



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 15.10.2001
COM(2001) 566 final

COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION

**sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer
des aspects sociaux dans lesdits marchés**

TABLE DE MATIERES

| | |
|---|----|
| RESUME..... | 3 |
| INTRODUCTION..... | 4 |
| I MARCHES VISES PAR LES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS | 6 |
| 1.1. Définition de l'objet du marché | 6 |
| 1.2. Spécifications techniques | 7 |
| 1.3. Sélection des candidats ou soumissionnaires..... | 9 |
| 1.3.1. Exclusion des candidats ou soumissionnaires pour non respect d'une législation sociale 10 | |
| 1.3.2. Prise en compte d'aspects sociaux lors de la vérification de la capacité technique des candidats ou soumissionnaires | 11 |
| 1.4. Attribution du marché | 12 |
| 1.4.1. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse..... | 13 |
| 1.4.2. Le « critère additionnel » | 15 |
| 1.5. Offres anormalement basses | 16 |
| 1.6. Exécution du marché..... | 16 |
| II MARCHÉS PUBLICS QUI NE SONT PAS VISÉS PAR LES DIRECTIVES | 18 |
| III DISPOSITIONS EN MATIÈRE SOCIALE APPLICABLES AUX MARCHÉS PUBLICS | 19 |
| 3.1 Introduction..... | 19 |
| 3.2 Détermination des conditions de travail applicables..... | 20 |
| 3.2.1 Les limites posées par le droit communautaire à l'application des dispositions nationales | 21 |
| 3.2.1.1 Le Traité..... | 21 |
| 3.2.1.2 Dispositions de droit dérivé particulièrement pertinentes pour les marchés publics . | 22 |

RESUME

- L'objet de la présente communication, qui fait suite à la Communication de la Commission sur « les marchés publics dans l'Union européenne » du 11 mars 1998¹, est de clarifier l'éventail des possibilités offertes par le cadre juridique communautaire en vigueur, d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics. Cette Communication s'inscrit également parmi les actions annoncées dans l'Agenda de la politique sociale, adopté lors du Conseil de Nice en décembre 2000². Cet Agenda est un élément de l'approche européenne intégrée qui vise le renouveau économique et social décrit à Lisbonne. Celui-ci cherche en particulier à garantir une interaction positive et dynamique des politiques économique, sociale et de l'emploi qui se renforcent mutuellement.
- L'introduction d'autres possibilités et, en particulier, la mise en œuvre de pratiques qui iraient au-delà du régime actuel des directives sur les marchés publics, nécessiteraient l'intervention du législateur communautaire.
- Toutes les règles nationales pertinentes, en vigueur dans le domaine social, y compris celles transposant la réglementation communautaire en la matière, lient les pouvoirs adjudicateurs pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire. Ceci inclut en particulier les dispositions relatives aux droits des travailleurs et aux conditions de travail.
- Le non respect de certaines obligations sociales peut dans certains cas entraîner l'exclusion des soumissionnaires. Il appartient aux Etats membres de déterminer quels sont ces cas.
- C'est avant tout au stade de l'exécution, c'est-à-dire une fois le marché attribué, qu'un marché public peut constituer un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux. Ils ont, en effet, la possibilité d'imposer au titulaire du contrat le respect de clauses contractuelles portant sur le mode d'exécution du contrat et qui soient compatibles avec le droit communautaire. Ces clauses peuvent comprendre des mesures en faveur de certaines catégories de personnes et des actions positives dans le domaine de l'emploi.
- Les directives sur les marchés publics offrent, par ailleurs, différentes possibilités de tenir compte, lors d'une procédure de passation de marché, d'aspects sociaux qui ont un rapport avec les produits ou prestations demandées, en particulier lors de la définition des spécifications techniques et des critères de sélection.
- Pour les marchés qui ne sont pas visés par les directives, les acheteurs publics sont libres de poursuivre des objectifs sociaux dans le cadre de leurs marchés publics dans les limites des règles et des principes généraux du Traité CE. Il appartient aux Etats membres de déterminer si les pouvoirs adjudicateurs peuvent, voire doivent poursuivre de tels objectifs à travers les marchés publics.

¹ COM(98) 143.

² « Vers un nouvel agenda pour la politique sociale », COM(2000) 379 du 28.6.2000.

INTRODUCTION

La présente communication, qui fait suite à la *Communication sur les marchés publics* du 11 mars 1998, a pour but de clarifier l'éventail des possibilités offertes par le cadre juridique communautaire actuel, d'intégrer des aspects sociaux dans la passation des marchés publics. En ce sens, cette communication devrait permettre d'intégrer de façon optimale les différents aspects sociaux dans les marchés publics et donc contribuer au développement durable, concept qui intègre la croissance économique, le progrès social et le respect de l'environnement.

La politique des marchés publics est l'une des composantes de la politique du marché intérieur. A cet égard, les directives en la matière³ visent à garantir « la réalisation de la libre circulation des marchandises » ainsi que « la réalisation de la liberté d'établissement et d'une libre prestation des services effectives en matière de marchés publics »⁴. La réalisation de ces objectifs comporte une coordination des procédures de passation des marchés publics qui est nécessaire pour assurer une mise en concurrence effective et non discriminatoire des marchés publics et l'allocation optimale des deniers publics par le choix de la meilleure offre. Elle doit permettre aux pouvoirs adjudicateurs⁵ d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix tout en respectant certaines règles relatives notamment à la sélection des candidats conformément à des exigences objectives, et à l'attribution du marché sur la seule base du prix ou de l'offre économiquement la plus avantageuse fondée sur un ensemble de critères objectifs.

La politique du marché intérieur peut être réalisée tout en intégrant la poursuite d'autres objectifs, dont ceux de la politique sociale.

La politique sociale a joué un rôle essentiel dans la constitution de la puissance économique de l'Europe, grâce à l'élaboration d'un modèle social unique en son genre⁶. Progrès économique et cohésion sociale, assortis d'un degré élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, sont les piliers complémentaires du développement durable et s'inscrivent au cœur du processus d'intégration européenne. Accroître le niveau de vie, promouvoir un niveau élevé d'emploi et de protection sociale, améliorer les conditions de vie et de travail et promouvoir la qualité de vie figurent parmi les objectifs de l'Union européenne⁷. L'Agenda de la politique sociale, adopté lors du Conseil de Nice en décembre 2000, est un élément de l'approche européenne intégrée qui vise le renouveau économique et social décrit à Lisbonne. Celui-ci cherche en particulier à garantir une interaction

³ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18.6.1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, directive 93/36/CEE du Conseil du 14.6.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et directive 93/37/CEE du Conseil du 14.6.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telles que modifiées par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil ; directive 93/38/CEE du Conseil du 14.6.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications telle que modifiée par la directive 98/04/CE du Parlement européen et du Conseil.

⁴ Cet objectif « nécessite la transparence des procédures et des pratiques de passation des marchés publics, afin de pouvoir mieux veiller au respect de l'interdiction des restrictions et diminuer en même temps la disparité des conditions de concurrence entre ressortissants des Etats membres » (6ème considérant de la directive 89/440/CEE du Conseil du 18.7.1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO L 210/1 du 21.7.1989).

⁵ Aux fins de la présente communication, le terme « pouvoir adjudicateur » est entendu comme comprenant également les « entités adjudicatrices » au sens de la directive 93/38/CEE, sauf mention contraire.

⁶ Préface de la Communication précitée sur l'Agenda pour la politique sociale.

⁷ Communication de la Commission « promouvoir les normes fondamentales du travail et améliorer la gouvernance sociale dans le contexte de la mondialisation », COM(2001) 416 du 18.7.2001.

positive et dynamique des politiques économique, sociale et de l'emploi et à mettre en place un consensus politique qui mobilise tous les acteurs clés appelés à travailler conjointement à la réalisation du nouvel objectif stratégique⁸.

Par ailleurs, le Traité d'Amsterdam pose comme l'une des priorités de l'Union européenne, l'élimination des inégalités ainsi que la promotion de l'égalité des chances entre hommes et femmes dans toutes les politiques et activités de l'Union européenne. Le traité stipule également, à son article 13, la nécessité de combattre tout type de discrimination⁹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée solennellement à Nice, réitère l'objectif de l'Union d'intégrer pleinement les droits fondamentaux dans l'ensemble de ses politiques et actions¹⁰.

Les directives marchés publics actuellement en vigueur ne contiennent aucune disposition spécifique sur la poursuite d'objectifs de politique sociale dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public¹¹. La Commission, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans la Communication de 1998 précitée, estime néanmoins que le droit communautaire actuel des marchés publics offre un éventail de possibilités qui, convenablement exploitées, doivent permettre d'atteindre le but recherché.

L'expression « aspects sociaux » utilisée dans la présente Communication recouvre des acceptions et des domaines extrêmement divers. Elle peut désigner à la fois des mesures garantissant le respect des droits fondamentaux, des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (par exemple entre hommes et femmes), des législations nationales en matière sociale, ainsi que les directives communautaires applicables en la matière¹². L'expression « aspects sociaux » recouvre également les notions de clauses préférentielles (par exemple en matière de réinsertion des personnes défavorisées ou exclues du marché de l'emploi, d'actions ou de discriminations positives dans le cadre notamment de la lutte contre le chômage ou l'exclusion sociale).

La présente communication vise à expliciter les possibilités offertes par le droit communautaire applicable aux marchés publics afin de pouvoir tenir compte au mieux des aspects sociaux dans lesdits marchés. Cette communication suit les différentes phases d'une procédure de passation de marché et explicite, pour chacune des phases, si et, dans quelle mesure, des aspects sociaux peuvent être pris en considération.

⁸ Préface de la Communication précitée sur l'Agenda pour la politique sociale.

⁹ L'article 13 vise tout type de discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation.

¹⁰ Communication précitée sur les normes fondamentales du travail, partie 3.

¹¹ Les seules dispositions se référant explicitement à des dispositions de type social figurent aux articles 23 de la directive 93/37/CEE, 28 de la directive 92/50/CEE et 29 de la directive 93/38/CEE. Par ailleurs il existe à l'article 9 de la directive 93/37/CEE, des dispositions prévoyant une procédure spéciale d'attribution pour la conception et la réalisation de logements sociaux. Cette disposition, qui remonte aux années 70, avait cependant uniquement pour objectif de permettre aux Etats membres de prévoir la possibilité d'attribuer, à un contractant unique qui se chargerait à la fois de la conception et la réalisation, un marché de construction de logements sociaux. Les autres dispositions pertinentes de la directive s'appliquent pleinement par ailleurs.

¹² Sur le plan communautaire, il existe en effet un ensemble de textes législatifs qui s'appliquent, y compris dans le cadre des marchés publics. Il s'agit notamment de textes en matière de sécurité et santé au travail (par exemple la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12.6.1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. JO L 183/1 du 29.6.1989 ou la directive 92/57/CEE du 24.6.1992 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires et mobiles), de conditions de travail et d'application du droit du travail (par exemple la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16.12.1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 018/1 du 21.1.1997) et de maintien des droits des travailleurs en cas de « transfert d'entreprise » (directive 2001/23/CE du 12.3.2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO L 82/16 du 22.3.2001, codifiant la directive 77/187/CEE).

Il convient de rappeler qu'en tout état de cause, c'est à la Cour de justice européenne qu'il appartient en dernier ressort d'interpréter le droit communautaire.

Si l'on était amené à considérer que le régime actuel des marchés publics n'offrait pas les moyens appropriés pour tenir compte des aspects sociaux, il faudrait modifier les directives marchés publics. On notera que dans les propositions de modification de ces directives, adoptées par la Commission le 10 mai 2000, des conditions d'exécution d'un marché ayant pour objet de favoriser l'emploi des personnes défavorisées ou exclues, ou de lutter contre le chômage, sont explicitement mentionnées¹³.

I MARCHES VISES PAR LES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS

1.1. Définition de l'objet du marché

La première occasion permettant de tenir compte d'aspects sociaux dans un marché public est la phase qui précède la mise en application des directives en la matière, et qui concerne le choix même de l'objet du marché ou, pour simplifier, la question "qu'est-ce que je désire construire ou acheter en tant qu'autorité publique?". A ce stade, le pouvoir adjudicateur a toute latitude pour prendre en considération des aspects sociaux et choisir un produit ou un service qui corresponde à ses objectifs sociaux. La réponse à la question de savoir dans quelle mesure cela sera effectivement le cas dépend essentiellement du degré de sensibilisation et des connaissances du pouvoir adjudicateur.

Tel que la Commission le précise dans sa Communication sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, ces possibilités diffèrent d'un type de marché à l'autre¹⁴. Il en va de même avec les possibilités de tenir compte d'aspects sociaux. C'est dans le cadre de marchés publics de travaux et de services, qui impliquent la possibilité de prescrire un mode d'exécution notamment, que le pouvoir adjudicateur pourra le mieux tenir compte de préoccupations en matière sociale. Pour les marchés publics de fournitures, en dehors du choix fondamental de l'objet du marché (« que vais-je acheter ? »), les possibilités de tenir compte d'aspects sociaux sont plus limitées. Un pouvoir adjudicateur pourra par exemple choisir d'acheter des biens ou des services qui visent à satisfaire les besoins spécifiques d'une catégorie donnée de personnes, notamment défavorisées ou exclues¹⁵. A cet égard, il convient de noter que les marchés de services qui ont une finalité sociale portent, dans la plupart des cas, sur des services au sens de l'annexe IB de la directive 92/50/CEE ou de l'annexe XVIB de la directive 93/38/CEE, et ne sont donc pas soumis aux règles de procédure détaillées des directives, notamment

¹³ Voir le considérant 22 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, COM 2000/0275 final (JOCE C 029 E du 30.1.01, p. 11-111) qui se rapporte à l'article 23.3 de la proposition ainsi que le considérant 32 de la proposition de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, des transports et de l'énergie COM 2000/0276 final (JOCE C 029 E du 30.1.01, p. 112-188) se rapportant à l'article 33, 3ème alinéa de la proposition.

¹⁴ Voir chapitre sur la définition de l'objet du marché dans la Communication interprétative sur le droit communautaire des marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM(2001) 274 final adoptée par la Commission le 4.7.2001.

¹⁵ Certains marchés de services qui s'adressent à une catégorie sociale donnée ont en tant que tels une finalité sociale (marché de formation destinée aux chômeurs de longue durée par exemple). On peut aussi citer l'exemple des marchés portant sur l'achat de matériel/service informatique adapté aux besoins des personnes handicapées.

les règles en matière de sélection et d'attribution¹⁶ (voir infra, chapitre II, dernier paragraphe).

S'il existe différentes solutions pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, ce dernier est libre de définir contractuellement l'objet du marché qu'il considère comme correspondant le mieux à ses préoccupations en matière sociale, et ce aussi au moyen de variantes (voir infra, partie 1.2).

Cette liberté n'est, néanmoins, pas entièrement illimitée. Un pouvoir adjudicateur doit, en tant qu'organisme public, observer les règles et principes généraux du droit communautaire, plus précisément les principes qui concernent la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services tels que précisés aux articles 28 à 30 (ex 30 à 36) et 43 à 55 (ex 52 à 66) du traité CE¹⁷.

Cela implique que l'objet d'un marché public ne peut pas être défini de manière à avoir pour objectif ou pour résultat de réserver l'accès au marché à des entreprises nationales au détriment de soumissionnaires d'autres Etats membres.

La législation existante, en matière sociale ou autre, qu'elle soit communautaire ou nationale, pour autant que cette dernière soit compatible avec le droit communautaire, est également susceptible de limiter ou d'influencer cette liberté de choix.

D'une manière générale, tout pouvoir adjudicateur est libre, lors de la définition des produits ou des services qu'il entend acheter, de choisir d'acquérir des biens, des services ou des ouvrages qui correspondent à ses préoccupations en matière sociale, y compris en termes de variantes, pourvu que ce choix n'aboutisse pas à un accès restreint au marché en question au détriment des soumissionnaires d'autres Etats membres.

En tout état de cause, le fait qu'un marché soit destiné à un usage « social » (construction d'une école, d'un hôpital ou d'une maison de retraite par exemple) ne pose pas de problème particulier sous l'angle des directives marchés publics, de tels marchés devant être attribués selon les règles de ces directives dès lors qu'ils tombent dans leur champ d'application.

Le choix de l'objet du marché effectué par un pouvoir adjudicateur se traduit dans un premier temps par des spécifications techniques.

1.2. Spécifications techniques

Tel que la Commission l'a déjà explicité dans sa Communication précitée sur l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics¹⁸, les

¹⁶ Par exemple les services sociaux et sanitaires, les services d'éducation et de formation professionnelle ou encore les services récréatifs et culturels. Les services repris à l'annexe IB de la directive 92/50/CEE ainsi qu'à l'annexe XVI B de la directive 93/38/CEE ne sont en effet soumis qu'aux dispositions des directives marchés publics en matière de spécifications techniques et de publication d'un avis d'attribution. La passation de marchés portant sur de tels services reste cependant soumise aux dispositions du Traité, ce qui implique en particulier une transparence appropriée et le respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires.

¹⁷ Communication au Conseil et au Parlement européen sur le Marché unique et l'environnement, COM (1999) final 263 du 08.06.1999, p. 8 et 9.

¹⁸ Se reporter au chapitre II, point 1 de la Communication précitée. La Commission y explicite notamment la notion de « spécification technique » au sens des directives marchés publics.

directives marchés publics¹⁹ contiennent un ensemble de dispositions relatives aux règles en matière technique, selon lesquelles les spécifications techniques auxquelles doivent répondre les fournitures, les services ou les travaux, doivent être indiquées dans les documents généraux ou le cahier des charges relatif à chaque marché.

Selon les directives marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de prescrire des spécifications techniques qui définissent plus précisément l'objet de l'achat ou de la prestation, pour autant que ces prescriptions soient faites conformément aux références visées par lesdites directives, et qu'elles n'aient pas pour effet d'éliminer ou d'avantager un soumissionnaire²⁰.

Dans la Communication précitée, la Commission précise notamment que les dispositions des directives « marchés publics » relatives aux spécifications techniques s'appliquent sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires compatibles avec le droit communautaire²¹. Celles-ci peuvent comprendre des exigences concernant par exemple la sécurité des produits, la protection de la santé et de l'hygiène ou l'accès des personnes handicapées à certains bâtiments ou moyens de transport public (par exemple des normes d'accessibilité concernant la largeur des couloirs et des portes, toilettes adaptées, rampes d'accès) ou à certains produits et services (par exemple dans le domaine des technologies de l'information²²).

Ainsi, dans le domaine des travaux par exemple, les pouvoirs adjudicateurs sont susceptibles d'être soumis aux dispositions de la directive 92/57/CEE en matière de santé et de sécurité sur les chantiers²³. Cette directive a des répercussions sur l'organisation technique des chantiers. Elle peut se traduire, dans le cahier des charges, par des prescriptions techniques propres à un marché particulier et qui ont pour objectif d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs sur le chantier, ainsi que celle des tiers. Celles-ci comprennent des mesures pour éviter les accidents du travail, tel que par exemple la signalisation et le stockage des produits dangereux ou encore la définition d'un plan de circulation des engins.

Outre ces spécifications qui intègrent une réglementation en matière sociale, il existe des cas de spécifications techniques à connotation sociale qui serviront à caractériser objectivement un produit ou une prestation²⁴.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent notamment exiger que les produits demandés soient fabriqués selon un certain mode de production dans la mesure où celui-ci caractérise le produit par rapport à d'autres produits concurrents, et de telle manière que celui-ci réponde aux besoins du pouvoir adjudicateur²⁵. En ce qui concerne

¹⁹ Voir articles 14 de la directive 92/50/CEE, 8 de la directive 93/36, 10 de la directive 93/37/CEE, et 18 de la directive 93/38/CEE.

²⁰ Voir à cet égard les articles 8.6 de la directive 93/36/CEE, 10.6 de la directive 93/37/CEE, 14.6 de la directive 92/50 et 18.5 de la directive 93/38/CEE.

²¹ On entend par là qu'elles doivent être essentiellement conformes à la jurisprudence de la Cour concernant les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives.

²² L'initiative e-Europe invite les pouvoirs adjudicateurs, afin d'atteindre l'objectif d'une « société de l'information pour tous », d'assurer l'accès le plus large possible aux technologies de l'information des personnes ayant des besoins particuliers ainsi que l'adoption des orientations de l'initiative « accessibilité du Web » pour les sites internet.

²³ Celle-ci oblige les pouvoirs adjudicateurs à prendre en considération la sécurité et la santé des travailleurs sur les chantiers à la fois dans la passation et l'exécution de leurs marchés de travaux.

²⁴ Par exemple, l'achat de matériel ou de services informatiques adaptés aux besoins des non voyants. De telles exigences servent à définir les caractéristiques techniques du produit et sont donc en rapport avec l'objet du marché.

²⁵ Tel que précisé dans la Communication précitée sur les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics, des exigences qui n'ont aucun rapport avec le produit ou la prestation elle-même, comme par exemple une exigence se rapportant à la façon dont est gérée une entreprise, ne sont pas des spécifications techniques au sens des directives marchés publics et ne peuvent donc être imposées. Sont mentionnés comme exemples d'exigences qui ne peuvent être

l'utilisation des « labels sociaux » qui ont trait à la capacité « sociale » d'une entreprise il convient de se reporter au point 1.3.2 de la présente communication²⁶.

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs peuvent prendre en considération la présentation de variantes²⁷. Celles-ci permettent aux pouvoirs adjudicateurs de choisir l'option qui répond le mieux à leurs impératifs à la fois en termes financiers et sociaux, tout en satisfaisant aux exigences minimales requises dans le cahier des charges. Ces variantes pourront par exemple porter sur différentes solutions techniques concernant le caractère ergonomique d'un produit ou destinées à garantir l'accessibilité aux personnes handicapées d'un certain matériel ou d'un service, y compris les outils et services fournis « en ligne » ou de nature électronique et informatique.

1.3. Sélection des candidats ou soumissionnaires

Les directives comportent essentiellement deux ensembles de règles en matière de sélection.

Les directives contiennent, d'une part, une liste exhaustive des cas dans lesquels la situation personnelle d'un candidat ou d'un soumissionnaire peut entraîner son exclusion d'une procédure de passation de marché. Ceux-ci concernent essentiellement l'état de faillite, la condamnation pour délit, la faute professionnelle grave ou le non-paiement de prélèvements obligatoires. Les causes d'exclusion sont d'interprétation stricte. L'application des dispositions en matière d'exclusion reste néanmoins facultative pour les pouvoirs adjudicateurs.

D'autre part, les directives disposent que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats à participer à un marché ou à soumettre une offre doit se faire sur la base de critères fondés sur leur capacité économique, financière ou technique²⁸. Les directives énumèrent, de façon exhaustive et impérative, les critères de sélection qualitative, à savoir les critères de capacité technique, économique et financière, qui peuvent justifier le choix des candidats ou des soumissionnaires²⁹. Par conséquent, des critères de sélection différents de ceux prévus dans les directives ne seraient pas conformes aux directives actuelles.

Dans l'affaire *Beentjes* précitée, la Cour a jugé qu'une condition sur l'emploi de chômeurs de longue durée n'avait pas trait à la vérification de l'aptitude des soumissionnaires sur la base de leur capacité économique, financière et technique

considérées comme des « spécifications techniques », l'utilisation dans les bureaux de l'entreprise de papier recyclé, l'application de méthodes particulières d'élimination des déchets dans les locaux du contractant ou encore l'embauche de groupes de travailleurs particuliers (minorités ethniques, handicapés, femmes).

²⁶ Un « label social » qui a trait à la capacité « sociale » d'une entreprise ne peut actuellement être considéré comme une « spécification technique » au sens des directives marchés publics.

²⁷ Toutes les directives marchés publics prévoient la possibilité, lorsque le critère est l'offre économiquement la plus avantageuse, pour les pouvoirs adjudicateurs de prendre en considération des variantes qui sont proposées par un soumissionnaire et qui satisfont aux exigences minimales spécifiées par le pouvoir adjudicateur. Les pouvoirs adjudicateurs doivent spécifier dans le cahier des charges, les spécifications techniques minimales à respecter par les variantes ainsi que les exigences particulières auxquelles elles doivent répondre. Lorsque les variantes ne sont pas autorisées, les pouvoirs adjudicateurs doivent l'indiquer dans l'avis de marché (articles 24 de la directive 92/50/CEE, 16 de la directive 93/36/CEE, 19 de la directive 93/37/CEE et 34.3 de la directive 93/38/CEE).

²⁸ Articles 15 de la directive 93/36/CEE, 18 de la directive 93/37/CEE, 23 de la directive 92/50/CEE et 31.1 de la directive 93/38/CEE.

²⁹ Dans l'arrêt du 20.9.1988 dans l'affaire 31/87, *Beentjes*, la Cour a en effet précisé qu'il résulte des dispositions des directives marchés publics « que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent effectuer la vérification de l'aptitude des entrepreneurs que sur la base de critères fondés sur leur capacité économique, financière et technique » (point 17 de l'arrêt).

(point 28 de l'arrêt)³⁰. A cet égard, la Commission note que les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'imposer des conditions relatives à l'exécution du marché, et d'intégrer, à ce stade, une condition relative à l'emploi de chômeurs de longue durée (voir infra, point 1.6).

En ce qui concerne la capacité économique et financière, les directives prévoient plusieurs références qui peuvent fournir la preuve de la capacité des candidats ou soumissionnaires pour un marché déterminé. La liste des références mentionnées n'est pas limitative. Toutefois, toute autre référence exigée par le pouvoir adjudicateur doit être « probante », à savoir de nature à prouver l'aptitude d'un point de vue strictement économique et financier des soumissionnaires dans le cadre d'un marché spécifique³¹. Les références qui peuvent être demandées actuellement pour apprécier la capacité économique et financière des soumissionnaires ne présentent pas de possibilité de se référer à des éléments d'ordre social.

En ce qui concerne la preuve de la capacité technique, les règles des directives permettent, dans une certaine mesure, de tenir compte d'aspects sociaux. Les possibilités prévues par ces règles sont établies ci-dessous (voir infra au point 1.3.2).

Les directives spécifient³² que les informations nécessaires pour attester tant de la capacité économique et financière que de la capacité technique, doivent se limiter à l'objet du marché.

Dans les « secteurs spéciaux », le pouvoir d'appréciation des entités adjudicatrices en la matière est plus large dans la mesure où la directive 93/38/CEE à l'article 31(1) n'impose que l'utilisation de « règles et de critères objectifs » définis à l'avance et mis à la disposition des candidats ou soumissionnaires intéressés.

1.3.1. *Exclusion des candidats ou soumissionnaires pour non respect d'une législation sociale*

Dans sa Communication de 1998 précitée, la Commission a rappelé que les directives marchés publics actuellement en vigueur contiennent des dispositions qui permettent d'exclure, au stade de la sélection, des candidats ou soumissionnaires « qui violent les législations en matière sociale, y incluses celles relatives à la promotion de l'égalité des chances ».

Les directives permettent, en effet, d'une part l'exclusion d'un soumissionnaire « qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations sociales selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur »³³.

Les directives permettent, d'autre part, l'exclusion d'un soumissionnaire « qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de la chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle » ou « qui, en

³⁰ De même, par exemple, un critère sur l'honorabilité des dirigeants d'une entreprise, dans la mesure où celui-ci « constituait un mode de preuve étranger à ceux limitativement prévus par la directive » (71/305/CEE) en matière de capacité économique et financière des entreprises, a ainsi été rejeté par la Cour dans son arrêt du 10.2.82 dans l'affaire 76/81, Transporoute (points 9 et 10).

³¹ Voir en ce sens l'arrêt Transporoute précité, point 9.

³² Voir par exemple l'article 32.4 de la directive 92/50/CEE.

³³ Voir les articles 20 e) de la directive 93/36/CEE, 24 e) de la directive 93/37/CEE, auxquels fait référence l'article 31.2 de la directive 93/38/CEE, et l'article 29 e) de la directive 92/50/CEE.

matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier »³⁴.

Un soumissionnaire qui a fait l'objet d'une condamnation ayant autorité de la chose jugée, pour non respect de la législation nationale concernant par exemple l'interdiction du travail clandestin, peut être écarté d'une procédure d'attribution d'un marché public conformément aux dispositions précitées³⁵.

Les directives permettent, en outre, aux pouvoirs adjudicateurs, dans les Etats membres qui ont adopté des dispositions dans leur législation nationale à cette fin, d'exclure d'une procédure de passation de marché, un candidat ou un soumissionnaire qui n'aurait pas respecté les dispositions de cette législation.

Des hypothèses peuvent ainsi être envisagées dans lesquelles peuvent être exclus des soumissionnaires qui auraient violé une législation en matière sociale, une violation qui constituerait une faute grave en matière professionnelle ou un délit affectant la moralité professionnelle. Ces clauses d'exclusion peuvent, par exemple, comprendre le non respect de dispositions en matière d'égalité de traitement ou de santé et de sécurité, ou en faveur de catégories de personnes³⁶. Un pouvoir adjudicateur pourra par exemple exclure un soumissionnaire national qui n'aurait pas mis en œuvre des mesures en faveur de l'égalité des chances tel que prescrit dans la législation nationale de l'Etat du pouvoir adjudicateur pour autant que le non respect d'une telle législation constitue une faute grave dans ce même Etat membre.

La faute professionnelle grave est une notion qui, en tant que telle, n'est pas encore définie ni par la législation européenne ni par la jurisprudence³⁷. C'est pourquoi il incombe aux Etats membres de déterminer cette notion dans leur législation nationale et notamment de décider si le non respect de certaines obligations sociales constitue une faute grave en matière professionnelle.

1.3.2. Prise en compte d'aspects sociaux lors de la vérification de la capacité technique des candidats ou soumissionnaires

Les directives marchés publics déterminent les moyens par lesquels la preuve de la capacité technique d'un candidat ou soumissionnaire peut être apportée. Elles comportent une liste exhaustive des références ou moyens de preuve que les candidats ou soumissionnaires peuvent être obligés de fournir afin d'apporter la preuve de leur aptitude, d'un point de vue technique, en fonction de la nature, de l'ampleur et de l'objectif du marché en question³⁸. Aussi, chaque exigence particulière relative à la capacité technique du candidat ou du soumissionnaire, qui

³⁴ Voir les articles 20 c) et d) de la directive 93/36/CEE, 24 c) et d) de la directive 93/37/CEE, auxquels fait référence l'article 31.2 de la directive 93/38/CEE, et l'article 29 c) et d) de la directive 92/50/CEE.

³⁵ Une condamnation pour non respect de l'interdiction d'employer des travailleurs clandestins peut, en vertu de l'article L 362.-6.2 du code du travail français, entraîner l'exclusion temporaire (pour 5 ans au plus) ou définitive de la participation à des marchés publics.

³⁶ En Espagne, la violation de la législation sur l'emploi des handicapés constitue une faute grave en matière professionnelle, et peut conduire à l'exclusion du soumissionnaire en question. En France, il existe une trentaine de cas d'exclusion pour non respect de la législation du travail (par exemple la législation sur le travail oblige les entreprises de plus de 100 salariés à employer 2 handicapés ; le chef d'entreprise peut être sanctionné par l'inspection du travail ; cela est susceptible de permettre à un pouvoir adjudicateur de l'exclure pour faute professionnelle grave).

³⁷ Rapport final sur l'Étude Falcone relative aux marchés publics et au crime organisé (1998) – Volume I: 24.5.1999 - Institute of Advanced Legal Studies – University of London.

³⁸ Articles 23 de la directive 93/36/CEE, 27 de la directive 93/37/CEE et 32 de la directive 92/50/CEE.

est déterminée par le pouvoir adjudicateur, doit être issue d'une des références énumérées dans les directives.

L'objectif de la phase de sélection est de choisir les soumissionnaires que le pouvoir adjudicateur juge capables d'exécuter le marché en question. Les différentes exigences doivent donc avoir un lien direct avec l'objet du marché en question³⁹.

A ce stade de la sélection, un pouvoir adjudicateur aura la possibilité d'exiger des références concernant l'expérience et le savoir-faire des soumissionnaires⁴⁰. Il pourra par exemple vérifier la composition et l'encadrement du personnel de l'entreprise, son équipement technique, le système concernant le contrôle de la qualité, et ce afin de s'assurer que l'entreprise en question a les capacités, en termes de qualification du personnel et de moyens, d'exécuter ou de mener à bien le contrat.

Si le marché nécessite un savoir-faire particulier en matière « sociale », l'on peut légitimement exiger une expérience particulière comme critère de capacité et de connaissances techniques destiné à prouver l'aptitude des candidats⁴¹.

Les références autorisées par les directives marchés publics⁴² ne permettent de tenir compte de la « capacité sociale » de l'entreprise (qualifiée parfois aussi de « responsabilité sociale »⁴³) qu'à la condition que celle-ci atteste de l'aptitude technique, au sens précité, de l'entreprise à exécuter un marché donné.

1.4. Attribution du marché

Lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont été sélectionnés, le pouvoir adjudicateur entre dans la phase d'évaluation des offres qui débouche sur l'attribution du marché.

La sélection des candidats ou soumissionnaires et l'attribution du marché sont deux opérations régies par des règles distinctes.

³⁹ L'article 32.2 de la directive 92/50/CEE indique explicitement que ces exigences doivent être déterminées en fonction de la nature, de l'ampleur et de l'objectif des services à fournir.

⁴⁰ Pour les marchés de services, la capacité des prestataires à fournir certains services peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience mais aussi de leur fiabilité (article 32.1 de la directive 92/50/CEE). Voir à cet égard, l'arrêt Beentjes précité, point 37.

⁴¹ Expérience spécifique en matière de gestion d'une crèche par exemple, ou de services de formation pour chômeurs de longue durée.

⁴² Parmi toutes les références énumérées de manière exhaustive dans les directives marchés publics pour établir la capacité technique d'un soumissionnaire, on peut notamment citer (1) une liste des travaux effectués au cours des 5 dernières années, appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants, ou une liste des principaux services fournis au cours des 3 dernières années; (2) une description de l'équipement technique, des mesures prises pour garantir la qualité ainsi que des moyens d'études et de recherche; ou (3) l'indication des techniciens ou organismes techniques auxquels le candidat peut faire appel pour exécuter le marché, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du fournisseur, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité.

⁴³ Ces termes de « responsabilité » ou « capacité sociale » illustrent une tendance selon laquelle les entreprises sont progressivement amenées à intégrer de plus en plus d'aspects sociaux, éthiques (et environnementaux) dans leur politique d'entreprise et d'investissement, qui vont parfois au-delà du simple respect de la législation en matière sociale. Les approches en matière de responsabilité sociale des entreprises varient considérablement en fonction des secteurs et des différences culturelles nationales, voire régionales. Dans son livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », COM(2001) 366 du 18.7.2001, la Commission a souligné l'importance de la responsabilité sociale des entreprises, car celle-ci peut apporter une contribution positive à l'objectif stratégique de Lisbonne (cf. point 6 du livre vert). Par ce livre vert, la Commission vise à lancer un large débat sur la façon dont l'Union européenne pourrait promouvoir cette responsabilité sociale au niveau tant européen qu'international (point 7). Par ailleurs, différents « labels sociaux » de type volontaire se développent actuellement sur le marché. Dans son livre vert précité, la Commission définit le concept de « label social » comme étant un « mot ou symbole apposé sur un produit dont le but est d'influer sur la décision d'achat des consommateurs en apportant une garantie sur l'impact social et éthique d'un processus commercial sur les autres parties prenantes concernées ».

Pour l'attribution des marchés publics, les directives marchés publics⁴⁴ autorisent deux types de critères, celui du prix le plus bas, qu'il est inutile de commenter, et celui de « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Lorsque le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, les directives exigent de la part du pouvoir adjudicateur, qu'il indique dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché les critères d'attribution dont il prévoit l'application, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribué. Il en résulte que le pouvoir adjudicateur est non seulement tenu de prévoir tous les critères qu'il entend utiliser lors de l'évaluation des offres mais également de ne pas utiliser, lors de l'évaluation, d'autres critères que ceux prévus dans l'avis de marché ou le cahier des charges.

1.4.1. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse

Les directives marchés publics énumèrent, à titre d'exemple, un certain nombre de critères sur lesquels peuvent se fonder les pouvoirs adjudicateurs pour identifier l'offre qui serait la plus avantageuse du point de vue économique⁴⁵. Il est également possible d'appliquer d'autres critères.

En règle générale, les directives marchés publics imposent deux conditions relatives aux critères qui seront appliqués pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Premièrement, le principe de non-discrimination doit être respecté⁴⁶ et, deuxièmement, les critères appliqués doivent procurer un avantage économique au pouvoir adjudicateur. La Cour de justice a confirmé que l'objectif des directives marchés publics est d'exclure à la fois un risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public choisissent de se laisser guider par des considérations autres qu'économiques⁴⁷.

Le point commun entre les critères utilisés pour évaluer les offres est qu'ils doivent, à l'instar des critères cités à titre d'exemple, tous concerner la nature de la prestation faisant l'objet du marché ou ses conditions d'exécution⁴⁸. Ils doivent permettre au pouvoir adjudicateur de comparer les offres de manière objective afin de déterminer celle qui répond le mieux à ses besoins dans le cadre d'un marché déterminé. Un critère d'attribution doit permettre d'évaluer les qualités intrinsèques d'un produit ou d'un service.

⁴⁴ Articles 26 de la directive 93/36/CEE, 30 de la directive 93/37/CEE, 36 de la directive 92/50/CEE et 34 de la directive 93/38/CEE.

⁴⁵ Les critères cités à titre d'exemple par les directives sont le prix, le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique.

⁴⁶ Un critère qui favoriserait les soumissionnaires locaux, et qui serait de nature à rendre plus difficile la possibilité pour les soumissionnaires potentiels établis dans d'autres Etats membres de remporter le marché en cause et de prester les services qui font l'objet du marché constituerait une restriction à la libre prestation de services au sens de l'article 49 (ex 59) du Traité CE.

⁴⁷ Arrêt de la Cour du 3.10.2000 dans l'affaire C-380/98 « Université de Cambridge », point 17, dans lequel la Cour fait référence aux arrêts du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Rec. p. I-73, point 33, et du 10.11.1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, points 42 et 43). Voir également l'arrêt du 1.2.2001 dans l'affaire C-237/99 Commission contre République française, « HLM », points 41 et 42.

⁴⁸ Conclusions de l'Avocat général Darmon présentées le 4.5.1988 dans l'aff. Beentjes précitée, point 35.

Ces critères d'attribution doivent donc être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution⁴⁹.

Des critères sociaux ne sont pas repris parmi les divers critères donnés à titre d'exemples dans les directives. Néanmoins, si l'on entend par critère « social », un critère qui permet d'évaluer par exemple la qualité d'un service s'adressant à une catégorie de personnes défavorisées⁵⁰, un tel critère, dans la mesure où celui-ci participe au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse au sens des directives, serait légitime.

En revanche, seraient incompatibles avec les directives marchés publics actuelles, notamment les quotas de marchés réservés à une catégorie donnée de fournisseurs⁵¹, ou les préférences de prix⁵². Il en va de même avec des critères portant sur la mesure dans laquelle les soumissionnaires emploieraient une certaine catégorie de personnes ou auraient mis en place un programme de promotion de l'égalité des chances, autrement dit s'il s'agit de critères qui sont étrangers à l'objet d'un marché déterminé ou à ses conditions d'exécution. De tels critères qui ne participent pas au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse restent exclus par les directives actuelles compte tenu de l'objectif qui leur est assigné et qui doit permettre d'évaluer les qualités intrinsèques d'un produit ou d'une prestation. En outre, de pareils critères seraient jugés incompatibles avec les engagements pris par les Etats membres dans le cadre de l'accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce⁵³.

Des critères faisant entrer en ligne de compte des aspects sociaux peuvent être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse dans les cas où ils comportent un avantage économique pour le pouvoir adjudicateur qui soit lié au produit ou au service faisant l'objet du marché⁵⁴.

La question se pose de savoir si la notion « d'offre économiquement la plus avantageuse » implique que chacun des critères d'attribution choisis devra comporter

⁴⁹ Voir par exemple l'article 30.1 de la directive 93/37/CEE. Voir également en ce sens les conclusions de l'Avocat Général Colomer présentées le 5.6.2001 dans les affaires jointes C-285/99 et C-286/99, Lombardini, note en bas de page n°23 des conclusions.

⁵⁰ Dans le cadre d'un marché visant à fournir des services informatiques à tous les employés d'une commune (services Annexe IA), un critère portant sur la méthode proposée par le soumissionnaire pour assurer, à tout moment et de manière satisfaisante, un service de qualité qui réponde aux besoins particuliers de toute personne souffrant d'un handicap, pourra en principe faire partie des critères à prendre en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

⁵¹ Aux Etats-Unis 20% des marchés sont réservés aux « small minority businesses » i.e. les entreprises contrôlées par des minorités. Les Etats-Unis ont fait inscrire une exception en ce sens dans l'AMP (Accord sur les marchés publics).

⁵² Hypothèse dans laquelle certaines catégories de soumissionnaires bénéficient d'une préférence de prix selon laquelle l'offre remise par le soumissionnaire A, bien que supérieure à celle de B, est considérée comme équivalente à celle de B pour autant que A applique une politique sociale déterminée, par exemple une politique active de promotion des femmes.

⁵³ Certains Etats signataires ont fait inscrire des réserves explicites destinées à permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'appliquer un critère social lors de l'attribution des marchés. Les Etats-Unis notamment ont fait inscrire une exception permettant de réserver certains marchés en faveur notamment des minorités. De telles réserves ne figurent cependant pas dans les engagements pris par la Communauté Européenne vis-à-vis de ses partenaires. Il en découle qu'en général, de tels critères doivent être considérés comme étant contraires aux dispositions des directives, notamment celles relatives à l'attribution des marchés.

⁵⁴ Dans une affaire qu'a eu à connaître la Commission, un pouvoir adjudicateur s'était appuyé principalement sur les éléments suivants pour attribuer un marché à l'entreprise locale de transport : l'implantation de la société dans la localité se traduisait en retombées fiscales d'une part, et en la création d'emplois stables d'autre part ; en outre, l'achat sur place de quantités importantes de matériel et de services par le prestataire garantissait des emplois locaux. La Commission a considéré que ces critères ne pouvaient constituer des critères sur la base desquels les pouvoirs adjudicateurs pouvaient évaluer les offres dans la mesure où ils ne permettaient pas de mesurer un avantage économique propre à la prestation faisant l'objet du marché et au bénéfice du pouvoir adjudicateur. Ce premier grief se rapportait à la violation des règles en matière d'attribution énoncées à l'article 36.1 de la directive 92/50/CEE). En outre, ces éléments avaient eu pour effet de discriminer les autres soumissionnaires dans la mesure où cela a abouti à donner un avantage dans la comparaison des offres au seul prestataire établi au sein de la localité concernée. Il s'agissait donc d'une violation du principe général de non-discrimination entre prestataires de services énoncé à l'article 3 de la directive 92/50/CEE.

un avantage économique au bénéficiaire direct du pouvoir adjudicateur, ou s'il suffit que chacun de ces critères soit mesurable en termes économiques sans qu'ils comportent un avantage économique direct pour le pouvoir adjudicateur, avantage qui se traduit dans l'achat en question.

Cette question a été posée à la Cour de justice européenne dans l'affaire C-513/99. L'arrêt est attendu pour fin 2001. Cet arrêt qui concerne une question liée à l'environnement, pourrait par analogie apporter des éléments de réponse en ce qui concerne les critères sociaux⁵⁵.

A la fois dans son Livre vert⁵⁶ et dans sa Communication précitée sur les marchés publics⁵⁷, la Commission a clairement pris position en faveur de la première interprétation.

La Commission note que les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'exiger certaines conditions relatives à l'exécution d'un marché et qu'ils peuvent, à ce stade, prendre en considération la poursuite de certains objectifs sociaux (voir infra, point 1.6).

1.4.2. *Le « critère additionnel »*

Cette notion a été développée par la Cour de Justice européenne⁵⁸.

Celle-ci est tout d'abord apparue dans l'affaire Beentjes précitée, où la Cour a soutenu qu'un critère relatif à l'emploi de chômeurs de longue durée n'avait trait ni à la vérification de l'aptitude économique, financière et technique d'un candidat, ni aux critères d'attribution énumérés dans la directive. La Cour a soutenu que ce critère était néanmoins compatible avec les directives relatives aux marchés publics s'il se conformait à tous les principes pertinents du droit communautaire.

Dans l'affaire C-225/98 la Cour a estimé que⁵⁹ les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur une condition liée à la lutte contre le chômage, pourvu qu'elle respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et seulement pour autant que les pouvoirs adjudicateurs se trouvent confrontés à deux ou plusieurs offres économiquement équivalentes. En ce sens, cette condition était considérée par l'Etat membre en question comme un critère accessoire non déterminant après que les offres aient été comparées d'un point de vue purement économique. Enfin, quant à l'application d'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage, la Cour précise que ce dernier ne doit pas avoir d'incidence directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres de la Communauté et doit être expressément mentionné dans l'avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition.

Ceci pourrait également s'appliquer à d'autres conditions dans le domaine social.

⁵⁵ Affaire C-513/99 Stagecoach Finland Oy Ab, publiée au JO C 102/10 du 8.4.2000.

⁵⁶ Livre vert sur les marchés publics dans l'union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir, COM(1996) 583 du 27.11.1996.

⁵⁷ Voir le chapitre 4.3 de la Communication de 1998 précitée en ce qui concerne la prise en compte d'éléments environnementaux dans l'attribution des marchés. Voir également le point 48 de la Communication sur les *Aspects sociaux et régionaux des marchés publics*, COM(89) 400 adoptée par la Commission le 22.9.1989 (JOCE C n°311 du 12.12.1989).

⁵⁸ Affaire Beentjes précitée (voir point 29) et arrêt du 26.9.2000 dans l'affaire C-225/98, Commission contre France, (« Bâtiments scolaires - Nord-Pas-de Calais »), Rec. 2000, I-7445.

⁵⁹ Voir Rapport général sur les activités de l'Union européenne 2000, point 1119, page 407.

1.5. Offres anormalement basses

Les directives marchés publics actuelles⁶⁰ se limitent à obliger les pouvoirs adjudicateurs à demander des explications à tout soumissionnaire dont l'offre leur apparaîtrait comme anormalement basse par rapport à la prestation avant de pouvoir rejeter l'offre. Le pouvoir adjudicateur doit en effet vérifier la composition de l'offre en question, et si elle lui paraît peu fiable, il peut la rejeter, sans toutefois y être tenu par les directives. Dans les Etats membres qui auraient adopté des dispositions à cet effet, les pouvoirs adjudicateurs pourront néanmoins être obligés de rejeter les offres anormalement basses en raison du non respect des règles en matière d'emploi ou de droit du travail par exemple.

Les directives énumèrent, à titre d'exemple, certains éléments dont le pouvoir adjudicateur peut tenir compte, à savoir l'économie du procédé, les solutions techniques et les conditions exceptionnellement favorables dont peut disposer le soumissionnaire. Des éléments ayant trait au non respect des règles en matière de sécurité ou d'emploi peuvent, en l'état actuel des directives, être pris en considération pour rejeter une offre anormalement basse par rapport à la prestation. En accord avec l'approche générale des directives, les modalités pratiques d'une telle vérification relèvent du droit national, étant entendu que ces modalités doivent rester contradictoires.

1.6. Exécution du marché

Un moyen d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux est l'application de clauses contractuelles ou de « conditions d'exécution du marché » pour autant que leur mise en œuvre se fasse dans le respect du droit communautaire et, en particulier, qu'elles n'aient pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires d'autres Etats membres⁶¹.

Les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de déterminer les clauses contractuelles relatives au mode d'exécution d'un marché. En effet, la phase d'exécution des marchés n'est pas, pour l'heure, organisée par les directives marchés publics.

Néanmoins, les clauses ou conditions d'exécution doivent respecter le droit communautaire, et en particulier ne pas avoir une incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires non-nationaux (voir infra point 3.2).

En outre, la mise en œuvre de ces clauses ou conditions doit avoir lieu dans le respect de toutes les règles de procédures des directives, et notamment des règles de publicité qu'elles contiennent⁶². Elles ne peuvent pas être des spécifications techniques (déguisées). Elles ne devront pas non plus avoir trait, ni à la vérification de l'aptitude des soumissionnaires sur la base de leur capacité économique, financière et technique, ni aux critères d'attribution⁶³. En ce sens, « la clause

⁶⁰ Articles 27 de la directive 93/36/CEE, 30 de la directive 93/37/CEE, 37 de la directive 92/50/CEE et 34(5) de la directive 93/38/CEE.

⁶¹ A titre d'exemple, une clause exigeant que l'adjudicataire emploie un nombre ou un pourcentage déterminé de chômeurs de longue durée ou de jeunes apprentis, sans exiger qu'il s'agisse de chômeurs ou d'apprentis d'une région donnée ou rattachés à un organisme national, pour l'exécution d'un marché de travaux par exemple ne devrait pas constituer, a priori, une discrimination à l'encontre des soumissionnaires d'autres Etats membres.

⁶² Voir point 31 de l'arrêt Beentjes précité.

⁶³ Voir point 28 de l'arrêt Beentjes précité.

contractuelle est indépendante d'une évaluation de la capacité des soumissionnaires à exécuter les travaux et indépendante des critères d'attribution »⁶⁴.

Par ailleurs, la transparence devra être assurée par la mention de ces conditions dans l'avis de marché afin qu'elles soient connues par tous les candidats ou soumissionnaires⁶⁵.

Enfin, l'exécution des marchés publics doit, en tout état de cause, se faire dans le respect de toutes les règles pertinentes en vigueur dans le domaine social et de la sécurité notamment (se reporter au chapitre III).

La condition d'exécution est une obligation qui doit être acceptée par le titulaire du marché et qui se rapporte à l'exécution du contrat. Il suffit donc, en principe, que les soumissionnaires s'engagent, au moment de la remise de leurs offres, à remplir cette exigence si le marché leur est attribué. L'offre d'un soumissionnaire qui n'accepterait pas une telle condition d'exécution ne serait pas conforme au cahier des charges et ne pourrait, de ce fait, être retenue⁶⁶. En revanche, les conditions d'exécution ne doivent pas être remplies pour la présentation de l'offre.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large éventail de possibilités pour déterminer des clauses contractuelles en matière sociale. Voici, à titre d'exemple, des conditions particulières supplémentaires qu'un pouvoir adjudicateur pourrait imposer, dans le respect des conditions précisées ci-dessus, au titulaire du contrat, et qui permettent de tenir compte d'objectifs sociaux :

- l'obligation de recruter des demandeurs d'emplois, en particulier des chômeurs de longue durée, ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes lors de l'exécution de la prestation ;
- l'obligation de mettre en œuvre, à l'occasion de l'exécution de la prestation, des mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes ou la diversité ethnique ou raciale⁶⁷ ;
- l'obligation de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'OIT lors de l'exécution de la prestation dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas déjà été mises en œuvre dans le droit national ;
- l'obligation de recruter, en vue de l'exécution du marché, un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale dans l'Etat membre d'exécution du marché ou celui du titulaire du contrat.

⁶⁴ Communication sur les *Aspects sociaux et régionaux des marchés publics* précitée, point 59.

⁶⁵ « En vue de satisfaire à l'objectif des directives d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché devront faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs » (voir arrêt précité Beentjes, point 21).

⁶⁶ Il découle de la jurisprudence de la Cour dans son arrêt du 22.6.1992 dans l'affaire C-243/89 « Storebaelt », qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter les offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions du cahier des charges sous peine de violer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires qui est à la base des directives marchés publics..

⁶⁷ Dans un marché de service, il peut s'agir par exemple de la mise en place d'une politique visant à promouvoir la diversité ethnique et raciale sur le lieu de travail, qui se traduit par des instructions données aux personnes en charge du recrutement, des promotions ou de la formation du personnel ; cela peut aussi comprendre la désignation par le contractant d'un responsable chargé de la mise en œuvre d'une politique en la matière sur le lieu de travail.

Il convient de noter qu'il semble plus difficile d'envisager des clauses contractuelles se rapportant au mode d'exécution pour les marchés de fournitures dans la mesure où imposer des clauses nécessitant l'adaptation de l'organisation, de la structure ou de la politique d'une entreprise établie sur le territoire d'un autre Etat membre pourrait s'avérer discriminatoire ou constituer une restriction injustifiée aux échanges.

II MARCHES PUBLICS QUI NE SONT PAS VISES PAR LES DIRECTIVES

Les directives marchés publics ne s'appliquent qu'à certains marchés, notamment ceux dont le montant égale ou dépasse le seuil pertinent des directives.

Le droit communautaire laisse aux Etats membres la responsabilité de décider si des marchés publics non visés par les directives communautaires doivent ou non être soumis aux règles nationales en la matière.

Les Etats membres sont également libres, dans les limites fixées par le droit communautaire, de décider si les marchés publics non visés par les directives peuvent - voire doivent - être utilisés pour satisfaire d'autres objectifs que celui du « meilleur rapport qualité –prix » que poursuivent les directives sur les marchés publics.

Sans préjudice de législations nationales en la matière, les pouvoirs adjudicateurs restent libres, pour ces marchés, de définir et d'appliquer, dans le cadre de leurs procédures de passation de marchés, des critères de sélection et d'attribution sociaux, pourvu qu'ils respectent les règles et les principes généraux du Traité CE⁶⁸, ce qui implique en particulier une transparence appropriée et le respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Les pratiques réservant des marchés à certaines catégories de personnes, par exemple des personnes handicapées (« ateliers protégés ») ou des chômeurs, pourront être admises. Les pratiques en question ne devront pas, cependant, constituer une discrimination directe ou indirecte vis-à-vis des soumissionnaires des autres Etats membres⁶⁹, ni constituer une restriction injustifiée aux échanges⁷⁰. Ainsi, une réservation de marché au profit des soumissionnaires nationaux serait contraire aux règles et aux principes généraux du Traité CE. En revanche, les cas où la participation aux marchés serait également ouverte aux ateliers protégés des autres Etats membres ne devraient pas, a priori, être discriminatoires. Cependant, l'attribution du marché devra se faire dans le respect en particulier des principes

⁶⁸ Pour plus de développements, voir le chapitre III de la Communication interprétative précitée sur le droit communautaire des marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés.

⁶⁹ Au Royaume-Uni, un régime de préférence, le « Priority Suppliers Scheme » (programme des fournisseurs prioritaires), visant à promouvoir l'emploi des travailleurs handicapés par affectation des marchés de fournitures gouvernementaux, prévoyait que certaines entreprises inscrites sur une liste pouvaient présenter une deuxième offre pour s'aligner sur l'offre la moins-disante, avantage dont ne disposaient pas les soumissionnaires analogues des autres Etats membres. Ce régime a été abrogé lors des négociations de la directive codifiée 93/36/CEE et remplacé en novembre 1994 par un régime conforme au droit communautaire, le « special contract arrangement ». L'éligibilité du système a été étendue aux employeurs de personnes handicapées dans toute l'Union et son utilisation limitée aux marchés dont la valeur se situe en dessous des seuils.

⁷⁰ L'article XXIII de l'AMP (« exceptions à l'accord ») prévoit la possibilité pour les parties à l'accord « d'instituer ou d'appliquer des mesures se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons », sous réserve que ces mesures ne soient pas « un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié » et ne constituent pas « une restriction déguisée au commerce international ». Cette possibilité n'a pas été mise en œuvre par les directives.

d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence⁷¹ (voir également le chapitre III).

Outre les marchés non visés par les directives, il convient de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs disposent également d'une liberté de manœuvre lors de la passation des marchés relatifs aux services repris à l'annexe IB de la directive 92/50/CEE ainsi qu'à l'annexe XVIB de la directive 93/38/CEE, annexes dont relève la plupart des services à finalité « sociale » (services sociaux et sanitaires, par exemple). En effet, de tels marchés ne sont soumis qu'aux dispositions des directives marchés publics en matière de spécifications techniques et de publicité (avis d'attribution). Les règles détaillées des directives en matière de sélection des candidats et d'attribution des marchés ne leur sont pas applicables. Cependant, la passation de tels marchés de services reste soumise au droit national ainsi qu'aux règles et aux principes du traité, tel qu'explicités ci-dessus.

III DISPOSITIONS EN MATIERE SOCIALE APPLICABLES AUX MARCHES PUBLICS

3.1 Introduction

D'emblée, il convient de rappeler que même si les directives marchés publics ne contiennent pas de disposition spécifique en ce sens, l'exécution du contrat suite à l'adjudication d'un marché public doit se faire en respectant pleinement toutes les normes, réglementations, dispositions et obligations applicables, tant nationales, internationales que communautaires, qui sont d'application obligatoire en matière sociale. Le cas échéant, ces obligations seront mentionnées dans l'avis du marché ou dans le cahier des charges. Les directives marchés publics prévoient déjà⁷² la possibilité que les pouvoirs adjudicateurs puissent indiquer ou puissent être obligés par un Etat membre d'indiquer dans le cahier des charges l'autorité ou les autorités nationales auprès desquelles les soumissionnaires peuvent obtenir des informations pertinentes sur les obligations relatives aux dispositions de protection et aux conditions de travail dont l'application est obligatoire au lieu où les travaux sont exécutés ou sur les chantiers où sont prestés les services⁷³.

Parmi ces obligations figurent notamment le respect des règles nationales découlant des directives communautaires en matière sociale. Sont particulièrement pertinentes dans le contexte des marchés publics, les directives en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, les directives concernant le « transfert d'entreprises » et le « détachement des travailleurs » (voir infra 3.2.2.2), ainsi que les directives récentes en matière d'égalité de traitement⁷⁴.

⁷¹ Voir à cet égard les arrêts de la Cour du 18.11.1999 dans l'affaire C-275/98, Unitron, et du 7.12.2000 dans l'affaire C-324/98, Telaustria.

⁷² Article 23 de la directive 93/37 (travaux), article 28 de la directive 92/50 (services) et article 29 de la directive 93/38 (secteurs spéciaux).

⁷³ Dans le cadre des directives marchés publics actuelles, les pouvoirs adjudicateurs qui font usage de la possibilité offerte par lesdites directives et fournissent les informations mentionnées ci-dessus dans le cahier des charges sont, en outre, tenus de s'assurer que les soumissionnaires ont bien tenu compte des obligations relatives aux dispositions de protection et aux conditions de travail lors de la préparation de leurs offres, en demandant aux soumissionnaires de l'indiquer dans leurs offres. Cela permet donc, le cas échéant, aux soumissionnaires d'obtenir les informations nécessaires sur les obligations en matière sociale qu'ils devront respecter sur le lieu d'exécution du marché si le marché leur était adjudgé et de tenir compte, lors de la préparation de leurs offres, des coûts qu'entraîneraient de telles obligations.

⁷⁴ Directive 2000/43/CE du 29.6.2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO 2000 L 180/22) et Directive 2000/78/CE du 27.11.2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO 2000 L 303/16).

De telles obligations peuvent également résulter de certaines Conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)⁷⁵. En ce qui concerne plus précisément les normes fondamentales du travail reconnues au niveau international, les principes et droits fondamentaux sur le lieu de travail définis par l'OIT s'appliquent bien entendu dans leur intégralité aux Etats membres⁷⁶.

Les offres des soumissionnaires qui n'auraient pas tenu compte des obligations relatives aux dispositions de protection et aux conditions de travail indiquées par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges, ne pourront être considérées comme conformes au cahier des charges. En outre, les offres des soumissionnaires qui n'auraient pas tenu suffisamment compte de ces obligations risquent d'apparaître comme anormalement basses par rapport à la prestation et, le cas échéant, être rejetées comme telles (voir supra, point 1.5).

A plusieurs reprises des questions⁷⁷ ont été posées concernant l'interprétation et l'application de certaines règles ou réglementations en matière sociale qui doivent obligatoirement être respectées lors de la passation des marchés publics et dont l'identification semblerait difficile dans le contexte des marchés publics, notamment dans la phase de l'exécution. Se posent notamment fréquemment des questions relatives à l'application du droit de travail et de la protection des conditions de travail aux travailleurs détachés par une entreprise aux fins de prester un service dans un autre Etat membre, dans la mesure où ces conditions entrent en particulier en ligne de compte dans la préparation des offres par les soumissionnaires. Les cas de reprise par l'attributaire du marché d'une partie ou de la totalité des salariés du titulaire précédent du marché constitue également une question souvent rencontrée à l'occasion de marchés publics.

En outre, l'appréciation de l'étendue des obligations pertinentes en matière sociale peut jouer un rôle important dans le cadre du traitement et de la vérification des offres soupçonnées d'être anormalement basses.

La Commission tient à rappeler dans la présente communication l'étendue de ces dispositions et obligations communautaires particulièrement pertinentes pour clarifier les réponses à donner à ces questions.

3.2 Détermination des conditions de travail applicables

En matière de normes et de règles tant nationales, internationales que communautaires, qui sont d'application obligatoire en matière sociale, il convient de

⁷⁵ C'est-à-dire les Conventions n° 87 du 9.7.1948 et 98 du 1.7.1949 concernant respectivement la liberté syndicale et la protection du droit syndical, et l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective; n° 29 du 28.6.1930 et 105 du 25.6.1957 relatives à l'interdiction de travail forcé; n° 111 du 25.6.1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession; n° 100 du 29.6.1951 relative au principe de l'égalité de rémunération et l'interdiction de toute discrimination; n° 138 du 26.6.1973 et 182 du 17.6.1999 sur l'âge minimal et l'interdiction des pires formes de travail des enfants.

⁷⁶ Communication précitée de la Commission sur les normes fondamentales du travail. La Commission précise à cet égard qu'étant donné qu'une ratification rapide par tous les Etats membres de l'Union des huit conventions de base de l'OIT va de pair avec l'engagement de l'Union en faveur de la promotion des normes fondamentales du travail, elle a adressé, le 15.9.2000, une recommandation aux Etats membres concernant la ratification de la convention de base la plus récente, à savoir la Convention n° 182 précitée (recommandation publiée au JOCE L 243 du 28.9.2000).

⁷⁷ Le souhait de mieux garantir la protection sociale des travailleurs et leurs conditions de travail se trouve souvent à l'origine de telles questions. Par ailleurs, l'objectif d'assurer la protection sociale des travailleurs a été reconnu par la Cour de Justice comme une exigence impérative d'intérêt général pouvant justifier des mesures nationales restreignant l'exercice d'une des libertés fondamentales du droit communautaire (arrêts du 17.12.1981 dans l'affaire C-279/80, Webb, , Rec. 3305; du 3.2.1982 dans les affaires 62/81 et 63/81, Seco et Desquenne & Giral, Rec. 223; du 27.3.1990 dans l'affaire C-113/89, Rush Portuguesa Rec. I-345; du 28.3.1996 dans l'affaire C-272/94, Guiot, Rec. I-1905; du 23.11.1999 dans les affaires jointes C-369/96 et C-376/96, Arblade).

distinguer entre les situations revêtant un caractère transfrontalier et les autres situations (qui peuvent en principe être considérées comme purement nationales).

Dans les situations "nationales" les pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et contractants sont tenus de respecter, comme norme minimale, toutes les obligations relatives à la protection et aux conditions de travail, y compris celles relevant de droits collectifs et individuels, découlant de la législation en matière de travail applicable, de la jurisprudence et/ou des conventions collectives, pourvu que celles-ci soient compatibles avec la législation communautaire et les règles et principes généraux de droit communautaire, et notamment le principe d'égalité de traitement et de non discrimination.

Dans les situations transfrontalières, ce sont notamment des exigences justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général en vigueur dans le pays d'accueil (le catalogue de ces règles a été « communautarisé » par la directive 96/71/CE, voir infra, point 3.2.1.2) qui doivent être respectées par les prestataires de services et ce, sans porter atteinte au principe d'égalité de traitement.

Dans les deux situations, des dispositions plus favorables aux travailleurs peuvent cependant également être applicables (et, doivent donc, le cas échéant, également être respectées) pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire.

3.2.1 *Les limites posées par le droit communautaire à l'application des dispositions nationales*

3.2.1.1 Le Traité

L'application des dispositions pertinentes ne pouvant se faire que pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire, la question se pose des limites et restrictions imposées par le droit communautaire.

Il ressort d'une jurisprudence constante, résumée par la Cour dans l'arrêt *Arblade*⁷⁸, que l'article 49 (ex article 59) du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre Etat membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues⁷⁹. Par ailleurs, même en l'absence d'harmonisation en la matière, la libre prestation des services en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi⁸⁰. L'application des réglementations

⁷⁸ Arrêt *Arblade* précité, notamment les points 33-39.

⁷⁹ Voir les arrêts du 25.7.1991 dans l'affaire C-76/90, *Säger*, Rec. p. I-4221 (point 12), du 9.8.1994 dans l'affaire C-43/93, *Vander Elst*, Rec. p. I-3803 (point 14), du 12.12.1996 dans l'affaire C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rec. p. I-6511 (point 25), et du 9.7.1997 dans l'affaire C-222/95, *Parodi*, Rec. p. I-3899 (point 18), ainsi que le point 10 de l'arrêt *Guiot* précité.

⁸⁰ Voir, notamment les arrêts du 26.2.1991 dans l'affaire C-180/89, *Commission/Italie*, Rec. p. I-709, point 17, du *Commission/Grèce*, C-198/89, Rec. p. I-727, point 18, ainsi que les affaires *Säger*, précité, point 15, *Vander Elst*, précité, point 16, *Webb*, précité, point 17 et *Guiot*, précité, point 11.

nationales d'un Etat membre aux prestataires établis dans d'autres Etats membres doit en outre être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint⁸¹.

Parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour figure notamment la protection des travailleurs⁸² y compris ceux du secteur de la construction⁸³. En revanche, des considérations d'ordre purement administratif ne sauraient justifier une dérogation, par un Etat membre, aux règles du droit communautaire, et ce d'autant plus lorsque la dérogation en cause revient à exclure ou à restreindre l'exercice d'une des libertés fondamentales du droit communautaire⁸⁴. Il est à souligner que les raisons impérieuses d'intérêt général qui justifient les dispositions matérielles d'une réglementation peuvent également justifier les mesures de contrôle nécessaires pour en assurer le respect⁸⁵.

Le fait d'exclure de la participation à un marché public une entreprise établie dans un autre Etat membre qui ne serait pas affiliée à la convention collective nationale en vigueur dans le secteur concerné dans le pays du pouvoir adjudicateur, serait donc non seulement contraire aux directives marchés publics mais pourrait constituer également une atteinte à la libre prestation de services et, le cas échéant, au droit d'établissement⁸⁶.

3.2.1.2 Dispositions de droit dérivé particulièrement pertinentes pour les marchés publics

Directive 96/71/CE (« détachement des travailleurs »)

Selon la jurisprudence de la Cour⁸⁷, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, notamment relatives aux salaires minimaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur.

Partant de cette jurisprudence de la Cour et des dispositions pertinentes de la Convention de Rome de 1980⁸⁸, la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, vise à coordonner les législations des Etats membres de manière à "communautariser" les règles impératives d'intérêt général et à transformer les "possibilités" des Etats membres en obligations communautaires dans des situations transnationales. Cet acte communautaire cherche à garantir à la fois les libertés fondamentales du traité et la protection des travailleurs et est destiné à donner plus de sécurité juridique aux

⁸¹ Voir notamment les arrêts Säger, précité, point 15, du 31.3.1993 dans l'affaire C-19/92, Kraus, Rec. p. I-1663, point 32, du 30.11.1995 dans l'affaire C-55/94, Gebhard, Rec. p. I-4165, point 37, et Guiot, précité, points 11 et 13.

⁸² Voir les arrêts précités Webb, point 19, Rush Portuguesa, point 18, ainsi que Seco et Desquenne & Giral, point 14.

⁸³ Arrêt Guiot, précité, point 16.

⁸⁴ Voir notamment l'arrêt du 26.1.1999 dans l'affaire C-18/95, Terhoeve, Rec. p. I-345, point 45.

⁸⁵ Voir en ce sens l'arrêt Rush Portuguesa, précité, point 18, ainsi que l'arrêt Arblade, précité, points 61 à 63 et 74. Toutefois, bien que la Cour ait confirmé, dans ce dernier arrêt, l'importance de la protection sociale des travailleurs et le bien-fondé de certaines mesures de contrôle nécessaires pour en assurer le respect, elle a ajouté que ces mesures de contrôle ne pourraient être acceptées que "faute, notamment, d'un système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres, tel que prévu à l'article 4 de la directive 96/71" (voir ci-dessus II.3.2). Le système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres qui y est prévu rendra donc superflues certaines mesures de contrôle après la date d'expiration pour la transposition de cette directive (16.12.1999). Voir également dans ce sens la réponse à la question écrite E-00/0333 de Mme B. Weiler.

⁸⁶ Voir en ce sens les conclusions rendues par l'Avocat général dans l'affaire C-493/99, Commission contre Allemagne, le 5.4.2001. Notamment dans l'arrêt du 27.3.1990 dans l'affaire Rush Portuguesa précitée), point 18.

⁸⁸ Sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO 1980 L 266.

entreprises en tant que prestataires de services et aux travailleurs détachés dans le cadre de la libre prestation de services. En droit du travail communautaire, il s'agit d'un texte qui apporte une protection importante aux travailleurs. A cette fin, la directive prévoit une liste commune de règles de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs dans les situations décrites ci-dessus. Elle permet aussi dans le cadre des marchés publics, de garantir que des règles du jeu égales soient appliquées à tous les soumissionnaires ainsi que la clarté juridique quant aux éléments à prendre en considération pour la préparation des offres.

Ce « noyau dur » de règles impératives de protection minimale repose soit sur des dispositions législatives, soit sur des conventions collectives déclarées d'application générale (au sens de la directive) et porte sur les matières suivantes:

- les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos;
- la durée minimale des congés annuels payés;
- les taux de salaire minimal;
- les conditions de mise à disposition des travailleurs (notamment par des entreprises de travail intérimaire);
- la sécurité, la santé et l'hygiène au travail;
- les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes;
- l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

Il convient de noter que la directive prévoit que les règles fixées par les conventions collectives déclarées d'application générale⁸⁹ sont obligatoirement applicables dans le secteur de la construction. Les Etats membres peuvent toutefois étendre l'application de ces règles à d'autres secteurs. Les règles qui reposent sur des dispositions législatives s'appliquent à tous les secteurs.

La directive « détachement des travailleurs » introduit donc certaines « clauses sociales » dans les relations entre un prestataire de services opérant dans un Etat membre et un destinataire de la prestation qui peut être une autorité publique, située dans un autre Etat membre (Etat membre d'accueil). Le prestataire qui détache ses travailleurs dans l'Etat membre d'accueil doit respecter un ensemble de prescriptions minimales de droit du travail en vigueur dans cet Etat.

⁸⁹

La directive « détachement des travailleurs » précise à son article 3 ce qu'il faut entendre par conventions collectives ou sentences arbitrales "d'application générale" (art 3 (1)) ou "déclarées d'application générale" (art 3 (8)). En tout état de cause, l'application de ces conventions collectives devra respecter le principe d'égalité de traitement tel que défini au dernier alinéa de l'article en question. Il y a égalité de traitement au sens de cette disposition « lorsque les entreprises nationales se trouvant dans une situation similaire sont soumises, au lieu d'activité ou dans le secteur d'activité concernés, aux mêmes obligations, en ce qui concerne les matières énumérées au par. 1 1^{er} al., que les entreprises visées par les détachements » et qu'elles « se voient imposer lesdites obligations avec les mêmes effets. ».

Directive 2001/23/CE (Maintien des droits des travailleurs en cas de « transfert d'entreprises »)

La reprise, par une entreprise, de certaines activités exercées jusqu'alors par une autre entreprise, à la suite d'une procédure de passation d'un marché public, pourrait entrer dans le champ d'application de la directive en matière de « transfert d'entreprises ». Ce transfert pourrait, en effet, se faire dans le cadre d'une attribution de contrats de service public⁹⁰, d'un processus de privatisation d'un secteur lors d'un transfert d'une entité sous forme de régime de concession administrative⁹¹ ou suite à une procédure de passation d'un marché public, comme par exemple l'adjudication d'un marché de services⁹².

La directive communautaire applicable en la matière⁹³ vise à assurer la continuité des relations de travail existantes de toute personne qui est protégée en tant que travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit du travail⁹⁴, indépendamment de la nature des fonctions que ces personnes exercent⁹⁵.

Le critère essentiel et décisif pour établir si la directive « transfert d'entreprises », s'applique dans les cas d'espèces, et notamment s'il y a un transfert au sens de cette directive, est de savoir si l'entité économique transférée garde son identité⁹⁶ par-delà son transfert, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise⁹⁷. La notion d'entité renvoie ainsi à un ensemble organisé de manière stable de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁹⁸. Pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique sont remplies, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément par le juge national auquel il appartient d'établir cette appréciation⁹⁹.

L'absence de lien conventionnel entre le cédant (à savoir l'ancien titulaire du marché) et le cessionnaire (le nouveau titulaire du marché), si elle peut constituer un indice qu'aucun transfert au sens de la directive n'est intervenu, ne saurait revêtir une importance déterminante à cet égard¹⁰⁰. La directive est applicable dans toutes les hypothèses de changement dans le cadre de relations contractuelles, de la personne

⁹⁰ Voir par exemple la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, du 26.7.2000, COM (2000) 7, notamment l'article 9.3.

⁹¹ Arrêt du 14.9.2000 dans l'affaire C-343/98, Collino, concernant un transfert à titre onéreux sous forme d'une concession administrative par une entité assurant l'exploitation de services de télécommunications à l'usage du public (et gérée par un organisme public intégré dans l'administration de l'Etat) à une société de droit privé constituée par un autre organisme public qui en détient l'intégralité du capital.

⁹² Arrêt du 25.1.2001 dans l'affaire C-172/99, Oy Liikenne, concernant l'exploitation d'autobus.

⁹³ Directive 2001/23/CE précitée.

⁹⁴ Voir les arrêts du 11.7.1985 dans l'affaire C-105/84, Danmols Inventar, du 19.5.1992 dans l'affaire C-29/91, Sophie Redmond Stichting, et du 10.12.1998 dans les affaires jointes C-173/96 et C-247/96, Schez Hidalgo e.a.

⁹⁵ Affaire Collino précitée.

⁹⁶ Arrêts du 14.4.1994 dans l'affaire C-392/92, Schmidt, du 19.9.1995 dans l'affaire C-48/94, Rygaard, du 26.9.2000 dans l'affaire C-175/99, Mayeur.

⁹⁷ Arrêts du 18.3.1986 dans l'affaire 24/85, Spijkers, du 11.3.1997 dans l'affaire C-13/95, Sützen, et du 10.12.1998 dans les affaires jointes C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Hernández Vidal, ainsi que l'arrêt du 2.12.1999 dans l'affaire C-234/98 Allen e.a. et l'affaire Oy Liikenne précitée.

⁹⁸ Par exemple les affaires Sützen, Hidalgo e.a., Allen e.a. et Oy Liikenne précitées.

⁹⁹ Affaires Spijkers, Sützen, Sanchez Hidalgo e.a. et Hernández Vidal précitées.

¹⁰⁰ Arrêt du 10.2.1988 dans l'affaire C-324/86, Tellerup, dit « Daddy's Dance Hall », et les affaires Sützen, Hidalgo e.a., Mayeur et Oy Liikenne précitées.

physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise et qui, de ce fait, contracte des obligations d'employeur à l'égard des salariés de l'entreprise¹⁰¹.

Comme le confirme l'arrêt récent dans l'affaire Oy Liikenne précitée¹⁰², le fait que le transfert se fasse suite à une procédure d'attribution ne pose pas de problèmes spécifiques quant à l'application de la directive « transfert d'entreprises ». En outre, les deux directives ne sont pas inconciliables en raison de leurs objectifs¹⁰³. Par ailleurs, il découle de la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics une obligation pour les pouvoirs adjudicateurs d'informer les soumissionnaires de toutes les conditions dont l'exécution d'un marché sera assortie afin que les soumissionnaires puissent en tenir compte lors de la préparation de leurs offres. Ainsi, un opérateur doit pouvoir évaluer si, en cas de succès de son offre, il aura intérêt à racheter des actifs significatifs à l'actuel titulaire du marché et à reprendre tout ou partie de son personnel ou s'il sera obligé de le faire et si, le cas échéant, il se trouvera dans une situation de transfert d'entreprise au sens de la directive 2001/23/EC¹⁰⁴.

¹⁰¹ Arrêts Tellerup, Süzen, Hidalgo e.a., Mayeur et Oy Liikenne précités. Par ailleurs, la directive s'applique également suite à une décision de transfert prise unilatéralement par une collectivité publique, en l'occurrence une commune (voir arrêt du 19.5.1992 dans l'affaire C-29/91, Sophie Redmond Stichting). En outre, la circonstance que le service transféré ait été concédé par un organisme de droit public, tel une commune, ne saurait exclure l'application de la directive dès lors que l'activité considérée ne relève pas de l'exercice de la puissance publique (affaires Collino, points 32, et Hidalgo e.a., point 24, précitées). Par contre, une réorganisation de structures de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques ne constitue pas un transfert d'entreprise (arrêt du 15.10.1996 dans l'affaire C-298/94, Henke; voir également l'affaire Mayeur précitée).

¹⁰² Voir notamment les points 21 et 22.

¹⁰³ Voir également les Conclusions de l'Avocat général Léger dans l'affaire C-172/99 précitée, notamment les points 28 à 37; voir également le point 22 de l'arrêt dans cette affaire.

¹⁰⁴ Arrêt Oy Liikenne précité, point 23.