitée géographiquement. Ceci est tellement vrai, que dans certains cas, les services de l'Etat imposent à l'acheteur de prévoir dans une opération de travaux, de telles exigences de localisme social d'exécution : cf. les quartiers concernés par des programmes de l'ANRU. En prévoyant des clauses d'insertions sociales dans ses marchés, l' élu « local » contribue à l'insertion et à la lutte contre le chômage, sur son propre territoire, via la commande publique. Et c'est la jurisprudence européenne qui a validé cette pratique, avant même que cela soit consacré en France. Il fut même un temps où les syndicats



professionnels du BTP y étaient hostiles, au point d'avoir engagé un recours contentieux (perdu) devant le Conseil d'Etat.

Ces clauses sociales d'exécution, symboles criants d'un localisme d'exécution, visent le volet « humain » du marché concerné : l'acheteur peut exiger un nombre d'heures d'insertion, ou un nombre de personnes en difficulté d'insertion, ou encore un pourcentage de personnes en difficulté d'insertion. Soulignons que ces clauses ne sont pas réservées aux marchés de travaux. Elles sont possibles pour d'autres types d'achats.

Ce n'est pas du « social » déjà engagé par l'entreprise avant de soumissionner, mais du « social » promis contractuellement pour exécuter un marché précis.

Dans son arrêt « Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas » (C-31/87) du 20 septembre 1988, la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi pris une position radicalement inverse à celle défendue à l'époque par la Commission européenne. Cette dernière était hostile à la consécration de considérations sociales dans les marchés publics. Elle renouvellera cette position, à l'occasion d'une nouvelle affaire concernant des marchés publics de travaux signés par les Conseils départementaux et régionaux du Nord et Nord-Pas-de-Calais. La Cour de justice réfutera une nouvelle fois cette approche restrictive dans son arrêt « Commission c/ République Française » du 26 septembre 2000 (C-225/98).

Très concrètement, l'arrêt « Beentjes » précité est fondateur de l'exigence de considérations sociales dans la commande publique, consacrée depuis 2006 dans le droit français : un acheteur avait imposé qu'au moins 70 % des personnes intervenant sur un chantier, proviennent de l'agence pour l'emploi implanté localement. La question de la légalité d'une telle clause se posait. Pour les magistrats du Luxembourg, un critère additionnel lié à la lutte contre le chômage est légal, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire.

Cela implique donc trois exigences possibles :

- Un acheteur peut fixer un pourcentage de personnes en difficulté économique, qu'il conviendrait de faire participer à l'exécution dudit marché. On observera que le pourcentage contesté dans l'arrêt « Beentjes » était particulièrement élevé et que les tribunaux français auraient plutôt tendance à admettre un pourcentage plus nuancé, à déterminer cas par cas, en fonction de l'objet de l'acte d'achat.
- Un acheteur peut orienter la politique d'insertion de l'entreprise candidate, et l'imposer comme condition d'accès à la commande publique. Il ne peut pas véritablement viser une catégorie

précise de personnes en difficultés économiques, mais il peut viser des personnes en difficultés d'insertion ou éloignées de l'emploi. A charge pour l'entreprise de répondre plus concrètement, en proposant d'embaucher des chômeurs, en proposant des heures d'insertion auprès d'une régie de quartier ou autre structure d'insertion, en instaurant un contingent d'apprentis, contrats aidés, etc.

- Enfin, troisième point, un acheteur peut « territorialiser » son action d'insertion. En d'autres termes, il peut imposer que ces personnes en difficultés d'insertion soient déjà implantées localement, sur un territoire qu'il va déterminer. Il s'agit en cela, d'un « localisme » (l'acheteur définit un territoire) « social » (l'acheteur impose qu'il s'agisse de personnes en difficultés d'insertion) « d'exécution » (l'acheteur prévoit une telle clause d'exécution du marché qu'il a rédigé). Le territoire peut être celui d'une commune, d'une agglomération ou métropole, ou même d'un simple quartier (comme les services de l'Etat l'imposent eux-mêmes, dans le cadre de projets validés par l'Agence Nationale de Renovation Urbaine - ANRU).

Très concrètement, les candidats à la commande publique doivent de plus en plus intégrer un ancrage territorial de leur offre, quel que soit le lieu où ils se situent, afin de renforcer leurs chances de remporter un contrat. Des sociétés multinationales bien connues, dans le secteur de la restauration collective, ou du bâtiment et travaux publics, savent combien il est indispensable de proposer des solutions « locales » aux préoccupations des élus, peu importe où se situe leur siège social.

Pour renforcer leurs chances de remporter un marché public, voire pour pouvoir simplement être admis à y soumissionner, les opérateurs économiques doivent travailler à une « territorialisation sociale » de leur offre. Car il s'agit de plus en plus d'une préoccupation légitime ou non des acheteurs.

06 ■ S'engager sur une réactivité ou une implantation locale

Certaines prestations nécessitent une forte réactivité de l'opérateur économique. Un ascenseur en panne supposera une intervention dans un nombre d'heure ne permettant pas à une entreprise étrangère de répondre favorablement au besoin de l'acheteur ... sauf à ce qu'elle s'implante localement, mais dans ce cas, l'acheteur pourra exiger qu'elle s'engage à insérer des personnes en difficulté économique étant déjà sur le territoire Français (pouvant aller jusqu'à celui d'un simple quartier) pour exécuter son marché.

Ce n'est donc pas la qualité d'entreprise française qui pourra valablement être retenue, mais l'assurance de disposer d'un délai d'intervention rapide, face à une problématique réelle liée à l'objet même de la prestation à réaliser.



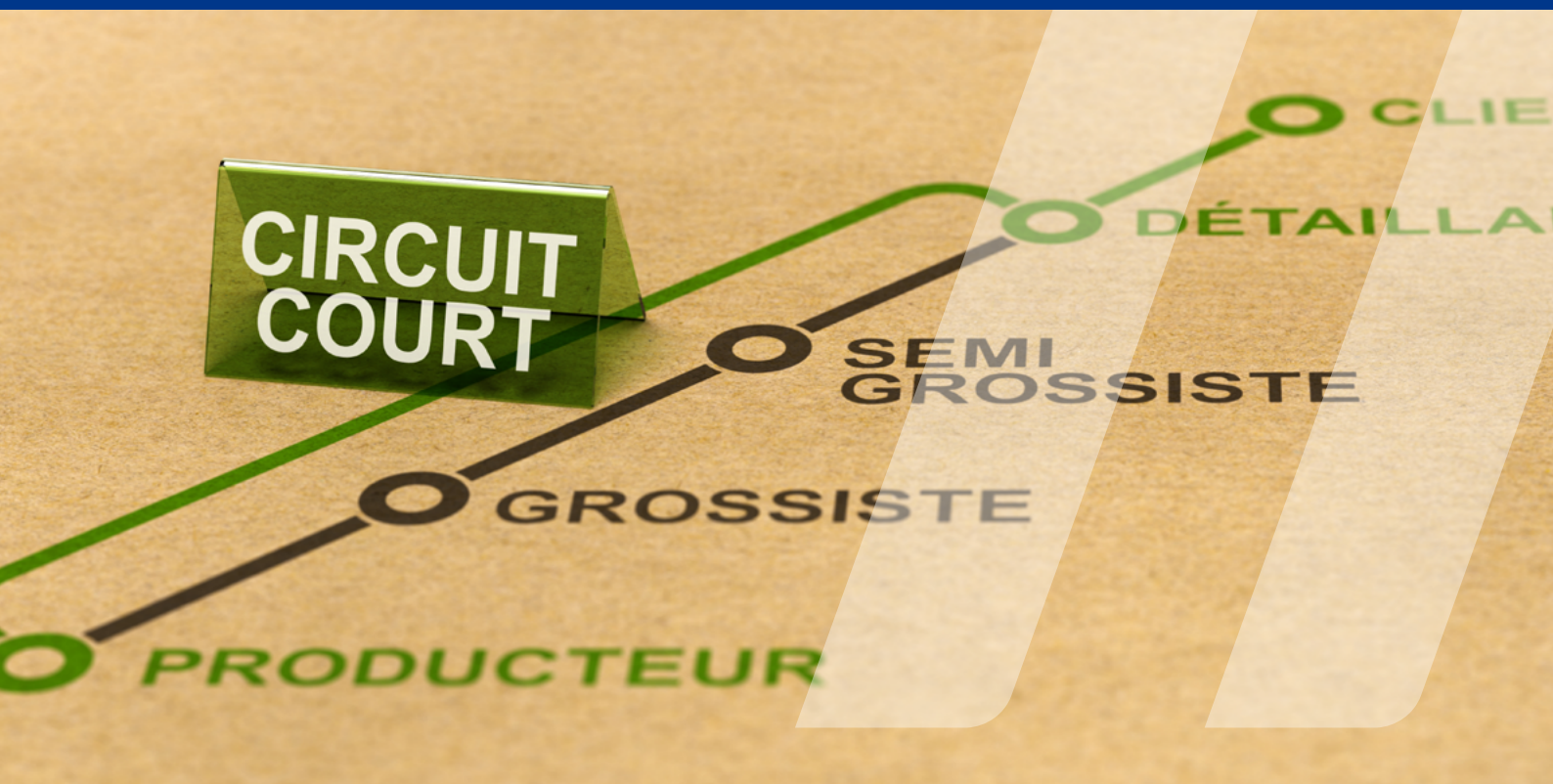
La création d'une agence locale, d'une antenne locale, d'une équipe dédiée, voire l'installation de personnels dans les locaux de la collectivité locale (à sa demande), sont des atouts qui permettront à l'acheteur de retenir plus facilement une offre made in France et territorialement localisée.

Il est même possible pour l'acheteur, de définir des lots « géographiques » qui correspondraient à un tissu économique franco-français.

« Ce n'est pas la qualité d'entreprise française qui pourra valablement être retenue, mais l'assurance de disposer d'un délai d'intervention rapide, face à une problématique réelle liée à l'objet même de la prestation à réaliser. »

Le fractionnement par l'allotissement n'a rien à voir avec le fractionnement artificiel sanctionné par les tribunaux. Ce dernier revient en une violation de la notion de famille homogène ou d'opérations de travaux, afin d'échapper à une procédure concurrentielle plus contraignante. L'acheteur peut prévoir autant de lots qu'il souhaite, du moment qu'il veille à la cohésion technique de la définition des prestations. L'allotissement « géographique » (découpage en plusieurs zones différentes d'exécution) n'est pas illégal... même s'il n'empêchera pas une entreprise de soumissionner à tous les lots et de les remporter tous, le cas échéant. Afin d'anticiper ce phénomène, il faut que l'acheteur veille à souligner les particularismes de chaque zone géographique et les traduire dans des définitions de critères différenciés pour chaque zone.

07 Valoriser le caractère circuit court de son offre



Le Code de la commande publique a consacré le critère possible des « approvisionnements directs des produits de l'agriculture ». Expression souvent traduite par celle des circuits courts.

Cette notion ne garantit pas nécessairement qu'une offre made in France soit retenue, puisqu'un produit peut parfaitement venir de l'autre bout de la planète et respecter un

certain circuit court. Cela vise le nombre d'intermédiaires. Si l'acheteur l'exige, il pénalisera ainsi tous les candidats ayant recours à de nombreux intermédiaires, dans le lien producteur / consommateur.

Cette notion est limitée au secteur alimentaire. Et elle autorise cependant le recours - au maximum - à un seul intermédiaire.

« La notion de circuit court est limitée au secteur alimentaire et elle autorise le recours - au maximum - à un seul intermédiaire. Cependant, cela ne garantit pas nécessairement qu'une offre made in France soit retenue. »

08. Promouvoir sa démarche qualité française



Dans bien des secteurs d'activités, les entreprises françaises soulignent la qualité de leurs prestations a contrario de celles réalisées par des entreprises étrangères. Cette supposée « meilleure qualité » doit être prouvée.

A charge pour les promoteurs de réfléchir aux éléments probatoires auxquels ils pourraient avoir recours : démarche qualité, système qualité, système de management, audit qualité, voire une personne dédiée à la qualité dans l'entreprise.

Cela passe par une formalisation des process, la réalisation de contrôles externes par une tierce partie, et bien évidemment, cela peut déboucher sur un coût supplémentaire. Mais la simple affirmation d'une meilleure qualité française ne va pas suffire, donc un investissement dans la validation externe de celle-ci peut s'avérer indispensable.

09 ■ Valoriser ses conditions de production à la française



Dans le cadre d'une procédure concurrentielle de marchés publics, parmi une pluralité de critères de choix, l'acheteur peut prévoir une pondération élevée pour le critère « des conditions de production » (art. R. 2152-7).

- Est-ce que l'offre made in France est mieux, que celle se traduisant par une importation depuis un lointain pays asiatique ?
- Comment est produit le matériel proposé, avec quels process de qualité, quelles garanties, quelles normes, etc. ?
- Est-ce que produire avec une démarche qualité franco-française, des normes de sécurité très élevées, des conditions de travail qui n'ont rien à voir avec ceux d'autres pays (pas si lointain), c'est mieux ?

Soulignons que le critère « des conditions de production » est possible pour tout type de marchés, et pas seulement pour les denrées alimentaires. Il est de portée générale.

L'entreprise made in France peut jouer aussi sur le niveau de qualification des équipes locales (comparativement à celles œuvrant dans d'autres pays où la formation professionnelle n'est pas comparable à celle développée en France). L'acheteur peut en effet prévoir un critère portant sur « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché » (art. R.2152-7-c).

La formule « conditions de production » est suffisamment d'interprétation étendue pour permettre aux promoteurs du made in France de valoriser leur offre.

10 Vanter ses conditions de commercialisation



Dans le même ordre d'idée, l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique valide également la possibilité pour un acheteur soumis à la réglementation des marchés publics, de prévoir (parmi une diversité de critères de choix), le critère « des conditions de commercialisation » du produit ou service proposé.

- Est-ce que la présence d'un commercial à proximité, avec un engagement à un service rapide d'intervention, c'est mieux que des commerciaux situés dans un lointain pays ?
- Est-ce qu'un service après-vente implanté en France, c'est mieux que d'un tel service situé dans un pays étranger avec des équipes ne maîtrisant pas parfaitement la langue de l'acheteur ?
- Est-ce que la commercialisation du produit proposé, est doublée de formations des équipes de l'acheteur à l'utilisation dudit produit, et réalisée par des équipes situées en France ? ... etc.

Dans la même logique que le critère « des conditions de production », celui « des conditions de commercialisation » est possible pour tout type de marchés, et pas seulement pour les denrées alimentaires. Il est de portée générale.

Une offre made in France ne peut pas être considérée – au regard de la réglementation des marchés publics – comme étant nécessairement meilleure qu'une offre étrangère : elle doit être valorisée eu égard à ses qualités intrinsèques, qui ne peuvent se limiter à être simplement « françaises ».

Toute la logique de la réglementation, revient à placer le curseur sur les qualités intrinsèques de l'offre et non pas sur sa seule et unique dimension française. Ce n'est pas parce que le prestataire est implanté localement qu'il fournit des prestations de qualité. Cela ne va pas de soi. Il faut se livrer à une analyse cas par cas.

La gazette des communes, partenaire historique de la fonction publique territoriale

Fondée en 1934, La Gazette des Communes est le média de référence des métiers de la fonction publique territoriale, elle se positionne en expert des politiques publiques et des services publics. Le titre papier comptabilise aujourd'hui **325 597 lecteurs hebdomadaires**, le site, accessible à 70 % sur abonnement, compte **plus d'1 million de visiteurs uniques mensuels**.

Depuis 8 ans, La Gazette propose une expérience de contenu enrichie en ligne avec quatre clubs métiers ciblés : le Club Finances, le Club Prévention Sécurité, le Club Technicités et le Club RH (Ressources Humaines). En plus du support d'actualité papier et web, chaque club propose indépendamment du contenu et des événements thématiques partout en France afin de permettre aux professionnels de se rencontrer et d'échanger.

L'ancienneté du support et sa réputation désormais bien implantée en font un prescripteur stratégique auprès des professionnels et décideurs du secteur public. Le titre dispose par ailleurs de la plus grande base de données du secteur public, qui représente près de 582 000 contacts actifs et nominatifs.

La Gazette des Communes a développé une offre complète dédiée aux entreprises qui souhaitent travailler avec le secteur public. De la notoriété à l'acquisition de leads, la puissance du média permet aux entreprises de toucher les bonnes cibles.

Une question ? Un projet ?

Contactez Dominique MACQUAT



dominique@lagazettedescommunes.com



01 79 06 70 87



CLIQUEZ ICI
pour nous suivre

INFOPRO DIGITAL MEDIA

La page LinkedIn suit toute l'actualité de la filière, les salons, les offres, les bonnes pratiques...