

LES CLAUSES SOCIALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS

La politique des marchés publics est l'une des composantes de la politique du marché intérieur. Les directives en la matière visent à garantir la réalisation de la libre circulation des marchandises, la réalisation de la liberté d'établissement et la libre prestation de services effective en matière de marchés publics. Cette politique peut être réalisée tout en intégrant la poursuite d'autres objectifs dont ceux de la politique sociale. En 1996, la Commission a publié un document de consultation (« Livre vert ») sur « Les marchés publics dans l'Union européenne » dans lequel elle indiquait les conditions dans lesquelles les critères sociaux pouvaient jouer un rôle dans la procédure de passation des marchés publics. Toutefois, en 2008, certains arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ont introduit un doute sur l'étendue de ces potentialités.

L'introduction de considérations sociales dans l'attribution et l'exécution de ces marchés aurait pour objectif de répondre à d'autres préoccupations que celles strictement liées au critère économique. L'inclusion des aspects sociaux concerne notamment le respect de critères éthiques, le respect de clauses sociales et l'introduction d'une discrimination positive en faveur d'entreprises dont la mission est essentiellement sociale (par exemple, embauche de personnes handicapées). L'insertion de ces clauses dans l'ordre juridique communautaire au titre de dispositions obligatoires a été un échec témoignant du conflit d'intérêts qui règne entre la Direction générale (DG) Marché intérieur de la Commission et la DG Emploi et Affaires sociales.

Directives « marchés publics »

Les directives « marchés publics » (1) 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 public. Dans le prolongement du Livre vert de 1996, la Commission a adopté une communi-

cation sur « Les marchés publics dans l'Union européenne » en 1998. Elle y estime que le droit communautaire actuel des marchés publics offre un éventail de possibilités qui doivent permettre d'atteindre le but recherché. Cette communication a ensuite fait l'objet d'une communication interprétative en 2001 qui comporte les lignes directrices pour la prise en compte des aspects sociaux dans ces marchés. Ce texte, dépourvu de toute force juridique contraignante, se réfère aux contrats publics couverts par les directives CE en matière de marchés publics et à ceux qui ne sont pas couverts mais qui sont néanmoins soumis aux règles du traité. Il explique comment les préoccupations sociales peuvent être prises en compte, à chaque étape, tout en garantissant une utilisation rationnelle des deniers publics et un accès égal aux marchés publics à toutes les entreprises de la CE (voir la fiche n° 32).

1) LES MARCHÉS VISÉS PAR LES DIRECTIVES

La prise en compte de critères sociaux peut se faire à plusieurs niveaux, notamment :

a) au niveau de la définition de l'objet du marché : dans le cadre de marchés publics de travaux et de services, s'il existe dif-

férentes solutions pour répondre à ses besoins, l'adjudicateur est libre de définir contractuellement l'objet du marché qu'il considère comme correspondant le mieux à ses préoccupations sociales. En tant qu'organisme public, il doit néanmoins observer les principes de libre circulation des marchandises et de libre prestation des services.

b) au niveau des spécifications techniques : les directives « marchés publics » contiennent un ensemble de dispositions relatives aux règles en matière technique selon lesquelles les spécifications auxquelles doivent répondre les fournitures, les services ou les travaux doivent être indiquées dans le cahier des charges relatif à chaque marché. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires compatibles avec le droit communautaire. Celles-ci peuvent comprendre des exigences concernant par exemple la sécurité des produits, la protection de la santé ou de l'hygiène ou l'accès des personnes handicapées à certains bâtiments ou moyens de transports publics.

c) au niveau de la sélection des candidats : certaines dispositions permettent d'exclure au stade de la sélection des candidats ou des soumissionnaires qui violent les législations en matière sociale. Elles permettent, d'une part, l'exclusion d'un soumissionnaire qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations sociales. Elles autorisent, d'autre part, l'exclusion d'un soumissionnaire qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement pour tout délit affectant sa moralité professionnelle ou qui en matière professionnelle a commis une faute grave. Il en sera ainsi en cas de non-respect de la législation interdisant le travail clandestin.

2) LES MARCHÉS QUI NE SONT PAS VISÉS PAR LES DIRECTIVES

Les directives « marché public » ne s'appliquent qu'à certains marchés. Le droit communautaire laisse aux États membres la responsabilité de décider si des marchés publics non visés par les directives en question doivent ou non être soumis aux règles nationales en la matière. Les adjudicateurs restent libres pour ces marchés de définir et d'appliquer des critères de sélection et d'attribution sociaux, pourvu qu'ils respectent

les règles et les principes généraux du Traité CE. Ainsi, les pratiques réservant des marchés à certaines catégories de personnes, tels que les personnes handicapées ou les chômeurs pourront être admises.

Dispositions en matière sociale applicables aux marchés publics

A) PRINCIPES

Même si les directives « marchés publics » ne contiennent pas de dispositions spécifiques 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. De telles obligations peuvent aussi résulter de certaines conventions de l'OIT. En ce qui concerne les normes fondamentales du travail reconnues au niveau international, les principes de droits fondamentaux sur le lieu de travail définis par l'OIT s'appliquent dans leur intégralité aux États membres. Ainsi, les offres des soumissionnaires qui n'auraient pas tenu compte des obligations relatives aux dispositions de protection et aux conditions de travail indiquées par l'adjudicateur dans le cahier des charges ne pourront être considérées comme conformes à ce cahier.

B) LIMITES POSÉES PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE À L'APPLICATION DES DISPOSITIONS NATIONALES

L'application des dispositions pertinentes ne peut en effet se faire que si elles sont compatibles avec le droit communautaire. Ainsi, l'article 49 du Traité exige l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité. Est également interdite toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, de nature à entraver ou interdire les activités du prestataire établi dans un autre État membre.

C) DISPOSITIONS DE DROIT DÉRIVÉ PARTICULIÈREMENT PERTINENTES POUR LES MARCHÉS PUBLICS

1° *La directive 96/71 CE « détachement des travailleurs »* : elle prévoit une liste commune de règles de protection minimales que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs dans le cadre de la libre prestation de services (2). Dans le cadre des marchés publics, elle permet aussi de garantir que des règles du jeu égales soient appliquées à tous les soumissionnaires. Ce noyau dur de règles impératives de protection minimale repose soit sur des dispositions législatives, soit sur des conventions collectives déclarées d'application générale et porte notamment sur les périodes maximales de travail et les périodes minimale de repos ; la durée minimale de congés annuels payés ; le taux de salaire minimal, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail... La directive introduit donc certaines clauses sociales dans les relations entre un prestataire de services opérant dans un État membre et un destinataire de la prestation qui peut être une autorité publique située dans un autre État membre. Le prestataire qui détache ses travailleurs dans l'État membre d'accueil doit donc respecter un ensemble de prescriptions minimales de droit du travail en vigueur dans cet État. Ainsi, l'entrepreneur espagnol qui envoie ses ouvriers en Belgique pour honorer un contrat passé avec une autorité publique belge sera en principe tenu de payer à ses ouvriers un salaire au moins égal au salaire minimum prévu par la législation belge en vigueur. Et ce, même si ce salaire est supérieur à celui communément accordé en Espagne (lire toutefois ci-contre les arrêts de la Cour de justice des CE).

2° *La directive 2001/23/CE « maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise »* : un tel transfert pourrait se faire dans le cadre d'une attribution de contrats de service public ou à la suite de la passation d'un marché public comme par exemple l'adjudication d'un marché de services. Cette directive vise à assurer la continuité des relations de travail existantes de toute personne protégée en tant que travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit du travail. 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.

Arrêts de la Cour de justice des CE

En avril 2008, la Cour de justice des Communautés européennes a toutefois donné une interprétation très restrictive des dispositions permettant de lutter contre la concurrence salariale entre États membres. Les pouvoirs publics régionaux, tels que les Länder en Allemagne, peuvent-ils imposer aux entreprises qui remportent un marché public un niveau de salaire supérieur au salaire minimum obligatoire dans le pays ? Telle était la question à laquelle devait répondre la Cour européenne dans l'affaire Ruffert. Une entreprise allemande avait remporté un contrat pour des travaux de construction, dans le cadre d'un marché public du Land de Basse-Saxe. Cette entreprise avait sous-traité avec une firme polonaise. Du fait qu'une loi impose aux entreprises qui remportent un marché public d'appliquer le salaire de la convention collective locale, et qu'il y a en Basse-Saxe deux conventions collectives régionales – l'une fixant un salaire minimal pour les travailleurs du secteur du bâtiment, l'autre fixant un salaire supérieur pour certaines catégories de travailleurs –, l'entreprise obtint l'engagement de son sous-traitant qu'il respecterait le salaire minimal pour ses travailleurs détachés. Mais, suite à une inspection du travail sur le chantier, on découvrit 53 travailleurs polonais gagnant moins de la moitié du salaire minimum. Le contrat fut annulé. Les pouvoirs publics réclamèrent des frais, et l'entreprise entama une action en justice. Les règles des marchés publics en Basse-Saxe visant à lutter contre le dumping social étaient-elles incompatibles avec la libre prestation de services ? Dans son arrêt, la Cour relève notamment que la convention collective *régionale* de Basse-Saxe impose un salaire minimal supérieur à celui imposé par une loi allemande (niveau national). En outre, cette convention collective n'a pas été déclarée d'application générale et son effet contraignant ne s'étend qu'à une partie du secteur de la construction. La Cour en conclut que le niveau salarial imposé dans ce Land constitue une entrave à la libre circulation des services. D'un point de vue strictement juridique, les États membres sont en droit d'imposer des taux de salaire minimal aux travailleurs détachés. Mais pour ce faire, ils n'ont que trois solutions : la voie légale, une convention collective d'application générale, ou une convention collective ayant fait l'objet d'un accord entre les partenaires sociaux les plus représentatifs au niveau national (couvrant au moins 80 % à 85 % des travailleurs).

Éléments d'évaluation

Le Conseil européen de Lisbonne avait lancé un appel aux institutions européennes visant l'adoption de réforme économiques pour achever et rendre pleinement opérationnel le marché intérieur. La Commission a donc proposé en mai 2000 de refondre les directives existantes sur les marchés publics de fournitures, de travaux et de services afin de simplifier les textes pour une meilleure lisibilité des droits et obligations des entités impliquées ; de moderniser les règles pour permettre des mécanismes d'achats en lignes ; et pour accroître la flexibilité pour répondre aux besoins des acheteurs et opérateurs économiques. Aucune considération d'ordre sociale n'a été avancée par la Commission. Parmi les amendements adoptés par le Parlement européen sur cette proposition (dans le cadre de la procédure de codécision), l'un portait sur une meilleure inclusion des critères environnementaux et sociaux dans les procédures de passation des marchés. Le Conseil Marché intérieur est parvenu le 21 mai 2002 à un accord politique sur l'une des deux directives relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics, la directive dite « classique » sur la passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux (l'autre dite « directive secteurs spéciaux » concerne l'eau, l'énergie et les transports). Les ministres ont notamment abouti à un compromis ambigu sur la possibilité de prendre en compte des considérations sociales lors de l'adjudication des marchés. Le texte de l'accord permet clairement la prise en compte de critères environnementaux lors des adjudications, en classant les « caractéristiques environnementales » parmi les critères d'attribution. Le cas des critères sociaux, comme l'emploi obligatoire de personnes handicapées ou exclues du marché du travail, est beaucoup plus ambigu. La liste des critères d'attribution dans le corps même des directives n'inclut pas de considérations sociales. Les ministres ont toutefois précisé dans le préambule du texte que si l'égalité de traitement entre les candidats est garantie, *« le pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins, définis dans les spécifications du marché, propres à des catégories de population défavori-*

sées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux de fournitures, services objets du marché ». Alors que les critères environnementaux ont donc fait l'objet de dispositions obligatoires, les considérations sociales n'ont quant à elles été reprises que sous la forme de simples incitations. Le Conseil et le Parlement européen sont parvenus le 2 décembre 2003 à un accord sur les deux directives, au sein du comité de conciliation. Le Parlement européen a officiellement approuvé le texte de conciliation en session plénière le 29 janvier 2004, et le Conseil les a adoptées à la majorité qualifiée le 31 mars 2004.

Pour en savoir plus

- Bulletin quotidien Europe N° 8216, 23 mai 2002, N° 8071 du 17 octobre 2001
- Commission européenne, « Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne », COM (1998) 143 du 11 mars 1998.
- Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM (2001) 566 du 15 octobre 2001.
- Commission européenne, « Livre vert sur les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », COM (1996) 583 du 27.11.1996

Notes

(1) Directive 92/50/CEE du Conseil du 18.06.1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; directive 93/36/CEE du Conseil du 14.06.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et directive 93/37/CEE du Conseil du 14.06.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; directive 93/38/CEE du Conseil du 14.06.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(2) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Fiches d'information réalisées pour la Formation-Education-Culture (FEC : info@fecasbl.be) par l'Observatoire social européen avec le soutien financier de la Commission européenne et de la Communauté française. Ces fiches sont destinées à servir de support aux formations de la FEC et peuvent être reproduites dans ce but exclusif. Leur adaptation ou traduction n'est autorisée qu'avec l'accord écrit de l'auteur (info@ose.be) et moyennant citation complète de la source.