

Lorsque la clause est un critère d'attribution du marché, elle produit ses effets entre les deux parties signataires mais, en cas d'inexécution, une entreprise non attributaire qui avait répondu à l'appel d'offres pourrait, en théorie, se prévaloir de ce manquement pour demander des dommages et intérêts *in solidum* aux deux parties. Sur le plan purement juridique, le risque d'un tel contentieux apparaît comme très limité. Pour introduire une action en justice sur ce fondement, il faudrait en effet que l'entreprise demanderesse établisse avec certitude l'existence de son préjudice. En d'autres termes, il faudrait qu'elle démontre, d'une part, qu'elle remplissait tous les autres critères exigés par l'entreprise cliente et, d'autre part, qu'elle a été évincée sur la seule appréciation de la réponse faite à la clause sociale.

Même si le risque juridique apparaît comme faible, je recommande, au moins dans un premier temps, de ne pas faire de la clause sociale un critère d'attribution du marché. L'utilisation de la clause sous cette forme implique de bien connaître le fonctionnement de la clause sociale et d'être en capacité d'évaluer tous les aspects qualitatifs des réponses faites par l'ensemble des entreprises qui répondent à l'appel d'offres et enfin de mobiliser des moyens spécifiques pour contrôler les engagements (quantitatifs et qualitatifs) pris par l'entreprise attributaire.

Compte tenu de tous ces inconvénients, l'utilisation de la clause sociale en tant qu'obligation contractuelle est d'autant plus appropriée que la liberté contractuelle, dans le respect des dispositions d'ordre public, autorise les parties à **définir librement le contenu de leurs obligations**. Concrètement, il est permis d'introduire dans la clause sociale **des éléments quantitatifs** (volume d'heures, nombre de bénéficiaires...) mais également **qualitatifs** (préciser par exemple que le ou les bénéficiaires de la clause devront suivre une formation qualifiante, qu'ils devront être encadrés par un tuteur sensibilisé aux questions de l'insertion etc...).

Dans le même ordre d'idée, la liberté contractuelle autorise les parties à définir :

- **les modalités d'exécution de la clause** : définition du public éligible, réalisation des heures en faisant appel ou non à la sous-traitance, réalisation des heures sur le marché « clausé » ou sur tout autre marché, globalisation ou non des heures avec d'autres obligations du même type, réalisation des heures en faisant appel ou non à une SIAE, etc ;
- **les modalités de contrôle et de reporting** : nature des documents et pièces justificatives à produire, fréquence de production, destinataire ;
- **les sanctions en cas d'inexécution ou d'exécution partielle** : même si elle est introduite volontairement, l'inexécution de la clause doit être sanctionnée d'une manière ou d'une autre. A défaut, l'obligation n'en n'est plus une. Prévoir une sanction ne signifie pas que cette dernière