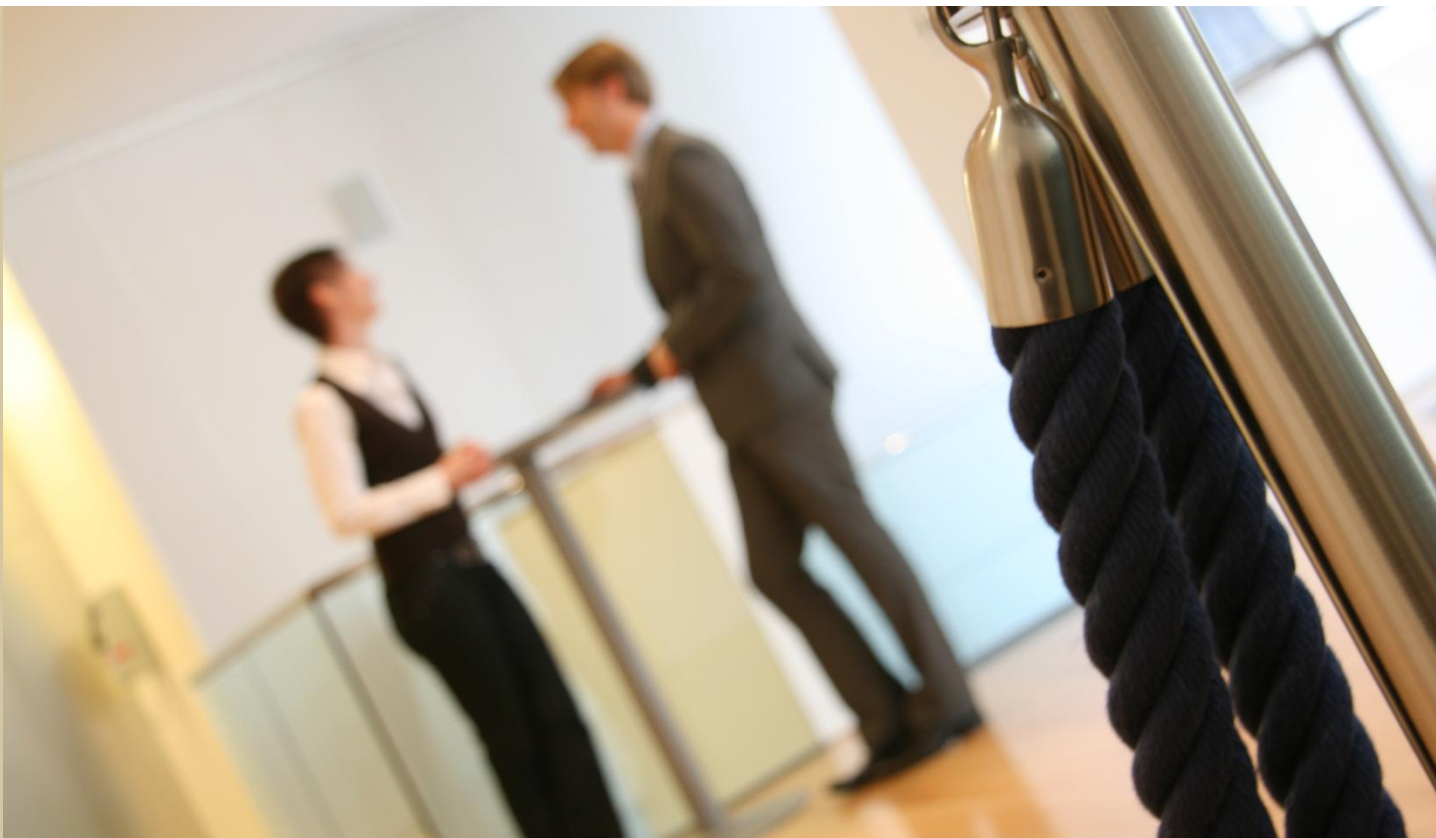


# DOCUMENTATION

## LE DROIT EUROPEEN DES PERSONNES HANDICAPEES ET LA CONVENTION DE L'ONU



**111DV67** Trèves, 23-24 mai 2011



# **Table des matières**



# **Le droit européen des personnes handicapées et la Convention de l'ONU**

Trèves, 23-24 mai 2011

## **Table des matières**

### **I. Informations générales**

- Liste des intervenants
- Liste des participants
- Questionnaire
- Demande de remboursement des frais de voyage

### **II. Contributions des intervenants**

- Delia Ferri
- Declan O'Dempsey
- André Gubbels
- Christopher Bovis
- Paul Lappalainen
- José Javier Soto Ruiz
- Francisco Bariffi

L'information contenue dans cette publication ne reflète pas nécessairement la position ou l'avis de la Commission européenne

### III. Documents pertinents

#### A. Législation

		Page
1.	Articles 2, 3 et 6 du Traité sur l'Union européenne (TUE)	1 – 2
2.	Articles 10 et 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, ex TCE)	3
3.	Articles 20, 21, 22, 25, 26 du Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne	4

#### B. La stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées

		Page
4.	Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité Stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées: un engagement renouvelé pour une Europe sans entraves. Bruxelles, le 15.11.2010. COM(2010) 636 final	5 – 18

#### C. La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées

		Page
5.	Décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées	19 – 46
6.	Protocole facultatif	47 – 50

#### D. Discrimination

	<b>Directive 2000/78 du Conseil</b>	Page
7.	Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail	51 – 58
<b>Jurisprudence de la CJUE</b>		Page
8.	Arrêt de la Cour du 11 juillet 2006, Affaire C-13/05, <i>Sonia Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA</i>	59 – 68
9.	Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, Affaire C-303/06, <i>S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law</i>	69 – 80

	<b>Nouvelle proposition de directive</b>	Page
<b>10.</b>	Proposition de Directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle. COM(2008) 426 final. Bruxelles, le 2.7.2008	81 – 104

## **E. Marchés publics et aides d'État**

		Page
<b>11.</b>	Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux	105 – 146
<b>12.</b>	Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services	147 – 190
<b>13.</b>	Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics	191 – 206
<b>14.</b>	Commission Staff Working Document - Buying Social: A guide to taking account of social considerations in public procurement. Brussels, 19.10.2010. SEC(2010) 1258 final  <i>(document pas disponible en français)</i>	207 – 264
<b>15.</b>	Règlement (CE) No 2204/2002 de la Commission du 12 décembre concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi	265 – 276

## **F. Autres**

		Page
<b>16.</b>	List of secondary legislation relevant to "disability"	277 – 281





# **Informations générales**



***EU Disability Law and  
the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
Trier, 23-24 May 2011***

***Le droit européen des personnes handicapées et  
la convention de l'ONU  
Trèves, 23-24 mai 2011***

**List of speakers/Liste des intervenants**

**Professor Francisco Bariffi  
Deputy Director  
Center for Human Rights Research  
and Education  
National University of Mar del Plata  
25 de mayo 2855, 8º piso  
AR - 7600 MAR DEL PLATA  
and  
Academic Coordinator  
Ibero- American Network of Experts  
on the United Nations Convention  
on the rights of persons with  
disabilities  
Colon 3130, 9º A  
AR - 7600 MAR DEL PLATA**

**Professor Christopher Bovis  
School of Law  
University of Hull  
Cottingham Road  
UK - HULL HU6 7RX**

**Avv. Delia Ferri, Ph.D.  
Studio Legale Segna  
Piazza Renato Simoni, 38  
IT - 37122 VERONA**

**André Gubbels  
Direction générale Personnes  
Handicapées  
Service Public Fédéral Sécurité  
Sociale  
Boulevard du Jardin Botanique 50,  
boîte 150  
BE - 1000 BRUXELLES**

**Paul Lappalainen  
Head of equality promotion  
Swedish equality ombudsman  
Box 3686, Torsgatan 11  
SE - 103 59 STOCKHOLM**

**Declan O'Dempsey  
Cloisters  
Chambers of Brian Langstaff QC  
1 Pump Court, Temple  
UK - LONDON EC4Y 7AA**

**José Javier Soto Ruiz  
Notary  
C/ Caridad, nº 5  
ES - 06100 OLIVENZA (BADAJOZ)**



***EU Disability Law and  
the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
Trier, 23-24 May 2011***

***Le droit européen des personnes handicapées et  
la convention de l'ONU  
Trèves, 23-24 mai 2011***

**List of participants/Liste des participants**

**Mihai-Andrei Airinei, LL.M.**  
Legal Advisor  
Romanian Parliament  
Bd Aviatorilor 52, et. 3, ap. 10  
RO - BUCHAREST

**Silvia Assennato**  
Avvocato  
Studio Assennato  
Via Carlo Poma 2  
IT - 00195 ROMA

**Dalia Aleksejūnienė**  
Adviser  
Office of the Parliament of Lithuania  
Gedimino ave. 53  
LT - 01109 VILNIUS

**Anne Kirstine Kristensen Bækgaard**  
Senior Adviser  
The Ministry of Social Affairs  
Holmens Kanal 22  
DK - 1060 COPENHAGEN

**Prof. Dr. Klaus Michael Alenfelder**  
Rechtsanwaltskanzlei  
Wolfsgasse 8  
DE - 53225 BONN

**Marte Bauge**  
Executive Officer  
Anti-Discrimination Ombud  
Mariboegate 13  
NO - 1178 OSLO

**Arisdeidis Alestas**  
Senior Investigator  
Greek Ombudsman  
Pratinou 38  
GR - 11634 ATHINA

**Josep Boada**  
Col. Advocats Terrassa  
Gabriel Querol, 21-23  
ES - 08221 TERRASSA

**João de Almeida**  
Ex Board Member  
ANCP-Agência Nacional de  
Compras Publica  
Rua Laura Alves N 4  
PT - 1050-138 LISBOA

**Maria Rosaria Bonello**  
Senior Investigating Officer  
Office of the Ombudsman  
11, St Paul's Street  
MT - VALLETTA1210 VLT

**Mónica Arbeláez**  
Legal Advisor  
Catalan Ombudsman  
Pag. Lluís Company 7  
ES - 08003 BARCELONA

**Raúl Vicente Boo**  
Uría Menéndez  
Colon 28  
ES - 46004 VALENCIA

***EU Disability Law and  
the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
Trier, 23-24 May 2011***

***Le droit européen des personnes handicapées et  
la convention de l'ONU  
Trèves, 23-24 mai 2011***

**List of participants/Liste des participants**

**Bojan Brstina  
Legal Council  
Anti-Discrimination Bureau  
Stockholm  
Bellmansgatan 15NB  
SE - 11847 STOCKHOLM**

**Selma Calik  
Head of Ankara Branch  
Spina Bifida Ass.  
Neyzen Tevfik sok. 40/3  
TR - MALTEPE / ANKARA**

**Zehra Pinar Celiker  
Consultant  
TBMM  
Ana bina No:300  
TR - 06543 ANKARA**

**Constantin Cojocariu  
Lawyer  
Interights  
Tottenham Road  
UK - LONDON N14ER**

**Gaetano De Luca  
Ledha  
Via Livigno 2  
IT - 20158 MILANO**

**Zuzana Durajová  
Legal Monitor  
MDAC  
Buresova 6  
CZ - 602 00 BRNO**

**Sabrina Ferraina  
Research & Development Officer  
EASPD  
Avenue d'Auderghem 63  
BE - 1040 BRUXELLES**

**Aneta Genova Mircheva  
Lawyer / Legal Monitor (Bulgaria)  
Mental Disability Advocacy Center  
(MDAC)  
Varbotsa Str. 7 (Bulgarian Helsinki  
Committee)  
BG - 1504 SOFIA**

**Kira Hallberg  
Project Manager  
The Danish Institute for Human  
Rights  
Strandgade 56  
DK - 1401 COPENHAGEN K**

**Rainer Hiltunen, LL.M.  
Head of Office  
Ombudsman for Minorities  
P.O. Box 26  
FI - 00023 GOVERNMENT**

**Dil Jaffer  
The Lewisham Hospital  
University Hospital Lewisham  
High Street  
UK - LONDON SE13 6LH**

***EU Disability Law and  
the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
Trier, 23-24 May 2011***

***Le droit européen des personnes handicapées et  
la convention de l'ONU  
Trèves, 23-24 mai 2011***

**List of participants/Liste des participants**

**David Joyce  
Equality Officer  
Irish Trade Union Congress  
32 Parnell Square  
IE - DUBLIN 1**

**Sigita Kanapeckaitė  
VILTIS  
Kalvariju 143  
LT - 08221 VILNIUS**

**Can Karacan  
EU Assistant Expert  
Ministry of Labour and Social  
Security  
Inönü bulvari No:42 C Blok Kat:4  
Emek  
TR - 06520 ANKARA**

**Ewa Kędzior  
Specialist on Disability Issues  
NSZZ "Solidarnosc"  
ul. Waly Piastowskie 24  
PL - 80-855 GDANSK**

**Eve Kislov  
Public Procurement and  
State Aid Department  
Ministry of Finance  
Suur-Ameerika 1  
EE - 15006 TALLINN**

**Juha-Pekka Konttinen  
Treshold Association  
Siltasaarenkatu 4  
FI - 00530 HELSINKI**

**Dr. Zuzana Kovalová  
Legal Officer  
Mental Disability Advocacy Centre  
Hercegprímás utca 11  
HU - 1051 BUDAPEST**

**Irena Kowalczyk-Kedziora  
Administrative Officer  
Council of Europe  
Avenue des Droits de l'Homme  
FR - 67075 STRASBOURG Cedex**

**Mgr. Eva Kullová  
Zipp Bratislava spol. s.r.o.  
Mlynské Nivy 61/A  
SK - 82015 BRATISLAVA**

**An-Sofie Leenknecht  
Service Complaints of  
Discrimination  
Centre for Equal Opportunities  
Rue Royale 138  
BE - 1000 BRUXELLES**

**Pirkko Mahlamäki  
Secretary general  
Finnish Disability Forum  
Pb 30/Marjaniementie 74  
FI - 00030 IIRIS**

***EU Disability Law and  
the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
Trier, 23-24 May 2011***

***Le droit européen des personnes handicapées et  
la convention de l'ONU  
Trèves, 23-24 mai 2011***

**List of participants/Liste des participants**

**Ammar Makboul  
Development Officer  
The Equality Ombudsman  
PO Box 3686  
SE - 103 59 STOCKHOLM**

**Liisa Murto  
Finnish Federation Visually  
Impaired  
Marjaniementie 74  
FI - 00930 HELSINKI**

**Annika Pabsch  
Policy Officer  
European Union of the Deaf (EUD)  
Rue de la Loi 26/15  
BE - 1040 BRUXELLES**

**Soledad Pérez  
Disability State Observatory  
Parque de la Canadas n 35, 1 C-2  
ES - 06010 BADAJOZ**

**Konstantinos Pistiolis, LL.M.  
Senior Associate  
Alexiou & Kosmoloulos Law Firm  
34A Polymnias Str.  
GR - 15561 CHOLARGOS - ATHINA**

**Juta Saarevet  
Head of Legal Policy  
Ministry of Social Affairs  
Gonsidri 29  
EE - 15027 TALLINN**

**Tomás Salas  
Legal Advisor  
FUTUEX (NGO)  
Plaza de Santa Maria n 5  
ES - 06100 OLIVENZA**

**Miquel Samper  
Col. Advocats Terrassa  
Gabriel Querol, 21-23  
ES - 08221 TERRASSA**

**Dr. Sibylle Seyr LL.M.  
Juristischer Dienst  
Europäisches Parlament  
KAD 05C015  
LU - 2929 LUXEMBOURG**

**Mag. Claudia Sprenger  
Researcher  
BIM  
Freyung 6/ 1. Hof / Stiege II  
AT - 1230 WIEN**

**Dr. Thomas P. Stähler  
BAR e.V.  
Solmsstr. 18  
DE - 60486 FRANKFURT / MAIN**

**Dumitru Strilciuc  
Legal Adviser  
N.S.R.P.T. "C.F.R. Calatori SA"  
Iuliu Maniu  
RO - 500091 BRASOV**



***EU Disability Law and  
the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
Trier, 23-24 May 2011***

***Le droit européen des personnes handicapées et  
la convention de l'ONU  
Trèves, 23-24 mai 2011***

**List of participants/Liste des participants**

**Lisa Taggart  
Senior Legal Officer  
Equality Commission NI  
7-9 Shaftesbury Square  
UK - BELFAST BT2 7DP**

**Tryggvi Þórhallsson  
Legal Adviser  
Samband islenskra sveitarfélaga  
Borgartún 30  
IS - 108 REYKJAVIK**

**Ágnes Varga  
Legal Advisor  
Public Procurement Council  
Margit krt. 85  
HU - 1024 BUDAPEST**

**Ulla Loevschal Wernblad, LL.M.  
Attorney-at-Law  
DI - Confederation of Industries  
H.C. Andersen Boulevard 18  
DK - 1787 COPENHAGEN**

**Dimitar Zlatonov  
Expert Public Procurement  
Ministry of Labour and Social Policy  
2 Triaditsa str.  
BG - SOFIA**

**Sandy Zoller  
Ministère de la Famille  
12-14 avenue Emila Reuter  
LU - 2420 LUXEMBOURG**



# ERA QUESTIONNAIRE SÉMINAIRE

Votre opinion nous importe. Afin de pouvoir organiser à l'avenir un séminaire qui réponde pleinement à vos attentes, nous vous prions de bien vouloir répondre aux questions suivantes.

En remerciement du questionnaire dûment rempli,  
vous recevrez un cadeau-souvenir de Trèves

## Le droit européen des personnes handicapées et la convention de l'ONU (111DV67)

### Votre profession

Avocat	<input type="checkbox"/>	Juge du siège	<input type="checkbox"/>	Police	<input type="checkbox"/>
Juriste d'entreprise	<input type="checkbox"/>	Procureur	<input type="checkbox"/>	Ministère	<input type="checkbox"/>
Fondation/NGO/etc.	<input type="checkbox"/>	Universitaire	<input type="checkbox"/>	Fonctionnaires de l'UE	<input type="checkbox"/>
Autre (merci de préciser) .....				Autre agent de l'Etat	<input type="checkbox"/>

### Communication

Connaissez-vous l'ERA avant de participer à cet événement ? oui  non

Comment avez-vous pris connaissance de la conférence?

E-Mailing	<input type="checkbox"/>	Annonce / Publicité	<input type="checkbox"/>
Site Web (www.era.int)	<input type="checkbox"/>	Où ? .....	
Un autre site Web	<input type="checkbox"/>	Programme semi-annuel	<input type="checkbox"/>
Lequel? .....		Mailing postal	<input type="checkbox"/>
Autres: .....		Bouche à oreille	<input type="checkbox"/>

### Qu'est-ce que vous avez particulièrement apprécié ?

---



---

### Qu'est-ce qui vous a particulièrement déplu ?

---



---

### Quelle est votre opinion sur la conférence ?

*très bon*  
*bonne*  
*satisfaisante*  
*passable*  
*mauvaise*

### Votre commentaire:

Quelle est votre opinion sur la conférence ?	<i>très bon</i>	<i>bonne</i>	<i>satisfaisante</i>	<i>passable</i>	<i>mauvaise</i>	Votre commentaire:
La manifestation a-t-elle répondu à vos besoins ?						
Avez-vous acquis des connaissances et des informations qui vous sont utiles?						
Serez-vous capable d'exploiter ces connaissances et ces informations dans votre travail ?						
Interprètes						
Documentation/ dossiers de conférence						
Programme de soirée						
Informations préalables						
Site internet (www.era.int)						
Déroulement du programme						
Assistance du personnel pendant le séminaire						

Nom des intervenants	<i>très bon</i>	<i>bonne</i>	<i>satisfaisante</i>	<i>passable</i>	<i>mauvaise</i>	Votre commentaire:
01 Delia Ferri						
02 Declan O'Dempsey						
03 André Gubbels						
04 Christopher Bovis						
05 Paul Lappalainen						
06 José Javier Soto Ruiz						
07 Francisco Bariffi						

**Quelle est votre opinion sur ...**

... le lieu du séminaire ?	<i>très bon</i>	<i>bonne</i>	<i>satisfaisante</i>	<i>passable</i>	<i>mauvaise</i>	Votre commentaire:
Équipements des salles de séminaire						

...l'hôtel ?	<i>très bon</i>	<i>bonne</i>	<i>satisfaisante</i>	<i>passable</i>	<i>mauvaise</i>	Votre commentaire:
Hôtel Arcadia						

**En général**

En fonction de quel(s) critère(s) choisissez-vous les conférences/formations?

- Le besoin de formation     
 Les possibilités de networking     
 Le caractère pratique  
 Les intervenants     
 Le lieu     
 Les échanges avec des collègues étrangers  
 autre : .....

Conseillerez-vous l'ERA à d'autres collègues?      oui       non   
 pour quelle raison?  
 .....

Sur quels autres thèmes, l'ERA devrait-elle organiser des séminaires?  
 .....

**Votre tranche d'âge (optionnel)**

moins de 30       30-39       40-49       50-60       plus de 60

à renvoyer à Sarah Jung avant le 24 juillet 2011

## DEMANDE DE REMBOURSEMENT DES FRAIS DE VOYAGE

Seuls les reçus et billets originaux sont acceptés.



Thème du séminaire

Numéro du séminaire

Madame/Monsieur   
Institution   
Adresse   
Code postal  Lieu  Pays   
Téléphone  Fax  Email

Compte bancaire en Allemagne		Compte bancaire à l'étranger	
Numéro de compte	<input type="text"/>	IBAN	<input type="text"/>
Code de la banque	<input type="text"/>	BIC/SWIFT	<input type="text"/>
Banque	<input type="text"/>		
Adresse	<input type="text"/>		
Titulaire du compte	<input type="text"/>		
Adresse du titulaire du compte	<input type="text"/>		

Participation comme  Intervenant  Participant

Type de dépenses	Nombre des reçus		Montant en €
Billet(s) d'avion	<input type="text"/>		<input type="text"/>
Billet(s) de train	<input type="text"/>		<input type="text"/>
Voiture (€0,22/Km) <small>(Veuillez émettre une facture)</small>		Km. <input type="text"/>	<input type="text"/>
Bus/Taxi	<input type="text"/>		<input type="text"/>
Hôtel	<input type="text"/>		<input type="text"/>
Autres	<input type="text"/>		<input type="text"/>
<b>Somme</b>	<input type="text"/>		<input type="text"/>

Les frais indiqués m'ont été effectivement occasionnés et sont justifiés par des reçus ou billets de train/d'avion. Seuls les reçus et billets originaux sont acceptés. Je certifie l'exactitude des indications fournies.

Lieu, Date  Signature

**A compléter par l'ERA !**

Tampon de l'ERA

Conforme aux faits  
Date   
Signature



# **Contributions des intervenants**





**Delia Ferri**



## **Avv. Delia Ferri, Ph.D.**

Delia Ferri graduated in Law *magna cum laude* at the University of Verona Faculty of Law. Her LLB thesis in constitutional law was awarded “*Premio Dugoni 2003*”. In 2006, Delia Ferri earned a Diploma in EU Legal Practice from the Central European University of Budapest. In 2007, she had a Doctorate in European and Italian Constitutional Law from the University of Verona Faculty of Law with excellent results. In 2009, her doctoral thesis was awarded the national prize “*Premio Ettore Gallo 2008*”. From April 2008 to June 2008, she was Visiting Fellow in the Department of Law at European University Institute (San Domenico di Fiesole-Florence).

Currently, Delia Ferri is qualified and practicing attorney at law in Italy, registered at Verona Bar. She works as of counsel for a law firm in Verona.

Since 2006 she has also worked as of counsel for *Germann Avocats* (Geneve) and, in 2009/2010, she was consultant for the European Foundation Center (Brussels) within the *Study on challenges and good practices in the implementation of the UN Convention on the rights of persons with disabilities*, executed by the EFC for the European Community, represented by the European Commission, DG EMPL/G/3, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.

At present, Delia Ferri is also is *Cultore della materia* in Comparative Public Law at the University of Verona Faculty of Law and *Cultore della materia* in Public Law at the University of Verona Faculty of Litterature.

Delia Ferri is author of a book and several articles published in leading Italian and international law reviews predominantly covering the fields of EU law and comparative and Italian constitutional law, focussing on fundamental rights issues.



## Introduction to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities:

Development and Purpose of the UNCRPD, General  
Principles and Obligations for the Contracting States

avv. Delia Ferri, Ph.D.

SEMINAR FOR LEGAL AND POLICY  
PRACTITIONERS

**Trier, 23-24 May 2011**

**ERA Conference Centre**

*[Provisional Version 16 May 2011]*

## *INTRODUCTION TO THE UN CRPD*

1. Development of international standards on disability
2. Overview of the UN CRPD: Rationale, Structure, General Obligations
3. General Principles, specific obligations and practical approaches



I.  
**Development of international standards on disability**



*Early Efforts to Develop International Standards on Disability*

<b>1971</b>	<b><i>Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons</i></b>	It stipulates that a person with an intellectual impairment is accorded the same rights as any other person
<b>1975</b>	<b><i>Declaration on the Rights of Disabled Persons</i></b>	It proclaims the equal civil and political rights of all disabled persons, and sets out standards for equal treatment and access to services

*The 1980s witnessed noteworthy progress...*


<b>1981</b>	<b><i>International Year of Disabled Persons (United Nations)</i></b>
<b>1982</b>	<b><i>World Programme of Action concerning Disabled Persons</i></b> ( <a href="http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=23">http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=23</a> )
<b>1982 - 1992</b>	<b><i>International Decade of Disabled Persons (United Nations)</i></b>

*Towards Rights-Based Standards on Disability...*

<b>1993</b>	<b><i>UN Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities</i></b> ( <a href="http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=26">http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=26</a> )	<p>The Standard Rules consists of 22 rules and incorporate the <b>human rights perspective</b>. The rules consist of four chapters (preconditions for equal participation, target areas for equal participation, implementation measures, and the monitoring mechanism ) and <b>cover all aspects of life of disabled persons</b>.</p> <p>The rules provide <b>detailed guidelines</b> for policy development and implementation</p>
-------------	---	--

*In December 2001 the General Assembly established an Ad Hoc Committee to consider enacting a disability-based human-rights instrument...*

On August 25, **2006**, the Ad Hoc Committee adopted the CRPD.



On December 13, **2006**, the UN General Assembly adopted the CRPD together with its Optional Protocol by consensus

*The negotiation of the CRPD in a little over two years time is an unique achievement...*

...Equally unprecedented was the participation of persons with disabilities and their representative associations in the negotiation process.

Numerous position papers and side events were aimed at raising awareness and lobbying delegations. Civil society was present throughout all the discussions.



*The UN CRPD is the first human rights treaty of the 21st century, and represents the official recognition of disability as a human rights issue...*

On March 30, **2007**, the CRPD and its Optional Protocol were opened for signature



**On May 3, 2008** the CRPD entered into **force** (in compliance with Art. 45 CRPD).

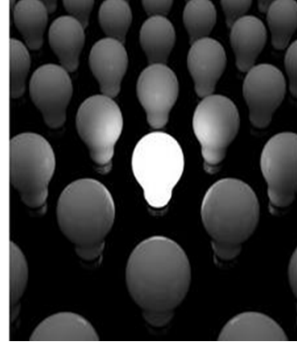
## II. THE UN CRPD

*The rationale*  
*The structure*  
*The general Obligations*



## UN CRPD RATIONALE

- The Convention establishes a comprehensive framework to **protect** and **promote** the rights of persons with disabilities
- The Convention does not seek to create new rights for disabled persons, but rather elaborates and clarifies existing human rights obligations within the disability context
- The Convention categorically affirms the **social model of disability**



## Art. 1 UN CRPD

*“The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.”*

*Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others”.*




**What obligations arise from Art. 1?**

*The CRPD has entirely adopted the social model of disability...*

- The Convention see disability as a *social construct*.
- It is the society as a whole that is responsible for creating barriers to full participation of persons with disabilities, and it is the society as a whole that has the responsibility to remove them.

## *Structure of the Convention*

- The UN CRPD includes **twenty-five** preambular paragraphs and **fifty** Articles.
- 
- Introductory set of provisions outlining **purpose** (Art. 1) and key **definitions** (Art. 2),
  - **Articles of general (cross-cutting) application**, to be applied across the treaty text (**Articles 3-9**)
  - **Specific substantive rights** elaborated across the full spectrum of civil, political, economic, social and cultural rights (**Articles 10 to 30**).
  - **System of monitoring and implementation** (Articles 31 to 40).
  - **Final provisions** that govern the operation of the Convention (Articles 41 to 50).

## *Rights in the Convention*

- Right to life, liberty and security of the person (articles 10 & 14)
- Equal recognition before the law and legal capacity (article 12)
- Freedom from torture (article 15)
- Freedom from exploitation, violence and abuse (article 16)
- Right to respect physical and mental integrity (article 17)
- Freedom of movement and nationality (article 18)
- Right to live in the community (article 19)
- Freedom of expression and opinion (article 21)
- Respect for privacy (article 22)
- Respect for home and the family (article 23)
- Right to education (article 24)
- Right to health (article 25)
- Right to work (article 27)
- Right to adequate standard of living (article 28)
- Right to participate in political and public life (article 29)
- Right to participation in cultural life (article 30)

## *Art. 31*

- Art. 31 introduces a new element to human rights treaties and requires State Parties to specifically acquiring disability data and statistics to facilitate UN CRPD implementation.
- Disability data collection should enable Parties to formulate, implement, monitor, evaluate policies and programs, in order to give effect to the CPRD.
- Art. 31(2) requires disability data to be *disaggregated* in order to be used for monitoring purposes
- Art. 31(3) requires States Parties to ensure that this information is disseminated to persons with disabilities in accessible formats and to other interested parties

## Art. 32



- The UN CRPD expressly recognizes the role that international cooperation and disability inclusive development can play in support of national implementation efforts.
- Article 32 identifies a range of measures that States Parties can take within the framework of international cooperation, including:
  1. **capacity building, including through the exchange and sharing of information, experiences, training programs**
  2. **research programs and the facilitation of access to scientific knowledge; and**
  3. **technical and economic assistance, including the facilitation of access to accessible and assistive technologies**

## *System of monitoring and implementation*

### **Mechanism of internal follow-up (Art. 33)**

Art. 33(1) UN CRPD states that Parties to the Convention must designate “one or more **focal points** within their governments for matters relating to the implementation of the Convention”, and they can designate a **coordination mechanism**.

Art. 33(2) requires Parties to designate or establish a ‘**framework**, including one or more independent mechanisms’, to promote, protect and monitor the implementation of the Convention.

The CRPD creates an international monitoring body along the lines of other core human rights treaties...

- The **Committee on the Rights of Persons with Disabilities** is the body of **12 independent experts** which monitors implementation of the Convention by the States Parties
- All **States parties are obliged to submit regular reports to the Committee on how the Convention is being implemented**
- The **Committee examines each report** and shall make such **suggestions** and general **recommendations** on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned

### *The Optional Protocol*

- 18 articles
- It introduces two procedures to strengthen the implementation of the Convention:
  - A. The **individual communication** procedure permits individuals and groups of individuals (the petitioner) in a State Party to complain to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities that the State has breached one of its obligations under the Convention.
  - B. If the Committee receives reliable information indicating grave or systematic violations of the Convention by a State, an **enquiry** can be opened.

## *General Obligations*

- Article 4 of the CRPD expressly requires Parties to give effect to Convention within their domestic legal orders
- Among other obligations, it requires Parties: to **adopt** legislative, administrative and other measures to implement the Convention; to **abolish** or **amend** existing laws, regulations, customs and practices that discriminate against persons with disabilities; to **refrain** from engaging in any act or practice that is inconsistent with the Convention; to **ensure** that public authorities and institutions act in conformity with the Convention; and to **adopt** an inclusive approach to protect and promote the rights of persons with disabilities in all policies and programmes.

## *General Obligations*

- The Convention requires:
  - **A scoping exercise to measure compliance with the Convention across laws, bylaws and regulatory schemes.**
  - **Enactment of legislation (amendment of existing acts, repeal of inconsistent legislation...)**
- But also...
  - **Training on disability rights**
  - **Research and development of accessible goods, services and technologies for persons with disabilities**
  - **Accessible information about assistive technology**
- ...and disability should be mainstreamed into policy formulation

## *General Obligations*

Article 4 must be read in conjunction with Article 33 of the UN CRPD, which recommends States Parties to give due consideration to the establishment or designation of a governmental coordination mechanism to facilitate **cross-sectoral and multi-tiered implementation.**

## *General Obligations*

- Article 4 requires the consultation with and **involvement of persons with disabilities** in developing and implementing legislation and policies and in decision-making processes concerning UN CRPD rights





### III. General Principles, specific obligations and practical approaches



## *General Principles*

- **Article 3 enunciates the general principles upon which the CRPD is based**
- **Some of the general principles are evident in other articles of general application (e.g. Article 5, non-discrimination and equality; Accessibility, Article 9) or in articles of specific obligation (e.g. Political Participation)**

“ The principles of the present Convention shall be:

- (a) Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one’s own choices, and independence of persons;
- (b) Non-discrimination;
- (c) Full and effective participation and inclusion in society;
- (d) Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity;
- (e) Equality of opportunity;
- (f) Accessibility;
- (g) Equality between men and women;
- (h) Respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities”

## *Unpacking the general principles...*



## *Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons*

- The concept of personal autonomy includes the right to establish details of one's identity as a human being, the right to make choices over her/his own body, in all matters relating family and relationships, the right to privacy and the freedoms of thought, conscience and religion.
- This principle closely matches with: **Art. 12** (Equal recognition before the law) which addresses the issue of *legal capacity*, and confirms that persons with disabilities “enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life”, with **Art. 23** (Respect for family and home), and with **Art. 18** which recognizes *inter alia* “the rights of persons with disabilities [...] to freedom to choose their residence”

## *Living independently (Art. 19)*

- Article 19 recognises the right of persons with disabilities to **live independently** and be included in the community.
- **Article 19** can be seen as a logical extension of Article 12, in the sense that recognition of legal capacity restores the „power“ of persons with disabilities to decide about their own lives, while the right to independent living paves the way for persons with disabilities to choose how to live their lives

## *Equality and non-discrimination*

### **Art. 3**

**(b) Non-discrimination;**

[...]

**(d) Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity;**

**(e) Equality of opportunity;**

[...]

**(g) Equality between men and women (Art. 6)**

### **Art. 5**

- “1. States Parties recognize that all persons are **equal before and under the law** and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law.
2. States Parties shall **prohibit all discrimination** on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.
3. In order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to **ensure that reasonable accommodation is provided**.
4. Specific **measures which are necessary to accelerate or achieve de facto equality** of persons with disabilities shall not be considered discrimination [...]

## *Equality and non discrimination*

Parties are required:

- To **combat any form of discrimination** (as defined by Art. 2), including **multiple discrimination**  
“Discrimination on the basis of disability means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation”
- To ensure **equality of opportunity**, either by adopting a range of measures usually referred to as “**positive actions**” to compensate for disadvantages, or by providing for specific measures to **remove individual and environmental (physical) barriers** which inhibit participation in society (Art. 5)

## Full and effective participation and inclusion in society

- Participation and inclusion should be understood very broadly
- Participation should be understood well beyond the political participation (and the voting context).
- The principle of participation is further elaborated in **Art. 29** (Participation in political and public life), but miscellaneous articles of the CRPD make reference to participation.
- This principle must be read in conjunction with **Arts. 4** and **33**, which envisage participation of people with disabilities to the implementation of the Convention and to the monitoring of the implementation.

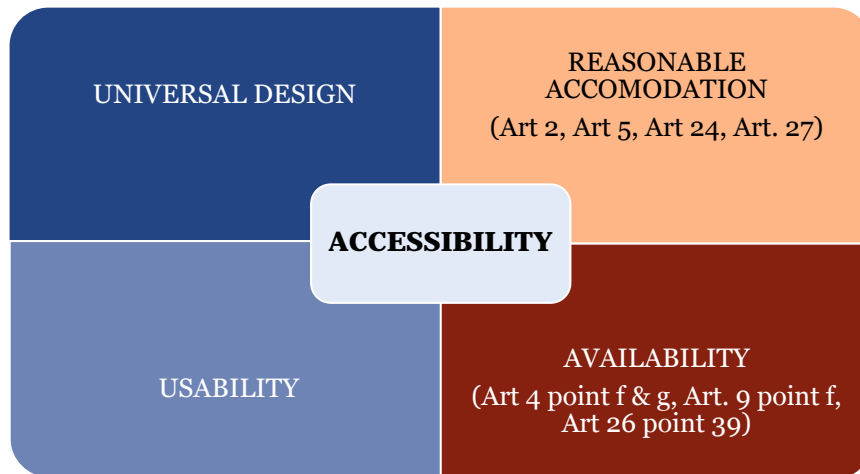
## *Accessibility*

- Preamble (point V)
- Article 3 on general principles (point 3 f)
- Article 4 on general obligations (accessible information, point 4 h)
- Article 21 on access to information (points a, c and d)
- Article 31 on accessibility to statistical and research data of relevance for the realization of CRPD
- Article 49 on ensuring that CRPD is available in accessible formats

## *Accessibility*

- It is one of the key general principles and main normative directions of the Convention
- ‘Accessibility’ means that persons with disabilities can access, on an equal basis with others, to **physical environments**, to **transportation**, to **information** and **communication**, including information and communication technologies and systems, and to other **facilities** and **services** open or provided to the public, both in urban and in rural areas. (Art. 9 para 1)

*The UN CRPD makes references to 4 concepts that are related to accessibility*



## *Accessibility*

- Accessibility gives rise to specific applications in other substantive articles: **accessibility rights** in the UN CRPD serve the function of facilitating access in various contexts, including generally in public and private spheres, as well as specifically, in the **access to justice (Art. 13)** and political decision-making contexts (**Art. 29**).

## *Art. 13 (Access to justice)*

“States Parties shall ensure **effective access to** justice for persons with disabilities on an equal basis with others, including through the provision of **procedural** and age-appropriate accommodations, in order to facilitate their effective role as direct and indirect participants, including as witnesses, in all legal proceedings, including at investigative and other preliminary stages.

In order to help to ensure effective access to justice for persons with disabilities, States Parties shall promote appropriate training for those working in the field of administration of justice, including police and prison staff”.

## *Practical approaches...*



- These principles are *benchmarks* against which national law frameworks must be assessed
- These principles must be used to interpret national provisions
  - **Trib. Catanzaro 9.094.2009**
  - **Trib. Varese 06.10.2009**
  - **Slovenian Const. Court 13.11.2008**
  - **Italian Const. Court 80/2010**



**THANK YOU  
FOR YOUR ATTENTION**

**Avv. Delia Ferri, Ph.D.**  
Delia.ferri@hotmail.it



**Declan O'Dempsey**



**André Gubbels**



## **André Gubbels**

André Gubbels est Directeur général au Service Public Fédéral Sécurité Sociale. Il est responsable de la Direction générale Personnes Handicapées, laquelle gère différents régimes de prestations en espèces destinées aux personnes handicapées en Belgique.

Il a été auparavant Inspecteur général à l'Agence wallonne pour l'Intégration des personnes handicapées (2002-2006). Entre 1996 et 2002, il a été expert au sein de la Direction générale Emploi et Affaires sociales de la Commission européenne. Il a été aussi dans plusieurs cabinets ministériels belges conseiller auprès de Ministres en charge des Affaires sociales et de la Santé (1989-1994) et fonctionnaire au Fonds national de reclassement social des handicapés (1983-1988).

Il est licencié en Droit de l'Université de Liège. Il coordonne une revue consacrée à la réglementation relative au handicap en Belgique.



# **Disability and Employment: Novelties of the UNCRPD**

André Gubbels

## **Overview of the Presentation**

- The employment rights for persons with disabilities and the correlative duties of the States under the UNCRPD
- The meaning of a human rights based approach to employment policies and practices for persons with disabilities and its practical implications
- A case study of this approach re disability benefits schemes

## The UNCRPD - The Key Principles

- Respect for inherent dignity, individual autonomy and independence
- Non-discrimination
- Full and effective participation and inclusion in society
- Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity
- Equality of opportunity
- Accessibility

## The UNCRPD - The Content Areas

- **Civil and political rights** : Right to life, Equal recognition before the law, Equality, Access to justice, Liberty and security of person, Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Freedom from exploitation, violence and abuse, Protecting the integrity of the person, Liberty of movement and nationality, Freedom of expression and opinion, and access to information, Respect for privacy, Respect for home and the family, Participation in political and public life.
- **Economic, social and cultural rights** : Living independently and being included in the community, Personal mobility, Education, Health, Habilitation and rehabilitation, Work and employment, Adequate standard of living and social protection, Participation in cultural life, recreation, leisure and sport.



## Employment Rights under article 27 of the CRPD

- States Parties shall safeguard and promote the realization of the right to work by taking appropriate steps, including through legislation, to, inter alia:
  - Prohibit discrimination on the basis of disability
  - Enable persons with disabilities to have effective access to placement services and vocational and continuing training;
  - Promote opportunities for self-employment, entrepreneurship, the development of cooperatives;
  - Employ persons with disabilities in the public sector;
  - Promote the employment of persons with disabilities in the private sector through appropriate policies and measures, which may include affirmative action programmes, incentives and other measures;
  - Ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace;
  - Promote vocational and professional rehabilitation, job retention and return-to-work programmes for persons with disabilities.

## Typology of duties imposed on the States by Article 27 of the UNCPRD

Respect	Protect	Fulfill	
<p style="text-align: center;">↓</p> <p>Do not interfere in the enjoyment of human rights : <i>e.g. refrain to put obstacles for persons disabilities to earn a living through work that is freely chosen in an open and inclusive work environment</i></p>	<p style="text-align: center;">↓</p> <p>Take steps to ensure that third parties do not interfere in the enjoyment of human rights : <i>e.g. prohibit employers to discriminate persons on basis of disability</i></p>	<p style="text-align: center;">↓</p> <p>To facilitate : <i>e.g. take measures to promote employment of persons with disabilities in the private sector through appropriate policies and measures</i></p>	<p style="text-align: center;">↓</p> <p>To provide : <i>e.g. organize comprehensive rehabilitation services in the areas of employment services</i></p>

## What is really new in the UNCRPD

- The UNCRPD proposes a new framework for understanding disability and human rights.
- The UNCRPD does not only endorse the principle of equality by outlawing disability discrimination but it also demands more than equal treatment for persons with disabilities. It mandates for an holistic and integrate human rights approach to address social and economic inequality faced by persons with disabilities.
- The UNCRPD attach as much importance to the process than as to the outcomes. It requires services, supports, programs, and funding allocations to have participatory, inclusive aims and principles built into their designs.

## A new meaning of disability

	Medical approach to disability	Social approach to disability
Definition of disability	An individual is limited to participate by is/her impairment	An individual with an impairment requires access to participate
Strategy to address the issue	Fix the individual, correct the deficit	Remove barriers, alter the physical and social environment to provide access
Methods to address disability	Provide medical, vocational or psychological rehabilitation segregated services	Provide supports, e.g., assistive technology, personal assistance
Legal Provisions	Specific social welfare benefits, labelling as dependents or unemployable	Antidiscrimination legislation, accessibility standards
Sources of interventions	Specialised professionals, clinicians and other rehabilitation providers	Peers, mainstream public and private services
Role of persons with disabilities	Patients, beneficiaries, incapables, dependents	Citizens, consumers, customers, decision makers

## The meaning of human rights

- To have a particular right is to have a **claim** on other people or institutions that they should help or collaborate in ensuring access to some freedom.
- The mere invoking of laudable goals and reasons for action does not yield specific duties on the part of other people or social institutions to promote the achievement of an specified level of social progress, or of its components.
- With the invoking of rights and duties comes a host of related concerns, such as **accountability, culpability and responsibility**.

## Needs vs Rights

What is required/necessary/specific	What is inherent to every human being
Needs are to be met or satisfied	Human Rights are to be realized
Needs do not necessarily imply duties	Human Rights always imply correlative duties
Needs can be met by charity and benevolence	Charity is seldom mandatory, rights always are
Needs are often associated with non-legal commitment or promises	Rights are always associated with legal obligations
Needs can be ranked a priori in a hierarchy	Rights cannot be ranked in a hierarchy

## Practical implications

- If persons with disabilities are granted a **claim (right) to work** – it implies that others have **duties** (or obligations) to ensure that the right is realized.
- It means much more than that it would be a “good thing” for every person with disabilities to have a job or, even, that every disabled person should have a job.
- In asserting this right we are claiming that if persons with disabilities avoidably lack access to employment, there must be some **culpability somewhere in the social system**.

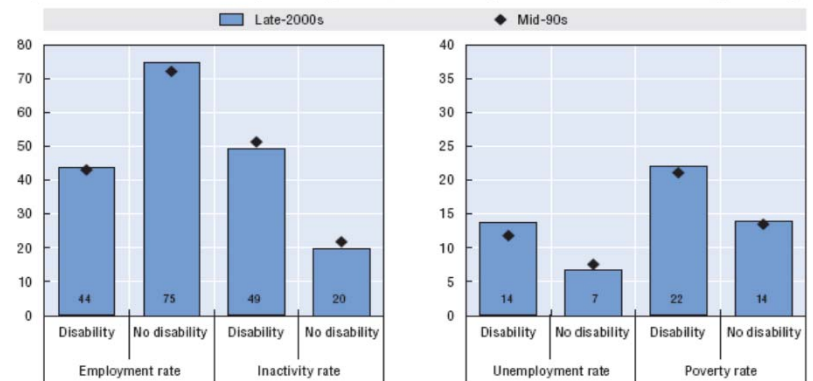
*“Thus, monitors should be asking what society has done or not done which is obstructing the full enjoyment of ...[persons with disabilities’] rights – not how their physical or mental impairment has affected the enjoyment of their rights”.*

Office of the Commissioner for Human Rights (2010)

## Do persons with disabilities enjoy effective employment opportunities?

Figure 1.2. **Social and economic integration of persons with disability is lagging behind**

Key labour market indicators,<sup>a</sup> by disability status, OECD average,<sup>b</sup> late 2000s and mid-1990s, percentages



a) Employment rate: employment as a percentage of working-age population; Inactivity rate: inactive population as a percentage of working-age population; Unemployment rate: unemployed as a percentage of the labour force; Poverty rate: percentage of people with disability in households with less than 60% of the median adjusted disposable income.

b) The OECD average is an unweighted average across 27 OECD countries (excluding Japan, New Zealand and Turkey).

## Key barriers to labour market participation for persons with disabilities

- These key barriers include :
  - low levels of education/skills
  - attitudes/behaviour
  - lack of access
  - lack of workplace supports
  - design of income protection programs
- Although discrimination at the workplace is plainly a major problem for persons with disabilities, many individuals with disabilities face significant barriers to employment that operate well before they are ever in a position to be discriminated against by an employer.

## Reassessing States duties viz right to work under the Convention

- Assessing :
  - The existence of laws, policies and programs to respect, protect and fulfill equal employment opportunities for persons with disabilities
  - The state's efforts (inputs) to meet its obligations / sufficiency in spending
  - The programmes performance (outputs, outcomes) / efficiency in spending
  - The programmes principles and process : do they foster dignity, autonomy and independence, full and effective participation and inclusion in society /adequacy in spending

## A case study

When benefits become barriers



So what you're saying is, that I have to be declared disabled and unable to work before I am allowed to go to work?

## What is the issue around the design of some disability benefits?

- The system acts as a strong work disincentive
  - The vast majority of the schemes requires that a person be out of the workforce entirely and be incapable of performing any work that would provide sufficient income for basic support
  - They force people to make a choice ; either seeking benefits and give up economic independence, either support themselves through work, despite significant risks

## Old assumptions and new paradigms in employment programmes for people with disabilities

- *From* "Disability = inability to work"  
*Towards* "People need support to work"
- *From* "Inability to work is medically determinable"  
*Towards* "It is medically impossible to define a line between those who can work and those who cannot"
- *From* "Work as a burden : the price to pay to get the things that make life enjoyable"  
*Towards* "Work as a social good : the road to personal satisfaction, self-worth, social status, belonging"
- *From* "Income security as a gift"  
*Towards* "Income security as a right"
- *From* "Only full time paid work deserves respect"  
*Towards* "Paid work is not the only way to participate in the community"

## **Conclusion: barriers to human rights in-built into policy design and implementation**

- States should redesign their relevant disability support programs according to the following features :
  - Participation expectations for all
  - Work expectations for many, but not all
  - Access to comprehensive, integrated services that support community participation and employment
  - Operating principles : accessibility, equity, adequacy, portability, responsiveness and consumer control

## **Advancing the application of employment rights under the UNCRPD**

*“Effective Convention implementation must result in a human rights practice that includes law reform or court-based advocacy, but also moves beyond it to include strategies that support deeper domestic internalization of human rights norms”.*

Michael Stein



## About the justiciability of the economic rights

- A large number of conceptual and practical developments originating from international, regional and domestic spheres illustrate a range of possibilities of filing a complaint before a court and to request adequate remedies if a violation of a economic and social right has to be found.
- See in particular the *Grootboom* decision issued by the South African Constitutional Court in 2001 when it assessed the constitutional compatibility of a housing policy implemented by the government.

*“Applying the disability rights approach to public aid does not call for abandonment of welfare interventions, much less disability-specific welfare programs. The approach instead calls for reshaping welfare so as to promote equality, autonomy, and personal dignity, and to permit more successful integration into the working economy where that can be achieved”.*

Mark Weber



**Christopher Bovis**



## Professor Christopher Bovis



Professor Christopher Bovis *JD, MPhil, LL.M., FRSA* is H.K. Bevan Chair in Law at the University of Hull. He has been Professor of Law and *Jean Monnet* Chair in European and Business Law at Lancashire Law School, University of Central Lancashire; Senior Visiting Research Fellow at the Institute of Advanced Legal Studies of the University of London; Visiting Professor, University of Toronto; Visiting Professor of European Law, University of Montreal; Visiting Professor of European Business Law, Humboldt Universität zu Berlin; Visiting Fellow, University of Cambridge; Visiting Professor of Trade and Commerce, the Queens University of Belfast; Visiting Professor of European Law at the University of Lisbon, Portugal; Deputy Director of the Institute of European Public Law at the University of Hull.

Professor Christopher is a leading authority in public procurement and public-private partnerships in the Europe Union. He specializes in European Business Law, anti-trust law and policy, with particular emphasis on public sector management. He has advised the EU Commission, governments and industry on numerous high profile projects and has been instrumental in structuring flagship public-private partnerships in the UK.

He is Managing Editor of the *European Public Private Partnerships Law Review*, published by Lexxion. He is Contributing Editor of the *Encyclopedia of Competition Law*, published by Sweet and Maxwell with responsibilities for transport, telecommunications and public procurement. He has served on the editorial board of legal journals such as *European Public Law*, *Company Lawyer*, *Amicus Curiae* and *International Corporate Law*.

He is regular commentator in international legal and management journals and has produced a number of books and monographs on European and business subjects. His academic work has been translated into different languages, including Chinese, French and German.



---

## **Services of General Economic Interest Public Procurement and State Aid**

Prof Christopher H. Bovis

---

## **Public Services under EU Law**

- Art 106 TFEU (ex Art 86 EC) =  
the foundation of public services
  - Public service obligations
  - Universal service obligations
  - Services of general economic interest
  - Social services of general interest

## Public services as services of general interest

---

### What is a (SGI)?

Protocol No 26 to the TFEU

The concept of SGI refers to services, whether 'economic' or not that the Member States regard as being of general interest, and are subject to specific public service obligations

- SGI cover:
  - services of general economic interest (SGEIs) [TFEU applicable]
  - non-economic services of general interest [TFEU not applicable]

## The characteristics of public services

---

- Economic nature
  - Cost and value considerations
- Lack of industrial or commercial character
- Sui generis market place
  - Limited use of anti-trust
  - State aid regulation
  - Procurement as competition benchmark



## The Conceptual premise of SGEI

---

### Services of General Economic Interest

- Articles 14 and 106(2) TFEU
- Protocol No 26

### Non-commercial nature *versus*

- Demand
- Frequency of supply
- Quality of service
- End user charges
- Profitability of operator

## SGEIs

---

- “services of an economic nature that the public authorities in the Member States at national, regional or local level, depending on the allocation of powers between them under national law, subject to specific **public service obligations** through an act of entrustment on the basis of a general-interest criterion and in order to ensure that the services are provided under conditions which are not necessarily the same as prevailing market conditions”.
- **Examples of acts of entrustment**
  - Concession contract and tender documents
  - Ministerial programme contracts
  - Ministerial instructions
  - Laws and Acts
  - Yearly or multiannual performance contracts
  - Legislative decrees, regulatory decisions, municipal decisions or acts.

## Public Service Obligations

- State financing not state aid
  - Art 14 TFEU (ex Art16 EC)
  - Art 106(2) TFEU (ex Art 86(2) EC)
  - Altmark ruling

## The concept of social services of general interest (SSGI)

- *Commission Communication: Implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union*
- *Commission Communication: Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment*
- SSGIs may be of an economic or non-economic nature
- SSGIs that are economic in nature are SGEIs

## SSGIs

---

health services;

statutory and complementary social security schemes;

life assurance

health

ageing

occupational accidents

unemployment

retirement

disability

## SSGIs

---

other essential fundamental right services of social cohesion and social inclusion directly provided

assistance for persons faced by personal challenges or crises (debt, unemployment, drug addiction or family breakdown)

social integration activities (rehabilitation, language training for immigrants) and, in particular, return to the labour market (occupational training and reintegration).

services to integrate people with long-term health or disability problems.

social housing, housing for disadvantaged citizens or socially less advantaged groups.

## **Public Services and Competition: Principles of Public Procurement Regulation**

---

- Transparency
- Accountability
- Objectivity
- Non-discrimination

## **What does public procurement stand for?**

---

- Procedural safeguard of competition
- Conceptual instrument
  - Public policy
  - Public services

## Public Procurement and public services

---

- Contracting authorities
  - Bodies governed by public law

“it must be established for the specific purpose of meeting needs in the general public interest not having an industrial or commercial character”

## General public interest needs

---

- requirements of a community (local or national) in its entirety, which should not overlap with the specific or exclusive interest of a clearly determined person or group of persons
- C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, [1991] ECR 1-5889

## The industrial or commercial character

---

- intention to achieve profitability
- pursuit of objectives through commercially motivated decisions
  
- C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*
- C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*

## ■ Acid test:

the state or other contracting authorities choose themselves to meet these needs or to have a decisive influence over their provision

## Conceptual approaches of financing public services by the ECJ and the Commission

---

- the state aid approach
- the compensation approach
- the quid pro quo approach

## The state aid approach

---

- All public funding regarded as state aid within Art 107(1) TFEU (ex Art 87(1) EC)
  - Could be justified under Art 106(2) TFEU (ex Art 86(2) EC)
  - Must comply with proportionality principle

## The state aid approach (cont)

---

Article 107(1) TFEU: "Save as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market"

Principle: state aid in any form is in general incompatible with the internal market

Procedure: notification, standstill, authorisation

European Commission has sole power to assess compatibility of state aid

## The state aid approach (cont)

---

Concept of aid is wider than subsidies and includes any public measure that reduces costs normally borne in budget of undertakings and although they are not subsidies have similar effects [Italy v Comm, C-66/02, Chronopost, C-341/06]



## The state aid approach (cont)

---

Advantage is any relief from **normal** costs = inherent in economic activity of beneficiary undertaking [Kahla, T-20/03; GEMO, C-126/01]

“Normal costs” are determined within prevailing legal context of Member States

## The state aid approach (cont)

---

Advantage includes supply of goods and services on preferential terms [GEMO, C-126/01; UFEX, T-613/97]

Use of **public procurement** eliminates advantage for provider of goods/services to a public authority [Welsh public sector broadband network, N46/2007]

## The state aid approach (cont)

---

■ "... a tender procedure guaranteeing full competition can be taken as an important indicator that the services entrusted through a public contract or a concession are rendered at a market price and that there is no state aid. Complying with procurement rules will in these cases therefore also help in ensuring respect of the state aid provisions."

[Commission staff working document, Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, accompanying document to the Communication on "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment" SEC(2007) 1514, 21/11/2007

## Application of the state aid approach

---

- Existence of public markets  
*C-94/01 Chronopost and Others*
- Inapplicability of private investor principle
- Public procurement as authentication instrument of public expenditure

## The compensation approach

---

- Reflects upon a “compensation” for an appropriate remuneration
- Public funding regarded as state aid within Art 107(1) TFEU (ex Art 87(1) EC), if only and to the extent that any economic advantage exceeds such appropriate remuneration
- Appropriate remuneration = market price

## Application of the compensation approach

---

- Real advantage theory
  - Any alleged advantages conferred must be examined in parallel to obligations
  - Synergy with transport regime and PSO
- Threshold benchmarking
  - Base line costs = market price (verified through public procurement)

*C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdruck GmbH*

## The *quid pro quo* approach

---

- Public funding not regarded as state aid within Article 107(1) TFEU (ex Article 87(1) EC) if
  - a direct and manifest link between
  - state financing and
  - clearly defined public service obligations

## Application of the *quid pro quo* approach

---

- Departure from “effect of measures”
- Reliance upon formalities and procedure
- Market price = conceptual threshold
- Procurement verifies market price  
*C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano*

## *Altmark*

- Hybrid between compensation and *quid pro quo* approaches
- Public funding not state aid if
  - Private sector to discharge public services which are clearly defined
  - Calculation for compensation established objectively and transparently
  - Compensation does not exceed costs plus reasonable profit
  - In the absence of public procurement, compensation to be determined by analysis of costs / profit structure of a typical undertaking

## Is Public Procurement a safeguard for SGEI?

- The presence of public procurement
  - Reveals relevant markets
  - Provides for cost basis ?

Erosion of safeguard and false sense of security

## Inapplicability of public procurement

---

- Dependency of undertaking
- Similarity of control
- Category 2 Services of the Services Directive
- Concession Services
- Affiliation of undertaking
- Special or exclusive rights
- Competitive markets in utilities (telecoms)
- Institutional Public-Private Partnerships

## Inherent flexibility

---

- Award criteria
  - MEAT (most economically advantageous tender)
    - Opens the door for policy pursuit
      - *Beentjes (C-31/87, Gebroeders Beentjes B.V. v. Netherlands)*
      - *Nord-Pas-de Calais (C-225/98, Commission v. France)*
      - *OPAC (C-237/99, Commission v. France)*

# **The Interaction of the UNCRPD with the Public Procurement Regime of the European Union**

**Prof Christopher H. Bovis**

- **Directive 2004/18, OJ L 134, 30.4.2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.**
- **Directive 2004/17, OJ L 134, 30.4.2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.**
- **Directive 2007/66/ 11.12. 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts**

## Principles of Public Procurement Regulation

---

- Transparency
- Accountability
- Objectivity
- Non-discrimination

## What does public procurement stand for?

---

- Procedural safeguard of competition
- Conceptual instrument
  - **Public policy**
  - **Public services**



## What has changed?

---

### Codification of administrative laws

- Public sector rules
- Utilities rules
- Remedies

## What has influenced the change?

---

- ECJ: *rule of reason approach*
- Magnitude of public procurement
  - **EURO 1 trillion**
  - **17% of GDP**

## The ECJ Influence

---

- Centralised interpretation of public procurement rules
  - Reference procedures under Article 234 EC

## The doctrine of objectivity

---

1. *equivalence test* to eliminate non-tariff barriers
  - technical standards
  - product specification
  - standardization
2. *restrictive interpretation*
  - selection procedures
  - quantitative and qualitative suitability criteria
  - award procedures, in particular negotiated procedures

## The doctrine of flexibility

---

- *functionality*
- *dependency*  
in order to define the notion of contracting authorities
  
- *dualism*
- *commercialism*
- *competitiveness*  
in order to determine the applicability of public procurement rules

## The doctrine of complementarity

---

- *compatibility* of socio-economic and environmental policies
  
- *contract compliance*

## The doctrine of procedural autonomy

---

- wide discretion afforded to Member States to create the appropriate *fora* to receive complaints against decisions of contracting authorities and utilities, as well as actions for damages.

## The doctrine of procedural equality

---

- Review procedures for public procurement disputes, as well as procedures for actions for damages must not differ, in a discriminatory context, from other review procedures and procedures for actions for damages under national law.

## **The doctrine of effectiveness**

---

- Swift dispute resolution at national level
- Enforceability of decisions of national courts or tribunals

## **Common Breaches by Member States**

---

- Applicability of Directives
  - Notion of contracting authorities
  - Bodies governed by public law
- Selection and Qualification
- Award Procedures
- Award Criteria
- Review procedures

## **Socially responsible public procurement (SRPP)**

---

### Features:

- employment opportunities
- decent work
- compliance with social and labour rights
- social inclusion (including persons with disabilities)
- equal opportunities
- accessibility and universal design (design for all)
- sustainability criteria, including ethical trade issues
- corporate social responsibility (CSR)
- environmental considerations

## **SRPP**

---

### Benefits

- Compliance with social and labour law
- Stimulating socially conscious markets
- Demonstrating socially responsive governance
- Stimulating integration
- Ensuring more effective public expenditure

## UNCRPD and the economic approach to the regulation of public procurement

---

- Case C-380/98, *The Queen and H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge*, [2000] ECR 8035 at paragraph 17;
- Case C-44/96, *C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdurck GesmbH*, [1998] ECR 73, paragraph 33;
- Case C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, [1998] ECR 6821 at paragraphs 42 and 43;
- C-237/99, *Commission v. France*, [2001] ECR 934, at paragraphs 41 and 42.

## UNCRPD and the socio-economic approach to public procurement

---

- Case C-31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. v. State of Netherlands* [1988] ECR 4635
- Case C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais Commission v. French Republic*, [2000] ECR 7445

## Procurement and environmental factors

---

- Case C-513/99, *Concordia Bus Filandia Oy Ab v. Helsingin Kaupunki et HKL-Bussiliikenne*, [2002] ECR 7213.
- C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH and Republik Österreich*, judgment of 4 December 2003.

## Public Procurement and the Acquired Rights Directive

---

- Case C-29/91, *Dr Sophie Redmond Stichting v. Bartol*, [1992] ECR 3189;
- Case C-382/92, *Commission v. United Kingdom*, [1994] ECR 2435;
- Case C-24/85, *Spijkers v. Gebroeders Benedik Abbatoir CV*, [1986] ECR 1123;
- Case C-209/91, *Rask v. ISS Kantinservice*, [1993] ECR 5735;
- Case C-392/92, *Schmidt v. Spar und Leihkasse der fruherer Amter Bordersholm, Kiel und Cronshagen*, [1994] ECR 1320;
- Case C-392/92, *Schmidt v. Spar und Leihkasse der fruherer Amter Bordersholm, Kiel und Cronshagen*, [1994] ECR 1320;
- Case C-48/94, *Rygaard v. Stro Molle Akustik*, [1995] ECR 2745;
- Case C-324/86, *Tellerup*, [1998] ECR 739.



## *Technical standards*

Irish authorities specified a certain standard for pipelines

The *Neerlands Inkoopcentrum* used trade marks as compulsory specifications for the purchase of meteorological equipment

The “equivalent standard” doctrine

- C-45/87, *Commission v. Ireland*, [1988] ECR 4929;
- C-359/93, *Commission v. The Netherlands*, judgment of January 24, 1995.

## *Selection and qualification*

Evidence of financial and economic standing may be provided by means of references including:

- i) appropriate statements from bankers;
  - ii) the presentation of the firm’s balance sheets or extracts from the balance sheets where these are published under company law provisions; and
  - iii) a statement of the firm’s annual turnover and the turnover on construction works for the three previous financial years.
- C-76/81, *SA Transporoute et Travaux v. Minister of Public Works*, [1982] ECR 457.
  - C-27/86, *Constructions et Entreprises Industrielles S.A (CEI) v. Association Intercommunale pour les Autoroutes des Ardennes*; case C-28/86, *Ing.A. Bellini & Co. S.p.A. v. Regie de Betiments*; case C-29/86, *Ing.A. Bellini & Co. S.p.A. v. Belgian State*, [1987] ECR 3347.

## The exceptional nature of negotiated procedures without prior advertisement

- In cases C-199/85, *Commission v. Italy*, [1987] ECR 1039 and C-3/88, *Commission v. Italy*, [1989] ECR 4035, the Court rejected the existence of exclusive rights and regarded the abuse of this provision as contrary to the right of establishment and freedom to provide services which are based on the principle of equal treatment and prohibit not only overt discrimination on grounds of nationality, but also all covert forms of discrimination, which, by the application of other criteria of differentiation, lead to the same result.
- In case 199/85, *Commission v Italy*, *op.cit.*, the Court elucidated that exclusive rights might include contractual arrangements such as know-how and intellectual property rights.
- For urgency reasons brought by unforeseen events to contracting authorities the Court established two tests: i) the need of a justification test based on the proportionality principle, and ii) the existence of a causal link between the alleged urgency and the unforeseen events (see C-199/85, *Commission v Italy*; C-3/88, *Commission v Italy*; C-24/91, *Commission v Spain*, [1994] CMLR 621; C-107/92, *Commission v Italy*, judgment of August 2, 1993; C-57/94, *Commission v Italy*, judgment of May 18, 1995; C-296/92, *Commission v Italy*, judgment of January 12, 1994).

## The restrictive interpretation of the grounds for using negotiated procedures with prior advertisement.

The grounds for using this procedure are confined to:

- i) the nature of the works or services or risks attached thereto do not permit overall pricing and
- ii) the nature of the services is such that specifications cannot be established with sufficient precision.

## **Award Criteria**

---

- *Publicity of weighting of criteria*
- *Variants*
- *Criteria related to the subject matter of the contract*

## **Award criteria**

---

- **Inherent flexibility**
  - MEAT (most economically advantageous tender)
    - Opens the door for policy pursuits

## Reserved contracts

---

Article 19 of the Public Sector Directive

Member States may reserve the right to participate in public contract award procedures to sheltered workshops or provide for such contracts to be performed in the context of sheltered employment programmes where most of the employees concerned are handicapped persons who, by reason of the nature or the seriousness of their disabilities cannot carry on occupations under normal conditions.

## Contractual performance

---

### *Subcontracting*

Article 25 of the Public Sector Directive

In the contract documents, the contracting authority may ask or may be required by a Member State to ask the tenderer to indicate in his tender any share of the contract he may intend to subcontract to third parties and any proposed subcontractors. This indication must be without prejudice to the question of the principal economic operator's liability.



## Contractual performance (cont)

---

### *Socio-economic conditions*

#### Article 26 of the Public Sector Directive

Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that these are compatible with Community law and are indicated in the contract notice or in the specifications. The conditions governing the performance of a contract may, in particular, concern social and environmental considerations.

## Contractual performance (Cont)

---

- *Obligations relating to taxes, environmental protection, employment protection provisions and working conditions*
- Article 27(1) of the Public Sector Directive
- A contracting authority may state in the contract documents, or be obliged by a Member State to state, the body or bodies from which a candidate or tenderer may obtain the appropriate information on the obligations relating to taxes, to environmental protection, to the employment protection provisions and to the working conditions which are in force in the Member State, region or locality in which the works are to be carried out or services are to be provided and which must be applicable to the works carried out on site or to the services provided during the performance of the contract.

## Contractual performance (Cont)

- Article 27(2) of the Public Sector Directive
- A contracting authority must request the tenderers or candidates in the contract award procedure to indicate that they have taken account, when drawing up their tender, of the obligations relating to employment protection provisions and the working conditions which are in force in the place where the works are to be carried out or the service is to be provided.

## Concessions as Public Contracts

- *The notion of public concessions*
  - the right to economically exploit the concession, although this right may be accompanied by a requirement to pay some consideration to the grantor
  - Risk transfer
- case C-360/96, *Arnhem and Rheden*, [1998] ECR I-6821
- *Vertical procurement* (subcontracting)
  - C-31/87 *Beentjes* [1988] ECR 4635, paragraph 11;
  - C-360/96 *BFI Holding* [1998] ECR I-6821, paragraph 62.

## Service concessions as public contracts

Public procurement rules non-applicable BUT  
TFEU fundamental principles applicable  
Some degree of publicity required to ensure  
competition

- case C-324/98 *Telaustria and Telefonadress*
- case C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti*
- C-458/03 *Parking Brixen*

## Sub-dimensional public contracts

- Contracts below thresholds are subject to publicity requirements if there is material interest of cross-border nature in public contracts

case C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard and Spøttrup Boligselskab* case C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE v Venizelio-Pananio (P.E.S.Y. KRITIS)*,

Joined Cases C-147/06 and C-148/06, *SECAP SpA (C-147/06) and Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)*

case C-59/00 *Vestergaard*

case C-412/04 *Commission v Italy*





# Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Interest

Prof Christopher H. Bovis\*

## Introduction

Jurisprudential developments at the European Court of Justice have revealed the pivotal position of public procurement in the process of determining the parameters under which public subsidies and state financing of public services constitute state aid. In the center of the debate regarding the relation between subsidies and public services, public procurement has emerged as an essential component of state aid regulation. The European Court of Justice has inferred that the existence of public procurement, as a legal system and a procedural framework, verifies conceptual links, creates compatibility safeguards and authenticates established principles applicable in state aid regulation. Public procurement in the common market represents not only the procedural framework for the contractual interface between public and private sectors<sup>1</sup>, but it also reflects on the character of activities of the state and its organs in pursuit of public interest<sup>2</sup>. Public procurement regulation has acquired legal, economic and policy dimensions, as market integration and the fulfillment of treaty principles are balanced with policy choices<sup>3</sup>.

The implications of the debate are important, not only because of the necessity for a coherent application of state aid regulation in common market<sup>4</sup> but mainly because of the need for a legal and policy framework regarding the financing of services of general

---

*Professor of Law and H.K. Bevan Chair, Law School, University of Hull.*

<sup>1</sup> The Public Procurement regime includes Directive 2004/18, OJ L 134, 30.4.2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts and Directive 2004/17, OJ L 134, 30.4.2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors. See Bovis, *The New Public Procurement Regime of the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, ELRev, Vol.30, 2005, pp. 607-630.

<sup>2</sup> See Bovis, *La notion et les attributions d'organisme de droit public comme pouvoirs adjudicateurs dans le régime des marchés publics*, Contrats Publics, Septembre 2003.

<sup>3</sup> See Bovis, *Public Procurement and the Internal Market of the 21<sup>st</sup> Century: Economic Exercise versus Policy Choice*, Chapter 5 in *EU Law for the 21<sup>st</sup> Century: Rethinking the New Legal Order*, O'Keefe and Tridimas (eds) Hart 2004. Also Communication from the European Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, "Working together to maintain momentum" 2001 Review of the Internal Market Strategy, Brussels, 11 April 2001, COM(2001)198 final. Also, European Commission, Commission Communication, Public procurement in the European Union, Brussels, March 11, 1998, COM (98) 143. See Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, COM (2001) 566, 15 October 2001. Also, Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, COM(2001) 274, 4 July 2001.

<sup>4</sup> See Bartosch, *The relationship of Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies?* Common Market Law Review, 35, 2002 and the case law provided in the analysis.

interest and public service obligations by member states. The significance of the topic has been reflected on the attempts of the European Council<sup>5</sup> to provide for a policy framework of greater predictability and increased legal certainty in the application of the State aid rules to the funding of services of general interest. The present article intends to define the correlation link between public procurement and services of general interest and to ascertain the parameters of interplay between public procurement and state financing of public services within the regulatory regime of state aid.

## **1. The concept of services of general interest through public procurement jurisprudence**

The application of public procurement rules, apart from the objective to integrate intra-community public sector trade, has served as a yardstick in order to determine the nature of an undertaking in its contractual interface when delivering public services. Public procurement regulation has prompted a distinctive category of markets within the common market, often described as public markets<sup>6</sup>. Public markets are such *fora* where the state and its organs would enter in pursuit of public interest<sup>7</sup>. Their respective activity does not resemble the commercial characteristics of private entrepreneurship, in as much as the aim of the public sector is not the maximisation of profits but the observance of public interest<sup>8</sup>. This fundamental factor provides the differential ground for the creation of *public markets* where public interest substitutes profit maximization<sup>9</sup>.

There are further variances that distinguish private from public markets. These focus on structural elements of the market place, competitiveness, demand conditions, supply conditions, the production process, and finally pricing and risk. These variances also indicate different methods and approaches employed in the regulation of public markets<sup>10</sup>. Public markets have monopsony structure tendencies (the state and its organs often appear as the sole outlet for an industry's output) and function in a different way

---

<sup>5</sup> See the Conclusions of the European Council of 14 and 15 December 2001, paragraph 26; Conclusions of the Internal Market, Consumer Affairs and Tourism Council meeting of 26 November 2001 on services of general interest; Commission Report to the Laeken European Council on Services of General Interest of 17 October 2001, COM(2001) 598; Communication from the Commission on the application of the State aid rules to public service broadcasting, OJ 2001 C 320, p. 5; see also the two general Commission Communications on Services of General Interest of 1996 and 2000 in OJ 1996 C 281, p. 3 and OJ 2001 C 17, p. 4.

<sup>6</sup> See Bovis, *Public Procurement within the framework of European Economic Law*, European Law Journal, 4.2, 1998.

<sup>7</sup> See Valadou, *La notion de pouvoir adjudicateur en matière de marchés de travaux*, Semaine Juridique, 1991, Ed. E, No.3.

<sup>8</sup> See Flamme et Flamme, *Enfin l' Europe des Marchés Publics*, Actualité Juridique - Droit Administratif, 1989.

<sup>9</sup> On the issue of public interest and its relation with profit, see cases C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano* and C-260/99 *Excelsior Snc di Pedrotti Runa & C v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, judgment of 10 May 2001; C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, judgment of 10 November 1998; C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdurck GesmbH*, judgment of 15 January 1998.

<sup>10</sup> See Bovis, *The Liberalisation of Public Procurement in the European Union and its Effects on the Common Market*, Chapter 1, Ashgate Dartmouth, 1998.

than private markets. In terms of its origins, demand in public markets is institutionalized and operates mainly under budgetary considerations rather than price mechanisms. It is also based on fulfillment of tasks (pursuit of public interest) and it is single for many products. Supply also has limited origins, in terms of the establishment of close ties between the public sector and industries supplying it and there is often a limited product range. Products are rarely innovative and technologically advanced and pricing is determined through tendering and negotiations. The purchasing decision is primarily based upon the life-time cycle, reliability, price and political considerations. Purchasing patterns follow tendering and negotiations and often purchases are dictated by policy rather than price/quality considerations.

Within the remit of public markets, the funding of services of general interest by the state may emerge through different formats, such as the payment of remuneration for services under a public contract, the payment of annual subsidies, preferential fiscal treatment or lower social contributions. However, the most common format is the existence of a contractual relation between the state and the undertaking charged to deliver public services. The above relation should, under normal circumstances emerge through the public procurement framework, not only as an indication of market competitiveness but mainly as a demonstration of the nature of the deliverable services as services of “general interest having non industrial or commercial character”. The latter description appears as a necessary condition for the applicability of the public procurement regime.

### *1.2. Do needs in the general interest have non-commercial character?*

For the public procurement regime to apply in a contractual interface between public and private sectors, the contracting authority must be the state or an emanation of the state, and in particular, a *body governed by public law*. The above category is subject to a set of cumulative criteria<sup>11</sup>, *inter alia* “it must be established for the specific purpose of meeting needs in the general public interest not having an industrial or commercial character”.

The criterion of specific establishment of an entity to meet needs in the general interest having non-commercial or industrial character has been the subject of the Court’s attention in some landmark cases<sup>12</sup>. In order to define the term *needs in the general*

---

<sup>11</sup> See Article 1(b) of Directive 93/37. The criteria for bodies governed by public law to be considered as a contracting authority for the purposes of the EU public procurement Directives are: i) they must be established for the specific purpose of meeting needs in the general public interest not having an industrial or commercial character; ii) they must have legal personality; and iii) they must be financed, for the most part, by either the state, or regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by these bodies, or having an administrative or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the state, regional or local authorities or by other bodies governed by public law. There is a list of such bodies in Annex I of Directive 93/37 which is not an exhaustive one, in the sense that Member States are under an obligation to notify the Commission of any changes to that list.

<sup>12</sup> See cases C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, and C-260/99 *Excelsior Snc di Pedrotti runa & C v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, judgment of 10 May 2001; C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, judgment of 10 November 1998. C-

*interest*, the Court drew its experience from jurisprudence in the public undertakings field as well as case law relating to public order<sup>13</sup>. The Court approached the above concept by a direct analogy of the concept “general economic interest”, as defined in Article 90(2) EC<sup>14</sup>. The concept “general interest”, under the public procurement regime, denotes the requirements of a community (local or national) in its entirety, which should not overlap with the specific or exclusive interest of a clearly determined person or group of persons<sup>15</sup>. Moreover, the requirement of the *specificity* of the establishment of the body in question was approached by reference to the reasons and the objectives behind its establishment. Specificity of the purpose of an establishment does not mean exclusivity, in the sense that other types of activities can be carried out without escaping classification as a body governed by public law<sup>16</sup>.

On the other hand, the requirement of non-commercial or industrial character of needs in the general interest has raised some difficulties. The Court interpreting the meaning of non-commercial and industrial undertakings had recourse to case law relating to public undertakings, where the nature of industrial and commercial activities of private or public undertakings was defined<sup>17</sup>. The industrial or commercial character of an organisation depends much upon a number of criteria that reveal the thrust behind the organisation’s participation in the relevant market. The state and its organs may act either by exercising public powers or by carrying economic activities of an industrial or commercial nature by offering goods and services on the market. The key factor appears in the organisation’s intention to achieve profitability and pursue its objectives through a spectrum of commercially motivated decisions. The distinction between the range of activities which relate to public authority and those which, although carried out by public persons, fall within the private domain is drawn most clearly from case-law and judicial precedence of the Court concerning the applicability of competition rules of the Treaty to the given activities.<sup>18</sup>

The non-commercial or industrial character of an activity is a strong indication of the existence of a general interest activity. The Court in *BFI*<sup>19</sup> had the opportunity to consider the relationship between bodies governed by public law and the pursuit of activities of general interest having non-industrial or commercial nature. The non-commercial or

---

44/96, *Mannesmann Anlangensbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdurck GesmbH*, judgment of 15 January 1998.

<sup>13</sup> See the Opinion of Advocate-General Léger, point 65 of the Strohal case.

<sup>14</sup> See case C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, [1991] ECR I-5889; General economic interest as a concept represents “activities of direct benefit to the public”; point 27 of the Opinion of Advocate-General van Gerven.

<sup>15</sup> See Valadou, *La notion de pouvoir adjudicateur en matière de marchés de travaux*, *Semaine Juridique*, 1991, Ed. E, No.3, p.p. 33.

<sup>16</sup> See case C-44/96, *Mannesmann Anlangensbau Austria*, *op.cit.*

<sup>17</sup> For example see Case 118/85 *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599 para 7, where the Court had the opportunity to elaborate on the distinction of activities pursued by public authorities and those pursued by commercial undertakings. For a detailed analysis, see Bovis, *Recent case law relating to public procurement: A beacon for the integration of public markets*, 39 *Common Market Law Review*, 2002.

<sup>18</sup> See Case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft* [1994] ECR I-43; also Case C-343/95 *Diego Cali et Figli* [1997] ECR I-1547.

<sup>19</sup> See case C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, *op.cit.*

industrial character is a criterion intended to clarify the term needs in the general interest. In fact, it is regarded as a category of needs of general interest. The Court recognised that there might be needs of general interest, which have an industrial and commercial character and also it is possible that private undertakings can meet needs of general interest, which do not have industrial and commercial character. However, the acid test for needs in the general interest not having an industrial or commercial character is that the state or other contracting authorities choose themselves to meet these needs or to have a decisive influence over their provision.

If an activity which meets general needs is pursued in a competitive environment, there is a strong indication that the entity which pursues it is not a body governed by public law<sup>20</sup>. In the *Agora* case the Court indicated that the relationship between competitiveness and commerciality has significant implications on the relevant activity which meets needs of general interest. Market forces reveal the commercial or industrial character of an activity, irrespective the latter meeting the needs of general interest or not. However, market competitiveness as well as profitability cannot be absolute determining factors for the commerciality or the industrial nature of an activity, as they are not sufficient to exclude the possibility that a body governed by public law may choose to be guided by considerations other than economic ones. The absence of competition is not a condition necessarily to be taken into account in order to define a body governed by public law, although the existence of significant competition in the market place may be indicative of the absence of a need in the general interest, which does not carry commercial or industrial elements. The Court reached this conclusion by analysing the nature of the bodies governed by public law contained in Annex 1 of the Works Directive 93/37 and verifying that the intention of the state to establish such bodies has been to retain decisive influence over the provision of the needs in question.

Commerciality and its relationship with needs in the general interest is perhaps the most important theme that has emerged from the Court's jurisprudence and is highly relevant to the debate concerning the relationship between services of general interest and the organizations which pursue them. In fact the above theme sets to explore the interface between profit-making and public interest, as features which underpin the activities of bodies governed by public law. Certain activities, which by their nature fall within the fundamental tasks of the public authorities, cannot be subject to a requirement of profitability and therefore are not meant to generate profits. It is possible, therefore, that the reason, in drawing a distinction between bodies whose activity is subject to the public procurement legislation and other bodies, could be attributed to the fact that the criterion of "needs in the general interest not having an industrial or commercial character" indicates the lack of competitive forces in the relevant marketplace. Although the state as entrepreneur enters into transactions with a view to providing goods, services and works for the public, to the extent that it exercises *dominium*, these activities do not resemble the characteristics of entrepreneurship, in as much as the aim of the state's activities is

---

<sup>20</sup> See case C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, op.cit.

not the maximisation of profits but the observance of public interest. Public markets are the *fora* where *public interest* substitutes *profit maximisation*.<sup>21</sup>

### 1.3. *The double image of Janus: the dual capacity of contracting authorities*

The dual capacity of an entity as a public service provider and a commercial undertaking respectively, and the weighting of the relevant activity in relation to the proportion of its output, should be the decisive factor in determining whether an entity is a body governed by public law for the purposes of the public procurement regime. This argument appeared for the first time before the Court in the *Strohal*<sup>22</sup> case. It was suggested that only if the activities in pursuit of the “public services obligations” of an entity supersede its commercial thrust, the latter could be considered as a body covered by public law and a contracting authority<sup>23</sup>.

In practice, the argument put forward implied a selective application of the public procurement Directives in the event of dual capacity entities. This sort of application is not entirely unjustified as, on a number of occasions,<sup>24</sup> the public procurement Directives themselves utilise thresholds or proportions considerations in order to include or exclude certain contracts from their ambit. However, the Court ruled out a selective application of the Directives in the case of dual capacity contracting authorities, based on the principle of legal certainty. It substantiated its position on the fact that only the purpose for which an entity is established is relevant in order to classify it as body governed by public law and not the division between public and private activities. Thus, the pursuit of commercial activities by contracting authorities is incorporated with their public interest orientation aims and objectives, without taking into account their proportion and weighting in relation to the total activities dispersed, and contracts awarded in pursuit of commercial purposes fall under the remit of the public procurement Directives. The Court recognised the fact that by extending the application of public procurement rules to activities of a purely industrial or commercial character, an onerous constraint would be probably imposed upon the relevant contracting authorities, which may also seem unjustified on the grounds that public procurement law, in principle, does not apply to

---

<sup>21</sup> See Flamme et Flamme, *Enfin l' Europe des Marchés Publics*, Actualité Juridique - Droit Administratif, November 20 1989, p.p. 653, argue along the same lines.

<sup>22</sup> See case C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria. v. Strohal Rotationsdurck GesmbH*, op.cit.

<sup>23</sup> In support of its argument that the relevant entity (*Österreichische Staatsdruckerei*) is not a body governed by public law, the Austrian Government maintained that the proportion of public interest activities represents no more than 15-20% of its overall activities. For a comprehensive analysis of the case and an insight to the concept of contracting authorities for the purposes of public procurement, see the annotation by Bovis in 36 Common Market Law Review, 1999, pp 205-225.

<sup>24</sup> For example, the relevant provisions stipulating the thresholds for the applicability of the Public Procurement Directives [Article 3(1) of Directive 93/37; Article 5(1) of Directive 93/36; Article 14 of Directive 93/38; Article 7(1) of Directive 92/50]; the provisions relating to the so-called “mixed contracts” [Article 6(5) of Directive 93/37], where the proportion of the value of the works or the supplies element in a public contract determines the applicability of the relevant Directive; and finally the relevant provisions which embrace the award of works contracts subsidised *directly* by more than 50% by the state within the scope of the Directive [Article 2(1)(2) of Directive 93/37].

private bodies, which carry out identical activities.<sup>25</sup> The above situation represents a considerable disadvantage in delineating the distinction between private and public sector activities and their regulation, to the extent that the only determining factor appears to be the nature of the organisation in question. The Court suggested that that disadvantage could be avoided by selecting the appropriate legal instrument for the objectives pursued by public authorities. As the reasons for the creation of a body governed by public law would determine the legal framework which would apply to its contractual relations, those responsible for establishing it must restrict its thrust in order to avoid the undesirable effects of that legal framework on activities outside their scope.

The Court in *Strohal* established dualism, to the extent that it specifically implied that contracting authorities may pursue a dual range of activities; to procure goods, works and services destined for the public, as well as participate in commercial activities. They can clearly pursue other activities in addition to those which meet needs of general interest not having an industrial and commercial character. The proportion between activities pursued by an entity, which on the one hand aim to meet needs of general interest not having an industrial or commercial character, and commercial activities on the other is irrelevant for the characterisation of that entity as a body governed by public law. What is relevant is the intention of establishment of the entity in question, which reflects on the “specificity” requirement of meeting needs of general interest. Also, specificity does not mean exclusivity of purpose. Instead, specificity indicates the intention of establishment to meet general needs. Along these lines, ownership or financing of an entity by a contracting authority does not guarantee the condition of establishment of that entity to meet needs of general interest not having industrial and commercial character.

The dual capacity of contracting authorities is irrelevant to the applicability of public procurement rules. If an entity is a contracting authority, it must apply public procurement rules irrespective of the pursuit of general interest needs or the pursuit of commercial activities. Also, if a contracting authority assigns the rights and obligations of a public contract to an entity, which is not a contracting authority, that entity must follow public procurement rules. The contrary would be acceptable only if the contract fell within the remit of the entity, which is not a contracting authority, and the contract was entered into on its behalf by a contracting authority.

#### *1.4. Links between contracting authorities and private undertakings*

Contractual and legal or regulatory links between on the one hand the state and contracting authorities and private undertakings on the other hand expose the inadequacy of the public procurement framework. Such links dilute the concept of contracting authorities, which is essential to the applicability of the public procurement framework, to a degree that the provisions could not apply. Under the domestic laws of the Member States of the European Union, there are few restrictions which could prevent contracting authorities from acquiring private undertakings in an attempt to participate in market

---

<sup>25</sup> See Bovis, *The Liberalisation of Public Procurement in the European Union and its Effects on the Common Market*, Chapter 1, op.cit.

activities. The public procurement Directives have not envisaged such a scenario, where the avoidance of the rules could be justified on the fact that the entities which award the relevant contracts cannot be classified as contracting authorities within the meaning of the Directives. As a consequence, there is a considerable risk in circumventing the public procurement Directives if contracting authorities award their public contracts via private undertakings under their control, which cannot be covered by the framework of the Directives.

The Court, prior to the *Stohal* case, did not have the opportunity to examine such corporate relationships between the public and private sectors and the effect that public procurement law has upon them. Even in *Stohal*, the Court did not rule directly on the subject, but instead it provided the necessary inferences for national courts, in order to ascertain whether such relations between public and private undertakings have the aim or the result of avoiding the application of the public procurement directives. Indeed, national courts of the Member States, when confronted with relevant litigation, must establish *in concreto* whether a contracting authority has established an undertaking in order to enter into contracts for the sole purpose of avoiding the requirements specified in public procurement law. Such conclusions must be beyond doubt based on the examination of the actual purpose for which the undertaking in question has been established. The rule of thumb appears to be the connection between the nature of a project and the aims and objectives of the undertaking, which awards it. If the realisation of a project does not contribute to the aims and objectives of an undertaking, then it is assumed that the project in question is awarded “on behalf” of another undertaking, and if the latter beneficiary is a contracting authority under the framework of public procurement law, then the relevant Directives should apply.

The Court applied the *Stohal* principles to *Teckal*<sup>26</sup>, where it concluded that the exercise, by a contracting authority, of control over the management of an entity similar to that exercised over the management of its own departments prevents the applicability of the Directives. The *Teckal* judgment revealed also the importance of the *dependency test* between contracting authorities and private undertakings. Dependency, in terms of overall control of an entity by the state or another contracting authority presupposes a control similar to that which the state or another contracting authority exercises over its own departments. The “similarity” of control denotes lack of independence with regard to decision-making.

One of the criteria stipulated in the public procurement Directives for the existence of bodies governed by public law as contracting authorities is that they must be financed, for the most part, by either the state, or regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by these bodies, or having an administrative or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the state, regional or local authorities or by other bodies governed by public law. To assess the existence of the above criterion of bodies governed by public law, the Court assumed that there is a close dependency of these bodies on the State, in terms of

---

<sup>26</sup> case C-107/98, *Teckal Srl v Comune di Viano*, op.cit



corporate governance, management supervision and financing<sup>27</sup>. These dependency features are alternative (in contrast to being cumulative), thus the existence of one satisfies the criterion. The Court held in *OPAC*<sup>28</sup> that management supervision by the state or other contracting authorities entails not only administrative verification of legality or appropriate use of funds or exceptional control measures, but the conferring of significant influence over management policy, such as the narrowly circumscribed remit of activities, the supervision of compliance, as well as the overall administrative supervision. Of interest and high relevance is the Court's analysis and argumentation relating to the requirements of management supervision by the state and other public bodies, where it maintained that entities entrusted to provide social housing in France are deemed to be bodies governed by public law, thus covered by the public procurement Directives. The Court (and the Advocate General) drew an analogy amongst the dependency features of bodies governed by public law on the state. Although the corporate governance and financing feature are quantitative (the state must appoint more than half of the members of the managerial or supervisory board or it must finance for the most part the entity in question), the exercise of management supervision is a qualitative one. The Court held that management supervision by the state denotes dependency ties similar to the financing or governance control of the entity concerned.

Receiving public funds from the state or a contracting authority is an indication that an entity could be a body governed by public law. However, this indication is not an absolute one. The Court, in the *University of Cambridge* case<sup>29</sup> was asked whether i) awards or grants paid by one or more contracting authorities for the support of research work; ii) consideration paid by one or more contracting authorities for the supply of services comprising research work; iii) consideration paid by one or more contracting authorities for the supply of other services, such as consultancy or the organisation of conferences; and iv) student grants paid by local education authorities to universities in respect of tuition for named students constitute public financing for the University.

The Court held that only specific payments made to an entity by the state or other public authorities have the effect of creating or reinforcing a specific relationship or subordination and dependency. The funding of an entity within a framework of general considerations indicates that the entity has close dependency links with the state or other contracting authorities. Thus, funding received in the form of grants or of awards paid by the state or other contracting authorities, as well as in the form of student grants for tuition fees for named students, constitutes public financing. The rationale for such approach rests in the lack of any contractual consideration between the entity receiving the funding and the state or other contracting authorities, which provide it in the context of the entity's public interest activities. The Court drew an analogy of public financing received by an entity with the receipt of subsidies<sup>30</sup>. However, if there is a specific

---

<sup>27</sup> This type of dependency resembles the Court's definition in its ruling on state controlled enterprises in case 152/84 *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, [1986] ECR 723.

<sup>28</sup> See case C-237/99, *Commission v. France*, judgment of 1 February 2001.

<sup>29</sup> see case C-380/98, *The Queen and H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge*, judgment of 3 October 2000.

<sup>30</sup> See paragraph 25 of the Court's judgment as well as the Opinion of the Advocate General, in paragraph 46.

consideration for the state to finance an entity, such as a contractual nexus, the Court suggested that the dependency ties are not sufficiently close to merit the entity financed by the state meeting the third criterion of the term bodies governed by public law. Such relationship is analogous to the dependency that exists in normal commercial relations formed by reciprocal contracts, which have been negotiated freely between the parties. Therefore, funding received by Cambridge University for the supply of services for research work, or consultancies, or conference organisation cannot be deemed as public financing. The existence of a contract between the parties, apart from the specific considerations for funding, indicates strongly supply substitutability, in the sense that the entity receiving the funding faces competition in the relevant markets. The Court stipulated that the proportion of public finances received by an entity, as one of the alternative features of the *dependency* criterion of the term bodies governed by public law must exceed 50% to enable it meeting that criterion. For assessment purposes of this feature, there must be an annual evaluation of the (financial) status of an entity for the purposes of being regarded as a contracting authority.

### 1.5. Private law entities as contracting authorities

It is apparent from the jurisprudence of the Court that an entity's private law status does not constitute a criterion for precluding it from being classified as a contracting authority. The method in which the entity concerned has been set up is irrelevant in determining the applicability of public procurement law<sup>31</sup>. The cumulative conditions for the definition of *body governed by public law*<sup>32</sup>, the functional<sup>33</sup> and broad<sup>34</sup> interpretation of the concept indicate that the effectiveness of the public procurement Directives would be jeopardized if an entity could be excluded solely on the basis of the fact that, under the national law to which it is subject, its legal form and rules which govern it fall within the scope of private law. An entity which is governed by private law but nevertheless meets all the requirements<sup>35</sup> of bodies governed by public law is considered to be a contracting authority<sup>36</sup>. The Court's jurisprudence<sup>37</sup> defines a body governed by public law as a body which fulfils three cumulative conditions<sup>38</sup> and interprets the term *contracting authority*

---

<sup>31</sup> See in particular, case C-44/96, *Mannesmann Anglagenbau*, [1998] ECR I-73, paragraphs 6 and 29; case C-360/96 *BFI Holding* [1998] ECR I-6821, paragraphs 61 and 62; and case C-237/99 *Commission v France*, [2001] ECR I-939, paragraphs 50 and 60.

<sup>32</sup> See case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria*, [1998] ECR I-73, paragraphs 20 and 21.

<sup>33</sup> See case C-237/99 *Commission v France* [2001] ECR I-939, paragraphs 41 to 43, and case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, paragraphs 51 to 53.

<sup>34</sup> See case C-373/00 *Adolf Truley* [2003] ECR-1931, paragraph 43.

<sup>35</sup> See Article 1(b) of Directives 93/36 and 93/37.

<sup>36</sup> See case C-84/03, *Commission v Spain*, not yet reported.

<sup>37</sup> See case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria*, [1998] ECR I-73, paragraphs 17 to 35.

<sup>38</sup> In particular, *bodies governed by public law* i) must be established for the specific purpose of meeting needs in the general public interest not having an industrial or commercial character; ii) they must have legal personality; and iii) they must be financed, for the most part, by either the state, or regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by these bodies, or having an administrative or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the state, regional or local authorities or by other bodies governed by public law.

in functional terms<sup>39</sup>. The Court established that the concept *body governed by public law* represents a concept of Community law which must be given an autonomous and uniform interpretation throughout the Community in functional terms<sup>40</sup>. In order to determine whether a private law entity is to be classified as a body governed by public law it is only necessary to establish whether the entity in question satisfies the three cumulative criteria laid down in the Directives. The entity's private law status does not constitute a criterion for precluding it from being classified as a contracting authority for the purposes of the public procurement Directives<sup>41</sup>. The Court has also held that that interpretation does not amount to a disregard for the non-industrial or commercial character of the general interest needs which the body concerned satisfies, since these factors must be assessed individually and separately from the legal status of an entity<sup>42</sup>. Furthermore, that conclusion is not invalidated by the specific category of *public undertakings* which is used in the utilities Directive 93/38.

### *1.6. Private entities for industrial and commercial development as contracting authorities*

A question was referred to the Court as to whether a limited company established, owned and managed by a regional authority may be regarded as meeting a specific need in the general interest, not having an industrial or commercial character, where that company's activity consists in procuring services for the construction of premises intended for the exclusive use of private undertakings and as to whether the assessment would be different if the entity's activities were intended to create favourable conditions on that local authority's territory for the exercise of commercial goals in general<sup>43</sup>.

The Court found that a limited company established, owned and managed by a regional authority meets a need in the general interest, where it acquires services for the development of business and commercial activities on the territory of that regional authority. The Court's jurisprudence has made it clear that in determining whether or not a need in the general interest not having an industrial or commercial character exists, account must be taken of relevant legal and factual circumstances, such as those prevailing when the body concerned was formed and the conditions in which it carries on its activity, including, *inter alia*, lack of competition on the market, its profitability as its primary aim, any risks associated with the activity and any public financing received for the activity in question<sup>44</sup>. The Court maintained that a distinction exists between needs in the general interest not having an industrial or commercial character and needs in the

---

<sup>39</sup> See case 31/87 *Beentjes* [1988] ECR 4635 and case C-360/96 *BFI Holding* [1998] ECR I-6821.

<sup>40</sup> See case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria and Others*, [1998] ECR I-73, paragraphs 20 and 21; case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, paragraphs 51 to 53; case C-214/00 *Commission v Spain* [2003] ECR I-4667, paragraphs 52 and 53; and case C-283/00 *Commission v Spain* [2003] ECR I-11697, paragraph 69.

<sup>41</sup> See case C-214/00 *Commission v Spain*, paragraphs 54, 55 and 60.

<sup>42</sup> See case C-283/00 *Commission v Spain*, paragraph 75.

<sup>43</sup> See case C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa and Varkauden Taitotalo Oy*,

<sup>44</sup> See *Adolf Truley*, paragraph 66, and *Korhonen*, paragraphs 48 and 59.

general interest having an industrial or commercial character<sup>45</sup>. The concept “general interest” denotes the requirements of a community (local or national) in its entirety, which should not overlap with the specific or exclusive interest of a clearly determined person or group of persons. The Court drew analogies from jurisprudence in the field of public undertakings, as well as case law relating to public order to define the term *needs in the general interest*<sup>46</sup> and approached the concept by a direct analogy of the concept “general economic interest”, as defined in Article 90(2) EC<sup>47</sup>. However, the problematic concept of the *specificity*<sup>48</sup> of the establishment of an entity to meet needs in the general interest having non-commercial or industrial character has been approached by reference to the reasons and the objectives behind its establishment. Specificity of the purpose of an establishment does not mean exclusivity, in the sense that other types of activities can be carried out without escaping classification as a body governed by public law<sup>49</sup>.

The requirement of non-commercial or industrial character of needs in the general interest has raised some difficulties. The Court had recourse to case law relating to public undertakings, where the nature of industrial and commercial activities of private or public undertakings is defined<sup>50</sup>. The industrial or commercial character of an organisation depends much upon a number of criteria that reveal the thrust behind the organisation’s participation in the relevant market. The state and its organs may act either by exercising public powers or by carrying economic activities of an industrial or commercial nature, offering goods and services on the market. The key issue is the organisation’s intention to achieve profitability and to pursue its objectives through a spectrum of commercially motivated decisions. The distinction between the range of activities which relate to public authority and those which, although carried out by public persons, fall within the private domain is drawn most clearly from case-law of the Court concerning the applicability of competition rules of the Treaty to the given activities.<sup>51</sup> The Court in *BFI*<sup>52</sup> had the opportunity to clarify the non-commercial or industrial character of needs in the general interest. The non-commercial or industrial character is an integral criterion to the concept of *needs in the general interest*, intended to clarify the term. The Court proceeded to regard the non-commercial or industrial character of needs in the general interest as a category of needs of general interest. The distinctive factor for needs of general interest not having an industrial and commercial character is the fact that the

---

<sup>45</sup> See, *inter alia*, *BFI Holding*, paragraph 36, and *Agorà and Excelsior*, paragraph 32

<sup>46</sup> See the Opinion of Advocate-General Léger, point 65 of the *Mannesmann* case C-44/96, [1998] ECR I-73, *op.cit.*

<sup>47</sup> See case C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, [1991] ECR I-5889; General economic interest as a concept represents “activities of direct benefit to the public”; see point 27 of the Opinion of Advocate-General van Gerven in the case.

<sup>48</sup> See cases C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, and C-260/99 *Excelsior Snc di Pedrotti runa & C v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, [2001] ECR 3605; C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, [1998] ECR 6821; C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, [1998] ECR I-73.

<sup>49</sup> See case C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, [1998] ECR I-73, *op.cit.*

<sup>50</sup> For example, see case C-118/85 *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, where the Court elaborated on the distinction of activities pursued by public authorities and public undertakings respectively.

<sup>51</sup> See case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft* [1994] ECR I-43; also Case C-343/95 *Diego Cali et Figli* [1997] ECR I-1547.

<sup>52</sup> See case C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, [1998] ECR 6821.

State or other contracting authorities choose themselves to meet these needs or to have a decisive influence over their provision. In *Agora*<sup>53</sup> the Court indicated that if an entity pursues an activity which meets general needs is pursued in a competitive environment, there is a strong indication that the entity is not a body governed by public law. Market forces reveal the commercial or industrial character of an activity, irrespective of the latter meeting the needs of general interest. However, market competitiveness as well as profitability cannot be absolute determining factors for the commerciality or the industrial nature of an activity, as they are not sufficient to exclude the possibility that a body governed by public law may choose to be guided by considerations other than economic ones. The absence of competition is not a condition necessarily to be taken into account in order to define a body governed by public law, although the existence of significant competition in the market place may be indicative of the absence of a need in the general interest, which does not carry commercial or industrial elements.

### *1.7. Entities meeting needs of general interest retrospectively*

Entities which have not been established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, but which have subsequently taken responsibility for such needs are considered as bodies governed by public law, on condition that the assumption of responsibility for meeting those needs can be established objectively<sup>54</sup>. The effectiveness of public procurement law would be jeopardized if an entity could be excluded from its remit on the grounds that the tasks in the general interest having a character other than industrial or commercial which carries out were not entrusted to it at the time of its establishment. The Court has held that, in the light of the principles of competition<sup>55</sup> and non-discrimination<sup>56</sup>, the functionality test<sup>57</sup> for the definition of bodies governed by public law expands the thrust of the concept so that it can embrace entities which pursue commercial activities. *Mannesmann Anlagenbau*<sup>58</sup> made no distinction between public contracts awarded by a contracting authority for the purposes of fulfilling its task of meeting needs in the general interest, and those which are unrelated to that task. It is immaterial that the activity in question may be unrelated to the body's task in the general interest, or may not involve any public funds. The critical factor is that the entity should continue to attend to the needs which it is specifically required to meet.

---

<sup>53</sup> See case C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, [2001] ECR 3605.

<sup>54</sup> See case C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft Hinteregger & Söhne Bauges.mBH Salzburg, ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH, and Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH*,

<sup>55</sup> See case C-380/98 *University of Cambridge* [2000] ECR I-8035, paragraph 16, and case C-237/99 *Commission v France* [2001] ECR I-939, paragraph 41.

<sup>56</sup> See, in particular, *University of Cambridge*, paragraph 17, and C-237/99 *Commission v France*, paragraph 42.

<sup>57</sup> See case C-237/99 *Commission v France*, paragraph 43.

<sup>58</sup> See case C-44/96 *Mannesman* [1998] ECR I-73.

### 1.8. Semi-public undertakings as contracting authorities

In *Staad Halle*<sup>59</sup>, a question arose as to whether the public procurement rules apply, where a contracting authority intends to conclude a public contract with a company governed by private law, legally distinct from the authority and in which it has a majority capital holding and exercises a certain control. In other words, the question prompted the criteria and their references under which mere participation of a contracting authority, even in a minority form, in the shareholding of a private company with which it concludes a contract as a ground for the applicability of the public procurement Directives. According to the Court's jurisprudence, the public procurement Directives are applicable in cases where a contracting authority plans to conclude a contract with an entity which is legally distinct from it, whether or not that entity is itself a contracting authority<sup>60</sup>. However, the public procurement rules are inapplicable where the contracting entity and the entity with which concludes a public contract are dependent of each other in terms of management and control. This is the case where a contracting authority exercises over an entity control similar to that which it exercises over its own departments and that entity carries out the essential part of its activities with the controlling public authority<sup>61</sup>, even though the entity is legally distinct from the contracting authority. The Court held that where a contracting authority intends to conclude a contract within the material scope of the public procurement Directives with a company legally distinct from it, in whose capital it has a holding together with one or more private undertakings, the public procurement rules apply. The crucial factor is the participation, even as a minority shareholder, of a private undertaking in the capital of a company in which a contracting authority is also a participant, a factor which excludes in any event the possibility of that contracting authority exercising over that company a control similar to that which it exercises over its own departments. The Court maintained that the obligation to apply the public procurement rules in the case of semi-public undertakings is confirmed by the fact that the relevant Directives<sup>62</sup> cover a public body which offers services<sup>63</sup>. The approach followed in *Teckal* was utilised to cover contractual relations between independent contracting authorities or bodies governed by public law. Thus, inter-administrative agreements between legally distinctive contracting authorities are considered as public contracts<sup>64</sup>.

However, contracting authorities are free to set up legally independent entities if they wish to offer services to third parties under normal market conditions. If such entities aim to make profit, bear the losses related to the exercise of their activities, and perform no public tasks, they are not to be classified as contracting authorities. An entity which aims to make a profit and bears the losses associated with the exercise of its activity will not

---

<sup>59</sup> See case C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, not yet reported.

<sup>60</sup> See case C-107/98 *Teckal* [1999] ECR I-8121, paragraphs 50 and 51.

<sup>61</sup> See case C-107/98 *Teckal*, *op.cit.*, established the dependency test. See Bovis, *Recent case law relating to public procurement: A beacon for the integration of public markets*, 39 CMLRev, 2002, *op.cit.* footnote 1.

<sup>62</sup> See Article 1(c) of the services Directive 92/50.

<sup>63</sup> See case C-94/99 *ARGE* [2000] ECR I-11037, paragraph 28.

<sup>64</sup> See case C-84/03, *Commission v Spain*, not yet reported.

normally become involved in a contract award procedure on conditions which are not economically justified<sup>65</sup>.

On the other hand, the links of a body governed by public law with the State must give rise to dependency on the part of the entity<sup>66</sup>, equivalent to that which exists where one of the three cumulative criteria is fulfilled, namely where the entity in question is financed, for the most part, by the public authorities or where the latter appoint more than half of the members of its administrative, managerial or supervisory organs, enabling the public authorities to influence their decisions in relation to public contracts<sup>67</sup>. The criterion of managerial supervision cannot be regarded as being satisfied in the case of mere review since, by definition, such supervision does not enable the public authorities to influence the decisions of the body in question in relation to public contracts. That criterion is, however, satisfied where the public authorities supervise not only the annual accounts of the body concerned but also its conduct from the point of view of proper accounting, regulatory compliance, economic performance and benchmarking and where those public authorities are authorized to inspect the business premises and facilities of that body and to report the results of those inspections to a regional authority which holds, through another company, all the shares in the body in question<sup>68</sup>.

### *1.9. State commercial companies as contracting authorities*

A question arose whether private companies under state control should be considered as contracting authorities<sup>69</sup>. The public procurement Directives draw a distinction between the concept of a body governed by public law and the concept of *public undertakings*, the definition of which corresponds to that of a public commercial company. The Court's case law has demonstrated that many undertakings in the private sector, despite of their dependency on the State, pursue specifically commercial objectives and operate in accordance with market principles and the need to achieve profitability. The key component for their status as bodies governed by public law and thus as contracting authorities, is meeting cumulatively the requirements of establishment for the specific purpose of meeting needs in the general interest not having an industrial or commercial character, having legal personality and being closely dependent on the State, regional or local authorities or other bodies governed by public law<sup>70</sup>. The absence of competition is not a condition necessarily to be taken into account in defining a body governed by public law<sup>71</sup>. On the contrary, the autonomous definition of the criterion relating to the non-industrial or commercial character of needs in the general interest<sup>72</sup> is an essential

---

<sup>65</sup> See case C-18/01 *Korhonen and Others* [2003] ECR I-5321, paragraph 51.

<sup>66</sup> See case C-380/98, *The Queen and H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge*, [2000] ECR 8035, paragraph 20, and case C-237/99, *Commission v. France*, [2001] ECR 934, paragraph 44.

<sup>67</sup> See case C-237/99 *Commission v France* (OPAC), [2001] ECR I-939, paragraphs 48 and 49.

<sup>68</sup> See case C-373/00 *Adolf Truley GmbH and Bestattung Wien GmbH*, [2003] ECR I-1931.

<sup>69</sup> See case C-283/00, *Commission v Spain*, [2003] ECR I-11697.

<sup>70</sup> See case 44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria*, [1998] ECR I-73, paragraphs 20 and 21; case C-214/00 *Commission v Spain* [2003] ECR I-4667, paragraph 52.

<sup>71</sup> See case C-360/96 *BFI Holding* [1998] ECR I-6821, paragraph 47.

<sup>72</sup> See case C-360/96 *BFI Holding* [1998] ECR I-6821, paragraphs 32 and 36.

component of that concept. The notion of general interest is closely linked to public order and the institutional operation of the State and even to the very essence of the State, in as much as the State holds the monopoly of powers which do not possess an industrial or commercial character<sup>73</sup>. The notion of needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, is an autonomous concept of Community law and must accordingly be given a uniform interpretation the search for which must take account of the background to the provision in which it appears and of the purpose of the rules in question<sup>74</sup>. Needs in the general interest, not having an industrial or commercial character are generally needs which are satisfied otherwise than by the supply of goods and services in the marketplace and which, for reasons associated with the general interest, the State chooses to provide itself or over which it wishes to retain a decisive influence<sup>75</sup>. The Court found in *Korhonen*<sup>76</sup>, that if the body operates in normal market conditions, aims at making a profit and bears the losses associated with the exercise of its activity, it is unlikely that the needs it aims at meeting are not of an industrial or commercial nature.

The functional interpretation of the notion of contracting authority and, therefore, of body governed by public law implies that the latter notion includes commercial companies under public control, provided that they fulfil the cumulative conditions of establishment for the specific purpose of meeting needs in the general interest not having an industrial or commercial character, legal personality and close dependence on the State. The distinction drawn between the definitions of *bodies governed by public law* and *public undertakings*, serves the extension of the scope *ratione personae* of the public procurement principles to cover certain entities in the utilities sectors, namely, public undertakings and those which enjoy special or exclusive rights granted by the authorities. The concept of a public undertaking has always been different from that of a body governed by public law, in that bodies governed by public law are created specifically to meet needs in the general interest having no industrial or commercial character, whereas public undertakings act to satisfy needs of an industrial or commercial character. The Court went further to declare that state controlled companies seem unlikely that they themselves should have to bear the financial risks related to their activities. Instead, the State would take all necessary measure to protect the financial viability of such entities, such as measures to prevent compulsory liquidation. In those circumstances, it is possible that the award of public contracts could be guided by other than purely economic considerations. Therefore, in order to safeguard against such a possibility, it is essential to apply the public procurement Directives<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> See case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria*, [1998] ECR I-73, paragraph 24.

<sup>74</sup> See case C-373/00 *Adolf Truley* [2003] ECR I-1931, paragraphs 36, 40 and 45.

<sup>75</sup> See *Adolf Truley*, *op.cit.* paragraph 50, and case C-18/01 *Korhonen* [2003] ECR I-5321, paragraph 47.

<sup>76</sup> See case C-18/01, *Korhonen*, *op.cit.*

<sup>77</sup> See cases *Adolf Truley*, paragraph 42, and *Korhonen*, paragraphs 51 and 52.



### 1.10. Procurement and contractualised governance

The above inferences from the Court, which point out themes that have emerged within the public sector management such as commercialism and public services, dualism and dependency, prompt the start of an important debate relevant to the main thesis of this article: the nature of governance in delivering (and financing) public services. The dramatic change in the relationship between public and private sectors, the perceptions of the public toward the dispersment of public services, as well as new forms of governance emanating through the privatization process have witnesses an era of contractualised governance in the delivery of public services.

Whereas, *traditional corporatism* mapped the dimension of the state as a service provider and asset owner, with public procurement as the verification process of public law norms<sup>78</sup> such accountability, probity and transparency, it failed to mimic the competitive structure of private markets. Corporatism allowed the creation of *marchés publics, sui generis* markets where competitive tendering attempted to satisfy public law norms and to introduce a balanced equilibrium in the supply / demand equation<sup>79</sup>. A first step away from corporatism towards government by contract appears to be the process of privatisation<sup>80</sup>. Privatisation, as a process of transfer of public assets and operations to private hands, on grounds of market efficiency and competition, as well as responsiveness to customer demand and quality considerations is often accompanied by simultaneous regulation. It is not entirely clear whether privatisation has reclaimed public markets and transformed them to private ones. The extent to which the market freedom of a privatised entity could be curtailed by regulatory frameworks deserves a complex and thorough analysis, which exceeds by far the remit of this article. However, it could be maintained that through the privatisation process, the previously clear-cut distinction between public and private markets becomes blur. However, there is strong evidence of public law elements to the extent that regulation is the dominant feature in the relations

---

<sup>78</sup> See Freeman, *Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 Harvard Law Review, 2003, p.p. 1285 et seq. Freeman argues that privatization does not curtail the remit of the state. On the contrary it enacts a process of “publicization”, where through the extension of public law norms to private undertakings entrusted with the delivery of public services the state maintains a dominant position in the dispersment of governance. Also, along the same lines see Frug, *New Forms of Governance, Getting Public Power to Private Actors*, 49 UCLA Review 2002, pp. 1687.

<sup>79</sup> Corporatism has been deemed as an important instrument of industrial policy of a state, in particular where procurement systems have been utilised with a view to promoting structural adjustment policies and favour “national champions”. See Bovis, *The Choice of Policies and the Regulation Public Procurement in the European Community* in T. Lawton (ed) *European Industrial Policy and Competitiveness: concepts and instruments*, Macmillan Publishers, 1998.

<sup>80</sup> Alongside privatisation, the notion of *contracting out* represents a further departure from the premises of traditional corporatism. The notion of *contracting out* is an exercise which aims at achieving potential savings and efficiency gains for contracting authorities, when they *test the market* in an attempt to define whether the provision of works or the delivery of services from a commercial operator could be cheaper than that from the in-house team. Contracting out differs from privatisation to the extent that the former represents a transfer of undertaking only, whereas the latter denotes transfer of ownership. Contracting out depicts a price-discipline exercise by the state, against the principle of *insourcing*, where, the self-sufficient nature of corporatism resulted in budgetary inefficiencies and poor quality of deliverables to the public. See Domberger and Jensen, *Contracting Out by the Public Sector: Theory, Evidence, Prospects*, Oxford Review of Economic Policy, Winter 1997.

between public and private sectors with a view to observing public interest in the relevant operations. The economic freedom and the risks associated with such operations are also subject to regulation, a fact which implies that any regulatory framework incorporates more than procedural rules.

In various jurisdictions within the common market, the socio-economic climate is very much in favour towards public - private sector partnerships, in the form of joint-ventures or in the form of private financing of public projects<sup>81</sup>. However, it would be difficult, in legal and political terms, to justify the empowerment of the private sector in as much as it could assume the role of service deliverer along the public sector across all Member States of the European Union. Constitutional provisions could nullify such attempts and often a number of socio-economic factors would collide with the idea of private delivery of public services. The evolution of public/private sector relations has arrived in times when the role and the responsibilities of the state are in the process of being redefined<sup>82</sup>. Constitutionally, the state and its organs are under obligation to provide a range of services to the public in the form of *e.g.* healthcare, education, transport, energy, defence, social security, policing. The state and its organs then enter the market place and procure goods, works and services in pursuit of the above objective, on behalf of the public<sup>83</sup>. The state in its own capacity or through delegated or legal monopolies and publicly controlled enterprises has engaged in market activities in order to serve public interest. Traditionally, the function of the state as a public service provider has been linked with ownership of the relevant assets. The integral characteristics of privately financed projects reveal the degree that the state and its organs are prepared to drift away from *traditional corporatism* towards *contractualised governance*. Departure from traditional corporatism also reflects the state's perception vis-à-vis its responsibilities towards the public. A shift towards contractualised governance would indicate the departure from the assumption that the state embraces both roles of asset owner and service deliverer. It should also insinuate the shrinkage of the state and its organs and the need to define a range of core activities that are not to be contractualised<sup>84</sup>. Finally, in practical terms, it

---

<sup>81</sup> Classic example of such approach is the views of the UK Government in relation to the involvement of the private sector in delivering public services through the so-called *Private Finance Initiative (PFI)*, which attempts to create a framework between the public and private sectors working together in delivering public services. See in particular, *Working Together - Private Finance and Public Money*, Department of Environment, 1993. *Private Opportunity, Public Benefit - Progressing the Private Finance Initiative*, Private Finance Panel and HM Treasury, 1995.

<sup>82</sup> See Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 NYUL Rev, 2000, pp. 534 et seq. Also, Bovis, *Understanding Public Private Partnerships*, 2002 Alexander Maxwell Law Scholarship Trust.

<sup>83</sup> See the rationale of the Court in the cases *BFI*, *Strohal* and *Agora* cases, *op.cit.*

<sup>84</sup> For example, defence, policing or other essential or core elements of public governance. It is maintained here that activities related to *imperium* (the use of force by way of regulatory or criminal law) could not be the subject of contractualised governance. A useful analysis for such argument is provided in case C-44/96, *Mannesmann Anlangensbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdurck GesmbH*, (judgment of January 15, 1998), where the notions of public security and safety are used to describe a range of activities by the state which possess the characteristic of "public service obligations". For a commentary of the case, see Bovis, *Redefining Contracting Authorities under the EC Public Procurement Directives: An Analysis of the case C-44/96, Mannesmann Anlangensbau Austria AG et al. v. Strohal Rotationsdurck GesmbH*, 36 Common Market Law Review, 1998.

would be very difficult to prove the intention of a contracting authority to circumvent the public procurement rules and enforce their application on private undertakings.

### *1.11. The “public” nature of public procurement: formality versus functionality*

The remit and thrust of public procurement legislation relies heavily on the connection between contracting authorities and the state. A comprehensive and clear definition of the term *contracting authorities*, a factor that determines the applicability of the relevant rules is probably the most important element of the public procurement legal framework. The structure of the Directives is such as to embrace the purchasing behaviour of all entities, which have a close connection with the state. These entities, although not formally part of the state, disperse public funds in pursuit or on behalf of public interest. The Directives describe as contracting authorities the *state*, which covers central, regional, municipal and local government departments, as well as *bodies governed by public law*. Provision has been also made to cover entities, which receive more than 50% subsidies by the state or other contracting authorities. The enactment of the Utilities Directives<sup>85</sup> brought under the procurement framework entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors. A wide range of these entities are covered by the term *bodies governed by public law*, which is used by the Utilities Directives for the contracting entities operating in the relevant sectors<sup>86</sup>. Another category of contracting authorities under the Utilities Directives includes *public undertakings*.<sup>87</sup> The term indicates any undertaking over which the state may exercise direct or indirect dominant influence by means of ownership, or by means of financial participation, or by means of laws and regulations, which govern the public undertaking's operation. Dominant influence can be exercised in the form of a majority holding of the undertaking's subscribed capital, in the form of majority controlling of the undertaking's issued shares, or, finally in the form of the right to appoint the majority of the undertaking's management board. Public undertakings cover utilities operators, which have been granted exclusive rights of exploitation of a service. Irrespective of their ownership, they are subject to the Utilities Directive in as much as the *exclusivity* of their operation precludes other entities from entering the relevant market under substantially the same competitive conditions. Privatised utilities could be, in principle, excluded from the procurement rules when a genuinely competitive regime<sup>88</sup> within the relevant market structure would rule out purchasing patterns based on non-economic considerations.

Although the term contracting authorities appears rigorous and well defined, public interest functions are dispersed through a range of organisations which *stricto sensu* could not fall under the ambit of the term contracting authorities, since they are not formally part of the state, nor all criteria for the definition of bodies governed by public

---

<sup>85</sup> EC Directive 90/531, as amended by EC Directive 93/38, O.J. L 199.

<sup>86</sup> Article 1(1) of Directive 93/38.

<sup>87</sup> Article 1(2) of Directive 93/38.

<sup>88</sup> The determination of a genuinely competitive regime is left to the utilities operators themselves. See case, C 392/93, *The Queen and H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications PLC*, O.J. 1993, C 287/6. This is perhaps a first step towards self-regulation which could lead to the disengagement of the relevant contracting authorities from the public procurement regime.

law are present.<sup>89</sup> The Court addressed the *lex lacuna* through its landmark case *Beentjes*<sup>90</sup>. The Court diluted the rigorous definition of contracting authorities for the purposes of public procurement law, by introducing a *functional dimension* of the state and its organs. In particular, it considered that a *local land consolidation committee* with no legal personality, but with its functions and compositions specifically governed by legislation as part of the state. The Court interpreted the term contracting authorities in *functional terms* and considered the local land consolidation committee, which depended on the relevant public authorities for the appointment of its members, its operations were subject to their supervision and it had as its main task the financing and award of public works contracts, as falling within the notion of state, even though it was not part of the state administration in *formal terms*<sup>91</sup>. The Court held that the aim of the public procurement rules, as well as the attainment of freedom of establishment and freedom to provide services would be jeopardised, if the public procurement provisions were to be held inapplicable, solely because entities, which were set up by the state to carry out tasks entrusted to by legislation were not formally part of its administrative organisation.

The Court in two recent cases applied the functionality test, when was requested to determine the nature of entities which could not meet the criteria of bodies governed by public law, but had a distinctive public interest remit. In *Teoranta*<sup>92</sup>, a private company established according to national legislation to carry out business of forestry and related activities was deemed as falling within the notion of the state. The company was set up by the state and was entrusted with specific tasks of public interest, such as managing national forests and woodland industries, as well as providing recreation, sporting, educational, scientific and cultural facilities. It was also under decisive administrative, financial and management control by the state, although the day-to-day operations were left entirely to its board. The Court accepted that since the state had at least indirect control over the *Teoranta*'s policies, in functional terms the latter was part of the state. In the *Vlaamse Raad*<sup>93</sup>, the Flemish parliament of the Belgian federal system was considered part of the "federal" state. The Court held that the definition of the state encompasses all bodies, which exercise legislative, executive and judicial powers, at both regional and federal levels. The Raad, as a legislative body of the Belgian state, although under no direct control by it<sup>94</sup>, was held as falling within the definition of the state and thus being regarded as a contracting authority.

---

<sup>89</sup> This is particularly the case of non-governmental organisations (NGOs) which operate under the auspices of the central or local government and are responsible for public interest functions. See Bovis, *Public entities awarding procurement contracts under the framework of EC Public Procurement Directives*, Journal of Business Law, 1993, Vol.1, p.p. 56-78; Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, 1997, p.p. 87-88.

<sup>90</sup> Case 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. v. State of Netherlands* [1988] ECR 4635.

<sup>91</sup> The formality test and the relation between the state and entities under its control was established in cases C-249/81, *Commission v. Ireland*, [1982] ECR 4005; C-36/74 *Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale et al.*, (1974) ECR 1423.

<sup>92</sup> See cases C-353/96, *Commission v. Ireland* and C-306/97, *Connemara Machine Turf Co Ltd v. Coillte Teoranta*, judgment of 17 December 1998.

<sup>93</sup> See case C-323/96, *Commission v Kingdom of Belgium*, judgment of 17 September 1998.

<sup>94</sup> The fact that the Belgian Government did not, at the time, exercise any direct or indirect control relating to procurement policies over the Vlaamse Raad was considered immaterial on the grounds that a state

The functional dimension of contracting authorities has exposed the Court's departure from the formality test, which has rigidly positioned an entity under state control on *stricto sensu* traditional public law grounds. Functionality, as an ingredient of assessing the relationship between an entity and the state demonstrates, in addition to the elements of management or financial control, the importance of constituent factors such as the intention and purpose of establishment of the entity in question. Functionality depicts a flexible approach in the applicability of the procurement Directives, in a way that the Court through its precedence established a pragmatic approach as to the nature of the demand side of the public procurement equation.

## **2. Financing public services and services of general economic interest: how is legal certainty enhanced through the rule of reason and the application of universal obligations.**

There are three approaches under which the European judiciary and the Commission have examined the financing of public services: *the state aid approach, the compensation approach and the quid pro quo approach*. The above approaches reflect not only conceptual and procedural differences in the application of state aid control measures within the common market, but also raise imperative and multifaceted questions relevant to the state funding of services of general interest<sup>95</sup>.

The State aid approach<sup>96</sup> examines state funding granted to an undertaking for the performance of obligations of general interest. It thus, regards the relevant funding as state aid within the meaning of Article 87(1) EC<sup>97</sup> which may however be justified under

---

cannot rely on its own legal system to justify non-compliance with EC law and particular Directives. For these comments, see also case C-144/97 *Commission v France*, [1998] ECR I-613.

<sup>95</sup> See Alexis, *Services publics et aides d'Etat*, *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2002, p 63; Grespan, *An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy*, *Competition Policy Newsletter*, No 3, October 2002, p 17; Gundel, *Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht*, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 3/2002, p222; Nettesheim, *Euroäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, *Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht*, 6/2002, p 253; Nicolaides, *Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring judgment*, *European Competition Law Review*, 2002, p 313; Nicolaides, *The new frontier in State aid control. An economic assessment of measures that compensate enterprises*, *Intereconomics*, vol. 37, No 4, 2002, p 190; Rizza, *The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark judgment for future State aid control policy*, *Columbia Journal of European Law*, 2003; Bovis, *Public procurement, state aid and the financing of public services: between symbiotic correlation and asymmetric geometry*, *European State Aid Law Quarterly*, November 2003, pp. 563-577.

<sup>96</sup> See Case C-387/92 [1994] ECR I-877; Case T-106/95 *FFSA and Others v Commission* [1997] ECR II-229; Case C-174/97 P [1998] ECR I-1303; Case T-46/97 [2000] ECR II-2125.

<sup>97</sup> Article 87(1) EC defines State aid as “any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods ..., in so far as it affects trade between Member States”.

Article 86(2) EC<sup>98</sup>, provided that the conditions of that derogation are fulfilled and, in particular, if the funding complies with the principle of proportionality. The state aid approach provides for the most clear and legally certain procedural and conceptual framework to regulate state aid, since it positions the European Commission, in its administrative and executive roles at the centre of that framework.

The compensation approach<sup>99</sup> reflects upon a “compensation” being intended to cover an appropriate remuneration for the services provided or the costs of providing those services. Under that approach State funding of services of general interest amounts to State aid within the meaning of Article 87(1) EC, only if and to the extent that the economic advantage which it provides exceeds such an appropriate remuneration or such additional costs. European jurisprudence considers that state aid exist only if, and to the extent that, the remuneration paid, when the state and its organs procure goods or services, exceeds the market price.

The choice between the state aid approach and the compensation approach does not only reflect upon a theoretical debate; it mainly reveals significant practical ramifications in the application of state aid control within the common market. Whilst it is generally accepted that the pertinent issue of substance is whether the state funding exceeds what is necessary to provide for an appropriate remuneration or to offset the extra costs caused by the general interest obligations, the two approaches have very different procedural implications. Under the compensation approach, state funding which does not constitute state aid escapes the clutches of EU state aid rules and need not be notified to the Commission. More importantly, national courts have jurisdiction to pronounce on the nature of the funding as state aid without the need to wait for an assessment by the Commission of its compatibility with *acquis*. Under the state aid approach the same measure would constitute state aid which, must be notified in advance to the Commission. Moreover, the derogation in Article 86(2) EC is subject to the same procedural regime as the derogations in Article 87(2) and (3) EC, which means that new aid cannot be implemented until the Commission has declared it compatible with Article 86(2) EC. Measures which infringe that stand-still obligation constitute illegal aid. Another procedural implication from the application of the compensation approach is that national courts must offer to individuals the certain prospect that all the appropriate conclusions will be drawn from the infringement of the last sentence of Article 88(3) EC, as regards the validity of the measures giving effect to the aid, the recovery of financial support granted in disregard of that provision and possible interim measures.

Departing from the rationale of the above approaches, a third approach has been introduced in order to assist in understanding the relationship between the funding of

---

<sup>98</sup> Article 86(2) EC stipulates that...”Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest ... shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, insofar as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community”.

<sup>99</sup> See Case 240/83 [1985] ECR 531; Case C-53/00, judgment of 22 November 2001; Case C-280/00, judgment of 24 July 2003.

public services and state aid. The *quid pro quo* approach distinguishes between two categories of state funding; in cases where there is a direct and manifest link between the state financing and clearly defined public service obligations, any sums paid by the State would not constitute state aid within the meaning of the Treaty. On the other hand, where there is no such link or the public service obligations were not clearly defined, the sums paid by the public authorities would constitute state aid.

The *quid pro quo* approach<sup>100</sup> positions at the centre of the analysis of state funding of services of general interest a distinction between two different categories; i) the nature of the link between the financing granted and the general interest duties imposed and ii) the degree of clarity in defining those duties. The first category would comprise cases where the financing measures are clearly intended as a *quid pro quo* for clearly defined general interest obligations, or in other words where the link between, on the one hand, the State financing granted and, on the other hand, clearly defined general interest obligations imposed is direct and manifest. The clearest example of such a direct and manifest link between State financing and clearly defined obligations are public service contracts awarded in accordance with public procurement rules. The contract in question should define the obligations of the undertakings entrusted with the services of general interest and the remuneration which they will receive in return. Cases falling into that category should be analysed according to the compensation approach. The second category consists of cases where it is not clear from the outset that the State funding is intended as a *quid pro quo* for clearly defined general interest obligations. In those cases the link between State funding and the general interest obligations imposed is either not direct or not manifest or the general interest obligations are not clearly defined.

The *quid pro quo* approach appears at first instance consistent with the general case-law on the interpretation of Article 87(1) EC. Also it gives appropriate weight to the importance of services of general interest, within the remit of Article 16 EC and of Article 36 of the EU Charter of Fundamental Rights. On the other hand, the *quid pro quo* approach presents a major shortcoming: it introduces elements<sup>101</sup> of the nature of public financing into the process of determining the legality of state aid. According to state aid

---

<sup>100</sup> See Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-126/01, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie v GEMO SA*, 30 April 2002

<sup>101</sup> For example the form in which the aid is granted (See cases C-323/82 *Intermills v Commission* [1984] ECR 3809, paragraph 31; Case C-142/87 *Belgium v Commission*, cited in note 18, paragraph 13; and Case 40/85 *Belgium v Commission* [1986] ECR I-2321, paragraph 120, the legal status of the measure in national law (See Commission Decision 93/349/EEC of 9 March 1993 concerning aid provided by the United Kingdom Government to British Aerospace for its purchase of Rover Group Holdings over and above those authorised in Commission Decision 89/58/EEC authorising a maximum aid to this operation subject to certain conditions (OJ 1993 L 143, p. 7, point IX), the fact that the measure is part of an aid scheme (Case T-16/96, *Cityflyer Express v Commission*, [1998] ECR II- 757), the reasons for the measure and the objectives of the measure ((case C-173/73 *Italy v Commission* [1974] ECR 709; *Deufil v Commission*, [1987] ECR 901; Case C-56/93 *Belgium v Commission*, [1996] ECR I-723; Case C-241/94 *France v Commission* [1996] ECR I-4551; Case C-5/01 *Belgium v Commission* [2002] ECR I-3452) and the intentions of the public authorities and the recipient undertaking (Commission Decision 92/11/EEC of 31 July 1991 concerning aid provided by the Derbyshire County Council to Toyota Motor Corporation, an undertaking producing motor vehicles (OJ 1992 L 6, p. 36, point V).

jurisprudent, only the effects of the measure are to be taken into consideration<sup>102</sup>, and as a result of the application of the *quid pro quo* approach legal certainty could be undermined.

### 2.1. Public service obligations: towards universality of services and their financing

A category of services of general interest is the concept of public service obligations with reference to the Common Transport policy of the Community and the way the Treaty and also secondary legislation regulates their financing and their relationship with state aid. It appears that the financing of public service obligations and its interplay with state aid follows the compensation approach, where the state provides for adequate and fair compensation to undertakings in order to provide the relevant services that have public interest characteristics. However, the regulation of the funding of such services is *lex specialis*, in the sense that Article 84 EC expressly excludes the application of state aid provisions to air transport and therefore, the reimbursement of undertakings costs for fulfilling public service obligation requirements must be assessed on the basis of the general rules of the Treaty, which apply to air transport<sup>103</sup>. The Treaty provides that state aid are compatible with its principles, if they meet the needs of coordination of transport or if they represent reimbursement for the discharge of certain obligations inherent in the concept of public service, do not apply to air transport<sup>104</sup>. A Member State may thus reimburse the air carrier selected for carrying out the imposed public service obligation<sup>105</sup> by taking into account the costs and revenue (that is the deficit) generated by the service<sup>106</sup>. In the context of air transport, public service obligation is defined<sup>107</sup> as any obligation imposed upon an air carrier to take, in respect of any route which it is licensed to operate by a Member State, all necessary measures to ensure the provision of a service satisfying pre-determined standards of continuity, regularity, capacity and pricing, which standards the air carrier would not assume if it were solely considering its economic interest<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> See case C-173/73 *Italy v Commission* [1974] ECR 709, paragraph 27; *Deufil v Commission*, [1987] ECR 901; Case C-56/93 *Belgium v Commission*, [1996] ECR I-723 paragraph 79; Case C-241/94 *France v Commission* [1996] ECR I-4551, paragraph 20; and Case C-5/01 *Belgium v Commission* [2002] ECR I-3452, paragraphs 45 and 46.

<sup>103</sup> See Case 156/77, *Commission v. Belgium*, [1978] ECR 1881.

<sup>104</sup> A similar approach is followed for maritime transport. See The European Commission's Guidelines on State aid to maritime transport, OJ 1997 C 205.

<sup>105</sup> See Article 4 (1) (h) of Regulation 2408/92 OJ L 240 1992 on access for air carriers to intra-Community air routes.

<sup>106</sup> The development and the implementation of these schemes must be transparent. The Commission would expect the selected company to have an analytical accounting system sophisticated enough to apportion the relevant costs (including fixed costs) and revenues.

<sup>107</sup> See Article 2 of Regulation 2408/92.

<sup>108</sup> Such public service obligations may be imposed on scheduled air services to an airport serving peripheral or development regions in its territory or on a thin route to any regional airport in its territory provided that any such route is considered vital for the economic development of the region in which the airport is located.



The acceptability of the reimbursement shall be considered in the light of the state aid principles as interpreted by the Court. In this context it is important that the airline, which has access to a route on which a public service obligation has been imposed, may be compensated only after being selected by public tender. However, Community rules on public procurement contracts do not apply to the awarding by law or contract of exclusive concessions, which are entirely regulated by the procedure provided for pursuant to Article 4 (1) of Regulation 2408/92, which has set out uniform and non-discriminatory rules for the distribution of air traffic rights on routes upon which public service obligations have been imposed.

This tendering procedure enables Member States to value the offer for that route, and make its choice by taking into consideration both the consumers interest and cost of the compensation. Furthermore, the criteria for calculation of the compensation have been clearly established. A reimbursement, is calculated on the basis of the operating deficit incurred on a route, cannot involve any overcompensation of the air carrier. Such system excludes the possibility of state aid elements being included within the reimbursement for public service obligations. A compensation of the mere deficit incurred on a specific route (including a reasonable remuneration for capital employed) by an airline which has been fairly selected following an open bidding procedure, is a neutral commercial operation between the relevant State and the selected airline which cannot be considered as aid. The essence of an aid lies in the benefit for the recipient<sup>109</sup>; a reimbursement limited solely to losses sustained because of the operation of a specific route does not bring about any special benefit for the company, which has been selected on the basis of the objective criteria.

Therefore, the Commission considers that compensation for public service obligations does not involve aid provided that: i) the undertaking has been correctly selected through a call for tender, on the basis of the limitation of access to the route to one single carrier, and ii) the maximum level of compensation does not exceed the amount of deficit as laid down in the bid. However, the fact that the public tender has not been conducted in accordance with the public procurement regime, give rise to certain concerns.

In case there is clear evidence that the Member State has not selected the best offer, the Commission may request information from the Member State in order to be able to verify whether the award includes State aid elements. In fact, such elements are likely to occur where the Member State engages itself to pay more financial compensation to the selected carriers than it would have paid to the carrier which submitted the best (not necessarily the cheapest) offer. Although the public tendering process under Regulation 2408/92 refers to the compensation required as just one of the criteria to be taken into consideration for the selection of submissions, the Commission considers however, that the level of compensation is the main selection criterion<sup>110</sup>. Indeed, other criteria such as adequacy, prices and standards required are generally already included in the public service obligations themselves. Consequently, it is possible that the selected carrier could

---

<sup>109</sup> See Case 173/73, Italian Government v. Commission, [1974] ECR 709.

<sup>110</sup> See Cases C301/87 France v. Commission, [1990] ECR I, p. 307; Case C142/87 Belgium v. Commission [1990] ECR I-959.

be other than the one which requires the lowest financial compensation. However, if the Commission concludes that the Member State concerned has not selected the best offer it will most likely consider that the chosen carrier has received aid pursuant to Article 92 EC. Should the Member State not have notified the aid pursuant to Article 93 (3) EC, the Commission would consider the aid, in the case that compensation has already been paid, as illegally granted and would open the procedure pursuant to Article 93 (2) EC<sup>111</sup>.

### 3. Public procurement and the three approaches of financing public services

The application of the state aid approach creates a *lex and a policy lacunae* in the treatment of funding of services of general economic interest and other services, which is filled by the application of the public procurement regime. In fact, it presupposes that the delivery of services of general economic interest emerge and take place in a different market, where the state and its emanations act in a public function. Such markets are not susceptible to the private operator principle<sup>112</sup> which has been relied upon by the Commission and the European Courts<sup>113</sup> to determine the borderline between market behavior and state intervention. The state aid approach runs parallel with the assumption that services of general interest emerge and their delivery takes place within distinctive markets, which bear little resemblance with private markets in terms of competitiveness, demand and supply substitutability, structure and even regulation.

European jurisprudence distinguishes the economic nature of state intervention and the exercise of public powers<sup>114</sup>. The application of the private operator principle is confined to the economic nature of state intervention<sup>115</sup> and is justified by the principle of equal

---

<sup>111</sup> Article 5 of Regulation 2408/92 allows for exclusive concessions on domestic routes granted by law or contract, to remain in force, under certain conditions, until their expiry or for three years, whichever deadline comes first. Possible reimbursement given to the carriers benefiting from these exclusive concessions may well involve aid elements, particularly as the carriers have not been selected by an open tender (as foreseen in the case of Article 4 (1) of Regulation 2408/92).

<sup>112</sup> See the Communication of the Commission to the Member States concerning public authorities' holdings in company capital (*Bulletin EC* 9-1984, point 3.5.1). The Commission considers that such an investment is not aid where the public authorities effect it under the same conditions as a private investor operating under normal market economy conditions. See also Commission Communication to the Member States on the application of Articles 92 and 93 of the EEC Treaty and of Article 5 of Commission Directive 80/723/EEC to public undertakings in the manufacturing sector (OJ 1993 C 307, p. 3, point 11).

<sup>113</sup> See in particular Case 234/84 *Belgium v Commission* [1986] ECR 2263, paragraph 14; Case C-142/87 *Belgium v Commission ('Tubemeuse')* [1990] ECR I-959, paragraph 26; and Case C-305/89 *Italy v Commission ('Alfa Romeo')* [1991] ECR I-1603, paragraph 19.

<sup>114</sup> See Joined Cases C-278/92 to C-280/92 *Spain v Commission* [1994] ECR I-4103.

<sup>115</sup> For example where the public authorities contribute capital to an undertaking (Case 234/84 *Belgium v Commission* [1986] ECR 2263; Case C-142/87 *Belgium v Commission* [1990] ECR I-959; Case C-305/89 *Italy v Commission* [1991] ECR I-1603), grant a loan to certain undertakings (Case C-301/87 *France v Commission* [1990] ECR I-307; Case T-16/96 *Cityflyer Express v Commission* [1998] ECR II-757), provide a state guarantee (Joined Cases T-204/97 and T-270/97 *EPAC v Commission* [2000] ECR II-2267), sell goods or services on the market (Joined Cases 67/85, 68/85 and 70/85 *Van der Kooy and Others v Commission* [1988] ECR 219; Case C-56/93 *Belgium v Commission* [1996] ECR I-723; Case C-39/94 *SFEI and Others* [1996] ECR I-3547), or grant facilities for the payment of social security contributions (Case C-256/97 *DM Transport* [1999] ECR I-3913), or the repayment of wages Case C-342/96 *Spain v Commission* [1999] ECR I-2459).

treatment between the public and private sectors<sup>116</sup>, which requires that intervention by the State should not be subject to stricter rules than those applicable to private undertakings. The non-economic character of state intervention<sup>117</sup> renders immaterial the test of private operator, for the reason that profitability, and thus the *raison d'être* of the private investment, is not present. It follows that services of general economic interest cannot be part of the same demand / supply equation, as other normal services the state and its organs procure<sup>118</sup>. Along the above lines, a convergence emerges between public procurement jurisprudence and the state aid approach in the light of the reasoning behind the *BFI*<sup>119</sup> and *Agora*<sup>120</sup> cases. Services of general economic interest are *sui generis*, having as main characteristics the lack of industrial and commercial character, where the absence of profitability and competitiveness are indicative of the relevant market place. As a rule of thumb, the procurement of such services should be subject to the rigor and discipline of public procurement rules and in analogous rationale, classified as state aid, in the absence of the competitive award procedures. In consequence, the application of the public procurement regime reinforces the character of services of general interest as non-commercial or industrial and the existence of *marchés publics*<sup>121</sup>.

Of interest is the latest case *Chronopost*<sup>122</sup>, where the establishment and maintenance of a public postal network such as the one offered by the French *La Poste* to its subsidiary *Chronopost* was not considered as a “market network”. The Court arrived at this reasoning by using a market analysis which revealed that under normal conditions it would not have been rational to build up such a network with the considerable fixed costs such would have implied merely in order to provide third parties with the assistance of the kind at issue in that case. Therefore the determination of a platform under which the normal remuneration a private operator occurs would have constituted an entirely hypothetical exercise. As the universal network offered by La Poste was not a “market network” there were no specific and objective references available in order to establish what normal market conditions should be. On the one hand, there was only one single undertaking, i.e. La Poste that was capable of offering the services linked to its network and none of the competitors of *Chronopost* had ever sought access to the French Post

---

<sup>116</sup> See Case C-303/88 *Italy v Commission* [1991] ECR I-1433, paragraph 20; Case C-261/89 *Italy v Commission* [1991] ECR I-4437, paragraph 15; and Case T-358/94 *Air France v Commission* [1996] ECR II-2109, paragraph 70.

<sup>117</sup> For example where the public authorities pay a subsidy directly to an undertaking (Case 310/85 *Deufil v Commission* [1987] ECR 901), grant an exemption from tax (Case C-387/92 *Banco Exterior* [1994] ECR I-877; Case C-6/97 *Italy v Commission* [1999] ECR I-2981; Case C-156/98 *Germany v Commission* [2000] ECR I-6857) or agree to a reduction in social security contributions (Case C-75/97 *Belgium v Commission* [1999] ECR I-3671; Case T-67/94 *Ladbroke Racing v Commission* [1998] ECR II-1)

<sup>118</sup> See the analysis in the Joined Cases C-278/92 to C-280/92 *Spain v Commission* [1994] ECR I-4103.

<sup>119</sup> See Case C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, *op.cit.*

<sup>120</sup> cases C-223/99, *Agora Srl v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano* and C-260/99 *Excelsior Snc di Pedrotti Runa & C v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, *op.cit.*

<sup>121</sup> See Bazex, *Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998; Arcelin, *L'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence*, Paris, Litec, 2003; Guézou, *Droit de la concurrence et droit des marchés publics: vers une notion transversale de mise en libre concurrence*, Contrats Publics, Mars 2003.

<sup>122</sup> See Joined Cases C-83/01 P, C-93/01 P and C-94/01 *Chronopost and Others* [2003], not yet reported; see also the earlier judgment of the CFI Case T-613/97 *Ufex and Others v Commission* [2000] ECR II-4055.

Office's network. Consequently, objective and verifiable data on the price paid within the framework of a comparable commercial transaction did not exist. The Commission's solution of accepting a price that covered all the additional costs, fixed and variable, specifically incurred by La Poste in order to provide the logistical and commercial assistance, and an adequate part of the fixed costs associated with maintaining the public postal network, represented a sound way in order to exclude the existence of State aid within the meaning of Article 87(1) EC. The *Chronopost* ruling disappplied the private investor principle from state aid regulation, by indirectly accepting the state aid approach and therefore the existence of *sui generis markets* within which services of general interest emerge and being delivered and which cannot feasibly be compared with private ones.

The compensation approach relies heavily upon the real advantage theory to determine the existence of any advantages conferred to undertakings through state financing<sup>123</sup>. Thus, under the real advantage theory, the advantages given by the public authorities and threaten to distort competition are examined together with the obligations on the recipient of the aid. Public advantages thus constitute aid only if their amount exceeds the value of the commitments the recipient enters into. The compensation approach treats the costs offsetting the provision of services of general interest as the base line over which state aid should be considered. That base line is determined by the market price, which corresponds to the given public / private contractual interface and is demonstrable through the application of public procurement award procedures. The application of the compensation approach reveals a significant insight of the financing of services of general interest. A quantitative distinction emerges, over and above which state aid exist. The compensation approach introduces an applicability threshold of state aid regulation, and that threshold is the perceived market price, terms and conditions for the delivery of the relevant services.

An indication of the application of the compensation approach is reflected in the *Stohal*<sup>124</sup> case, where an undertaking could provide commercial services and services of general interest, without any relevance to the applicability of the public procurement rules. The rationale of the case runs parallel with the real advantage theory, up to the point of recognizing the different nature and characteristics of the markets under which normal (commercial) services and services of general interest are provided. The distinction begins where, for the sake of legal certainty and legitimate expectation, the activities undertakings of dual capacity are equally covered by the public procurement regime and the undertaking in question is considered as *contracting authority* irrespective of any proportion or percentage between the delivery of commercial services and services of general interest. This finding might have a significant implication for the compensation approach in state aid jurisprudence: irrespective of any costs offsetting the costs related to the provision of general interest, the entire state financing could be viewed under the state aid approach.

---

<sup>123</sup> See Evans, *European Community Law of State Aid*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

<sup>124</sup> C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. v. Strohalm Rotationsdurck GesmbH.*, *op.cit.* See also the analysis of the case by Bovis, in 36 CMLR (1999), pp 205-225.

Nevertheless, the real advantage theory upon which the compensation approach seems to rely runs contrary to the apparent advantage theory which underlines Treaty provisions<sup>125</sup> and the so-called “effects approach”<sup>126</sup> adopted by the Court in determining the existence of state aid. The real advantage theory seems to underpin the *quid pro quo* approach and it also creates some conceptual difficulties in reconciling jurisprudential precedent in state aid regulation.

The *quid pro quo* approach appears to define state aid no longer by reference solely to the effects of the measure, but by reference to criteria of a purely formal or procedural nature. This means that the existence of a procedural or a substantive link between the state and the service in question lifts the threat of state aid regulation, irrespective of any effect the state measure has on competition. However, the Court considers that to determine whether a State measure constitutes aid, only the effects of the measure are to be taken into consideration, whereas other elements<sup>127</sup> typifying a measure are not relevant during the stage of determining the existence of aid, because they are not liable to affect competition. However, the relevance of these elements may appear when an assessment of the compatibility of the aid<sup>128</sup> with the derogating provisions of the Treaty takes place.

The application of the *quid pro quo* approach amounts to introducing such elements into the actual definition of aid. The presence of a direct and manifest link between the state funding and the public service obligations amounts to the existence of a public service contract awarded after a public procurement procedure. In addition, the clear definition of public service obligations amounts to the existence of laws, regulations or contractual provisions which specify the nature and content of the undertaking's obligations. The borderline of the market price, which will form the conceptual base above which state aid would appear, is not always easy to determine, even with the presence of public procurement procedures. The state and its organs as contracting authorities (state emanations and bodies governed by public law) have wide discretion to award public contracts under the public procurement rules<sup>129</sup>. Often, price plays a secondary role in the

---

<sup>125</sup> According to Advocate General Léger in his Opinion on the *Altmark* case, the apparent advantage theory occurs in several provisions of the Treaty, in particular in Article 92(2) and (3), and in Article 77 of the EC Treaty (now Article 73 EC). Article 92(3) of the Treaty provides that aid may be regarded as compatible with the common market if it pursues certain objectives such as the strengthening of economic and social cohesion, the promotion of research and the protection of the environment.

<sup>126</sup> See case C-173/73 *Italy v Commission* [1974] ECR 709; *Deufil v Commission*, [1987] ECR 901; Case C-56/93 *Belgium v Commission*, [1996] ECR I-723; Case C-241/94 *France v Commission* [1996] ECR I-4551; Case C-5/01 *Belgium v Commission* [2002] ECR I-3452.

<sup>127</sup> For example the form in which the aid is granted, the legal status of the measure in national law, the fact that the measure is part of an aid scheme, the reasons for the measure, the objectives of the measure and the intentions of the public authorities and the recipient undertaking.

<sup>128</sup> For example certain categories of aid are compatible with the common market on condition that they are employed through a specific format. See Commission notice 97/C 238/02 on Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty (OJ 1997 C 283).

<sup>129</sup> According to Article 26 of Directive 93/36, Article 30 of Directive 93/37, Article 34 of Directive 93/38 and Article 36 of Directive 92/50, two criteria provide the conditions under which contracting authorities award public contracts: *the lowest price* or *the most economically advantageous offer*. The first criterion indicates that, subject to the qualitative criteria and financial and economic standing, contracting authorities do not rely on any other factor than the price quoted to complete the contract. The Directives provide for an automatic disqualification of an “obviously abnormally low offer”. The term has not been interpreted in

award criteria. In cases when the public contract is awarded to the lowest price<sup>130</sup>, the element of *market price* under the compensation approach could be determined. However, when the public contract is to be awarded by reference to the most economically advantageous offer<sup>131</sup>, the market price might be totally different than the price the contracting authority wish to pay for the procurement of the relevant services. The mere existence of public procurement procedures cannot, therefore, reveal the necessary element of the compensation approach: the market price which will determine the “excessive” state intervention and introduce state aid regulation.

Finally, the *quid pro quo* approach relies on the existence of a direct and manifest link between state financing and services of general interest, existence indicative through the presence of a public contract concluded in accordance with the provisions of the public procurement Directives. Apart from the criticism it has received concerning the introduction of elements into the assessment process of state aid, the interface of the *quid pro quo* approach with public procurement appears as the most problematic facet in its application. The procurement of public services does not always reveal a public contract between a contracting authority and an undertaking.

The *quid pro quo* approach appears to define state aid no longer by reference solely to the effects of the measure, but by reference to criteria of a purely formal or procedural nature. This means that the existence of a procedural or a substantive link between the state and the service in question lifts the threat of state aid regulation, irrespective of any effect the state measure has on competition. However, the Court considers that to determine whether a State measure constitutes aid, only the effects of the measure are to be taken into consideration, whereas other elements<sup>132</sup> typifying a measure are not relevant during the stage of determining the existence of aid, because they are not liable to affect competition. However, the relevance of these elements may appear when an assessment

---

detail by the Court and serves rather as an indication of a “lower bottom limit” of contracting authorities accepting offers from the private sector tenderers See Case 76/81, *SA Transporoute et Travaux v. Minister of Public Works*, [1982] ECR 457; Case 103/88, *Fratelli Costanzo S.p.A. v. Comune di Milano*, [1989] ECR 1839; Case 296/89, *Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli s.n.c. v. Consorzio per lo Sviluppo Industriale del Comune di Monfalcone*, judgment of June 18, 1991.

<sup>130</sup> An interesting view of the lowest price representing market value benchmarking is provided by the case C-94/99, *ARGE Gewässerschutz, op.cit.*, where the Court ruled that directly or indirectly subsidised tenders by the state or other contracting authorities or even by the contracting authority itself can be legitimately part of the evaluation process, although it did not elaborate on the possibility of rejection of an offer, which is appreciably lower than those of unsubsidised tenderers by reference to the of abnormally low disqualification ground.

<sup>131</sup> The meaning of the most economically advantageous offer includes a series of factors chosen by the contracting authority, including price, delivery or completion date, running costs, cost-effectiveness, profitability, technical merit, product or work quality, aesthetic and functional characteristics, after-sales service and technical assistance, commitments with regard to spare parts and components and maintenance costs, security of supplies. The above list is not exhaustive.

<sup>132</sup> For example the form in which the aid is granted, the legal status of the measure in national law, the fact that the measure is part of an aid scheme, the reasons for the measure, the objectives of the measure and the intentions of the public authorities and the recipient undertaking.

of the compatibility of the aid<sup>133</sup> with the derogating provisions of the Treaty takes place. The application of the *quid pro quo* approach amounts to introducing such elements into the actual definition of aid. Its first criterion suggests examining whether there is a direct and manifest link between the State funding and the public service obligations. In practice, this amounts to requiring the existence of a public service contract awarded after a public procurement procedure. Similarly, the second criterion suggests examining whether the public service obligations are clearly defined. In practice, this amounts to verifying that there are laws, regulations or contractual provisions which specify the nature and content of the undertaking's obligations.

Although the public procurement regime embraces activities of the *state*, which covers central, regional, municipal and local government departments, as well as *bodies governed by public law*, and public utilities, in-house contracts are not subject to its coverage. The existence of dependency, in terms of overall control of an entity by the state or another contracting authority renders the public procurement regime inapplicable. Dependency presupposes a control similar to that which the state or another contracting authority exercises over its own departments. The “similarity” of control denotes lack of independence with regard to decision-making. The Court in *Teckal*<sup>134</sup>, concluded that a contract between a contracting authority and an entity, which the former exercises a control similar to that which exercises over its own departments and at the same time that entity carries out the essential part of its activities with the contracting authority, is not a public contract, irrespective of that entity being a contracting authority or not. The similarity of control as a reflection of dependency reveals another facet of the thrust of contracting authorities: the non-applicability of the public procurement rules for in-house relationships.

Along the same line of arguments, contracts to affiliated undertakings escape the clutches of the Directives. Article 6 of the Services Directive provides for the inapplicability of the Directive to service contracts which are awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of the Directive on the basis of an exclusive right which is granted to the contracting authority by a law, regulation or administrative provision of the Member State in question. Article 13 of the Utilities Directive provides for the exclusion of certain contracts between contracting authorities and affiliated undertakings. For the purposes of Article 1(3) of the Utilities Directive, an affiliated undertaking is one the annual accounts of which are consolidated with those of the contracting entity in accordance with the requirements of the seventh company law Directive<sup>135</sup>. These are service contracts, which are awarded to a service-provider, which is affiliated to the contracting entity, and service contracts, which are awarded, to a service-provider, which is affiliated, to a contracting entity participating in a joint venture formed for the purpose of carrying out an activity covered by the Directive<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> For example certain categories of aid are compatible with the common market on condition that they are employed through a specific format. See Commission notice 97/C 238/02, OJ 1997 C 283 on Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty.

<sup>134</sup> See case C-107/98, *Teckal Srl v Comune di Viano*, judgment of 18 November 1999.

<sup>135</sup> See Council Directive 83/349, OJ 1983 L193/1.

<sup>136</sup> The explanatory memorandum accompanying the text amending the Utilities Directive (COM (91) 347-SYN 36 1) states that this provision relates, in particular, to three types of service provision within groups.

In addition, the connection between the state and entities which operate in the utilities sector and have been privatised is also weak to sustain the presence of a public procurement contract for the delivery of services of general interest. Privatised utilities could be, in principle, excluded from the procurement rules when a genuinely competitive regime<sup>137</sup> within the relevant market structure would rule out purchasing patterns based on non-economic considerations. Under the Tokyo Round GATT Agreement on Government Procurement, the term public authorities confined itself to central governments and their agencies only.<sup>138</sup> The new World Trade Organisation Government Procurement Agreement (GPA) applies in principle to all bodies which are deemed as “contracting authorities” for the purposes of the Public Supplies and Public Works Directives. As far as utilities are concerned, the GPA applies to entities, which carry out one or more of certain listed “utility” activities,<sup>139</sup> where these entities are either “public authorities” or “public undertakings”, in the sense of the Utilities Directive. However, the GPA does not cover entities operating in the utilities sector on the basis of *special and exclusive rights*.

#### **4. The delineation between market forces and protection**

The European Court of Justice and the Court of First Instance have approached the subject of financing services of general interest from different perspectives. These perspectives show a degree of inconsistency but they shed light on the demarcation of competitiveness and protection with respect to the financing of public services. Also, the inconsistent precedent has opened a most interesting debate focusing on the role and remit of the state within the common market and its relation with the provision and financing of services of general interest. The conceptual link between public procurement and the financing of services of general interest reveals the policy implications and the interplay of jurisprudence between public procurement and state aid. The three approaches used by the Courts to construct the premises upon which the funding of

---

These categories, which may not or may not be distinct, are: the provision of common services such as accounting, recruitment and management; the provision of specialised services embodying the know how of the group; the provision of a specialised service to a joint venture. The exclusion from the provisions of the Directive is subject, however, to two conditions: the service-provider must be an undertaking affiliated to the contracting authority and, at least 80 per cent of its average turnover arising within the European Community for the preceding three years, derives from the provision of the same or similar services to undertakings with which it is affiliated. The Commission is empowered to monitor the application of this Article and require the notification of the names of the undertakings concerned and the nature and value of the service contracts involved.

<sup>137</sup> The determination of a genuinely competitive regime is left to the utilities operators themselves. See case, C 392/93, *The Queen and H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications PLC*, O.J. 1993, C 287/6. This is perhaps a first step towards self-regulation which could lead to the disengagement of the relevant contracting authorities from the public procurement regime.

<sup>138</sup> Council Decision 87/565, O.J. 1987, L 345.

<sup>139</sup> The listed utility activities which are covered under the new GPA include (i) activities connected with the provision of water through fixed networks; (ii) activities concerned with the provision of electricity through fixed networks; (iii) the provision of terminal facilities to carriers by sea or inland waterway; and (iv) the operation of public services in the field of transport by automated systems, tramway, trolley bus, or cable bus.



public service obligations, services of general interest, and services for the public at large could be regarded as state aid, utilize public procurement in different ways. On the one hand, under the state aid and compensation approaches, public procurement sanitizes public subsidies as legitimate contributions towards public service obligations and services of general interest. From procedural and substantive viewpoints, the existence of public procurement award procedures, as well as the existence of a public contract between the state and an undertaking reveals the necessary links between the markets where the state intervenes in order to provide services of general interest. In fact, both approaches accept the *sui generis* characteristics of public markets and the role the state and its organs play within such markets. On the other hand, the quid pro quo approach relies on public procurement to justify the clearly defined and manifest link between the funding and the delivery of a public service obligation. It assumes that without these procedural and substantive links between public services and their financing, the financing of public services is state aid.

In most cases, public procurement connects the activities of the state with the pursuit of public interest. The subject of public contract and their respective financing relates primarily to services of general interest. Thus, public procurement indicates the necessary link between state financing and services of general interest, a link which takes state aid regulation out of the equation. The existence of public procurement and the subsequent contractual relations ensuing from the procedural interface between the public and private sectors neutralize state aid regulation. In principle, the financing of services of general interest, when channeled through public procurement reflects market value. However, it should be maintained that the safeguards of public procurement reflecting genuine market positions are not robust and the foundations upon which a quantitative application of state aid regulation is based are not stable. The markets within which the services of general interest emerged and being delivered reveal little evidence of similarities and do not render meaningful any comparison with private markets, where competitiveness and substitutability of demand and supply feature. The approach adopted by the European judiciary indicates the presence of *marchés publics, sui generis* markets where the state intervenes in pursuit of public interest. State aid regulation could be applied, as a surrogate system of public procurement, to ensure that distortions of competition do not emerge as a result of the inappropriate financing of services.

However, the debate of the delineation between market forces and protection in the financing of public services took a twist. The Court in *Altmark*,<sup>140</sup> followed a hybrid approach between the compensation and the quid pro quo approaches. It ruled that where subsidies are regarded as compensation for the services provided by the recipient undertakings in order to discharge public service obligations, they do not constitute state aid. Nevertheless for the purpose of applying that criterion, national courts should ascertain that four conditions are satisfied: first, the recipient undertaking is actually required to discharge public service obligations and those obligations have been clearly defined; second, the parameters on the basis of which the compensation is calculated

---

<sup>140</sup> See Case C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg et Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, (third party), judgment of 24 July 2003.

have been established beforehand in an objective and transparent manner; third, the compensation does not exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in discharging the public service obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging those obligations; fourth, where the undertaking which is to discharge public service obligations is not chosen in a public procurement procedure, the level of compensation needed has been determined on the basis of an analysis of the costs which a typical undertaking, well run and adequately provided with appropriate means so as to be able to meet the necessary public service requirements, would have incurred in discharging those obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging the obligations.

The first criterion which requires the existence of a clear definition of the framework within which public service obligations and services of general interest have been entrusted to the beneficiary of compensatory payments runs consistently with Article 86(2) EC jurisprudence, where an express act of the public authority to assign services of general economic interest<sup>141</sup> is required. However, the second criterion which requires the establishment of the parameters on the basis of which the compensation is calculated in an objective and transparent manner departs from existing precedent<sup>142</sup>, as it establishes an *ex post* control mechanism by the Member States and the European Commission. The third criterion that the compensation must not exceed what is necessary to cover the costs incurred in discharging services of general interest or public service obligations is compatible to the proportionality test applied in Article 86(2) EC. However, there is an inconsistency problem, as the European judiciary is rather unclear to the question whether any compensation for public service obligations may comprise a profit element<sup>143</sup>. Finally, the fourth criterion which establishes a comparison of the cost structures of the recipient on the one hand and of a private undertaking, well run and adequately provided to fulfil the public service tasks, in the absence of a public procurement procedure, inserts elements of subjectivity and uncertainty that will inevitably fuel more controversy.

---

<sup>141</sup> See Case 127/73 *BRT v SABAM* [1974] ECR 313, para. 20; Case 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen v Commission* [1989] ECR 803, para. 55.

<sup>142</sup> The standard assessment criterion applied under Article 86(2) EC only requires for the application of Article 87(1) EC to frustrate the performance of the particular public service task, allowing for the examination being conducted on an *ex post facto* basis. See also the rationale behind the so-called “electricity judgments” of the ECJ of 23 October 1997; Case C-157/94 *Commission v Netherlands* [1997] ECR I-5699; Case C-158/94 *Commission v Italy* [1997] ECR I-5789; Case C-159/94 *Commission v France* [1997] ECR I-5815 and C-160/94 *Commission v Spain* [1997] ECR I-5851; a great deal of controversy exists as to whether the material standard of the frustration of a public service task under Article 86(2) EC had lost its strictness. See Magiera, *Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilfenrecht?*, FS für Dietrich Rauschnig 2000.

<sup>143</sup> See Opinion of Advocate General Lenz, delivered on 22 November 1984 in Case 240/83 *Procureur de la République v ADBHU* [1985] ECR 531 (536). Advocate-General Lenz in his opinion held that the indemnities granted must not exceed annual uncovered costs actually recorded by the undertaking, taking into account a reasonable profit. However, the Court in the *ADBHU* case did not allow for the permissibility of taking into account such a profit element. Interestingly, the approach of the Court of First Instance on Article 86(2) EC has never allowed any profit element to be taken into account, but instead focused on whether without the compensation at issue being provided the fulfillment of the specific public service tasks would have been jeopardised.

The four conditions laid down in *Altmark* are ambiguous. In fact they represent the hybrid link between the compensation approach and the quid pro quo approach. The Court appears to accept unequivocally the parameters of the compensation approach (*sui generis* markets, remuneration over and above normal market prices for services of general interest), although the link between the services of general interest and their legitimate financing requires the presence of public procurement, as procedural verification of competitiveness and cost authentication of market prices. However, the application of the public procurement regime cannot always depict the true status of the market. Furthermore, the condition relating to the clear definition of an undertaking's character in receipt of subsidies to discharge public services in an objective and transparent manner, in conjunction with the costs attached to the provision of the relevant services could give rise to major arguments across the legal and political systems in the common market. The interface between public and private sectors in relation to the delivery of public services is in an evolutionary state across the common market. Finally, the concept of "reasonable profit" over and above the costs associated with the provision of services of general interest could complicate matters more, since they appear as elements of subjectivity and uncertainty.

## Conclusions

The relationship between public procurement and services of general economic interest reveals a symbiotic flexibility embedded in the regime of regulating the award of public contracts, as well as a direct nexus with state aid regulation. That flexibility conferred to contracting authorities is augmented by a wide margin of discretion available to Member States to introduce public policy considerations in dispersing public services. State aid, as regional development considerations, or as part of a national or EU wide industrial policy are inherently a part of this symbiotic policy approach. This finding removes the often misunderstood justification of public procurement as an economic exercise and places it in the heart of an *ordo-liberal* interpretation of the European integration process. On the other hand, the conceptual interrelation of public procurement with the financing of services of general interest reveals the policy and jurisprudence links between public procurement and state aid. These links offer a prism of an asymmetric geometry analysis, where the three approaches used to conceptualise the funding of public service obligations, services of general interest, and services for the public at large, utilize public procurement in different ways. The presence of public procurement award procedures, as well as the existence of a public contract between the state and an undertaking verifies the state aid approach and the compensation approach to the extent that they provide the necessary links between the markets where the state intervenes in order to provide services of general interest. On the other hand, the quid pro quo approach relies on public procurement to justify the clearly defined and manifest link between the funding and the delivery of a public service obligation. Even the hybrid approach adopted by *Altmark* confirms the delineation between market forces through competitiveness and protection through state aid in the financing of services of general interest. The public procurement framework not only will be used to insert competitiveness and market forces within *marchés publics*, but more importantly, in the author's view, it will be used by the

European judiciary and the European Commission as a system to verify conceptual links, create compatibility safeguards and authenticate established principles applicable in state aid regulation.

**Paul Lappalainen**



## PAUL LAPPALAINEN

Paul Lappalainen has substantial experience in the promotion of equality and combating discrimination. Over the years he has worked in various capacities with the government and civil society. His particular focus has been on Sweden as well as Europe.

Born in 1954 in Canada, the son of Finnish immigrants, he grew up in the US before moving to Sweden in 1978.

In the US he received degrees in law as well as political science. He also has a Swedish law degree. He has been particularly interested in the interplay between law and social change. His international and comparative view often provides special insights into the tools needed to counteract discrimination.

During 2000-2004 he was the Swedish member of two of the EU-Commission's independent expert groups concerning implementation of the anti-discrimination directives. The groups covered disability and ethnicity and religion.

During 2003 – 2005 he was the Swedish government's special investigator concerning structural discrimination related to ethnicity and religion. The government inquiry resulted in *The Blue and Yellow Glass House: Structural Discrimination in Sweden* (SOU 2005:56). The inquiry includes an overview of discrimination as well as over 40 recommendations.

He has been scientific advisor to the UNESCO's ECCAR (European Coalition of Cities Against Racism) since its startup in 2004. He has also been a board member of the European Network Against Racism, an NGO.

Today he is the head of equality promotion with the Swedish Equality Ombudsman.





# Anti-discrimination clauses and public contracts

Paul Lappalainen, Head of Equality Promotion, Swedish Equality Ombudsman, EU DISABILITY LAW AND THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES  
23-24 May 2011, ERA Conference Centre, Trier, Germany



diskriminerings  
ombudsmannen

THE BLUE AND YELLOW GLASS HOUSE: STRUCTURAL DISCRIMINATION IN SWEDEN (SOU 2005:56)



2

## Who is free from prejudice?

- Harvard Implicit Association Test  
( <https://implicit.harvard.edu/implicit/demo/> )
- People with openly sexist or racist opinions have the same levels of underlying prejudices as “non-racists”
- Difference between the man on the soap-box and his audience?

paul.lappalainen@do.se

## Creating change in behaviour or attitudes?

**Earl Warren – Chief Justice US S Ct 1953-1969**

**“... you can't wipe out racial discrimination by law, only through changing the hearts and minds of men’.**

**This is a ‘false credo. True, prejudice cannot be wiped out, but infliction of it upon others can.’”**

paul.lappalainen@do.se

4

## **Making discrimination cost**

**Laws at the individual level are often reactive – they put pressure on those who are the targets of discrimination**

**Proactive measures put pressure on those with the power to discriminate**

**Proactive measures raise the cost risks**

## **Why anti-discrimination clauses?**

- *They are legal*
- *They strengthen equality*
- *They strengthen democracy*
- *They lead to quality*
- *They are proactive, they work*

## The EU directives:

### Conditions for performance of contracts

Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that these are compatible with Community law and are indicated in the contract notice or in the specifications. The conditions governing the performance of a contract may, in particular, concern social and environmental considerations.

## Sweden's Discrimination Act:

**Employers (and others) shall not discriminate**

**Violations can lead to damages**

**Larger employers have a duty to develop gender equality plans and undertake active measures to promote ethnic equality**

**Violations can lead to fines**

## The Glass House clause § 1

§ 1 The supplier shall throughout the contract period, in his business activities in Sweden, follow the applicable anti-discrimination laws. The laws currently referred to are Article 141 of the EU Treaty, § 16:9 of the Swedish Penal Code, the Swedish Discrimination Act.

***Discuss:***

***Why limit it to the period of the contract?***

***Why business activities in Sweden?***

***Does this cover both goods and services?***

***Should other laws be included?***

## The Glass House clause § 2

§ 2 The supplier, during the contract period, has a duty, at the request of the contracting entity, to provide a written report concerning the measures, equality plans etc., that have been undertaken in accordance with the duties specified in § 1. The report shall be submitted to the city within one week after a request is made unless some other agreement has been reached in the individual case.

***Discuss:***

***Why has this § been included?***

## The Glass House clause § 3

**§ 3. In his or her contracts with sub-contractors, the supplier shall apply the same duty to them as is specified in § 1. The supplier shall be responsible to the contracting entity for a sub-contractor's violation of the anti-discrimination laws specified in § 1. The supplier shall also ensure that the contracting entity can upon request be informed of the sub-contractor's measures, plans etc. in accordance with §2.**

### Discuss

**Why should sub-contractors be included?**

## The Glass House clause §§ 1-4

**§ 4 As it is of very substantial importance to the contracting entity that its suppliers live up to basic democratic values, a violation of the duties in §§ 1-3 shall constitute a significant breach of the contract. The contracting entity therefore has the right to cancel the contract if the supplier or a sub-contractor violates the conditions in §§ 1-3. However, the contract will not be cancelled if the supplier immediately remedies the situation or undertakes other measures with the purpose of achieving compliance with the laws specified in § 1, or if the violation is considered to be insignificant.**

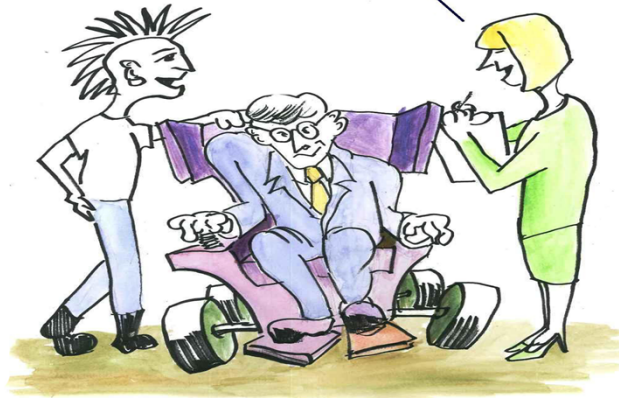
### Discuss

**Why is this § needed?**

**Should the § specify that a judgment re discrimination has been issued?**

**Must a contract be cancelled if discrimination has occurred?**

*Does he take sugar?*



*"No. But he does have a degree in disability law and he'll sue your ass if you don't speak to him directly!"*

Aha! Now I see them...!



paul.lappalainen@do.se





## Casting Stones in the Blue and Yellow Glass House

*Equality measures for Sweden! – Ideas for Europe?*

### **NOT FOR PUBLICATION. Yet!**

This is basically a translation into English of an excerpt from the Swedish government inquiry – THE BLUE AND YELLOW HOUSE: STRUCTURAL DISCRIMINATION IN SWEDEN (SOU 2005:56) of the section proposing the use of anti-discrimination clauses in public contracts in chapter 13.

Paul Lappalainen, Head of the Inquiry and Head of equality promotion with the Swedish Equality Ombudsman



CHAPTER 13 The Proposals and recommendations

13.1 Starting points for the proposed measures

13.1.1 Clear political leadership

13.1.2 Empowerment

13.1.3 Problems with the previous work and proposals for the future

13.2 The stairs have to be cleaned from the top – leadership

13.2.1 Give anti-discrimination policy a central role

13.2.2 Evaluating the government's anti-discrimination efforts

13.2.3 Equality Action Plans in all government agencies

13.2.4 Using discrimination to evaluate various measures

13.2.5 Investigate the socio-economic cost of discrimination

13.2.6 Discrimination testing as a quality control method

13.2.7 Other measures for promoting equality

13.3 Empowerment – strengthening civil society

13.3.1 Subsidies to NGOs that promote their advocacy role

13.3.2 Strengthening of the NGOs that have an advocacy role

13.3.3 NGO representation in government inquiries

13.3.4 An NGO-controlled fund for test cases

13.4 A comprehensive law and ombudsman

13.4.1 A comprehensive act and supervision

13.4.2 Increased damages

13.4.3 Requiring equality plans

13.4.4 A follow up duty for the DO

13.4.5 Allowing positive treatment

13.4.6 Requiring information

13.5 Organisational issues

13.5.1 A strategic role for the DO

13.5.2 Research institute - focus on structural discrimination

13.6 Proactive measures

13.6.1 Anti-discrimination clauses in national public contracts

13.6.2 Anti-discrimination clauses in NGO subsidies

13.6.3 Anti-discrimination policy for government funds

13.6.4 Ethnic statistics

### 13.7 Measures for the DO

- 13.7.1 Situation testing as a method of proof
- 13.7.2 Critical analyses of recruitment processes
- 13.7.3 Code of conduct for working life

### 13.8 Area specific proposals

- 13.8.1 Structural discrimination and the police
- 13.8.2 Strengthened political rights
- 13.8.3 Anti-discrimination perspective in education
- 13.8.4 Measures related to the media
- 13.8.5 Research on structural discrimination
- 13.8.6 Knowledge bank for health care in a multicultural society

### 13.9 Inquiries into certain laws

- 13.9.1 Overview of the Alcohol Act in order to clarify the right of local governments to include anti-discrimination conditions in alcohol serving permits
- 13.9.2 Overview of the Local Government Act in order to specify a duty to promote equality

### 13.10 Recommendations to local politicians

## CHAPTER 13 Introduction

Several years ago I headed a government inquiry into structural discrimination/institutional racism in Sweden. This work resulted in the inquiry entitled *The Blue and Yellow Glass House: Structural Discrimination in Sweden (Det blågula glashuset: strukturell diskriminering i Sverige* SOU 2005:56). The most effective measures have a focus on discrimination, rather than on the ground. This is in particular the starting point for the proposal for the use of an anti-discrimination clause in public contracts. Such clauses need to cover all grounds – including disability. At the same time it is also important to ensure that accessibility issues are covered by the contract itself. However, this was not the focus of the clause proposed in the Glass House.

Up until the time that the Glass House was published, many who worked in the fields of immigration, integration, minority rights, ethnic diversity and non-discrimination etc. often seemed to lack ideas as to what could be done to promote equality and counteract discrimination. At best they talked about strengthening the laws against discrimination – while at the same time being sceptical in regard to law as a vehicle for social change. At worst there was an overly simplified focus on changing attitudes through education – particularly about other cultures, religions and peoples.

There seemed to be little research on the idea that social change that involves the promotion of equality, both in theory and in fact, takes place in a context where there is an interplay between research, civil society mobilization and law and public policy.

While not having the time to carry out such research, I was nevertheless able to develop and recommend a number of measures that could be carried out in Sweden, both at a national and local and regional level. These measures and the thrust behind them were based on an analysis of the measures that exist in various countries that are assumed to be effective.

In response to the policymakers who seemed to have little idea as to what could be done to counteract racism and discrimination, I ended up recommending more than 40 measures. Beyond establishing that there are

a wealth of measures that can be undertaken, I hoped to indicate to the groups that are the targets of racism and discrimination that there are measures that they can unite behind. This in itself, mobilisation of the targets of discrimination, is a factor that I have assumed is necessary for ensuring that policymakers not only adopt measures but actually implement them.

Since I finished the inquiry, I have participated in conferences and seminars not only in Sweden but throughout Europe. The focus has usually been on an analysis of change, the need to bring pressure on policymakers, the need to mobilize the targets and the need to focus on the introduction and implementation of concrete measures. The positive response in European contexts has led me to conclude that the analyses that apply to Sweden, as well as the measures proposed, to a large extent can inspire similar analyses and measures throughout Europe.

## The proposal for a government regulation requiring anti- discrimination clauses in public contracts

Structural discrimination due to ethnic or religious belonging is primarily a question of the ethnic power relations that exist in a society. **This applies to disability discrimination as well.** These power relations are based on the society's handling of and ability to deal with the "others" – in this case the ethnic and religious minorities. Who is affected and how varies to a certain extent from country to country, but the main tendencies are the same.

Based on the knowledge, reports and experiences that I have gathered, both in Sweden and in other countries, I have concluded that there are three important factors that contribute to the development of effective measures against structural discrimination.

These factors are

- Clear political leadership in the work against discrimination
- A strong civil society movement against racism and discrimination **OR EG DISABILITY DISCRIMINATION**
- Effective legislation and other complementary measures for equality and against discrimination.

These conclusions are mainly based on an analysis of the work with gender equality policy in Sweden, and the work on equality concerning ethnicity, gender and disability in Great Britain, Canada and the US.

I conclude that these three factors clarify the existing policy weaknesses in Sweden and thus the measures that need to be implemented. It is important to note that these measures are not independent of each other but that they affect, strengthen and combine with each other. There is no single magic solution involved in counteracting structural discrimination. At various levels within society, both greater and smaller measures are needed, both in terms of policy and operational methods.

There have been various questions about the dividing line between measures designed to counteract discrimination at the individual level and those that are aimed at counteracting discrimination at the institutional/structural level. These questions are based on the belief that there is a clear borderline between the individual and structural levels. However, in my view discriminatory actions are carried out by individuals within the framework of a structure, which in turn recreate the structure. It could be said that there is an interplay between individuals and structures. I see this interplay as a flow where individuals form structures, and structures form individuals.

I have also concluded that even if there are differences between various power structures (for example, the gender power structure and the ethnic power structure) and various discrimination grounds, there are also similarities and clear indications that the power structures intersect and interact and depend on the existence of the different structures. In line with this it can be noted that the development of effective measures has often been related to a more comprehensive view of discrimination. This comprehensive view has led to a situation where the targets of various types of discrimination have been able to contribute to the formulation of better legal tools as well as the placement of demands in regard to those

with the power to discriminate. It is these countries (Canada and the US) that have cleared the path for the development of a shift in the burden of proof, higher demands for damages, equality plans, affirmative action and anti-discrimination clauses in public contracts.

One of my conclusions is that the inability to see the common interest between grounds has been one of the major factors in the weak development of legislation and other tools for counteracting discrimination in Sweden.

This is why, for example, it is only recently that a more serious connection between equality and public contracts has developed in Sweden. At least during the 1980s and early 1990s, gender equality was the only focus, which meant that there was never enough political pressure to put it on the agenda. A major change has occurred once anti-discrimination clauses started to be presented that covered all grounds of discrimination covered by the law. While their effectiveness can be questioned, it is today much harder for policymakers to openly reject the connection between equality and public contracts.

## **Clear political leadership**

The preceding immigrant policy and the current integration policy have failed, in my view, in regard to placing demands concerning equality and equal rights and opportunities, respectively, in a central role. During the period covered by the earlier immigrant policy, the introduction of laws against ethnic discrimination in working life was rejected due to the reasoning that ethnic discrimination did not occur within Swedish workplaces. The denial of discrimination has been particularly strong. Sweden has fought against racism and discrimination – in other countries.

The reason that politicians long denied the relevance of ethnic discrimination in Sweden and refrained from putting discrimination into focus, is the connection to power. If discrimination and the realization of equal rights are put into focus, it is necessary that those who lead this process are willing to challenge those with the power to discriminate and the power to counteract discrimination. This in turn would mean that the actions of employers, unions, civil servants and politicians are put into focus. The same reasoning applies to disability discrimination as well.

## **Empowerment**

In countries that have developed a more effective work against structural discrimination, there are not only stronger institutional actors but also stronger actors in civil society that represent the targets of discrimination. They have played an important role both in placing demands for change, helping to formulate the measures adopted, and contributing to implementation and follow-up of those measures.

### **Effective measures carry cost risks**

Earl Warren, Chief Justice of the US Supreme Court (1953–1969) made the following comment on the relation between attitudes and behaviour:

There was ‘an invidious view which is now held by many: you can’t wipe out racial discrimination by law, only through changing the hearts and minds of men’. Warren disdained that as ‘false credo. True, prejudice cannot be wiped out, but infliction of it upon others can’. (Cray, 1997:107)

The idea expressed by Warren is that effective laws and other measures can lead to a change in behaviour, in other words many individuals can be convinced to refrain from applying her/his open or underlying prejudices – if there sufficiently high costs or cost risks related to the behaviour. This is the lesson that can be learned from the US since the 1960s. Behaviour has changed as cost risks have become more apparent – whether in the form of damages or anti-discrimination clauses in public contracts.

## **Proactive measures**

### **Anti-discrimination clauses in national public contracts**

I propose: that the government adopt a regulation that specifies that all government contracts shall contain an anti-discrimination clause which specifies that the government authority retains the right to cancel a contract in cases where the contractor fails to follow the laws against discrimination.

The laws in the US against discrimination in combination with the clauses in federal contracts for promoting equality (contract compliance/affirmative action) have had measurable positive effects



concerning the improvement of the position of white women and ethnic minority men and women on the labour market. (Leonard J. *The Impact of Affirmative Action on Employment*, Working Paper No. 1310, National Bureau of Economic Research, March 1984, abstract and p 14. Leonard J. (1985) *The effectiveness of equal employment law and affirmative action regulation*. Working Paper No. 1745, National Bureau of Economic Research. Leonard J. (1994) "Use of Enforcement Techniques in Eliminating Glass Ceiling Barriers", Report to the Glass Ceiling Commission.) This also seems to apply to Canada. In England, similar clauses have had positive effects. Given the enormous economic resources that are at issue in regard to public contracts in any country, it is highly probable that businesses are sensitive to the demands that are placed in public contracts. This will be particularly true if it is clear that the clauses have not been introduced mainly for their symbolic value.

This can be compared to the interest in following the requirements of e.g. the Swedish Law on gender equality on the labour market. The relevance of workplace gender equality plans to gender equality can be questioned against the background of a 1999 Sweden Statistics report *Jämställdhetsplanernas betydelse för jämställdheten*). The law requires employers with 10 or more employees to produce an annual gender equality plan. In 1999, according to Sweden Statistics only 22% of the covered private employers had a gender equality plan. The private employers had the following distribution in regard to the number of employees: 10-49 employees 17%, 50-199 42%, 200 or more 41%. The equivalent figure for public sector employers was 73%. It is easy to draw the conclusion that employers who want to participate in the public procurement process will become very sensitive to the requirements of the law once an anti-discrimination clause is put into public contracts. The number of plans will definitely increase. However, it should be kept in mind that the existence of a plan does not necessarily lead to anything.

The value of Swedish national public contracts amounts to more than 100 billion Swedish Crowns annually (about 10 billion Euros). Even if the clauses only lead to more effective efforts against discrimination among a portion of the companies involved, the overall effects should be substantial in regard to those who today are the targets of discrimination. The government needs to introduce an anti-discrimination clause into all public contracts. The best means for doing this is through a government regulation that specifies the minimum contents of such a clause that all government authorities are required to use. The issue has been under

discussion for many years. As a rule government authorities have either done nothing or have introduced clauses that at best have a minimal symbolic value. Leadership is required. Such a regulation would also put all businesses on notice concerning the contents and meaning of such a clause. Instead of proposing the more extensive demands placed in Canadian and US public contracts my proposal is the minimum that should be accepted. However, its effects should be evaluated in a few years to determine if more extensive demands are needed. I have formulated the following regulation.

**All government authorities shall include the following anti-discrimination clause in all public contracts:**

**§ 1. The supplier shall throughout the contract period, in his business activities in Sweden, follow the applicable anti-discrimination laws. The laws currently referred to are Article 141 of the EU Treaty, § 16:9 of the Swedish Penal Code, and the Discrimination Act (2008:567).**

**§ 2. The supplier, during the contract period, has a duty, at the request of the contracting entity, to provide a written report concerning the measures, equality plans etc., that have been undertaken in accordance with the duties specified in § 1. The report shall be submitted to the contracting entity within one week after a request is made unless some other agreement has been reached in the individual case.**

**§ 3. In his or her contracts with sub-contractors, the supplier shall apply the same duty to them as is specified in paragraph 1 above. The supplier shall be responsible to the contracting entity for a sub-contractor's violation of the anti-discrimination laws specified in paragraph 1. The supplier shall also ensure that the contracting entity can upon request be informed of the sub-contractor's measures, plans etc. in accordance with paragraph 2.**

**§ 4. As it is of very substantial importance to the contracting entity that its suppliers live up to basic democratic values, a violation of the duties in §§ 1-3 shall constitute a significant breach of the contract. The contracting entity therefore has the right to cancel the contract if the supplier or a sub-contractor violates the conditions in paragraphs 1-3. However, the contract will not be cancelled if the supplier**

**immediately remedies the situation or undertakes other measures with the purpose of achieving compliance with the laws specified in paragraph 1, or if the violation is considered to be insignificant.**

The model for this regulation is the clause that was adopted by the Stockholm City Council 24 January 2005.

The Stockholm Executive Council declaration 2005:7 is entitled: The use of Stockholm's public contracts as a means to counteract discrimination – proposal for an anti-discrimination clause. The Stockholm clause is expected to send a clear signal to contractors that compliance with Swedish anti-discrimination law is required. The undertaking of the contractor is to apply to all of the contractor's business activities and all contracts regardless of if they involve goods, services or some combination. The clause also applies to sub-contractors. The clause also establishes the city's right to follow up the contractor's ongoing compliance with the laws. Finally, the clause specifies that the city retains the right to cancel the contract in cases where the contractor violates the clause. At the same time the city emphasizes that its main purpose is not cancellation of contracts but the creation of an incentive to comply with these laws in a manner that underlines the importance of the issue. For example, in the US, even though the clauses seem to have led to substantial effects on improved labour market opportunities for white women and ethnic minority men and women, very few contracts have actually been cancelled. The same applies to Canada.

The government needs to issue a regulation that sends the same clear signal in regard to all national contracts that has been sent by the Stockholm city government to its various divisions as well as to the contractors that want to do business with Stockholm.

The proposal here is the result of a long policy process in which various ideas have been the subject of discussion and analysis (Lappalainen P. Integrationsverket. (2000) *Ingen diskriminering med skattemedel! Avtalsklouser mot diskriminering vid offentlig upphandling – No discrimination with public funds! Anti-discrimination clauses in public contracts*).

The issue has been the subject of two other government inquiries. The introduction of such clauses was already proposed in *Räkna med mångfald!* (SOU 1997:174) as a complementary measure to a new law

against ethnic discrimination in working life. This inquiry pointed out that it was possible to specify in a contractual clause that a supplier/contractor guarantees that they will carry out active measures to promote ethnic diversity as specified by law as well as undertaking to follow the existing anti-discrimination laws in regard to employees and job applicants as well as customers. Additional investigation was recommended so that a more unified proposal could be developed. It was assumed that it would be better for contractors if there was a single basic clause used in all national public contracts rather than be faced with a multitude of clauses that vary depending on which government authority the contractor is dealing with. Later in *Mera värde för pengarna (More value for the money* SOU 2001:31 s. 21) the public procurement committee pointed out, among other things, that:

“There is no doubt that social clauses, for example in the form of anti-discrimination clauses, can be included in public procurement contracts. One condition is that they have been included in the bidding process (förfrågningsunderlaget) and that the clauses are not themselves discriminatory. The limitation that exists is that such clauses cannot be “exported”, i.e. they cannot be applied to business activities that are outside the country in which the contracting unit is located.”

The committee pointed out that an anti-discrimination perspective could even be brought into other parts of the contracting process. However, I have concluded that these other parts of the contracting process are not currently suitable for a uniform analysis or reform. At the same time it would naturally be positive if different contracting units introduce an anti-discrimination perspective into, for example, the specifications related to the focus of the contract. These types of issues can be more contract specific. Ensuring accessibility for the disabled is important in regard to building contracts while bilingual services can be important in regard to health services that are contracted out to the private sector. It is also a well-known fact that, for example, a number of the breakthroughs concerning the development of computer programs that are accessible in regard to various disabilities were the result of the demands placed in a huge public procurement contract in the US.

To summarize, it should be enough for now if the government introduces a uniform clause in all national public contracts. Other steps beyond this should be developed by the authorities themselves given due regard to the specifics of their tasks and the particular contract.

As a result of the inquiry above, the government proposed an amendment of the law on public procurement (LOU) so that the law itself states that contracting units can include clauses of this type in their contracts. The amendment, which clarifies but does not change current law, had no equivalent in any directive (Prop. 2001/02:142 s. 44). The bill declared that "the government finds it to be of particular importance that the contracting units exercise this right to introduce anti-discrimination clauses into their public contracts." (Ibid.)

In an interpretive communication (15 October 2001), the Commission of the European Communities clarified its view concerning the possibilities for integrating social considerations into public procurement (KOM [2001] 566). In the summary the commission states that:

"It is especially during the execution of the contract, that is, once the contract has been awarded, that public procurement can be used by contracting authorities as a means of encouraging the pursuit of social objectives. Contracting authorities can require the successful tenderer to comply with contractual clauses relating to the manner in which the contract is to be performed, which are compatible with Community law. Such clauses may include measures in favour of certain categories of persons and positive actions in the field of employment." (Interpretative Communication of the Commission COM(2001) 566 final, p 3)

This conclusion is a continuation and clarification of the line of thinking that the commission has been developing for many years. Already prior to the presentation of the public procurement committee's findings, the government had given the Swedish Public Procurement Board (NOU) the task (2002-01-17) of developing examples of anti-discrimination clauses that can be used in public contracts. The NOU was also given the additional task (2002-03-27) of investigating the consequences for small businesses of the use of such clauses. (NOU 2002:1)

The NOU presented its report and proposed clause on 31 May 2002 (NOU 2002).

The NOU:s view of its own proposed clause

"According to the government, examples of clauses should be produced that are in compliance with Swedish public procurement law and the requirements of EC law. However, the NOU concluded that there doubts

concerning the interpretation of EC law and the legal basis for the use of e.g. anti-discrimination clauses” (NOU 2002:29).

The NOU pointed out its doubts concerning the commission’s interpretation of the possibilities for integrating social considerations into public procurement. This was in particular in regard to the EC-court’s Beentjes decision (fn 37 Case 31/87, Gebroeders Beentjes BV v. the Netherlands) and the French school case (fn 38 Case C-225/98, Commission v. France).

In other words, the government’s proposal for an amendment concerning social clauses is based on the commission’s interpretive communication concerning the possibilities for integrating social considerations into public procurement (KOM [2001] 566). Furthermore, the NOU asserts that the commission has wrongly interpreted the EC court’s case law. There is therefore a risk, according to the NOU, that interpretations put forth by the Swedish government as well as the commission will not last. ”This means in turn that the NOU:s proposed clause currently is based on an insecure legal basis”. (NOU 2002:29)

### **EU:s public procurement directives**

Today there should no longer be any doubts about the possibility of using an anti-discrimination clause within the framework of EU law. According to article 26 in the new public procurement directive: (fn 38 Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (30.04.2004). There is an equivalent article (article 38) in Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (30.04.2004)).

### **Conditions for performance of contracts**

*Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that these are compatible with Community law and are indicated in the contract notice or in the specifications. The conditions governing the performance of a contract may, in particular, concern social and environmental considerations.*

### **The ombudsmen against discrimination**

The opinions of the ombudsmen in regard to the problems with the NOU proposal for anti-discrimination clause were summarized in a report sent on 2002-07-04 from the Ombudsman against discrimination due to sexual orientation (HomO) to the Finance Ministry. Among other things, the report points out that the NOU “failed to take into account the views put forth by HomO and the other ombudsmen in earlier coordination meetings with the NOU”. The ombudsmen pointed out that that the NOU clause included a number of limitations that were unnecessary from a legal point of view. These limitations would mean that the clause would at best have a symbolic value. The ombudsmen’s criticism led to the development of a more extensive clause that the ombudsmen and the Swedish Integration Authority agreed would be used in their public contracts. (fn 39 Presented at the Conference on Anti-discrimination clauses in public contracts at the Ombudsman against ethnic discrimination (DO), 6 May 2003.) Their proposal is examined later in this text.

Their clause clearly specifies the right to cancel the contract in cases where discrimination has occurred, that the clause covers the supplier’s entire business and is to apply to sub-contractors. Furthermore, all of the anti-discrimination laws applicable in Sweden are included within the reach of the clause.

#### **The inquiry’s conclusions**

The clause used by the city of Stockholm represents a reasonable balance of interests. It has mainly been influenced by the ombudsmen’s clause while at the same time including the NOU:s requirement of a clear right to follow up the results related to the clause. The clause which I propose is more than merely a symbolic act. It should thus have the expected preventive effects. It should lead to a greater interest on behalf of companies in Sweden’s laws against discrimination. This in turn should lead to an improved position on the labour market for those who today are disregarded due to irrelevant regard being given to such factors as sex, ethnicity, religion, disability and sexual orientation. (Even age in the future.) The clause should also contribute to an improvement in the quality of public contracts as the basic requirement of the anti-discrimination laws is that employers shall not disregard the most qualified job-seekers and employees due to irrelevant factors such as sex, ethnicity, religion, disability and sexual orientation.





## **Toward the Establishment of Employment Equity Within the European Union and Sweden?**

**The developing policies related to the use of anti-discrimination clauses in public contracts. An institutional strategy for changing discriminatory behaviour on the labour market'**

*Paul Lappalainen\**  
*Swedish Integration Board*

### **Workshop 3**

**Arbetsmarknaden och arbetslivet/**

**Etnisk diskriminering i arbetslivet**

---

' The Swedish Integration Board has published a report "Ingen diskriminering med skattemedel!"(No discrimination with tax funds!) and taken the initiative in developing its own policy concerning its public contracts and anti-discrimination clauses. This paper reflects to a large extent the ideas presented in this report. The views expressed in this paper, however, reflect those of the author and do not necessarily reflect the opinions of the Swedish Integration Board.

\* E-mail: paul.lappalainen@integrationsverket.se

The main goal of this paper is twofold. The first goal is to provide a description of the use of contract compliance in different countries in structuring and developing institutional strategies for counteracting ethnic discrimination. The second focus is to provide an analysis of the current policy building and policy implementation that is taking place in Sweden. These factors may be laying the framework for moving in the direction of employment equity as it is being developed in Canada.

Contract compliance means the use of anti-discrimination clauses in public contracts in order, among other things, to complement and ensure compliance with the anti-discrimination laws and norms of the society. Depending on the national setting, the violation of such clauses can lead to various sanctions such as cancellation of the contract, damages or a ban on participation in future contract bidding. Contract compliance as a policy is assumed to discourage discrimination and promote diversity. The idea is to convince the employer to shift his focus and awareness onto his general employment practices and patterns by raising the potential risk related to discrimination (e.g. cancellation of the contract or disqualification from future contracts) through a format (contracts as opposed to only a law) that the employer deals with daily and relates directly to the employer's direct interests (his profits as opposed to the general well-being of society (law)).

This historical and legal background provides a brief insight into the situation in the US, Canada and the UK - the countries that have went the furthest in the development and application of contract compliance. The use of anti-discrimination clauses in the US as well as the development of contract compliance and its use today is examined more closely. Contract compliance in Canada and the UK is also presented. A brief overview of the EU's position follows thereafter as there has been a broadly held, though inaccurate, general assumption that EC law prevents the use of contract compliance. This includes an analysis of the positions taken by the EU, the EC-court and the Commission. Finally the varying developments concerning the ongoing policy processes in Sweden are analysed.

The policy process has come quite far in Sweden, at both the local and the national levels. If contract compliance is actually implemented, Sweden will become the first continental European country to put this policy into practice in the anti-discrimination field. Many policymakers have been asserting that this is a necessary complementary policy tool for promoting diversity and counteracting discrimination.

These policy processes may in the end result in policies that are comparable to the policy of employment equity found in Canada.

**The disposition of the paper is the following. The paper begins with a short description of historical and legal situation concerning anti-discrimination clauses in the US. The next sections describe the situations in Canada, the UK and the European Union. I conclude with a description and a short evaluation of the institutional strategies for implementing anti-discrimination clauses in Sweden.**

1. USA - Historical and legal background
2. Canada
3. UK
4. EU
5. Sweden

## **1. Anti-discrimination clauses in USA - historical and legal background.**

### *The federal level*

The historical legal origin behind anti-discrimination clauses at the national level in the US can be found in President Roosevelt's 1941 Executive Order concerning the introduction of clauses in all federal defense contracts. In 1941 black workers were routinely discriminated against within the expanding defense industry. Among others black union leaders and the NAACP arranged a meeting with Roosevelt to explain their concerns. One issue discussed was a mass demonstration in Washington to protest discrimination in the defense industry.

It was a sensitive point in history. Hitler was sweeping through Europe and the US was on the edge of entering into the war. The US war industry was already gearing up. Blacks had become an increasingly important part of the labour force needed by the expanding war industry. At the same time Roosevelt felt that obtaining the help of Congress in passing an anti-discrimination law was impossible. A creative political solution was needed. Roosevelt thus signed Executive Order 8802 one week before the demonstration as a means of indicating his position to its leaders. Two years later the President expanded the scope of the order to all federal contracts.

Initially the order basically required a declaration of an intent to not discriminate from the contractor if they wanted to participate in the federal contracting process. But no advice was given on the prevention of discrimination and sanctions were basically non-existent.

Eventually the clause was strengthened in various ways so that under President Kennedy it included a possibility to cancel the contract and a requirement that affirmative action be used by the contractor to ensure non-discrimination. This meant that the contractor not only was to prevent discrimination but also to undertake affirmative action to promote equal employment opportunities. In concrete terms non-compliant contractors could have their contracts cancelled and be banned from participating in future federal contracts.

These clauses were strengthened when race and sex discrimination were banned through adoption of the 1964 Civil Rights Act. Sex discrimination was thus incorporated into the clauses.

Eventually requirements were placed concerning the adoption of plans containing goals and time tables for achieving the goal of equal employment opportunities for those involved. Finally the Executive Order was expanded to cover the disabled as well.

Various researchers have come to the conclusion that the US federal Contract Compliance Program has had a substantial effect in promoting equal employment opportunities for women and ethnic minorities. For example, one study of contract compliance during 1974-80 showed that there was a 20 % increase in employment of minorities among federal contractors compared to a 12 % increase among non-federal contractors. For women the increase was 15 % compared with 2.2 %. There were even more dramatic differences found in the employment of “professionals” such as lawyers and doctors (a 57 % increase compared with 12 %). The most extensive research has probably been carried out by economist Jonathan Leonard. He has compared federal contractors and non-federal contractors over time and included controls for such factors as enterprise size, branch of industry, region and professional structure. He concludes that affirmative action in contract compliance terms has effective and that the policy has been decisive in convincing companies to increase the numbers of women and minorities they employ.

Similar contract compliance developments have also taken place at the state and local levels. It is even possible to see that the local/state level has often provided new ideas for the federal level.

According to Executive Order 11246 all companies that are parties to a contract worth more than 10,000 dollars per year for goods or services are considered to have agreed to not discriminate on the basis of race, skin color, gender, religion or national origin. In addition all contractors and sub-contractors with contracts worth more than 50,000 dollars per year and more than 50 employees are to develop written affirmative action programs for use by the company. A section of the Labor Department, the Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP), is responsible for the collection and following up of these affirmative action programs. The OFCCP as a rule tries to reach negotiated settlements in regard to violations of the undertaking. If this does not work, the anti-discrimination clauses contain the possibility of cancelling the contract and disqualifying the contractor from future contracts until he is found to be in compliance with the requirements of Executive Order 11246. In practice contractors have almost always been willing to reach settlements with the OFCCP rather than risk the sanctions that can be applied. Additional sanctions are also available in accordance with Title VII of the Civil Rights Act. The government can also sue the contractor for damages for breach of contract.

This area of contract compliance programs is one of the areas concerning equal employment opportunities at the federal level where “affirmative action” is an issue. In addition a court can order a company that has violated Title VII, i.e. has discriminated, to develop and implement an affirmative action program to come to terms with its discriminatory employment policies. It should be note however that no federal law places

a general requirement on companies to implement affirmative action programs or anything similar.)

Examples of affirmative action measures:

- A declaration in want ads that the company is an equal opportunity employer.
- The placement of want ads in newspapers and other media that reach minorities.
- General training programs or programs directed toward specific target groups.
- The removal of tests that have a built-in bias against certain groups, i.e. tests that are not relevant to the work involved.
- The setting of various goals and time plans for achieving a diverse workforce.

It is this last point that is considered to be controversial. Some assert that this means that quotas are required. In spite of the various misconceptions in this regard it should be noted that these goals are not to be achieved through the use of quotas. According to the OFCCP quotas are forbidden by the Executive Order and would violate the order. A company only has to undertake “good faith” efforts to achieve the goals. Most companies should be able to demonstrate their good faith efforts without any greater problems.

### ***State and local level***

In a similar as in other federal states (Canada and Australia) almost all states have their own anti-discrimination laws. These laws basically mirror the federal law but can often contain for example additional grounds for discrimination. There are often similar state level government authorities, usually with a name like the state commission for human rights. In a similar way many states have contract compliance programs for state level contracts. According to Wisconsin’s Contract Compliance Law state contractors shall in principle undertake to carry out an equal opportunities program in its personnel policies. All contractors with at least 25 employees and contracts worth more than 25,000 dollars must turn in an affirmative action program within 15 days after they agree to the contract. Similar requirements are placed on sub-contractors. The goal is a balance workforce which means that the program should take the underrepresentation of women, minorities and the disabled into account.

At the local or municipal level various anti-discrimination rules and policies have been adopted by many cities and counties. They often have a local control authority. San Francisco local rules require all city departments to place demand in their contracts that the contractor agrees to not discriminate in its employment policies in any of its activities with the boundaries of the US. The rules referred to in such contracts cover discrimination on such grounds as race, skin color, religion, disability or HIV-status and sexual orientation. This applies, for example, both when the ground actually exists (the person in question is disabled) as well as when the contractor has merely assumed that the ground exists (he is wrong in the assumption that the disability exists). For monitoring such contracts San Francisco has its own Human Rights Commission. The sanctions available include cancellation of the contract and disqualification from participation in future contracts. It should be noted that even these local requirements function in relation to contractors within the framework of normal contracts law. The city is able to place the

quality requirements and contract clauses that it chooses as an individual party to a contract. This means that the city is not bound to use only the general discrimination grounds defined in state or federal law. Sexual orientation was thus introduced as a discrimination ground in San Francisco long before it was adopted at the state level.

## **2. Other national implementation strategies**

### **2.1 Canada**

#### *The federal level*

Article 15 of Canada's Charter of Rights and Freedoms states the following:

(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Article 15 (2) underlines the principle that affirmative action programs for the benefit of disadvantaged individuals or groups are allowed.

The Canadian Human Rights Act - CHRA - was adopted in 1977 and last amended in 1996. The purpose of the law (§ 2): "The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted."

CHRA is a federal law that protects all residents of Canada against discrimination by or within the different federal authorities, the postal service, banks, airlines and other communications companies, and other federally regulated private industries. The ban on discrimination covers actions within industry and commerce (goods and services), within the rental and housing markets and working life (including employment advertisements). The law also indicates that unions are not allowed to discriminate against their members. Harassment is also banned.

Canada has also adopted the Employment Equity Act - EEA. The latest version entered into effect in 1996. All employers, both private and public, that are covered by federal legislation and have more than 100 employees are covered by the EEA. About 900,000 employees or 8 % of the Canadian workforce are covered by the law. The Canadian Human Rights Commission is to monitor the law. The purpose of the EEA (§ 2) is to achieve equality in the “workplace so that no person shall be denied employment opportunities or benefits for reasons unrelated to ability and, in the fulfilment of that goal, to correct the conditions of disadvantage in employment experienced by women, aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities by giving effect to the principle that employment equity means more than treating persons in the same way but also requires special measures and the accommodation of differences.”

As complement to the EEA, a Federal Contractors Program has been developed. The program has the same purpose as the EEA, follows the same guidelines and relates to contractors that participate in federal public contracts. All organizations with more than 100 employees that want to participate in a federal contract worth at least 200,000 Canadian dollars must agree to follow the EEA guidelines. They shall also declare that the undertaking is part of their bid or contract offer. Once a contract has been granted the fulfilment of this undertaking is to be monitored. If it turns out that the contractor has failed to fulfil his undertaking, the result can be various sanctions such as disqualification from future contracts.

### *The states*

In the same way as in the US there are laws and supervisory authorities at the state (province) level. Quite often it is the state laws that have provided guidance concerning new trends and developments for the federal level. Ontario’s Human Rights Code contained a ban on sexual orientation discrimination long before it was adopted at the national level. At the same time it should be pointed out that the state laws to a large extent reflect the national law. They cover working life, housing, merchants (goods and services) and union membership. The same grounds are covered but they more clearly cover citizenship as well.

One interesting difference compared to the national law could be found a few years ago in Ontario where the law specified that one condition for every (state or provincial) public contract was that the contractor agreed to not violate the ban on discrimination in working life. The same also applied to every provincial subsidy, donation, loan or guarantee. The law also declared that violations that amounted to a breach of the condition, are sufficient ground for cancellation or voidance of the contract, subsidy, donation, loan or guarantee. Such violations also Ontario the right to refuse to enter into new agreements with the party involved. To determine which sanctions should be applied a Board of Inquiry can be appointed by the Ontario Human Rights Commission if a determination has been made that an inquiry is called for and that it has not been possible to reach a settlement. It is important to note that this law was repealed by a new government that later came to power in Ontario.

## **2.2 The United Kingdom**

The supervisory authority in the UK for the Race Relations Act (RRA) is the Commission for Racial Equality (CRE). The CRE's main task is to counteract discrimination and promote equal opportunities, and follow up the manner in which the law is functioning and recommend changes when needed. In this connection it can also be noted that the CRE has participated in the development of so-called codes of practice for different branches of working life. These are to help employers and others to understand the law. Recommendations are provided concerning various ways to prevent discrimination and promote ethnic equality in working life. While these codes are not legally binding an industrial tribunal can take them into account in determining if a company has done what it should have in order to avoid discrimination. These codes also can play a role in the work of the local authorities with contract compliance.

### ***Background to contract compliance in the UK***

According to the original § 71 RRA local authorities have been under a duty to ensure that they carry out their functions with due regard to the need to eliminate illegal racial discrimination and promote equal opportunities and good relations between people of different races. The law has been strengthened recently in a number of respects.

In addition to their support to Racial Equality Councils certain larger local authorities fulfil this duty through supporting a local contract compliance policy. In other words certain minimum requirements are placed on suppliers of goods and services (contractors) concerning their employment policies and the establishment of equal opportunities.

During the 1980s several local authorities used "contract compliance" as a qualification ground for public contracts. Many of these authorities had special contract compliance units. Various studies have shown that the adoption of equal opportunities policies increased markedly among the contractors involved. The CRE is convinced of the importance and effectiveness of contract compliance as a complement to the law as well as the various codes of practice. Contract compliance programs provide companies with a clear and direct economic encouragement to counteract discrimination.

Since 1969 all national contracts have included a clause that requires contractors to undertake reasonable measures to ensure that their employees and sub-contractors follow the rules in the Race Relations Act. However, no government has yet established system for following up compliance with the clause.

On the other hand, at the local level contract compliance has been handled in more than a symbolic manner. In 1983 the Greater London Council (GLC) introduced the use of contract compliance at the local government level in the UK. GLC's basically required in effect that the contractors undertook to follow the anti-discrimination laws in effect, i.e. those concerning race and gender. In 1988 the local right to utilize such clauses was



limited to the use of such clauses in relation to race discrimination and only to a limited extent. The Local Government Act 1988, Section 18, (which limited the powers of local governments) together with the EC public procurement directives forms the legal framework for the CRE's views concerning the local contract compliance initiatives in this field.

### *The CRE:s view of the local initiatives*

The background according to the Commission for Racial Equality (CRE) to the need for the local work with contract compliance is that race discrimination is common in the UK even though it is a multiethnic society. Unemployment is much higher among ethnic minorities than among the white majority. Among those with higher educations there is a much higher unemployment level among minorities than among whites with the same or even a somewhat lower level of education. The CRE also assumes that there is a very high rate of underreporting concerning ethnic discrimination. All this has led the CRE to the conclusion that local authorities can help to improve this situation through encouraging contractors to implement racial equality policies.

According to the Commission for Racial Equality (CRE) there are several bases for the use of contract clauses concerning equal employment opportunities

- 1 There is a legal duty for the local authorities to counteract ethnic discrimination and promote ethnic diversity (Race Relations Act, § 71).
- 2 Contract requirements concerning equal employment opportunities are effective. Various studies in the US and England have shown that these types of programs increase the employment opportunities of persons from groups that have been subjected to discrimination.
- 3 The applicable legislation gives local authorities the right to act. In spite of the limits in the law local governments have a right to promote equal employment opportunities policies through public contracts. Here the UK Local Government Act sets greater limits than for example the EC-directives.
- 4 The promotion of fairness and equal opportunities is a rational use of the taxpayer's money. A great deal of tax money goes to the voluntary and private sectors. These funds are paid in from all parts of society, men and women, disabled and non-disabled and people from all ethnic groups. Thus the local authorities are seen to have a moral (democratic) duty to ensure that public funds do not get paid to contractors or activities that directly or indirectly discriminate against any ethnic group.
- 5 This is also a rational use of the taxpayer's money with regard to quality and value for money. Presumptive contractors are naturally analyzed on the basis of various qualitative factors. And equal opportunities policies have become more and more recognized as being a part of good management practice, and have been pointed out as such by employer's organizations, professional institutions and the central government. Such policies promote employer recruitment of the most suitable personnel, i.e. on the basis of

competence and without regard to irrelevant factors such as ethnic background. This should lead to better quality production during the time of the contract.

These factors are the basis for the local work with contract compliance in the UK. As far as the CRE is concerned the legitimacy (democratic) and quality arguments are the overriding issues that need to be looked, as well as the fact that contract compliance combined with effective anti-discrimination achieves changes in behavior.

The Commission for Racial Equality thus recommends the use of the following points in contracts:

1 The contractor, and his subcontractors, shall adopt a policy for fulfilling his legal duties in accordance with the RRA, and thus agree to not discriminate.

2 The contractor, and his subcontractors, shall as a minimum act in accordance with the authority's written criteria and the CRE's Code of Practice in employment, which provides advice steps that can be taken to encourage underrepresented minorities to seek employment.

3 In those cases where it can be established through a court proceeding, an industrial tribunal or a CRE investigation that ethnic discrimination has taken place, the contractor shall inform the authority about this and undertake the measures necessary to prevent a repetition.

4 The contractor shall, upon request, inform the authority of the details related to (3).

5 The contractor shall provide such information to the authority that reasonably needs in order to be able to examine the contractor's fulfilment of 1-4 above, including requests for instructions, employment ads and other information and details about the monitoring of job seekers as well as the workforce currently employed.

The CRE functions as an advisor to the local authorities that work with contract compliance.

### **3. New directions within the European Union**

Article 2 of the EC-treaty indicates that the community has the tasks, among other things, of promoting a high level of employment and social protection, free movement for workers, equal opportunities for men and women, improved working conditions and the social integration of the disabled and other less favored categories. The Commission has issued a green paper on public procurement within the EU. This paper examines article 2 together with the public procurement directives. Other important documents related to the EU and the relationship between social issues and public procurement are the Commission Communication of March 1998 and the Court's case law, particularly the Beentjes case.

#### ***The Green Paper on Public Procurement***

According to the Green Paper procurement entities "may be called upon to implement various aspects of social policy when awarding their contracts, as public procurement is a

tool that can be used to influence significantly the behaviour of economic operators.”

It is pointed out that the directives provide various possibilities for taking social issues into account. It is possible for example to exclude or disqualify contractors where they have been convicted of an “offence concerning their professional conduct or have been found guilty of grave professional misconduct. These rules clearly also apply where the offence or misconduct involves an infringement of legislation designed to promote social objectives.” This clearly means that certain social objectives, such as non-discrimination, can be pursued to some extent in contract award procedures.

Another possibility mentioned is the possibility of placing conditions of a social character during the time the contract is being performed. The examples mentioned relate to obligations aimed at the “employment of women or the protection of certain disadvantaged groups.” It is specified however that such conditions are not allowed if they result in discrimination against tenderers from other Member States and that transparency concerning such conditions must be ensured by mentioning the conditions in the contract notices or contract documents.

The commission does point out that in its view the Directives do not allow social considerations to be taken into account “when it comes to checking the suitability of candidates or tenderers on the basis of the selection criteria, which relate to their financial and economic standing or their technical capability, nor when it comes to awarding contracts on the basis of the award criteria, which must relate to the economic qualities required of the supplies, works or services covered by the contract.” (This conclusion may be in conflict with the analysis made by the Court in a recent decision.).

### ***The Beentjes case***

The Commission’s position in the Green Paper was based on among other things the Court’s case law. In the Beentjes case (ECJ 31/87) a contractor was required to employ a number of long-term unemployed. The case involved the application of Council directive 71/305. The Court stated that placing such a requirement in a contract does not in itself violate the directive. However, the requirement cannot directly or indirectly discriminate against tenderers or applicants from other Member States. Furthermore, transparency is required.

### ***Commission Communication: Public Procurement In The European Union***

In addition to the Green Paper the Commission has issued a communication to clarify some aspects of public procurement policy in the EU (11 mars 1998). The communication underlines the importance of social policy and points out that the Amsterdam Treaty lays down as a priority “the elimination of inequality and the promotion of equality between men and women in all the policies and activities of the European Union and requires it to combat every type of discrimination”.

The Commission repeats here the idea that social objectives can be taken into account in purchasing through the exclusion of candidates who violate national social legislation,

including those related to promotion of equal opportunities as well as through requiring compliance with contract conditions that, for example, are aimed at “promoting the employment of women or encouraging the protection of certain disadvantaged groups”. Again the Commission points out that the limits of Community law must be respected, i.e. transparency and non-discrimination.

The Commission concluded its comments concerning social issues and procurement by stating that the Commission encourages the Member States to use their procurement powers to pursue the social objectives mentioned and indicated that the Commission will act similarly in its own procurement activity.

Concerning EC-law, given the Green Paper, the Communication and Court’s case it is clear that

1. Exclusion of candidates is allowed if they have violated anti-discrimination laws or norms. 2. Contract conditions requiring agreement to not violate anti-discrimination laws are valid, as long as certain formal norms are complied with. The only thing that is unclear is the extent to which a contracting entity can go beyond this type of law-related requirement. The Beentjes case involved a condition that did not relate to any legal requirement at all.

### *Interpretive Communication of the Commission*

On 15 October 2001 the Commission issued its long awaited interpretive communication on the Community law applicable to public procurement. Development of this communication was mentioned in the Commission’s Communication on "Public procurement in the European Union" of 11 March 1998. The aim is to clarify the range of possibilities under the existing Community legal framework for integrating social considerations into public procurement.

The most significant conclusion concerning the addition of anti-discrimination clauses to public contracts is that: “Contracting authorities can impose contractual clauses relating to the manner in which a contract will be executed. The execution phase of public procurement contracts is not currently regulated by the public procurement directives.”

Furthermore it states that:

“ Contracting authorities have a wide range of possibilities for determining the contractual clauses on social considerations. Listed below are some examples of additional specific conditions which a contracting authority might impose on the successful tenderer while complying with the requirements set out above, and which allow social objectives to be taken into account:

- the obligation to recruit unemployed persons, and in particular long-term unemployed persons, or to set up training programmes for the unemployed or for young people during the performance of the contract;

- the obligation to implement, during the execution of the contract, measures that are designed to promote equality between men and women or ethnic or racial diversity ;
- the obligation to comply with the substance of the provisions of the ILO core conventions during the execution of the contract, in so far as these provisions have not already been implemented in national law;
- the obligation to recruit, for the execution of the contract, a number of disabled persons over and above what is laid down by the national legislation in the Member State where the contract is executed or in the Member State of the successful tenderer.”

## **4. Sweden’s developing contract compliance strategy**

In Sweden the policy process concerning contract compliance has moved quite far. Right now Sweden seems poised to move into a new stage since policymakers on various levels are coming to the conclusion that the formal hindrances that have been thought to exist are just not there. This means that politicians are simply going to have to face the question of whether or not a policy of contract compliance should be used in relation to the hundreds of billions of Swedish crowns that are used in public procurement.

### ***Government Enquiries***

The issue of anti-discrimination clauses was examined in a Government Enquiry in 1997. This Enquiry recommended their use as a complement to the proposal for a new law against ethnic discrimination that was developed. The Enquiry found that such clauses were within the framework of both EC-law and Swedish law. Their use was recommended to the greatest possible extent in public contracts for goods and services, as long as no legal hindrances existed.

The Enquiry did recommend a further examination of the contents of such a clause and the routines that should be established for follow-up purposes.

This later led to a Parliamentary Enquiry which recently completed its findings. In its directive the Enquiry was to analyze the possibilities for a contracting entity to use so-called anti-discrimination clauses in public procurement contracts. The Enquiry clarified, as indicated above in the section on the EU, that “It is clear that social conditions, for example conditions concerning anti-discrimination, can be adopted in the form of added contract conditions (or clauses). A prerequisite is that the condition is presented in the information concerning the procurement and that the condition is not discriminatory.”

### ***European Conference Against Racism (Strasbourg, October 2000)***

The Swedish government was one of participating States that agreed to the general conclusion that “The European Conference calls upon participating States to ensure that public funds are not awarded to companies or other organisations which are not committed to non-discriminatory policies.”

### ***National Action Plan Against Racism***

In a national plan against racism submitted to the Parliament on 8 February 2001 the Government gave notice that it going to work in the direction of actually making use of the possibilities regarding the implementation of anti-discrimination clauses in public contracts.

### ***Government Budget September 2001 - Introduction of clauses by 1 July 2002***

One result of the government's budget negotiations with the Green Party and the Left Party is a clear indication that the Government intends to introduce anti-discrimination clauses into national public contracts by 1 July 2002.

### ***Local policy processes in Sweden***

Various local policy processes have been initiated throughout Sweden at the local level. Local motions supporting the use of anti-discrimination clauses have been submitted in most major urban areas at both the city and county government levels. These initiatives are currently at different stages. The most advanced processes can be found in Stockholm and Malmö.

The main points in the motions submitted use the following lines of reasoning:

- Despite its broad legislation Sweden still has substantial problems with among other things gender and ethnic discrimination. These clauses are a concrete way of complementing the existing legislation.
- They have a "human rights" perspective in that they are directed against all discrimination banned by law and are not related only one interest. The clauses include the idea that there is no reason to discriminate between the different grounds of discrimination and that the right to non-discrimination due to irrelevant factors is a human right.
- It is a way for local politicians to counteract discrimination, with actions as well as words.
- Their use will lead to an effective use of public funds.
- As more and more "public sector" activities are turned over to the private sector it is increasingly important that the public authorities retain certain responsibilities for how that money is used, i.e. it is democratically unacceptable that recipients of public funds are allowed to discriminate against various members of the public, including ethnic minorities.

They generally contain a formulation for a contract clause: the contractor, or sub-contractor who is used by the contractor, agrees to not violate any of the existing anti-discrimination laws. This is complemented with a cancellation clause: since the contracting entity considers discrimination to be a serious breach of contract, the contractor is put on notice that the contracting entity hereby has the right to cancel the contract if the contractor, or his sub-contractor, violates any of the existing anti-discrimination laws.

### ***Stockholm***

On 1 October 2002 the conservative majority in the Stockholm City Council agreed in principle to the introduction of anti-discrimination clauses in Stockholm's public contracts. This is a proposal that the opposition parties had long been supporting. The majority at the same time voted against a proposal that included specific wording for such clauses. Thus the specific details are going to be presumably worked out by the city's attorneys. The final specifics are expected to include a clause that will only allow for cancellation of a contract if the contractor has been required to pay damages in accordance with a final court judgment or is convicted of unlawful discrimination in accordance with §16:9 of the Penal Code.

The policy process has been underway since 1996. It will thus be important to follow the development of the details since the issue has been sidetracked a number of times even given majority support on occasion. In any case, since the parliamentary enquiry above clearly indicated that such clauses are legal politicians have had to focus on the political will to accept or reject such clauses.

#### *City Council decision in Malmö*

The policy process has come the furthest in Malmö. In the year 2000 a political majority adopted a motion proposing the use of anti-discrimination clauses. It has taken a long time but right now Malmö is in the process of introducing such clauses into their public contracts. The original proposal by the administration focused on race and ethnic discrimination but will presumably be expanded to other discrimination grounds given the Commission's clear statement in its interpretive communication mentioned above.

#### ***The National Integration Office***

The National Integration Office has formulated a two-part anti-discrimination policy proposal in relation to the Office's own public contracts. The proposal indicates that the Office shall indicate in its contracts that the Office appreciates contractors that have a diverse ethnic workforce and that the contractor shall agree to not discriminate on any ground covered by law.

The National Public Procurement Office (NOU) has commented on the proposal above. In general the NOU's comments on the proposal for a cancellation clause were positive in that such clauses are within the bounds of Swedish and EC-law if they are written properly. This is however explained in extremely careful terms.

On the other hand the NOU was more critical concerning the requirement of a positive view towards ethnic diversity, particularly if this involved any active involvement. Here it was somewhat unclear if the NOU was making an analysis of the legality of the idea or only its suitability. But it should be apparent from the EC-Court's case law and the statements of the Commission above that even such possibilities exist as long as they are formulated in a legally correct manner.

#### ***The Parliament (Riksdagen)***

In June 2002 the Riksdag basically adopted a government bill (Proposition 2001/02:142) concerning changes in the legislation concerning public procurement. One of the points in the bill was a proposed change in the law that specifies that public procurement contracts can include so-called social conditions to the extent allowed by EC-law, for example, related to compliance with anti-discrimination laws. While an amendment in the law was proposed, the government specified that this was a clarification that such social conditions could be included by government entities dealing with public procurement, but that this amendment “did not result in any change in the applicable legal rules and case law.”

The Government Bill also pointed out that, in order to provide guidance regarding the types of contract conditions that can be used, the Government (dnr Fi2002/422) gave the National Public Procurement Board (Nämnden för offentlig upphandling) the task of developing examples of contract conditions for the promotion of equal treatment without regard to gender, race, skin color, national or ethnic origin, religious faith, disability or sexual orientation. The examples are to include contract clauses related to a contractor’s undertaking to comply with existing anti-discrimination laws, and the consequences of a failure to comply.

The examples were to be developed in cooperation with the Gender equality ombudsman (JämO), the Ombudsman against ethnic discrimination (DO), the Disability ombudsman (HO) and the Ombudsman against discrimination due to sexual orientation (HOMO). The NOU was also to consult with the local government associations (Svenska Kommunförbundet and Landstingsförbundet) as well as business organisations and the unions.

### **The Public Procurement Board (Nämnden för offentlig upphandling)**

The Board completed its report concerning examples of anti-discrimination clauses prior to the treatment of the public procurement bill in parliament. In general, the Board recommended only the use of an extremely limited anti-discrimination clause. Among other things, subcontractors were excluded from the scope of the clause. Furthermore, concerning recourse, rather than specifically allowing for the possibility of cancellation of a contract if a contractor discriminates or otherwise fails to follow the laws against discrimination, the maximum penalty recommended is a contract fine of about 2000 Swedish Crowns (USD 200 or 200 euros) for failure to properly report the compliance measures undertaken, and a maximum fine of 3 % of the contract amount for ongoing violations of the laws.

## **Final comments**

In counteracting discrimination as a social phenomenon it is worthwhile to keep in mind the distinction that sociologists like R.M. McIver started making during the late 1940s. They taught people to distinguish between discrimination as a form of behaviour and prejudice as an attitude. The distinction was important in that while one could lead to the



other, neither was a prerequisite to the other. There can be a connection between the two, but a prejudiced person does not necessarily discriminate and discrimination is not always the result of prejudice.

This issue is relevant to the manner in which discrimination is approached in Europe. The tendency has been to use law in a manner that will hopefully change attitudes, as opposed to changing behaviour. One means of focusing on, and changing, behaviour that has been developed in some countries is the use of contract compliance. On the continent of Europe there have been serious doubts raised as to the legality of contract compliance. This has meant that little attention has been paid to its planning, structure and effectiveness. Yet these are the issues that policymakers will soon be faced with.

Europe in general has been extremely slow in developing laws against ethnic discrimination, in particular effective laws. Rather weak laws or no laws at all have been the norm. It seems that denial concerning the issue of racism and discrimination as European problems have been the norm. The EC Race Directive will mean that all EU member states must have a minimum level of legal protection against race and ethnic discrimination by July 2003. The implementation process will presumably also give an extra impetus to other complementary means of combating racism and discrimination. The use of anti-discrimination clauses will presumably be one of those means, and may lay the foundation for developments in the direction of employment equity.

Anti-discrimination clauses (contract compliance) have been found to be an effective complement to anti-discrimination legislation in the US, Canada and the UK. They are presumably effective in that they appeal to a contractor's basic interest in his own profits. Laws reach an employer on a more general level, whereas contract clauses involve a contractor's daily interests. If the issue of anti-discrimination is brought up within the environment of a contract, the contractor needs to consider the issue immediately. Does he have any problems in this regard? Can they be remedied? Can they be prevented? This presumably is what leads to the changes in the contractor's behaviour, at least in a preventive sense. This does not mean that anti-discrimination clauses are not uncontroversial. Whether or not they can even be used on the continent of Europe has been questioned. (The Swedish business community has expressed serious doubts about their usage in relation to Sweden's public contracts market that amounts to about 350-400 billion Swedish Crowns.)

The initial issue seems to always focus on the legality of contract compliance as a concept. It is possible that the legality issue is raised because it is harder to argue against their suitability given the legitimacy and quality arguments involved.

In any case, the EU stance on contract compliance has become much clearer. As long as certain minimum legal standards are met both the Commission and the Court agree that anti-discrimination clauses can be used.

In Sweden the policy process has been developing for a number of years. At least it has become almost impossible for the policymakers to say that legality is a major issue, since two government enquiries have dealt with this issue, and the Commission has been as clear as it has. The next step is thus going to be a focus on suitability. Apparently the national government, along with the parliamentary majority, has decided to move into the implementation stage. Local governments have also started moving in the same direction. At the same time it is going to be important to follow the details. Given the broad opposition that has existed on various levels it is important that the policy process is followed through to the development of concrete and effective clauses. Otherwise they risk ending up as symbols without any real content.

The so-called example presented by the Public Procurement Board provides an interesting barrier in the development of serious measures against racism and discrimination. It is quite possibly a new form of denial. The policy process concerning the development of laws against ethnic discrimination in Sweden started with little recognition of the issue as a Swedish problem. It was not until 1999 that a relatively modern law against ethnic discrimination in the workplace was adopted. This was largely due to widespread denial of racism and discrimination as a problem in Sweden - by both politicians and government bureaucrats. The Board seems to be following earlier processes in the field, by proposing a symbolic measure that can hardly be expected to change the behaviour of contractors.

Whether or not policymakers (i.e. politicians) will be sidetracked by the Board's report remains to be seen. If not, Sweden may be moving toward the implementation of an effective combination of laws and other measures to counteract discrimination and thus promote equal treatment within society.

## References

- SOU 1997:174, Räkna med mångfald!  
SOU 2001:31, Mera värde för pengarna (More value for the money).  
Public Procurement In The European Union, Commission Communication, Brussels 11 March, KOM (98) 143.  
Brussels, 15.10.2001, COM(2001) 566 final, INTERPRETATIVE COMMUNICATION OF THE COMMISSION on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement  
En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering (2000/01:59) (A National Action Plan Against Racism, Xenophobia...).
- Green Paper, Public Procurement In The European Union: Exploring The Way Forward, Communication adopted by the Commission on 27th November 1996.  
Beentjes-case (ECJ 31/87).

Bourn, C. & Whitmore, J. Anti-Discrimination Law in Britain, 1996.  
Racial Equality and Council Contractors, 1995, Commission for Racial Equality.  
Motion om införande av en antidiskrimineringsklausul i offentliga upphandlingar, anmäld  
1999-04-13 till Stockholms läns landsting, av Paul Lappalainen m fl (mp) .  
NOU, Ärende 1999/0075-21, Integrationsverkets frågor om upphandling med beaktande  
av etnisk mångfald.  
Contract Compliance: A Brief History, GLC/ILEA (Greater London Council/Inner  
London Education Authority).  
Motion (mp) om införande av en antidiskrimineringsklausul, Stockholms stad 1999:43.  
General conclusions of the European Conference Against Racism, October 2000.  
Jonathan Leonard, "What was affirmative action", The American Economic Review  
1986:2.  
Jonathan Leonard, The Impact of Affirmative Action, 1983.  
Erik Åsard, m fl, Positiv särbehandling I Sverige och USA, 2000.  
NOU, Rapport om klausuler, 31 May 2002.  
Proposition 2001/02:142 (Government bill on public procurement)



**José Javier Soto Ruiz**



# **LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE LIGHT OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES**

Jose Javier Soto Ruíz

## **INTRODUCTION:**

On December 13, 2006 the organization of the United Nations (UN) approves the final text of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, an international treaty that is a fundamental myth in the way to equal rights for people, for all people and is based on the recognition of the inherent worth of dignity and equal and inalienable rights without distinction of any kind.

It's been almost five years after the adoption of this essential tool to recognize the equality of persons before the law. Its development was a rapid and hopeful process, rich in discussion, now almost five years after its adoption in the way of its implementation, the process of adapting their legal content to perform the essential purposes contained in the treaty.

Six years ago, two years before approval, I received a call from a dear friend and a key person in the rights of persons with disabilities, which is Miguel Angel Cabra de Luna, who told me that was brewing and talking about the possibility of a universal treaty on the rights of persons with disabilities, and that he would start, at the seat of royal patronage of disability, a subcommittee of experts on the Convention to say, from Spain, on proposals that were made in New York at United Nations headquarters.

Of course I accepted with enthusiasm, and what I perceived there was hope, enthusiasm, and continuous learning.

At first, I naturally had a passive attitude, as a witness, but I was getting involved perhaps motivated by the hope and the enthusiasm they showed me. Since that time, at 2006, there have been many conferences, meetings and discussions about the implementation and application of the Convention. And that's another scene where we attended.

## 1. A BIT OF HISTORY:

The word of *person* comes from the Latin "*personare*" and from the Greek "*prosopon*", meaning the mask that the actors put on to get in the scene.

In this way, as each actor plays a different role according to the director assignment, each person plays a different role under the law, assigned by the State. So there are people to whom it is not considered appropriate to assign any role of relevance in the legal system. This explains the existence of slavery, persons to whom the law does not give them any role to play.

In this way, person is not synonymous of personality understood as capacity to have rights and obligations. The legal personality within the legal capacity is a concession of law, from the legal system to the individual subject.

All subsequent development marks a clear tendency to identify people with legal personality and therefore being entitled of rights and obligations by the mere fact of being born.

In relation to persons with disabilities is illustrative the **Ganzenmüller** and **Escudero** appointment in his work of *Disability and Law*<sup>1</sup>:

*"Aristotle said that the best thing you could do with a person with disability was to leave them at the gates of the temples. In Sparta, a council of elders examined the health of newborns, and if the creatures were not normal, they abandon them to the beast or hurl them from Taygetus Mount. During Nazi Germany were burned in a brutal way. Were exploited and used during World War II when a shortage of workers and then abandoned to their luck again. Today,*

---

<sup>1</sup> "*Disability and Law*". C. **Ganzenmüller** and F. **Escudero**. Legal treatment and sociology. Editorial Bosh, 2005.

In general, in this matter is also recommended reading the book "*Disability and Law*" 2008 (press Tecnigraf), published by the Foundation for the Promotion and Support of Persons with Disabilities (FUTUEX) in collaboration with the Illustrious Professional Association of Lawyers of Badajoz directed by **José García-Camacho Soto**, and the book "*Towards a disability law: Studies in honor of Rafael de Lorenzo*" 2009, published by Thompson- Aranzadi and directed by **Luis Cayo Pérez Bueno**.



*in psychiatric institutions of the so-called first world continue to be bound by a straitjacket since when they entered at four years old, probably because they had a behavior problem, and are now forty or fifty years old and are still tied”.*

In relation with the terms legal personality, legal capacity and capacity to act, **Carmen Pérez Ontiveros**, states "all humans beings are persons so this consideration must be regardless of the condition of person with disability; however, from a legal point of view, it is person to whom the law recognizes personality. The recognition of legal personality is a prerequisite for the acquisition of specific rights and obligations, and it is a legal quality to be conferred regardless of specific situations and should be spread over the lifetime of the individual subject. Therefore, it is the birth of a person the only thing that may make the attribution of personality.

*Legal capacity, understood as an attitude to have rights and duties is inherent in the concept of person and legal personality. If any person as a human being has legal personality, any person must also has legal capacity without any kind of distinction. Legal personality and legal capacity are united in the person's condition, regardless of any physical, mental or sensory circumstance that might affect and that may be the key of any type of disability.*

*In the Spanish law there is a difference between legal capacity, that is, the ability to be titular of rights and duties, and the capacity to act, which is the ability to perform legal acts with full effects”<sup>2</sup>.*

The difference between the *legal capacity* and the *capacity to act* will be one of the aspects that we will analyze in the discussion around to Article 12 of the Convention, particularly in the declarations and reservations made to it.

## **2. THE DEBATE ABOUT THE CAPACITY AROUND TO ARTICLE 12 OF THE CONVENTION**

### **2.1 The discussions over the text.**

---

<sup>2</sup> **“Legal Capacity and Disability”** (A Comparative Study of Private Law in the light of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities). Published by the **Permanent Congress on Disability and Human Rights**, Book 7, Volume I, 2009, printed by Graphic arts APROSUBA. See also **“Treaty on Disability”** authors **Rafael de Lorenzo** and **Luis Cayo Pérez Bueno**, 2007, editorial Aranzadi

The importance of this article, its central character, the heart of the Convention, took to intense and logical debates due to the wide scope of this international treaty.

It has been especially highlighted the debate around the concepts of "legal capacity" and "capacity to act", we referred to above, as well as discussions on the expressions used by the earlier drafts regarding the appointment of "Personal representatives".

In relation with this latter, it is illustrative the position of the **European Disability Forum** on the draft that was still referring to the appointment of a personal representative, they oppose it: *"The appointment of a personal representative comes from the premise of the inability of persons with disabilities. This creates a hard impression of permanence and brings us back to the system of guardianship that we are trying to change with this Convention."*

*"It is precisely to break this paradigm of replacing what has made the International Caucus (supported by the EDF) suggested that this support is seen as a right that is not pejorative about the capacity of people with disabilities. The concept of support allows assistance to be adapted according to the needs of individuals with disabilities without replacing them. "*

*"At the same time, EDF recognizes that States are worried about potential abuse in the decision-making support and feel driven to prevent them. However, from our point of view, detailed procedures to prevent such abuses should not be included in the text of the Convention. It would be enough if the convention includes a mandate to the States to adopt legislative measures to prevent this abuse."*

And that is what is being doing today with more or less speed and success.

In relation with the discussions about the concept of capacity, it is often highlighted the draft of the Eighth Session (in the August 2006), before the final report, the article 12 was accompanied by something at least unusual: a footnote page that said *"In Arabic, Chinese and Russian, the expression "legal capacity" refers to "legal capacity for rights" and not the "capacity to act."*

I have to note also the letters dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Chairman:

*I have the honour, as the Chair of the Arab Group for the month of December 2006, and on behalf of Algeria, Bahrain, Comoros, Djibouti, Egypt, Iraq, Kuwait, Lebanon, Libyan Arab Jamahiriya, Mauritania, Morocco, Oman, Palestine, Qatar, Saudi Arabia, Somalia, Sudan, Syrian Arab Republic, Tunisia, United Arab Emirates and Yemen, to inform you that the aforementioned States are joining the consensus on the Convention based on the understanding that legal capacity mentioned in paragraph 2 of Article 12 of the Convention entitled "Equal recognition before the law" means the capacity of rights and not the capacity to act, in accordance with the national laws and legislation of these States.*

*We kindly request that this letter be included in the report of the Ad Hoc Committee. We will be presenting it to the General Assembly when the text of the Convention is submitted prior to its adoption.*

***And the Corrigendum***

**First paragraph, line 9**

*After the capacity of rights and not the capacity to act insert for those who are unable to practice the capacity to act*

*(Signed) Hamad Al-Bayati  
Chairman of the Arab Group for the month of December 2006  
Permanent Representative of Iraq to the United Nations*

An the Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Finland to the United Nations addressed to the Chairman

*"According to paragraph 2 of Article 12 of the Convention 'States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life'. It is our understanding that the concept of 'legal capacity' has the same meaning in all language versions.*

*It is on the basis of this understanding that we are ready to join the consensus. We would also request to include this letter in the report of this meeting".*

*(Signed) Kirsti Lintonen  
Representative of the Presidency of the European Union  
Permanent Representative of Finland to the United Nations*

This caused an immediate reaction which exemplifies one of the conclusions of the informative seminar on the convention organized by the CERMI at September 26, 2006: *“CERMI adheres to requests promoted by different entities, both public and civil society representatives, strongly requesting the removal of the footnote included in Article 12 of the Convention, dedicated to equality before the law ”.*

## **2.2 The final text.**

Article 12 of the Convention in its final version reads:

### ***Article 12 - Equal recognition before the law***

- 1. “States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.*
- 2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.*
- 3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.*
- 4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person’s circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person’s rights and interests.*
- 5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans,*

*mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property”.*

## **2.3 Declarations and reservations**

The declarations and reservations were made upon ratification, formal confirmation or accession:

### **AUSTRALIA**

Upon ratification

Declaration

*Australia recognizes that persons with disability enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.*

*Australia declares its understanding that the Convention allows for fully supported or substituted decision-making arrangements, which provide for decisions to be made on behalf of a person, only where such arrangements are necessary, as a last resort and subject to safeguards;*

*Australia recognizes that every person with disability has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others.*

*Australia further declares its understanding that the Convention allows for compulsory assistance or treatment of persons, including measures taken for the treatment of mental disability, where such treatment is necessary, as a last resort and subject to safeguards;*

*Australia recognizes the rights of persons with disability to liberty of movement, to freedom to choose their residence and to a nationality, on an equal basis with others.*

*Australia further declares its understanding that the Convention does not create a right for a person to enter or remain in a country of which he or she is not a national, nor impact on Australia’s health requirements for non-nationals seeking to enter or remain in Australia, where these requirements are based on legitimate, objective and reasonable criteria.*

## **CANADA**

Declaration and reservation:

*“Canada recognizes that persons with disabilities are presumed to have legal capacity on an equal basis with others in all aspects of their lives. Canada declares its understanding that Article 12 permits supported and substitute decision-making arrangements in appropriate circumstances and in accordance with the law.*

*To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards.*

*With respect to Article 12 (4), Canada reserves the right not to subject all such measures to regular review by an independent authority, where such measures are already subject to review or appeal”.*

## **EGYPT**

Interpretative declaration made upon signature:

*The Arab Republic of Egypt declares that its interpretation of article 12 of the International Convention on the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities, which deals with the recognition of persons with disabilities on an equal basis with others before the law, with regard to the concept of legal capacity dealt with in paragraph 2 of the said article, is that persons with disabilities enjoy the capacity to acquire rights and assume legal responsibility ('ahliyyat al-wujub) but not the capacity to perform ('ahliyyat al-'ada'), under Egyptian law.*

## **FRANCE**

*With regard to article 29 of the Convention, the exercise of the right to vote is a component of legal capacity that may not be restricted except in the conditions and in accordance with the modalities provided for in article 12 of the Convention.*

## **MEXICO**

Interpretative declaration

*The Mexican State reiterates its firm commitment to creating conditions that allow all individuals to develop in a holistic manner*

*and to exercise their rights and freedoms fully and without discrimination.*

*Accordingly, affirming its absolute determination to protect the rights and dignity of persons with disabilities, the United Mexican States interprets paragraph 2 of article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and national legislation, the provision that confers the greatest legal protection while safeguarding the dignity and ensuring the physical, psychological and emotional integrity of persons and protecting the integrity of their property shall apply, in strict accordance with the principle “pro homine”.*

### **SYRIAN ARAB REPUBLIC**

Upon signature:

Understanding:

*Our signature of this Convention does not in any way, imply recognition of Israel or entry into relations with Israel, in any shape or form, in connection with the Convention. We signed today on the basis of the understanding contained in the letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed, in his capacity as Chairman of the Group of Arab States for that month, to the Chairman of the Committee, which contains the interpretation of the Arab Group concerning article 12 relating to the interpretation of the concept of “legal capacity”.*

### **UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND**

Reservations:

Equal Recognition before the Law – Convention Article 12.4

*The United Kingdom’s arrangements, whereby the Secretary of State may appoint a person to exercise rights in relation to social security claims and payments on behalf of an individual who is for the time being unable to act, are not at present subject to the safeguard of regular review, as required by Article 12.4 of the Convention and the UK reserves the right to apply those arrangements. The UK is therefore working towards a proportionate system of review.”*

### 3. THE DISCUSSION TODAY.

After the adoption of the Convention and its Optional Protocol begins the process of adaptation into national laws.

The debate today is especially rich in the associative and doctrinal level, having already taken some decisions and legislative reforms.

Particular interest have the conclusions of the ***Symposium on the legal capacity of persons with disabilities in the light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities***, organized by the European Foundation Centre and the European Disability Forum in Brussels on June 4, 2009.

In them, **Miguel Angel Cabra de Luna** highlighted the challenges of Article 12 and the need to explore the impact of this provision in the national and the European Union level, and the clear protection of legal personality and legal capacity of persons with disabilities will require the revision of national legal institutions such as guardianship or incapacitation.

**Yannis Vardakastanis**, president of the European Disability Forum, intervened saying that for too long the rights of persons with intellectual and psychosocial disabilities, people living in institutions and others have been deprived of their most basic human rights, and that the Convention deleted the outdated system of guardianship, which suppresses the rights and duties of persons with disabilities, and replaces it with the support system in making decisions, imposes on governments the obligation to ensure the political right to vote of persons with disabilities, and ensures that the communication will be developed so that every person, regardless of disability, will be heard and heeded.

He emphasized that understanding the impact of the Convention on the legal capacity involves the reassessment of concepts like the dignity, integrity and equality, and a review civil and criminal legislation to improve accessibility for people with disabilities in communication and procedures and educate all relevant actors in the paradigm shift.

**Johan Ten Geuzendam**, head of the Unit for the Integration of Persons with Disabilities in the European Commission, explained



that with regard to the implementation of the Convention, the Commission has identified some key issues including the development of consistent and comparable data, targets and indicators, the exchange of good practices and sharing experiences with the following initial priorities with respect to the Convention: Accessibility, Access to justice, Independent living and Right to vote, Monitoring mechanisms, Empowerment of people with disabilities and Legal capacity.

So, the legal capacity is one of the priority areas in Europe. He noted that on that date -June 2009 - seven States were currently reviewing their legislation in the light of the Convention.

**Gerard Quinn** said why the reform discussion with regard to Article 12 is so important in both practical and symbolic terms. Article 12 is the vehicle that allows us to complete the journey of non-discrimination to protect people from the behavior of others, giving voice to people to run their own lives. For **Quinn**, the revolution of the Article 12 is emblematic of a paradigm shift that has been happening in the field of disability in the last fifteen years at European level and through the heart of the Convention.

Dignity, autonomy and equality are essential values.

Dignity, all human beings are ends in themselves. People with disabilities were traditionally viewed as objects and not subjects worthy of equal respect.

Autonomy, we decide our fates, the Government's job is to provide our freedom.

The balance between autonomy and protection was not present in our laws inherited on legal capacity. An excessive paternalism and over-protective attitude led us go against the autonomy of individuals.

**Quinn** stressed that many of the first laws were decreed to protect assets or property rather than people. A perverse result of intervention to protect them against each other has been the institutionalization, I mean, placing people in institutions where their exposure to violence, exploitation and abuse were even worse.

The bridge here is equality, this is what the Convention brings back to the field of disability, and is what clearly animates Article 12. Respect for equality means to extend to people with disabilities the

same expansive freedom that allowed other people to commit their own lives and make their own mistakes.

**Gerard Quinn** added another value to the dignity, autonomy and equality, the solidarity. If we are serious about respecting the autonomy of persons with disabilities on an equal base with others our first impulse to a certain lack of functional capacity should not remove it but to support.

**Gerard Quinn** also highlighted an essential aspect of reservations. He reminded that any reservation that would defeat the object and purpose of a treaty is invalid. In his opinion, a reserve that allows to maintain in force the laws of guardianship is unacceptable.

In the same way, I think it is interesting to bring up the main ideas of **Gabor Gombos** in his speech at the symposium, about the obligations that the Article 12 of the Convention imposes in the future to the European Union and its member states.

In his opinion, the Convention indicates the way to follow. First, *"nothing for us without us"*, which means the involvement of persons with disabilities, having the Government a legal obligation to consult civil society. In second place, the Convention recognizes personality to all persons with disabilities, which involves two aspects: identity and capacity to act.

He remembered that during the negotiations in the ad hoc Committee of the UN some States were opposed to accept that Article 12 could mean that the legal capacity should include capacity to act. But in his opinion, this can not be refuse now because Convention engages an equalitarian principle that includes both aspects of the personality and clearly includes all persons even those with severe disabilities.

Currently, the most guardianships of the member states are not consequent with the Convention. In his view, any attempt to present the guardianship as a support mechanism is problematic.

In his opinion, there is a minimum core of aspects in relation to Article 12:

- Complete protection (incapacitation) should be deleted or removed.
- The main gaps should be identified.
- New laws are needed.

- Article 12 is an ambitious article.
- The Convention calls for full legal inclusion and not only for legal recognition.
- How to access to support decision making within the institutions.

**In the associative's field** (remember: ***Nothing about us without us***) it is also remarkable The Human Rights and Disability (Spain report 2009) drafted by the CERMI State Delegation for the UN Convention, approved by the executive committee of CERMI the May 27, 2010<sup>3</sup>.

One of the fundamental aims of CERMI, as the entity which represents organized disability in Spain, with more than 5,500 associations and bodies of persons with disabilities and their families, is to defend the rights of this social group, who in this country number over four million people and who, with their families, amount to around ten million citizens.

CERMI has been appointed as an independent entity to monitor the convention in Spain. Of This alternative report and the one presented by the government highlights the need to adapt the Spanish law with regard the exercise of the rights of persons with disabilities and their protection. CERMI drawn up as a basic initial proposal to establish a new procedure for providing support for decision making, according to the convention which highlights the following:

*“The full legal equality of persons with disabilities is an area where the effects of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities are most strongly felt. Disability is now no longer an excuse or justification for limiting or reducing people’s capacity in the legal system. Systems, like the Spanish system, based on substituted decision-making on the grounds of disability – usually intellectual or mental– must cease to be effective, as they go against the new paradigm of the free determination of individuals, all individuals, including men and women with disabilities”.*

For these reasons, CERMI has put it to the Ministry of Justice that the current civil process of legal incapacitation should be replaced by one of supported free decision-making for people with disabilities who need it.

---

<sup>3</sup> [Human Rights and Disability. Spain Report 2009](#)

The Convention, in force in Spain since 2008, makes it mandatory for the States Parties to revoke any systems which, like legal incapacitation, limit the equal legal capacity of people, including those with disabilities, and replace them with other systems which guarantee supported free and autonomous decision-making.

**CERMI considers that Spain's system of legal capacity limitation is not compatible with the mandates of the Convention, and therefore just a few adjustments to details would not be acceptable (an easy way out which some courts find tempting), a new model needs to be created which focuses on autonomy and support.** For CERMI, the Convention presents an historical opportunity to abandon paternalistic systems which compromise the equality of persons with disabilities under the law, and exchange them for others, in tune with the times, which promote free determination with the necessary supports and safeguards.

Despite the resistance from legal sectors which cling on to age-old institutions, which they consider to be immovable, the Convention is an indisputable and irreversible legal fact which overrides any pre-existing internal Law.

CERMI considers that the Executive and the Legislature have to be brave and meet the challenges set them in terms of the law by the UN Convention on legal equality and the right to freely make decisions. The time has come for supported free choice in decision-making.

This requires legally analysing how the new system should replace the institution of incapacitation regulated in the Civil Code (Title IX) and the institution of guardianship of incapacitated persons (Title X). Article 200 of the Civil Code establishes that "persistent physical or mental diseases or impairments which prevent the person being able to govern him/herself are causes for incapacitation". The basis of the civil institution of incapacitation has become obsolete and it does not conform to article 12 of the Convention.

CERMI developed this alternative report to the Government of Spain's one because Spanish law is considered one of the most advanced in recognizing the rights of persons with disabilities. SPAIN has in relation with the Article 12 a system according with the convention and is trying to make some modifications.

Because of this report, the Committee of right of persons with disabilities UN, entity to monitor the convention required to Spain in April 2011 further explanations before issuing its recommendations about the implementation in Spain of the treaty. Specifically in relation to Article 12 requires the data concerning of the number of people with disabilities who have been placed under guardianship as a way of exercising their legal capacity and, the number of decisions that modify the capacity to act.

The Committee also requests information about how control is exercised to ensure that the guardianship is exercised for the benefit of the tutored taking into account that at the current legislation there are no safeguards against the undue influence.

Finally asked about the measures planned or being taken so, instead of the replacement decisions (guardianship) it will be used the support for people with disabilities in exercising their legal capacity, in accordance with the Article 12 of the convention.

Without any doubt the conclusions of the UN Committee will provide light that is absolutely necessary today in a key issue as the legal capacity and support system.

**One essential aspect concerning to the legal capacity is the right of suffrage, active and passive.**

In a letter from **Luis Cayo Perez Bueno** as a president of the Spanish Committee of Representatives of Persons with Disabilities (CERMI) dated October 5, 2010, states that the current electoral law in Spain allows the deprivation of the right of suffrage, active and passive for persons incapacitated by court if the sentence expressly declares it.

This possibility also applies to persons interned in a psychiatric hospital with judicial authorization, during the period of their internment if the court's authorization expressly states the inability to exercise the right to vote.

This deprivation of fundamental rights, which may affect mainly persons with intellectual disabilities or mental illness, it has no sense from a human rights vision and comes in contradiction with

International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of United Nations signed and ratified by Spain.

This international treaty, in its article 12, recognize the full legal equality of persons with disabilities in all aspects of life without any restrictions by reason of disability. It also guarantees the right of persons with disabilities to participate in the political and electoral processes without any kind of exclusions.

That's why the current Spanish legislation is against the UN convention, so it has be changed urgently so that persons with disabilities can exercise fully their basic rights, and it is requested the intervention of the Ombudsman in order to amend the Organic Law of General Electoral System to eliminate the possibility to deprive the right of suffrage to persons with disabilities.

In relation to this matter is remarkable the Sentence of the court of first instance number 15, Las Palmas de Gran Canarias, dated April 27, 2010 (Magistrate Judge **Carmen Maria Simon Rodriguez**).

In the legal basis, making an appointment of article 12 of the Convention states "*So, is inferred of Article 12, that provides for a fundamental change in the way of dealing with the issue of legal capacity in situations where a person with disability may need the help of a third party. This change can be called the replacement of the model of substitution in the making-decision for the model of support or assistance in the making-decisions so the total inability (incapacity) stops as a rule and becomes exceptional.*

*Therefore, in processes for modifying or denying the capacity to act it is necessary to promote, protect and ensure on an equal basis with others the human rights and fundamental freedoms, by adopting measures to support and protection necessary".*

In this way, evaluating all the circumstances, the sentence issued to-suit or a dress as unique to that person, has to fit his needs, so the inability, accommodates perfectly only and exclusively to him, each person with disability needs his special measure of protection.

Concerning the right of suffrage, whose deprivation is interested in demand it is not appropriate.

The interpretation of the General Election Law, according to the spirit of the Convention requires respect, to the greatest extent possible, of the autonomy and fundamental rights of persons with modified capacity, so they may not be deprived of the right to vote generally, except in exceptional cases, because it would be a setback for the necessary social integration that is advocated in this treaty.

In the particular case prosecuted, has not been accredited the special inability to choose a particular option and exercise his right to vote, because this exercise requires only a manifestation of will, which is necessary, not so much a certain level of reasoning or knowledge but the expression of a personal decision or choice on the various electoral Offers, depending of the cultural education of each person.

Also in the concrete case the sentence established a system of curatorship, considering that the curator will not supply the will, just reinforces it, controls and directs by supplementing it, so that his role is not to as representative but as assistance and protection providing support and intervention for those acts to be conducted by the person whose capacity is modified and are specified in the sentence, which not necessary have to be exclusively of patrimonial nature.

**Another issue denounced by the CERMI is the impossibility to perform certain acts**, for example, complains that the Notary law discriminates persons with disabilities because it states *"are unable or unqualified to act as witnesses in writing, the persons with mental disabilities, blind, deaf and dumb."*

CERMI considers that the regulation violates the Convention, recalling that Article 12. 2 states that persons with a disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life, recalling also the content of Article 12. 3. concerning to the adoption of appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity, and recalling that Article 13 of the Convention states that States Parties shall ensure effective access to justice for persons with disabilities on an equal basis with others, including through the provision of procedural and age-appropriate accommodations, in order to facilitate their effective role as direct and indirect

participants, including as witnesses, in all legal proceedings, including at investigative and other preliminary stages.

CERMI considers that if the Convention clearly recognizes the rights of persons with disabilities to be witnesses in the area of justice, they can not understand the opposition to amend the regulation of notarial acts, taking into account that the law should not deprive persons with disabilities the exercise of this right, just should ensure a reasonable adaptation.

At the conference organized by the **Disability State Observatory** in Spain on 15 December 2010 under the title "Legal Capacity and Disability: From the replacement of the capacity system to the support model"<sup>4</sup>, **Carlos Ganzenmüller** prosecutor of the Supreme Court made a complete study of other aspects **about judicial pronouncements**.

He highlighted the Supreme Court sentence of April 29, 2009, the already mentioned sentence of Las Palmas de Gran Canarias and other one of Gijón which adopts an intermediate form using the institution of partial guardianship (*Sentence October 13, 2009 1st instance Court No. 8 in Gijón, Judge Angel Luis Campo*) respect the Supreme Court judgment, the court was questioned in the appeal if the support or institutional care specifically regulated in our laws were in line with the convention or not. And basically if the curatorship was an institution accredited by the convention because the existence of a natural and complemented capacity, the rest of the capacity needed for persons with disability could promptly act on certain issues without a general supervisory institution of guardianship which completely deprives the capacity to decide of the person, by supplanting and representing.

**Carlos Ganzenmüller** said that this was our approach. Also he said that the Supreme Court does not enter into the question, because he knows the commitment of government, in a law of April 25, 2009 will regular within six months the capacity procedures of individuals subjects. So they do not resolve this issue just reiterates the traditional doctrine.

---

<sup>4</sup> "Legal Capacity and Disability: From the replacement of the capacity system to the support model". [Disability State Observatory](#)



**On the doctrinal level**, the report made by the Institute of Human Rights **Bartolomé de las Casas of the University Carlos III**<sup>5</sup> in Madrid about the impact of the Convention in the Spanish legal system starts about the shift of model that will require gradual changes, in which there are probably periods where both institutions, the incapacitation and the new measures "must coexist" because while this mechanism is not articulated should be set curatorship, understood as a model of support and assistance under the principle of best interests of the person with disability, as the mechanism to which the judge should go as a general rule, and the guardianship will be reserved - always waiting for a normative reform that means its disappearance because it is directly confronted with the provisions of the convention-, for those decisions takings when the circumstances and needs of a person with disability can prevent know his will in relation to traffic (relative with a economic acts) but never in relation with a fundamental rights.

Against this provisional position, I highlight the words of **Torcuato Recover**:

*"We are talking about fundamental rights, the Human Rights. It is a substantial nuance because it means that the provisions of Article 199 and following of the Civil Code are not rules of interpretation and conflict of interest between individuals, no. When the Civil Code regulates if a person should give or not his opinion, his will to lease or dispose of his patrimony, if his will should be eliminated or ignored, we are not talking about individual rights but a fundamental right..*

*And these are patrimonial questions, but if we go to a more personal level, if a person should be in an institution, if a person can exercise his right to parenthood, this can not be decided by others without taking into account his opinion, the person can exercise those rights."*

After recalling the appointment of **Luis Cayo Pérez Bueno**, president of CERMI *"The Convention is such a deep charge for the more traditional view and mediocrity of what was the disability it seems that we are not yet aware of the size and scope of this transformation and what takes place in all areas"*, he notes that *"The approach of Article 12 is openly opposed to regulating the civil*

---

<sup>5</sup> [Institute of Human Rights Bartolomé de las Casas of the University Carlos III](#)

*code, which says the opposite, persons with disabilities subject to a process and a judgment that meant his total inability, is openly opposed, not only for the terminology and the nature of the underlying concepts behind words, is absolutely opposed to that definition in paragraph 2 of Article 12.*

*“We can not, therefore, today, continue to dictate judgments in which it is said that the person is incapacitated. This approach conflicts with the legal practice. The family courts are dictating decisions that are contrary to a law that is already directly applicable as the International Convention. It is urgent, therefore, a reform in line with the principles of the Convention.”*

**Fabián Cámara**, President of Down Spain<sup>6</sup> states that the UN Convention opens up new horizons for equal legal capacity before the Law.

In his opinion, *“The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CIDPCD) supposes the ratification of the fact that persons with disabilities are subjects of law, situation that already had been recognized in a general way by the Universal Declaration of Human Rights and the Spanish Constitution.*

*This reiteration is justified by the existence of a legal protectionist attitude and a social perception of the collective as special citizens, which have resulted an endless selection of restrictive measures that prevent literally their enjoyment, because of their safety and security, producing even situations of continuous violation of their most fundamental rights.*

*The situation becomes even more evident in the collective of persons with intellectual disability, whom are permanent considered incapable without any type of previous evaluation. The immense majority of people with intellectual disability are not aware of their*

---

<sup>6</sup> DOWN SPAIN is the Spanish Federation of Institutions for Down Syndrome. The federation aims to improve the general quality of life of people with Down Syndrome and their families through these activities:

- The promotion of investigation and innovation to promote standardization, inclusion and autonomy of people with Down syndrome.
- Participation and work together of our institutions, with presence in all the Autonomous Communities.
- The protection, promotion and enjoyment of the rights of persons with trisomy 21.

DOWN SPAIN belongs to international associations such as the European Down Syndrome and Down Syndrome Association International and is a founding member of the Iberoamerican Federation of Down Syndrome (FIADOWN).

<http://www.sindromedown.net/>

*rights, and this fault of recognition carries them to assume naturally the violations suffered without any protest, and not consider even the slightest claim of change in the social, legal, and judicial treatment for themselves.*

*This situation has generated a legal and judicial system that aims to protect from potential abuses, especially in the property field, based on denying their capacity of decision and moving it to their guardians. In the practice, it is necessary incapacitate legally persons so they can “enjoy” its patrimony or inheritance or to make routinely prohibitions from exercising their right to vote.*

*In this context, the appearance of the CIDPCD supposes a radical change in the situation, a before and an afterwards. The highest degree of friction between the content of the CIDPCD and the Spanish legislation is about the regulation of personality rights and legal capacity of persons with disabilities. The Article 12 of the Convention declares explicitly the full equality under the law of persons with disabilities without any kind of distinction.*

*This statement comes into full confrontation with some of the institutions that in our law regulate the legal capacity, such as the guardianship, the conservatorship, the extended parental authority or the judicial incapacitation.*

*Given this diatribe, the Spanish Down’s position is absolutely support the statement of the article 12 of the Convention and therefore, requires:*

- The disappearance, because it is unacceptably and discriminatory, of any judicial or administrative proceeding which removes, deletes, forbids or simply restricts the legal capacity of a person by reason of disability, this is, the institution generally known as "judicial incapacitation" (or any other name that is tried to give it in the future).*
- The disappearance (with the transitional arrangements necessary respect of situations existing and settled in the practice) of any institution that replaces the civil will of persons with disabilities, such as the guardianship, the conservatorship or any other similar institution.*
- The establishment of the new system of supports to the legal capacity of the convention respecting the basic principle of*

*"respect the rights, the will and the preferences of the person with disability, ensure the other conditions also established by the convention, this is, the "appropriate and effective safeguards to prevent abuses", "the conflict of interests and the undue influence ".<sup>7</sup>*

**On the legislative level**, we are in the process of adaptation. Colombia, Hungary, and in the Catalan law, among others, mention the Convention as the base of modifications in their legal systems.<sup>8</sup>

Specifically in the Autonomous Community of Cataluña, the second book of the **Catalan Civil Code** (Law of July 29, 2010), concerning to the person and the family, invokes in its preamble, the Convention

*"The present law keeps the traditional institutions of protection linked to the incapacitation, but also regulates other ones which operate outside it, because in many cases the person with disabilities or their families prefer not to promote it. This diversity of protection systems recognize the duty to respect the rights, the will and the preferences of the person and the principles of proportionality and adaptability to the circumstances of the protection measures, as advocated by the Convention ... "*

*"Along with the provision that allows not provide the guardianship if it had been granted a power in anticipation of the loss of capacity, changes in relation to the custody of fact are a reflection of the new model of protection of the individual subject...that's the reason why ... includes a new instrument of protection, assistance, created for the adult who needs to take care of his person or property because of the decrease nondisabling of his physical or mental faculties.*

*So we start from a conception of the protection of the person who is not necessarily linked to lack of capacity but also includes*

---

<sup>7</sup> Article published in the journal [cermi.es](http://cermi.es)

<sup>8</sup> Currently, the [Foundation "Law and Disability"](http://www.futuex.com/index.php/herramientas/biblioteca/category/8-p-p) is developing a deep study on this matter. It is recommended in relation with a general view, the comparative study of law in matter of legal capacity and disability realized by the Permanent Congress on Disability and Human Rights 2008, which includes the concerning legislation in different countries. You can access to the collection through the following websites:

<http://www.futuex.com/index.php/herramientas/biblioteca/category/8-p-p>

[http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/informacion/documentos?q=informacion/documentos/documentos\\_recientes](http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/informacion/documentos?q=informacion/documentos/documentos_recientes)

<http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Paginas/Inicio.aspx>

*instruments based on the free development of personality to protect them in situations such as aging, mental illness or disability.*

*This instrument can be very useful to certain vulnerable groups for which the incapacitation and the implementation of a system of guardianship or conservatorship (curatorship) are disproportionate, as the individuals affected by mild mental retardation or other for which the type of decrease suffering, the traditional instruments are not appropriate for their needs.*

*In line with the guidelines of Committee of Ministers of the Council of Europe's recommendation of 28 February 1999 and following the precedents existing in different legal systems in Cataluña is considered more appropriate this model of protection parallel to the guardianship or curatorship. Also, this is the trend that inspires the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. "*

## **AS A FINAL: THE CONVENTION AS A PRINCIPLE**

A general approximation to comparative law show us clearly that the adaptation to the convention involves a change needed that finds the old schemes instituted in the theory of legitimacy about the absolutely protection, under static figures which find the protection, becomes abandoned person.

We find legal designs, with formal controls, based basically on patrimonial protection, with legislation introduced in the sleep of the righteous, pleasing of themselves.

It calls so much the attention the statements that no changes or adjustments are needed, that the legislations already "protect" people with disabilities ... and put them under the light of legitimate opinion of people with disabilities.

Finally, tell a parent of a child with intellectual disabilities that the current disability process needs no changes, or that the legal tools required to answer the question of what will happen to my child when I am gone, exist.

Ask a person with communication difficulties which can be solved by technology why he cannot perform actions.

Well, I want to maintain the illusion that defined the Convention itself and for that, the parameters to define a support system are clear:

equality, respect for autonomy, the article twelve states with absolute clarity that should be taken into account the will and preferences of individuals subjects this is essential especially for provisions regulating in anticipation of future disability, and support measures must be proportionate, fit in the shortest time possible, that is absolutely incompatible with long processes. Those are the parameters that should define the adaptation to the Convention.

Especially significant is how to configure the performance of these systems support.

The Convention showed extreme caution in relation with institutionalized persons, carefully reasoned measure because at that time the guardianship system in most countries gave rise to who was responsible for a disabled person as his representative, under the name of a tutor or guardian, took a completely passive attitude.

Passive in the sense of complying with formal requirements which had a clear impact heritage. There is still evidence of that in our Civil Code talking about accountability, inventory ..., aspects, I insist, economics. Internment, with a representative who has the enormous responsibility of ensuring that disabled person can become an absolute distance of the intended purpose. As a basic rule, we must ensure the person in need, provide education, care for their health and, of course, assume that the disability is not permanent.

The tutor should work to build capacity and that means that the processes, which designates the measures of support, they need regular review. We can not give validity to support measures that are needed often in a social context and forget about them and let them perpetuate in the time. Whoever takes on this awesome responsibility must have an active involvement in the development of personality, a real concern, where the north is the personal aspects.

Of course we should care about economic aspects, our legislation must ensure any measure that does not goes against the patrimony of a person. Of course, we should go against the greed, the bad faith, the person is the first.

If we need a representative to develop our capacity, that representative, again, must have an active and personal involvement, not mere paper that we just completed. Although this

may seem so obvious, in most countries of the world has led to unjust consequences, such abandonment, the tranquility of the State to say that because I have appointed a representative and I can forget about this person, has led to abuse, loss of fundamental rights of persons with disabilities.

When I assumed that responsibility as defender of persons with disabilities in Extremadura I did it for a reason, not because I were agree with the definition of the figure, or because I could discuss the figure in doctrinal aspects, but for reasons of necessity, utility, being a positivist, because at that time when I talked to the legitimate representatives of people with disabilities, we felt it was necessary.

My summary end at that time was to say that this huge worry in connection with the persons who were interned, is that only rarely was a violation of Human Rights. In a comparative law perspective, it is absolutely necessary because you always have to look beyond, we realize that this was not so exceptional in many other countries.

Find a representative of a person with disability who does not know how is this person and if center where it is located are having a primary consideration and good treatment..., it is true that these exceptions were here in Extremadura unusually, but very painful. The general trend is the opposite; the general trend is that the internment meant for practical purposes a neglect of the state's responsibility.

And now we have the possibility to configure a system for all of us to ensure that when support measures are needed, these are exercised in a way that does not violate fundamental rights, call it as you want to call it, guardian, conservator or tutor (Although I consider more useful to abandon the old terminology and write blank papers without having to adjust to the already written), the north should always be to watch over the good of that person and his development.

In Spain is frequently that legal persons be designated to exercise the guardianship and in that case the State assumes the responsibility of that persons under guardianship. If this is true for individual subjects, more should be for the State or to entities that carry out functions of support. The State should ensure the independence of the legal persons who have entrusted this

enormous responsibility. Passive attitudes are not worth if they are entities or legal persons.

FEAPS<sup>9</sup> promoted the creation of tutelary foundations caring for people with intellectual disabilities who need support, and have had an essential role during all these years. Now we must continue with the development under the parameters that the convention recognizes and marks<sup>10</sup>. These parameters mean professionalism of his performance.

Many times, when I had to comment on a particular aspect, of course I have always had people who knew what they had to speak. We can not do things out of reality, we need professionals, and the need to train professionals means that the state has an obligation to provide financial and economic resources to these institutions to develop their role.

But I would like to conclude with my perception as a witness during all these years. I would not want to leave the illusion that once we had, I would not to place ourselves in a perceived loss of a vital opportunity.

Unfortunately, I am watching passive attitudes and that is not what I've lived when people who were discussing the Convention wanted and that's not what that day (December 13, 2006) was crystallized at the headquarters United Nations. Depends on us that this is a fundamental text for the development of Human Rights, Just on us, with a critical and realistic view.

Of course, taking into account those who know, do not place these discussions in intellectual circles far from the associations. I can only

---

<sup>9</sup> FEAPS is the Spanish Confederation of Organizations for Persons with Intellectual Disabilities who defends the rights of persons with intellectual or developmental disabilities and their families. The FEAPS Movement's mission is to contribute from its ethical commitment, with support and opportunities to every person with intellectual or developmental disabilities and their families to develop their quality of life project, and to promote their inclusion as full citizens law in a just and solidary society.

<http://www.feaps.org/>

<sup>10</sup> About some specific proposals of support models, we note:

[Foundation for the promotion and support of persons with disabilities \(FUTUEX\)](#)

[CERMI](#)



conclude with a sense of hope, perhaps enforced at the moment, but it is what parents of people with intellectual disabilities led me to getting involved in this world.

Despite all obstacles, despite the legal conformity, despite all, hope.



**Francisco Bariffi**



# **Documents pertinents**



# VERSION CONSOLIDÉE DU TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE

*Journal officiel de l'Union européenne C 83, 30.3.2010*

## *Article 2*

L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

## *Article 3* (ex-article 2 TUE)

1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.

Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.

Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.

5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.

6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités.

#### *Article 6* (ex-article 6 TUE)

1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.



**VERSION CONSOLIDÉE  
DU  
TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE  
L'UNION EUROPÉENNE**

*Journal officiel de l'Union européenne C 83, 30.03.2010*

*Article 10*

Dans la définition et la mise en oeuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

*Article 19*

(ex-article 13 TCE)

1. Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Par dérogation au paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1.

# CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

(2000/C 364/01)

## Article 20

Égalité en droit

Toutes les personnes sont égales en droit.

## Article 21

Non-discrimination

1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

## Article 22

Diversité culturelle, religieuse et linguistique

L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique.

## Article 25

Droits des personnes âgées

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

## Article 26

Intégration des personnes handicapées

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 15.11.2010  
COM(2010) 636 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU  
CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ  
DES RÉGIONS**

**Stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées:  
un engagement renouvelé pour une Europe sans entraves**

{SEC(2010) 1323}

{SEC(2010) 1324}

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU  
CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ  
DES RÉGIONS**

**Stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées:  
un engagement renouvelé pour une Europe sans entraves**

**TABLE DES MATIÈRES**

1.	Introduction.....	3
2.	Objectifs et actions.....	4
2.1.	Domaines d'intervention.....	6
2.2.	Mise en œuvre de la stratégie.....	11
3.	Conclusion.....	13

## 1. INTRODUCTION

Le handicap, de léger à lourd, touche une personne sur six dans l'Union européenne<sup>1</sup>. Ce sont 80 millions de personnes environ qui n'ont pas la possibilité de participer pleinement à la société et l'économie à cause d'obstacles d'ordre environnemental et comportemental. Le taux de pauvreté des personnes handicapées est de 70 % supérieur à la moyenne<sup>2</sup>, en partie parce que leur accès à l'emploi est limité.

Plus d'un tiers des personnes âgées de plus de 75 ans souffrent de handicaps partiels et plus de 20 % sont atteintes de handicaps lourds<sup>3</sup>. Ces chiffres devraient par ailleurs augmenter au fur et à mesure du vieillissement démographique dans l'Union.

L'Union européenne et ses États membres disposent d'un large mandat pour améliorer la situation sociale et économique des personnes handicapées.

- L'article 1<sup>er</sup> de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) dispose ce qui suit: «La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée». Son article 26 prévoit que «L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté». En outre, l'article 21 interdit toute discrimination fondée sur un handicap.
- Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) exige de l'Union qu'elle combatte toute discrimination fondée sur un handicap dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions (article 10) et lui confère le pouvoir de légiférer en vue de lutter contre toute discrimination (article 19).
- La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (la Convention des Nations Unies), premier instrument juridiquement contraignant dans le domaine des droits de l'homme auquel sont parties l'Union européenne et ses États membres, s'appliquera bientôt dans toute l'Union<sup>4</sup>. Cette convention impose aux États parties de protéger et de garantir la jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées.

Au sens de la Convention des Nations Unies, on entend par personnes handicapées des individus qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.

---

<sup>1</sup> Module ad hoc relatif à l'emploi des personnes handicapées pour l'enquête européenne sur les forces de travail (EFT), 2002.

<sup>2</sup> Statistiques de l'Union européenne sur le revenu et les conditions de vie, SRCV-UE, 2004.

<sup>3</sup> Module ad hoc de l'enquête sur les forces de travail (EFT) et SRCV-UE 2007.

<sup>4</sup> Adoptée en 2007, signée par tous les États membres et l'Union européenne, ratifiée en octobre 2010 par seize États membres (Belgique, République tchèque, Danemark, Allemagne, Espagne, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Autriche, Portugal, Slovaquie, Suède et Royaume-Uni) et en cours de ratification dans les autres, la Convention des Nations Unies aura un caractère contraignant dans l'Union et fera partie de son ordre juridique.

La Commission œuvrera de concert avec les États membres afin de lever les obstacles à une Europe sans entraves, sur la base des dernières résolutions du Parlement européen et du Conseil<sup>5</sup>. La présente stratégie fournit un cadre permettant d'agir au niveau européen, mais aussi en association avec les mesures nationales, afin de répondre aux besoins disparates des hommes, des femmes et des enfants handicapés.

La participation pleine et entière des personnes handicapées à la société et à l'économie est fondamentale si l'Union veut garantir le succès de sa stratégie «Europe 2020» pour une croissance intelligente, durable et inclusive<sup>6</sup>. L'édification d'une société dans laquelle tout le monde à sa place ouvre également des débouchés commerciaux et stimule l'innovation. L'accessibilité de tous aux services et aux produits présente des atouts économiques majeurs au vu de la demande induite par le nombre croissant de consommateurs âgés. Par exemple, le marché européen des dispositifs d'assistance (dont la valeur annuelle est estimée à plus de 30 milliards d'EUR<sup>7</sup>) est encore fragmenté, et les produits restent onéreux. Les cadres d'action et de réglementation, de même que les procédures d'élaboration des produits et des services, ne reflètent pas avec justesse les besoins des personnes handicapées. De nombreux biens et services, ainsi que la majorité des équipements construits, ne sont toujours pas suffisamment accessibles.

Il est d'autant plus urgent d'agir que le ralentissement économique a eu des conséquences négatives sur la situation des personnes handicapées. La stratégie a pour but d'améliorer l'existence des personnes et d'apporter de plus grands bénéfices à la société et à l'économie, sans pour autant soumettre l'industrie et l'administration à des contraintes indues.

## 2. OBJECTIFS ET ACTIONS

L'objectif général de la stratégie présentée ici est de mettre les personnes handicapées en mesure d'exercer l'ensemble de leurs droits et de tirer pleinement parti de leur participation à la société et à l'économie européenne, notamment grâce au marché unique. Il est nécessaire de faire preuve de cohérence afin de réaliser cet objectif et de garantir l'application effective de la Convention des Nations Unies partout en Europe. Cette stratégie s'appuie sur des actions au niveau européen destinées à compléter celles entreprises à l'échelon national, elle définit également les mécanismes<sup>8</sup> essentiels à l'application de la Convention dans l'Union européenne, y compris au sein des institutions européennes, et détermine le soutien indispensable au financement, à la recherche, à la sensibilisation et au recueil de statistiques et de données.

La stratégie met l'accent sur la suppression des entraves auxquelles se heurtent les personnes handicapées<sup>9</sup>. La Commission a répertorié huit principaux domaines d'action: **l'accessibilité, la participation, l'égalité, l'emploi, l'éducation et la formation, la protection sociale, la santé ainsi que l'action extérieure**. Chaque domaine comporte des mesures phares réunies sous l'objectif global de l'Union, lequel est repris dans un encadré. Ces domaines ont été

---

<sup>5</sup> Résolutions du Conseil SOC 375 du 2 juin 2010 et 2008/C 75/01 et résolution du Parlement européen B6-0194/2009 et P6\_TA(2009)0334.

<sup>6</sup> COM(2010) 2020.

<sup>7</sup> Deloitte & Touche, *Access to Assistive Technology in the EU*, 2003, et BCC Research, 2008.

<sup>8</sup> Article 33 de la Convention des Nations Unies.

<sup>9</sup> Enquête Eurobaromètre de 2006: 91 % des citoyens européens pensent que plus d'argent devrait être dépensé pour supprimer les barrières physiques qui compliquent la vie des personnes handicapées.

choisis en fonction de l'intérêt qu'ils peuvent représenter au regard des objectifs généraux de la stratégie et de la Convention des Nations unies, des documents stratégiques y afférents des institutions de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, des résultats du plan d'action européen en faveur des personnes handicapées (2003-2010) et des consultations menées auprès des États membres, des parties prenantes et du public. Les références aux actions nationales visent à compléter l'action de l'Union, et non à couvrir l'ensemble des obligations nationales découlant de la Convention des Nations Unies. La Commission agira également sur la situation des personnes handicapées au moyen de la stratégie «Europe 2020», de ses initiatives phares et d'une relance du marché unique.

## 2.1. Domaines d'intervention

### 1 — Accessibilité

Par accessibilité, on entend la possibilité donnée aux personnes handicapées d'avoir accès, au même titre que les autres, à l'environnement matériel, aux transports, aux technologies et aux systèmes d'information et de communication ainsi qu'à d'autres installations et services. Des entraves importantes subsistent dans ces domaines. Par exemple, en moyenne, seuls 5 % des sites web publics de l'UE-27 répondent totalement aux normes d'accessibilité. Un plus grand nombre d'entre eux est toutefois partiellement accessible. Bon nombre d'organismes de télédiffusion offrent encore peu de programmes accompagnés de sous-titres ou d'audiodescription<sup>10</sup>.

L'accessibilité est un préalable à la participation à la société et à l'économie, mais reste un objectif de longue haleine pour l'Union. La Commission propose d'utiliser des instruments législatifs ou autres, tels que la normalisation, pour optimiser l'accessibilité du cadre bâti, des transports et des technologies de l'information et de la communication, conformément à la stratégie numérique et à l'initiative phare «Une Union de l'innovation». Dans le respect des principes d'une meilleure réglementation, elle étudiera l'éventuel avantage d'adopter des mesures réglementaires garantissant l'accessibilité des produits et des services, y compris des mesures destinées à accroître le recours aux marchés publics (dont la grande efficacité a été prouvée aux États-Unis<sup>11</sup>). Elle encouragera l'intégration du principe d'accessibilité et de la «conception pour tous» dans les programmes scolaires et les formations pour les professions concernées et favorisera le développement d'un marché européen des technologies d'assistance. Après consultation des États membres et d'autres parties prenantes, la Commission réfléchira à l'opportunité de proposer un acte législatif sur l'accessibilité dans l'Union européenne d'ici à 2012. Dans ce cadre, des normes spécifiques visant à améliorer considérablement le fonctionnement du marché intérieur des produits et des services accessibles pourraient entre autres être élaborées pour certains secteurs.

L'action de l'Union soutiendra et complétera les mesures nationales visant à mettre en œuvre le principe d'accessibilité, à éliminer les entraves actuelles et à augmenter la disponibilité et l'éventail des technologies d'assistance.

Garantir aux personnes handicapées l'accessibilité des biens, des services, dont les services publics, et des dispositifs d'assistance.

### 2 — Participation

De nombreux obstacles empêchent encore les personnes handicapées d'exercer pleinement leurs droits fondamentaux, dont les droits rattachés à la citoyenneté européenne, et de participer complètement à la société au même titre que les autres. Ces droits comprennent le droit à la libre circulation, le droit au libre établissement et au mode de vie de son choix, et le droit de prendre pleinement part à des activités culturelles, récréatives et sportives. Par exemple, une personne reconnue comme handicapée qui s'établit dans un autre pays de

<sup>10</sup> CE (2007), SEC (2007) 1469, p. 7.

<sup>11</sup> Section 508 du *Rehabilitation Act* et *Architectural Barriers Act*.



L'Union peut perdre le bénéfice de certaines prestations sociales, comme la gratuité ou des tarifs réduits dans les transports en commun.

La Commission s'emploiera:

- à lever les entraves à l'exercice des droits des personnes handicapées, en tant qu'individus, consommateurs, étudiants, acteurs économiques et politiques; à résoudre les problèmes liés à la mobilité à l'intérieur de l'Union; à faciliter et à promouvoir l'utilisation du modèle européen de la carte de stationnement pour personnes handicapées;
- à favoriser la réorientation des soins hospitaliers vers des soins de proximité grâce au financement, par les Fonds structurels et le Fonds de développement rural, de services de proximité, et à des activités de sensibilisation à l'hébergement des personnes handicapées dans des résidences spécialisées, en particulier les enfants et les personnes âgées;
- à améliorer l'accessibilité des organisations, activités, structures, biens et services sportifs, récréatifs et culturels, y compris audiovisuels; à encourager la participation à des manifestations sportives, dont certaines seront organisées spécifiquement pour les personnes handicapées; à examiner les moyens de faciliter l'utilisation de la langue des signes et du braille dans les relations avec les institutions européennes; à prendre des mesures relatives à l'accessibilité des bureaux de vote afin de faciliter l'exercice des droits électoraux des citoyens de l'Union; à encourager le transfert par-delà les frontières des œuvres protégées dans un format accessible; à promouvoir l'utilisation des exceptions prévues par la directive sur les droits d'auteur<sup>12</sup>.

L'Union européenne contribuera aux actions nationales visant:

- à mener à terme la réorientation des soins hospitaliers vers des soins de proximité, en utilisant les Fonds structurels et le Fonds de développement rural pour la formation de personnels et l'adaptation des infrastructures sociales, l'élaboration de plans de financement pour l'assistance personnalisée, la création de bonnes conditions de travail pour les professionnels de la santé et l'apport d'un soutien aux familles et aux prestataires de soin informels;
- à rendre accessibles les organisations et activités sportives, récréatives et culturelles et à recourir aux exceptions prévues dans la directive sur les droits d'auteur.

Faire en sorte que les personnes handicapées participent pleinement à la société:

- en leur permettant de tirer parti de tous les avantages de la citoyenneté européenne;
- en éliminant les entraves d'ordre administratif et comportemental qui empêchent une participation totale et équitable;
- en fournissant des services de proximité de qualité, y compris l'accès à une assistance personnalisée.

---

<sup>12</sup> Directive 2001/29/CE. Un protocole d'accord entre les parties prenantes a été signé le 14 septembre 2009.

### 3 — Égalité

Plus de la moitié des Européens estiment que la discrimination fondée sur le handicap ou l'âge est répandue dans l'Union<sup>13</sup>. Conformément aux articles 1<sup>er</sup>, 21 et 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union et aux articles 10 et 19 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Commission favorisera l'égalité de traitement des personnes handicapées au moyen d'une stratégie à deux volets. Celle-ci s'appuiera sur la législation actuelle de l'Union pour assurer la protection contre toute discrimination, ainsi que sur la mise en place de mesures actives destinées à lutter contre la discrimination et à promouvoir l'égalité des chances dans les politiques de l'Union. La Commission examinera également avec attention l'effet cumulé de discriminations dont les personnes handicapées peuvent souffrir pour d'autres raisons, telles que la nationalité, l'âge, la race, l'origine ethnique, le sexe, la religion ou les convictions, ou encore l'orientation sexuelle.

Elle veillera aussi à ce que la directive 2000/78/CE<sup>14</sup> interdisant toute discrimination en matière d'emploi soit pleinement appliquée; elle encouragera la diversité et luttera contre toute discrimination au moyen de campagnes de sensibilisation au niveau européen et national, et soutiendra les travaux d'ONG actives dans ce domaine à l'échelle de l'Union.

L'Union soutiendra et complétera les politiques et programmes nationaux visant à promouvoir l'égalité, par exemple en encourageant les États membres à mettre leur législation sur la capacité juridique en conformité avec la Convention des Nations Unies.

Éliminer dans l'Union toute discrimination fondée sur le handicap.
--

### 4 — Emploi

Les emplois de qualité sont un gage d'indépendance économique, ils favorisent la réussite personnelle et offrent la meilleure protection contre la pauvreté. Toutefois, le taux d'emploi des personnes handicapées n'est que de 50 % environ<sup>15</sup>. Dans la perspective des objectifs de croissance de l'Union, il est nécessaire que les personnes handicapées soient plus nombreuses à occuper des emplois rémunérés sur le marché du travail ordinaire. La Commission exploitera tout le potentiel de la stratégie «Europe 2020» et de son programme pour le renouvellement des compétences et des emplois en mettant à la disposition des États membres des analyses, des orientations politiques, des informations et d'autres formes d'aide. Elle recueillera davantage de données sur l'emploi des femmes et des hommes handicapés, cernera les problèmes et proposera des solutions. Elle examinera tout particulièrement la situation des jeunes handicapés au moment de leur entrée dans la vie active. Elle agira sur la mobilité intraprofessionnelle sur le marché du travail ordinaire et dans les ateliers protégés grâce à l'échange d'informations et à l'apprentissage mutuel. En collaboration avec les partenaires sociaux, elle se penchera également sur le travail indépendant et la qualité des emplois, y compris les conditions de travail et les progressions de carrière. La Commission apportera un plus grand soutien aux initiatives volontaires visant à promouvoir la gestion de la diversité sur le lieu de travail, comme les chartes de la diversité, ainsi qu'une initiative d'entrepreneuriat social.

---

<sup>13</sup> Eurobaromètre spécial 317.

<sup>14</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

<sup>15</sup> Enquête sur les forces de travail (EFT), module ad hoc, 2002.

L'Union européenne soutiendra et complétera les efforts déployés au niveau national afin d'analyser l'emploi des personnes handicapées, de lutter contre les principes et les dangers de certaines prestations d'invalidité qui ne les incitent pas à entrer dans la vie active, de les aider à s'insérer dans le marché du travail en ayant recours au Fonds social européen (FSE), d'élaborer des politiques actives du marché du travail, de rendre les lieux de travail plus accessibles, de mettre en place des services d'insertion professionnelle, des structures de soutien et des formations sur le tas, de promouvoir l'utilisation du règlement général d'exemption par catégorie<sup>16</sup>, qui autorise l'octroi d'aides d'État sans notification préalable à la Commission.

Permettre à davantage de personnes handicapées de gagner leur vie sur le marché du travail ordinaire.

## 5 — Éducation et formation

Dans la tranche d'âge comprise entre 16 et 19 ans, le taux de déscolarisation s'élève à 37 % chez les personnes lourdement handicapées et à 25 % chez les personnes partiellement handicapées alors qu'il est de 17 % pour les personnes ne souffrant d'aucun handicap<sup>17</sup>. Les enfants atteints de handicaps lourds se heurtent à des difficultés et parfois à une ségrégation dans l'accès à l'enseignement général. Les personnes handicapées, et notamment les enfants, doivent être intégrées de façon appropriée dans le système éducatif général et bénéficier d'un soutien individuel, notamment dans l'intérêt même de ces derniers. Tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres en ce qui concerne le contenu des enseignements et l'organisation des systèmes éducatifs, la Commission soutiendra l'objectif d'un enseignement et d'une formation de qualité favorisant l'insertion dans le cadre de l'initiative «Jeunesse en mouvement». Elle permettra aux personnes handicapées de s'informer davantage sur les niveaux et possibilités de formation et améliorera leur mobilité en favorisant leur participation au programme pour l'éducation et la formation tout au long de la vie.

L'Union soutiendra les mesures nationales qui ont été engagées au titre du cadre stratégique «Éducation et formation 2020» pour la coopération européenne dans le domaine de l'éducation et de la formation<sup>18</sup> et visent à éliminer les entraves juridiques et structurelles auxquelles se heurtent les personnes handicapées dans l'accès à l'enseignement général et aux systèmes d'éducation et de formation tout au long de la vie, à apporter un soutien en temps utile à l'éducation accessible à tous et à l'apprentissage personnalisé ainsi qu'à la détection précoce des besoins spécifiques, à mettre en place une formation et un soutien appropriés pour les professionnels de l'éducation, à tous les niveaux et à établir des rapports sur les taux de participation et les résultats obtenus.

Promouvoir l'éducation accessible à tous et l'apprentissage tout au long de la vie pour les élèves et les étudiants handicapés.

<sup>16</sup> Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission, JO L 214 du 9.8.2008, p. 3.

<sup>17</sup> Enquête sur les forces de travail (EFT), module ad hoc, 2002.

<sup>18</sup> Conclusions du conseil du 12 mai 2009 concernant un cadre stratégique pour la coopération européenne dans le domaine de l'éducation et de la formation («Éducation et formation 2020»), JO C 119 du 28.5.2009, p. 2.

## 6 – Protection sociale

Des taux de scolarisation dans l'enseignement général et d'activité plus faibles sont source d'inégalités de revenus, de pauvreté, d'exclusion sociale et d'isolement pour les personnes handicapées. Celles-ci doivent pouvoir profiter des systèmes de protection sociale, des programmes de réduction de la pauvreté, de l'aide aux handicapés, des programmes de logement public, d'autres services de base ainsi que des programmes en matière de retraite et de prestations sociales. La Commission s'appuiera sur la plateforme européenne contre la pauvreté pour examiner ces questions. Elle évaluera le caractère approprié et viable des systèmes de protection sociale et apportera son soutien au moyen des Fonds structurels. Tout en respectant pleinement la compétence des États membres, l'Union encouragera les mesures nationales visant à garantir la qualité et la viabilité des systèmes de protection sociale pour les personnes handicapées, notamment par l'échange d'idées sur les moyens d'action et par l'apprentissage mutuel.

Promouvoir des conditions de vie décentes pour les personnes handicapées.

## 7 — Santé

Les personnes handicapées n'ont pas toujours pleinement accès aux services de santé, dont les traitements médicaux de routine, et peuvent être victimes d'inégalités en matière de santé sans rapport avec leurs handicaps. Elles ont le droit de bénéficier d'une égalité d'accès aux soins de santé, y compris les soins préventifs, à des services de santé et de réadaptation de qualité et abordables qui tiennent compte de leurs besoins, notamment en ce qui concerne l'égalité des sexes. Cette tâche incombe principalement aux États membres, qui sont chargés de mettre en place et de fournir des services de santé et des soins médicaux. La Commission soutiendra les initiatives en faveur de l'égalité d'accès aux soins, y compris les services de santé et de réadaptation destinés aux personnes handicapées. Elle examinera tout particulièrement la situation de celles-ci lorsqu'elle appliquera des mesures visant à résoudre les inégalités en matière de santé; elle favorisera les actions dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail pour réduire les risques de handicap au cours de la vie professionnelle et pour améliorer la réinsertion des travailleurs handicapés<sup>19</sup>; elle œuvrera aussi à la prévention de ces risques.

À travers son action, l'Union soutiendra les mesures nationales visant à fournir des services et des équipements de santé accessibles et non discriminatoires, à sensibiliser au handicap les écoles de médecine et les établissements de formation des professionnels de la santé, à mettre en place des services de réadaptation appropriés et à soutenir les services de santé mentale ainsi que la mise sur pied de services d'intervention précoce et d'évaluation des besoins.

Favoriser l'égalité d'accès des personnes handicapées aux services de santé et aux établissements qui délivrent ces services.

<sup>19</sup> Stratégie communautaire 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail - COM(2007) 62.

## 8 — Action extérieure

L'Union européenne et ses États membres doivent promouvoir les droits des personnes handicapées dans le cadre de leur action extérieure, dont les programmes d'élargissement de l'Union, de voisinage et d'aide au développement. Les travaux de la Commission s'effectueront, le cas échéant, dans un contexte plus large de non-discrimination afin que le handicap devienne un thème essentiel des droits de l'homme dans le cadre de l'action extérieure de l'Union. La Commission sensibilisera à la Convention des Nations Unies et aux besoins des personnes handicapées, y compris en matière d'accessibilité, dans le domaine de l'aide d'urgence et de l'aide humanitaire; elle consolidera le réseau de correspondants pour les personnes handicapées, et sensibilisera davantage les délégations de l'Union aux questions relatives au handicap; elle veillera à ce que les pays candidats et potentiellement candidats renforcent les droits des personnes handicapées et fera en sorte que les instruments financiers d'aide de pré-adhésion soient utilisés pour améliorer leur situation.

L'action de l'Union soutiendra et complétera les initiatives nationales visant à aborder les questions de handicap dans le dialogue avec les pays tiers et, le cas échéant, à englober le handicap et l'application de la Convention des Nations Unies en s'appuyant sur les engagements pris à Accra en matière d'efficacité de l'aide. Elle encouragera les forums internationaux (Nations Unies, Conseil de l'Europe, OCDE) à parvenir à des accords et à prendre des engagements.

Promouvoir les droits des personnes handicapées dans le cadre de l'action extérieure de l'Union.

### 2.2. Mise en œuvre de la stratégie

Cette stratégie requiert l'engagement commun et renouvelé des institutions de l'Union et de tous les États membres. Les actions dans les principaux domaines précités doivent reposer sur les actions générales ci-après.

#### 1 — Sensibilisation

La Commission veillera à ce que les personnes handicapées soient conscientes de leurs droits, en accordant une attention toute particulière à l'accessibilité des informations et des canaux de communication. Elle s'efforcera de faire davantage connaître le principe de la «conception pour tous» appliqué aux produits, aux services et à l'environnement matériel.

L'Union soutiendra et complétera les campagnes nationales de sensibilisation du public aux capacités et à la contribution des personnes handicapées, et favorisera l'échange de bonnes pratiques au sein du groupe de haut niveau sur les personnes handicapées (GHNPH).

Sensibiliser la société aux questions de handicap et faire en sorte que les personnes handicapées connaissent mieux leurs droits et sachent les exercer.

#### 2 — Soutien financier

La Commission veillera à ce que les programmes de l'Union dans les domaines d'action pertinents pour les personnes handicapées, par exemple les programmes de recherche, offrent des possibilités de financement. Le coût des mesures permettant aux personnes handicapées de prendre part aux programmes de l'Union doit pouvoir être remboursé. Les principes d'accessibilité et de non-discrimination doivent être appliqués dans l'utilisation des instruments de financement de l'Union, notamment les Fonds structurels.

L'Union soutiendra et complétera les efforts nationaux visant à améliorer l'accessibilité et à lutter contre les discriminations grâce au financement habituel des politiques, à l'application correcte de l'article 16 du règlement général sur les Fonds structurels<sup>20</sup> et à un durcissement des exigences en matière d'accessibilité dans les procédures de marchés publics. Toutes les mesures doivent être appliquées conformément à la législation européenne relative à la concurrence, notamment en matière d'aides d'État.

Optimaliser l'utilisation des instruments de financement de l'Union en faveur de l'accessibilité et de la non-discrimination et mieux faire connaître les possibilités de financement des mesures en faveur des personnes handicapées dans les programmes après 2013.

### **3 — Recueil de statistiques et de données - Suivi**

La Commission réorganisera les informations sur le handicap collectées au moyen de diverses enquêtes sociales européennes (statistiques de l'Union sur les revenus et les conditions de vie, module ad hoc de l'enquête sur les forces de travail, enquête européenne par interview sur la santé), élaborera une enquête spécifique sur les entraves à l'intégration sociale des personnes handicapées et présentera une série d'indicateurs servant à suivre l'évolution de la situation des personnes handicapées au regard des objectifs phares de la stratégie «Europe 2020» en matière d'éducation, d'emploi et de réduction de la pauvreté. L'agence européenne des droits fondamentaux sera invitée à apporter sa contribution dans le cadre de son mandat, en collectant des données et en menant des recherches et analyses.

La Commission élaborera également un outil en ligne qui présentera une synthèse des mesures concrètes et de la législation visant à l'application de la Convention des Nations Unies.

L'Union soutiendra et complétera l'action des États membres destinée à collecter des statistiques et des données sur les entraves auxquelles se heurtent les personnes handicapées dans l'exercice de leurs droits.

Compléter les statistiques périodiquement recueillies sur le handicap en vue de suivre l'évolution de la situation des personnes handicapées.

### **4 — Dispositifs requis par la Convention des Nations Unies**

Le cadre de fonctionnement imposé à l'article 33 de la Convention des Nations Unies (points de contact, dispositifs de coordination, mécanisme indépendant et participation des personnes

<sup>20</sup> Règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JO L 210 du 31.7.2006, p. 25.

handicapées et des organisations qui les représentent) doit être envisagé à deux niveaux: dans les États membres pour un grand nombre de politiques de l'Union et au sein des institutions européennes. À l'échelle de l'Union, des dispositifs de coordination reposant sur les instruments existants seront établis à la fois entre les services de la Commission et les institutions de l'Union, et entre l'Union et les États membres. L'application de la présente stratégie et de la Convention des Nations Unies sera examinée régulièrement au sein du GHNPH, qui réunit des représentants des États membres et leurs points de contact nationaux, la Commission, des personnes handicapées et les organisations qui les représentent ainsi que d'autres parties prenantes. Des rapports sur l'évolution de la situation continueront d'être établis pour les réunions ministérielles informelles.

Un cadre de suivi sera également mis en place, il contiendra un ou plusieurs mécanismes destinés à promouvoir, à préserver et à suivre l'application de la Convention des Nations Unies. Lorsque la Convention des Nations Unies aura été conclue, la Commission, après avoir étudié le rôle éventuel de certains organismes et institutions de l'Union, proposera un cadre de fonctionnement visant à faciliter l'application de la Convention des Nations Unies en Europe sans entraîner de contraintes administratives indues.

D'ici la fin de l'année 2013, la Commission rendra compte des progrès accomplis dans le cadre de cette stratégie; elle abordera dans son rapport la mise en œuvre des actions, les progrès réalisés à l'échelon national ainsi que le rapport de l'Union au comité des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées<sup>21</sup>. La Commission s'appuiera sur des statistiques et des données pour illustrer l'évolution des disparités entre les personnes handicapées et la population dans son ensemble, et pour définir des indicateurs sur le handicap liés aux objectifs de la stratégie «Europe 2020» en matière d'éducation, d'emploi et de réduction de la pauvreté. Ce sera alors l'occasion de revoir la stratégie et les actions qui en découlent. Un rapport supplémentaire de la Commission est programmé pour 2016.

### **3. CONCLUSION**

La stratégie présentée ici a pour but d'exploiter tout le potentiel que recèlent la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et la convention des Nations Unies; elle vise aussi à exploiter pleinement la stratégie «Europe 2020» et les instruments qui l'accompagnent. Elle met en mouvement une procédure destinée à renforcer la position des personnes handicapées de sorte que celles-ci puissent participer pleinement à la société au même titre que les autres. Compte tenu du vieillissement démographique en Europe, ces actions auront une incidence concrète sur la qualité de vie d'une partie de plus en plus importante de la population. Les institutions de l'Union et les États membres sont invités à œuvrer de concert dans le cadre de cette stratégie afin de bâtir pour tous une Europe sans entraves.

---

<sup>21</sup> Articles 35 et 36 de la Convention des Nations Unies.





## IV

(Actes adoptés, avant le 1<sup>er</sup> décembre 2009, en application du traité CE, du traité UE et du traité Euratom)

## DÉCISION DU CONSEIL

du 26 novembre 2009

concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées

(2010/48/CE)

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment ses articles 13 et 95, en liaison avec l'article 300, paragraphe 2, premier alinéa, seconde phrase, et paragraphe 3, premier alinéa,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Parlement européen <sup>(1)</sup>,

considérant ce qui suit:

- (1) En mai 2004, le Conseil a autorisé la Commission à mener des négociations au nom de la Communauté européenne concernant la convention des Nations unies pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées (ci-après dénommée la «convention des Nations unies»).
- (2) La convention des Nations unies a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006 et elle est entrée en vigueur le 3 mai 2008.
- (3) La convention des Nations unies a été signée au nom de la Communauté le 30 mars 2007, étant entendu qu'elle pourrait être conclue à une date ultérieure.
- (4) La convention des Nations unies constitue un pilier pertinent et efficace pour la promotion et la protection des droits des personnes handicapées au sein de l'Union européenne, auxquels tant la Communauté que ses États membres attachent la plus grande importance.
- (5) Il convient donc d'approuver la convention des Nations unies au nom de la Communauté, dans les meilleurs délais.

(6) Cette approbation devrait toutefois être assortie d'une réserve, à formuler par la Communauté européenne, concernant l'article 27, point 1, de la convention des Nations unies, précisant que la Communauté conclut la convention des Nations unies sans préjudice de la faculté accordée aux États membres, en vertu du droit communautaire aux termes de l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/78/CE du Conseil <sup>(2)</sup>, de ne pas appliquer aux forces armées le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne le handicap.

(7) Tant la Communauté que ses États membres sont compétents dans les domaines couverts par la convention des Nations unies. La Communauté et les États membres devraient dès lors en devenir des parties contractantes, de manière à pouvoir ensemble remplir les obligations découlant de la convention des Nations unies et exercer les droits qu'elle leur confère dans les situations de compétence mixte, de façon cohérente.

(8) La Communauté devrait accompagner le dépôt de l'instrument de confirmation formelle du dépôt d'une déclaration spécifiant, conformément à l'article 44, point 1, de la convention, les matières dont traite la convention pour lesquelles compétence lui a été transférée par ses États membres,

DÉCIDE:

*Article premier*

1. La convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées est approuvée au nom de la Communauté, moyennant une réserve concernant son article 27, point 1.

2. Le texte de la convention des Nations unies figure à l'annexe I de la présente décision.

Le texte de la réserve émise figure à l'annexe III de la présente décision.

<sup>(1)</sup> Avis rendu le 27 avril 2009 (non encore publié au Journal officiel).

<sup>(2)</sup> JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

*Article 2*

1. Le président du Conseil est autorisé à désigner la ou les personnes habilitées à déposer, au nom de la Communauté, l'instrument de confirmation formelle auprès du secrétaire général des Nations unies, conformément aux articles 41 et 43 de la convention des Nations unies.

2. Lors du dépôt de l'instrument de confirmation formelle, la ou les personnes désignées déposent également la déclaration de compétence, figurant à l'annexe II de la présente décision, et la réserve, figurant à l'annexe III de la présente décision, conformément à l'article 44, point 1, de la convention.

*Article 3*

Pour les sujets relevant de la compétence de la Communauté et sans préjudice des compétences respectives des États membres, la Commission est le point de contact pour les questions relatives à l'application de la convention des Nations unies, conformément à l'article 33, point 1, de la convention. Les précisions relatives à la fonction du point de contact à cet égard sont énoncées dans un code de conduite préalablement au dépôt de l'instrument de confirmation formelle au nom de la Communauté.

*Article 4*

1. Pour les questions relevant de la compétence exclusive de la Communauté, la Commission représente la Communauté lors des réunions des organes créés par la convention des Nations unies, en particulier lors de la conférence des États parties visée à l'article 40 de la convention, et agit au nom de la Communauté pour les questions faisant partie des attributions desdits organes.

2. Pour les questions relevant de la compétence mixte de la Communauté et des États membres, la Commission et les États membres fixent à l'avance les modalités appropriées pour la représentation de la position de la Communauté lors des réunions des organes créés par la convention des Nations unies. Les précisions relatives à cette représentation sont énoncées dans un code de conduite devant être approuvé préalablement au dépôt de l'instrument de confirmation formelle au nom de la Communauté.

3. Lors des réunions visées aux paragraphes 1 et 2, la Commission et les États membres, si nécessaire en consultant au préalable les autres institutions de la Communauté concernées, coopèrent étroitement, notamment en ce qui concerne les questions de suivi, d'établissement de rapports et de modalités de vote. Les dispositions prévues pour assurer une coopération étroite sont également abordées dans le code de conduite visé au paragraphe 2.

*Article 5*

La présente décision est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Fait à Bruxelles, le 26 novembre 2009.

*Par le Conseil*  
*Le président*  
J. BJÖRKLUND

## ANNEXE I

## CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES

## Préambule

LES ÉTATS PARTIES À LA PRÉSENTE CONVENTION,

- a) rappelant les principes proclamés dans la Charte des Nations unies selon lesquels la reconnaissance de la dignité et de la valeur inhérentes à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;
- b) reconnaissant que les Nations unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune;
- c) réaffirmant le caractère universel, indivisible, interdépendant et indissociable de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales et la nécessité d'en garantir la pleine jouissance aux personnes handicapées sans discrimination;
- d) rappelant le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la convention relative aux droits de l'enfant et la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille;
- e) reconnaissant que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres;
- f) reconnaissant l'importance des principes et lignes directrices contenus dans le programme d'action mondial concernant les personnes handicapées et dans les règles pour l'égalisation des chances des handicapés et leur influence sur la promotion, l'élaboration et l'évaluation aux niveaux national, régional et international des politiques, plans, programmes et mesures visant la poursuite de l'égalisation des chances des personnes handicapées;
- g) soulignant qu'il importe d'intégrer la condition des personnes handicapées dans les stratégies pertinentes de développement durable;
- h) reconnaissant également que toute discrimination fondée sur le handicap est une négation de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine;
- i) reconnaissant en outre la diversité des personnes handicapées;
- j) reconnaissant la nécessité de promouvoir et protéger les droits de l'homme de toutes les personnes handicapées, y compris de celles qui nécessitent un accompagnement plus poussé;
- k) préoccupés par le fait qu'en dépit de ces divers instruments et engagements, les personnes handicapées continuent d'être confrontées à des obstacles à leur participation à la société en tant que membres égaux de celle-ci et de faire l'objet de violations des droits de l'homme dans toutes les parties du monde;
- l) reconnaissant l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des personnes handicapées dans tous les pays, en particulier dans les pays en développement;
- m) appréciant les utiles contributions actuelles et potentielles des personnes handicapées au bien-être général et à la diversité de leurs communautés et sachant que la promotion de la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales par ces personnes ainsi que celle de leur pleine participation renforceront leur sentiment d'appartenance et feront notablement progresser le développement humain, social et économique de leurs sociétés et l'élimination de la pauvreté;
- n) reconnaissant l'importance pour les personnes handicapées de leur autonomie et de leur indépendance individuelles, y compris la liberté de faire leurs propres choix;
- o) estimant que les personnes handicapées devraient avoir la possibilité de participer activement aux processus de prise de décisions concernant les politiques et programmes, en particulier ceux qui les concernent directement;
- p) préoccupés par les difficultés que rencontrent les personnes handicapées, qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique, autochtone ou sociale, la fortune, la naissance, l'âge ou toute autre situation;

- q) reconnaissant que les femmes et les filles handicapées courent souvent, dans leur famille comme à l'extérieur, des risques plus élevés de violence, d'atteinte à l'intégrité physique, d'abus, de délaissement ou de défaut de soins, de maltraitance ou d'exploitation;
- r) reconnaissant que les enfants handicapés doivent jouir pleinement de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, sur la base de l'égalité avec les autres enfants, et rappelant les obligations qu'ont contractées à cette fin les États parties à la convention relative aux droits de l'enfant;
- s) soulignant la nécessité d'intégrer le principe de l'égalité des sexes dans tous les efforts visant à promouvoir la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les personnes handicapées;
- t) insistant sur le fait que la majorité des personnes handicapées vivent dans la pauvreté et reconnaissant à cet égard qu'il importe au plus haut point de s'attaquer aux effets pernicioeux de la pauvreté sur les personnes handicapées;
- u) conscients qu'une protection véritable des personnes handicapées suppose des conditions de paix et de sécurité fondées sur une pleine adhésion aux buts et principes de la Charte des Nations unies et sur le respect des instruments des droits de l'homme applicables, en particulier en cas de conflit armé ou d'occupation étrangère;
- v) reconnaissant qu'il importe que les personnes handicapées aient pleinement accès aux équipements physiques, sociaux, économiques et culturels, à la santé et à l'éducation ainsi qu'à l'information et à la communication pour jouir pleinement de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales;
- w) conscients que l'individu, étant donné ses obligations envers les autres individus et la société à laquelle il appartient, est tenu de faire son possible pour promouvoir et respecter les droits reconnus dans la Charte internationale des droits de l'homme;
- x) convaincus que la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État et que les personnes handicapées et les membres de leur famille devraient recevoir la protection et l'aide nécessaires pour que les familles puissent contribuer à la pleine et égale jouissance de leurs droits par les personnes handicapées;
- y) convaincus qu'une convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des personnes handicapées contribuera de façon significative à remédier au profond désavantage social que connaissent les personnes handicapées et qu'elle favorisera leur participation, sur la base de l'égalité des chances, à tous les domaines de la vie civile, politique, économique, sociale et culturelle, dans les pays développés comme dans les pays en développement,

SONT CONVENUS DE CE QUI SUIT:

#### *Article premier*

##### **Objet**

La présente convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque.

Par personnes handicapées, on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.

#### *Article 2*

##### **Définitions**

Aux fins de la présente convention:

on entend par «communication», entre autres, les langues, l'affichage de texte, le braille, la communication tactile, les gros caractères, les supports multimédias accessibles ainsi que les modes, moyens et formes de communication améliorée et alternative à base de supports écrits, supports audio, langue simplifiée et lecteur humain, y compris les technologies de l'information et de la communication accessibles;

on entend par «langue», entre autres, les langues parlées et les langues des signes et autres formes de langue non parlée;

on entend par «discrimination fondée sur le handicap» toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable;

on entend par «aménagement raisonnable» les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales;

on entend par «conception universelle» la conception de produits, d'équipements, de programmes et de services qui puissent être utilisés par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale. La «conception universelle» n'exclut pas les appareils et accessoires fonctionnels pour des catégories particulières de personnes handicapées là où ils sont nécessaires.

#### Article 3

##### Principes généraux

Les principes de la présente convention sont:

- a) le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes;
- b) la non-discrimination;
- c) la participation et l'intégration pleines et effectives à la société;
- d) le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité;
- e) l'égalité des chances;
- f) l'accessibilité;
- g) l'égalité entre les hommes et les femmes;
- h) le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité.

#### Article 4

##### Obligations générales

1. Les États parties s'engagent à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap. À cette fin, ils s'engagent à:

- a) adopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente convention;
- b) prendre toutes mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, coutumes et pratiques qui sont source de discrimination envers les personnes handicapées;
- c) prendre en compte la protection et la promotion des droits de l'homme des personnes handicapées dans toutes les politiques et dans tous les programmes;
- d) s'abstenir de tout acte et de toute pratique incompatible avec la présente convention et veiller à ce que les pouvoirs publics et les institutions agissent conformément à la présente convention;
- e) prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination fondée sur le handicap pratiquée par toute personne, organisation ou entreprise privée;
- f) entreprendre ou encourager la recherche et le développement de biens, services, équipements et installations de conception universelle, selon la définition qui en est donnée à l'article 2 de la présente convention, qui devraient nécessiter le minimum possible d'adaptation et de frais pour répondre aux besoins spécifiques des personnes handicapées, encourager l'offre et l'utilisation de ces biens, services, équipements et installations et encourager l'incorporation de la conception universelle dans le développement des normes et directives;
- g) entreprendre ou encourager la recherche et le développement et encourager l'offre et l'utilisation de nouvelles technologies — y compris les technologies de l'information et de la communication, les aides à la mobilité, les appareils et accessoires et les technologies d'assistance — qui soient adaptées aux personnes handicapées, en privilégiant les technologies d'un coût abordable;

h) fournir aux personnes handicapées des informations accessibles concernant les aides à la mobilité, les appareils et accessoires et les technologies d'assistance, y compris les nouvelles technologies, ainsi que les autres formes d'assistance, services d'accompagnement et équipements;

i) encourager la formation aux droits reconnus dans la présente convention des professionnels et personnels qui travaillent avec des personnes handicapées, de façon à améliorer la prestation des aides et services garantis par ces droits.

2. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, chaque État partie s'engage à agir, au maximum des ressources dont il dispose et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale, en vue d'assurer progressivement le plein exercice de ces droits, sans préjudice des obligations énoncées dans la présente convention qui sont d'application immédiate en vertu du droit international.

3. Dans l'élaboration et la mise en œuvre des lois et des politiques adoptées aux fins de l'application de la présente convention, ainsi que dans l'adoption de toute décision sur des questions relatives aux personnes handicapées, les États parties consultent étroitement et font activement participer ces personnes, y compris les enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent.

4. Aucune des dispositions de la présente convention ne porte atteinte aux dispositions plus favorables à l'exercice des droits des personnes handicapées qui peuvent figurer dans la législation d'un État partie ou dans le droit international en vigueur pour cet État. Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnus ou en vigueur dans un État partie à la présente convention en vertu de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que la présente convention ne reconnaît pas ces droits et libertés ou les reconnaît à un moindre degré.

5. Les dispositions de la présente convention s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs.

#### Article 5

### Égalité et non-discrimination

1. Les États parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égal protection et à l'égal bénéfice de la loi.

2. Les États parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement.

3. Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés.

4. Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité de facto des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente convention.

#### Article 6

### Femmes handicapées

1. Les États parties reconnaissent que les femmes et les filles handicapées sont exposées à de multiples discriminations, et ils prennent les mesures voulues pour leur permettre de jouir pleinement et dans des conditions d'égalité de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.

2. Les États parties prennent toutes mesures appropriées pour assurer le plein épanouissement, la promotion et l'autonomisation des femmes, afin de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la présente convention.

#### Article 7

### Enfants handicapés

1. Les États parties prennent toutes mesures nécessaires pour garantir aux enfants handicapés la pleine jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, sur la base de l'égalité avec les autres enfants.

2. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants handicapés, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Les États parties garantissent à l'enfant handicapé, sur la base de l'égalité avec les autres enfants, le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité, et d'obtenir pour l'exercice de ce droit une aide adaptée à son handicap et à son âge.

*Article 8***Sensibilisation**

1. Les États parties s'engagent à prendre des mesures immédiates, efficaces et appropriées en vue de:
  - a) sensibiliser l'ensemble de la société, y compris au niveau de la famille, à la situation des personnes handicapées et promouvoir le respect des droits et de la dignité des personnes handicapées;
  - b) combattre les stéréotypes, les préjugés et les pratiques dangereuses concernant les personnes handicapées, y compris ceux liés au sexe et à l'âge, dans tous les domaines;
  - c) mieux faire connaître les capacités et les contributions des personnes handicapées.
2. Dans le cadre des mesures qu'ils prennent à cette fin, les États parties:
  - a) lancent et mènent des campagnes efficaces de sensibilisation du public en vue de:
    - i) favoriser une attitude réceptive à l'égard des droits des personnes handicapées;
    - ii) promouvoir une perception positive des personnes handicapées et une conscience sociale plus poussée à leur égard;
    - iii) promouvoir la reconnaissance des compétences, mérites et aptitudes des personnes handicapées et de leurs contributions dans leur milieu de travail et sur le marché du travail;
  - b) encouragent à tous les niveaux du système éducatif, notamment chez tous les enfants dès leur plus jeune âge, une attitude de respect pour les droits des personnes handicapées;
  - c) encouragent tous les médias à montrer les personnes handicapées sous un jour conforme à l'objet de la présente convention;
  - d) encouragent l'organisation de programmes de formation en sensibilisation aux personnes handicapées et aux droits des personnes handicapées.

*Article 9***Accessibilité**

1. Afin de permettre aux personnes handicapées de vivre de façon indépendante et de participer pleinement à tous les aspects de la vie, les États parties prennent des mesures appropriées pour leur assurer, sur la base de l'égalité avec les autres, l'accès à l'environnement physique, aux transports, à l'information et à la communication, y compris aux systèmes et technologies de l'information et de la communication, et aux autres équipements et services ouverts ou fournis au public, tant dans les zones urbaines que rurales. Ces mesures, parmi lesquelles figurent l'identification et l'élimination des obstacles et barrières à l'accessibilité, s'appliquent, entre autres:
  - a) aux bâtiments, à la voirie, aux transports et autres équipements intérieurs ou extérieurs, y compris les écoles, les logements, les installations médicales et les lieux de travail;
  - b) aux services d'information, de communication et autres services, y compris les services électroniques et les services d'urgence.
2. Les États parties prennent également des mesures appropriées pour:
  - a) élaborer et promulguer des normes nationales minimales et des directives relatives à l'accessibilité des installations et services ouverts ou fournis au public et contrôler l'application de ces normes et directives;
  - b) faire en sorte que les organismes privés qui offrent des installations ou des services qui sont ouverts ou fournis au public prennent en compte tous les aspects de l'accessibilité par les personnes handicapées;
  - c) assurer aux parties concernées une formation concernant les problèmes d'accès auxquels les personnes handicapées sont confrontées;
  - d) faire mettre en place dans les bâtiments et autres installations ouverts au public une signalisation en braille et sous des formes faciles à lire et à comprendre;
  - e) mettre à disposition des formes d'aide humaine ou animalière et les services de médiateurs, notamment de guides, de lecteurs et d'interprètes professionnels en langue des signes, afin de faciliter l'accès des bâtiments et autres installations ouverts au public;



- f) promouvoir d'autres formes appropriées d'aide et d'accompagnement des personnes handicapées afin de leur assurer l'accès à l'information;
- g) promouvoir l'accès des personnes handicapées aux nouveaux systèmes et technologies de l'information et de la communication, y compris l'internet;
- h) promouvoir l'étude, la mise au point, la production et la diffusion de systèmes et technologies de l'information et de la communication à un stade précoce, de façon à en assurer l'accessibilité à un coût minimal.

#### Article 10

##### **Droit à la vie**

Les États parties réaffirment que le droit à la vie est inhérent à la personne humaine et prennent toutes mesures nécessaires pour en assurer aux personnes handicapées la jouissance effective, sur la base de l'égalité avec les autres.

#### Article 11

##### **Situations de risque et situations d'urgence humanitaire**

Les États parties prennent, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées dans les situations de risque, y compris les conflits armés, les crises humanitaires et les catastrophes naturelles.

#### Article 12

##### **Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité**

1. Les États parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les États parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
3. Les États parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
4. Les États parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les États parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

#### Article 13

##### **Accès à la justice**

1. Les États parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, y compris par le biais d'aménagements procéduraux et d'aménagements en fonction de l'âge, afin de faciliter leur participation effective, directe ou indirecte, notamment en tant que témoins, à toutes les procédures judiciaires, y compris au stade de l'enquête et aux autres stades préliminaires.
2. Afin d'aider à assurer l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, les États parties favorisent une formation appropriée des personnels concourant à l'administration de la justice, y compris les personnels de police et les personnels pénitentiaires.

#### Article 14

##### **Liberté et sécurité de la personne**

1. Les États parties veillent à ce que les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres:
  - a) jouissent du droit à la liberté et à la sûreté de leur personne;



b) ne soient pas privées de leur liberté de façon illégale ou arbitraire; ils veillent en outre à ce que toute privation de liberté soit conforme à la loi et à ce qu'en aucun cas l'existence d'un handicap ne justifie une privation de liberté.

2. Les États parties veillent à ce que les personnes handicapées, si elles sont privées de leur liberté à l'issue d'une quelconque procédure, aient droit, sur la base de l'égalité avec les autres, aux garanties prévues par le droit international des droits de l'homme et soient traitées conformément aux buts et principes de la présente convention, y compris en bénéficiant d'aménagements raisonnables.

#### Article 15

##### **Droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**

1. Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.

2. Les États parties prennent toutes mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher, sur la base de l'égalité avec les autres, que des personnes handicapées ne soient soumises à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

#### Article 16

##### **Droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance**

1. Les États parties prennent toutes mesures législatives, administratives, sociales, éducatives et autres mesures appropriées pour protéger les personnes handicapées, à leur domicile comme à l'extérieur, contre toutes formes d'exploitation, de violence et de maltraitance, y compris leurs aspects fondés sur le sexe.

2. Les États parties prennent également toutes mesures appropriées pour prévenir toutes les formes d'exploitation, de violence et de maltraitance en assurant notamment aux personnes handicapées, à leur famille et à leurs aidants des formes appropriées d'aide et d'accompagnement adaptées au sexe et à l'âge, y compris en mettant à leur disposition des informations et des services éducatifs sur les moyens d'éviter, de reconnaître et de dénoncer les cas d'exploitation, de violence et de maltraitance. Les États parties veillent à ce que les services de protection tiennent compte de l'âge, du sexe et du handicap des intéressés.

3. Afin de prévenir toutes les formes d'exploitation, de violence et de maltraitance, les États parties veillent à ce que tous les établissements et programmes destinés aux personnes handicapées soient effectivement contrôlés par des autorités indépendantes.

4. Les États parties prennent toutes mesures appropriées pour faciliter le rétablissement physique, cognitif et psychologique, la réadaptation et la réinsertion sociale des personnes handicapées qui ont été victimes d'exploitation, de violence ou de maltraitance sous toutes leurs formes, notamment en mettant à leur disposition des services de protection. Le rétablissement et la réinsertion interviennent dans un environnement qui favorise la santé, le bien-être, l'estime de soi, la dignité et l'autonomie de la personne et qui prend en compte les besoins spécifiquement liés au sexe et à l'âge.

5. Les États parties mettent en place une législation et des politiques efficaces, y compris une législation et des politiques axées sur les femmes et les enfants, qui garantissent que les cas d'exploitation, de violence et de maltraitance envers des personnes handicapées sont dépistés, font l'objet d'une enquête et, le cas échéant, donnent lieu à des poursuites.

#### Article 17

##### **Protection de l'intégrité de la personne**

Toute personne handicapée a droit au respect de son intégrité physique et mentale sur la base de l'égalité avec les autres.

#### Article 18

##### **Droit de circuler librement et nationalité**

1. Les États parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit de circuler librement, le droit de choisir librement leur résidence et le droit à une nationalité, et ils veillent notamment à ce que les personnes handicapées:

- a) aient le droit d'acquérir une nationalité et de changer de nationalité et ne soient pas privées de leur nationalité arbitrairement ou en raison de leur handicap;
- b) ne soient pas privées, en raison de leur handicap, de la capacité d'obtenir, de posséder et d'utiliser des titres attestant leur nationalité ou autres titres d'identité ou d'avoir recours aux procédures pertinentes, telles que les procédures d'immigration, qui peuvent être nécessaires pour faciliter l'exercice du droit de circuler librement;
- c) aient le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le leur;
- d) ne soient pas privées, arbitrairement ou en raison de leur handicap, du droit d'entrer dans leur propre pays.

2. Les enfants handicapés sont enregistrés aussitôt leur naissance et ont dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître leurs parents et d'être élevés par eux.

#### Article 19

##### **Autonomie de vie et inclusion dans la société**

Les États parties à la présente convention reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes, et prennent des mesures efficaces et appropriées pour faciliter aux personnes handicapées la pleine jouissance de ce droit ainsi que leur pleine intégration et participation à la société, notamment en veillant à ce que:

- a) les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier;
- b) les personnes handicapées aient accès à une gamme de services à domicile ou en établissement et autres services sociaux d'accompagnement, y compris l'aide personnelle nécessaire pour leur permettre de vivre dans la société et de s'y insérer et pour empêcher qu'elles ne soient isolées ou victimes de ségrégation;
- c) les services et équipements sociaux destinés à la population générale soient mis à la disposition des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, et soient adaptés à leurs besoins.

#### Article 20

##### **Mobilité personnelle**

Les États parties prennent des mesures efficaces pour assurer la mobilité personnelle des personnes handicapées, dans la plus grande autonomie possible, y compris en:

- a) facilitant la mobilité personnelle des personnes handicapées selon les modalités et au moment que celles-ci choisissent, et à un coût abordable;
- b) facilitant l'accès des personnes handicapées à des aides à la mobilité, appareils et accessoires, technologies d'assistance, formes d'aide humaine ou animale et médiateurs de qualité, notamment en faisant en sorte que leur coût soit abordable;
- c) dispensant aux personnes handicapées et aux personnels spécialisés qui travaillent avec elles une formation aux techniques de mobilité;
- d) encourageant les organismes qui produisent des aides à la mobilité, des appareils et accessoires et des technologies d'assistance à prendre en compte tous les aspects de la mobilité des personnes handicapées.

#### Article 21

##### **Liberté d'expression et d'opinion et accès à l'information**

Les États parties prennent toutes mesures appropriées pour que les personnes handicapées puissent exercer le droit à la liberté d'expression et d'opinion, y compris la liberté de demander, recevoir et communiquer des informations et des idées, sur la base de l'égalité avec les autres et en recourant à tous moyens de communication de leur choix au sens de l'article 2 de la présente convention. À cette fin, les États parties:

- a) communiquent les informations destinées au grand public aux personnes handicapées, sans tarder et sans frais supplémentaires pour celles-ci, sous des formes accessibles et au moyen de technologies adaptées aux différents types de handicap;
- b) acceptent et facilitent le recours par les personnes handicapées, pour leurs démarches officielles, à la langue des signes, au braille, à la communication améliorée et alternative et à tous les autres moyens, modes et formes accessibles de communication de leur choix;
- c) demandent instamment aux organismes privés qui mettent des services à la disposition du public, y compris par le biais de l'internet, de fournir des informations et des services sous des formes accessibles aux personnes handicapées et que celles-ci puissent utiliser;
- d) encouragent les médias, y compris ceux qui communiquent leurs informations par l'internet, à rendre leurs services accessibles aux personnes handicapées;
- e) reconnaissent et favorisent l'utilisation des langues des signes.

*Article 22***Respect de la vie privée**

1. Aucune personne handicapée, quel que soit son lieu de résidence ou son milieu de vie, ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ou autres types de communication ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Les personnes handicapées ont droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.
2. Les États parties protègent la confidentialité des informations personnelles et des informations relatives à la santé et à la réadaptation des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres.

*Article 23***Respect du domicile et de la famille**

1. Les États parties prennent des mesures efficaces et appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des personnes handicapées dans tout ce qui a trait au mariage, à la famille, à la fonction parentale et aux relations personnelles, sur la base de l'égalité avec les autres, et veillent à ce que:
  - a) soit reconnu à toutes les personnes handicapées, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille sur la base du libre et plein consentement des futurs époux;
  - b) soient reconnus aux personnes handicapées le droit de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre de leurs enfants et de l'espacement des naissances ainsi que le droit d'avoir accès, de façon appropriée pour leur âge, à l'information et à l'éducation en matière de procréation et de planification familiale; et à ce que les moyens nécessaires à l'exercice de ces droits leur soient fournis;
  - c) les personnes handicapées, y compris les enfants, conservent leur fertilité, sur la base de l'égalité avec les autres.
2. Les États parties garantissent les droits et responsabilités des personnes handicapées en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants ou d'institutions similaires, lorsque ces institutions existent dans la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale. Les États parties apportent une aide appropriée aux personnes handicapées dans l'exercice de leurs responsabilités parentales.
3. Les États parties veillent à ce que les enfants handicapés aient des droits égaux dans leur vie en famille. Aux fins de l'exercice de ces droits et en vue de prévenir la dissimulation, l'abandon, le délaissement et la ségrégation des enfants handicapés, les États parties s'engagent à fournir aux enfants handicapés et à leur famille, à un stade précoce, un large éventail d'informations et de services, dont des services d'accompagnement.
4. Les États parties veillent à ce qu'aucun enfant ne soit séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes, sous réserve d'un contrôle juridictionnel, ne décident, conformément au droit et aux procédures applicables, qu'une telle séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En aucun cas un enfant ne doit être séparé de ses parents en raison de son handicap ou du handicap de l'un ou des deux parents.
5. Les États parties s'engagent, lorsque la famille immédiate n'est pas en mesure de s'occuper d'un enfant handicapé, à ne négliger aucun effort pour assurer la prise en charge de l'enfant par la famille élargie et, si cela n'est pas possible, dans un cadre familial au sein de la communauté.

*Article 24***Éducation**

1. Les États parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à l'éducation. En vue d'assurer l'exercice de ce droit sans discrimination et sur la base de l'égalité des chances, les États parties font en sorte que le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire à tous les niveaux et offre, tout au long de la vie, des possibilités d'éducation qui visent:
  - a) le plein épanouissement du potentiel humain et du sentiment de dignité et d'estime de soi, ainsi que le renforcement du respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la diversité humaine;
  - b) l'épanouissement de la personnalité des personnes handicapées, de leurs talents et de leur créativité ainsi que de leurs aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;
  - c) la participation effective des personnes handicapées à une société libre.

2. Aux fins de l'exercice de ce droit, les États parties veillent à ce que:
- les personnes handicapées ne soient pas exclues, sur le fondement de leur handicap, du système d'enseignement général et à ce que les enfants handicapés ne soient pas exclus, sur le fondement de leur handicap, de l'enseignement primaire gratuit et obligatoire ou de l'enseignement secondaire;
  - les personnes handicapées puissent, sur la base de l'égalité avec les autres, avoir accès, dans les communautés où elles vivent, à un enseignement primaire inclusif, de qualité et gratuit, et à l'enseignement secondaire;
  - il soit procédé à des aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun;
  - les personnes handicapées bénéficient, au sein du système d'enseignement général, de l'accompagnement nécessaire pour faciliter leur éducation effective;
  - des mesures d'accompagnement individualisé efficaces soient prises dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la socialisation, conformément à l'objectif de pleine intégration.
3. Les États parties donnent aux personnes handicapées la possibilité d'acquérir les compétences pratiques et sociales nécessaires de façon à faciliter leur pleine et égale participation au système d'enseignement et à la vie de la communauté. À cette fin, les États parties prennent des mesures appropriées, notamment:
- facilitent l'apprentissage du braille, de l'écriture adaptée et des modes, moyens et formes de communication améliorée et alternative, le développement des capacités d'orientation et de la mobilité, ainsi que le soutien par les pairs et le mentorat;
  - facilitent l'apprentissage de la langue des signes et la promotion de l'identité linguistique des personnes sourdes;
  - veillent à ce que les personnes aveugles, sourdes ou sourdes et aveugles — en particulier les enfants — reçoivent un enseignement dispensé dans la langue et par le biais des modes et moyens de communication qui conviennent le mieux à chacun, et ce, dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la sociabilisation.
4. Afin de faciliter l'exercice de ce droit, les États parties prennent des mesures appropriées pour employer des enseignants, y compris des enseignants handicapés, qui ont une qualification en langue des signes ou en braille et pour former les cadres et personnels éducatifs à tous les niveaux. Cette formation comprend la sensibilisation aux handicaps et l'utilisation des modes, moyens et formes de communication améliorée et alternative et des techniques et matériels pédagogiques adaptés aux personnes handicapées.
5. Les États parties veillent à ce que les personnes handicapées puissent avoir accès, sans discrimination et sur la base de l'égalité avec les autres, à l'enseignement tertiaire général, à la formation professionnelle, à l'enseignement pour adultes et à la formation continue. À cette fin, ils veillent à ce que des aménagements raisonnables soient apportés en faveur des personnes handicapées.

#### Article 25

##### Santé

Les États parties reconnaissent que les personnes handicapées ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap. Ils prennent toutes les mesures appropriées pour leur assurer l'accès à des services de santé qui prennent en compte les sexospécificités, y compris des services de réadaptation. En particulier, les États parties:

- fournissent aux personnes handicapées des services de santé gratuits ou d'un coût abordable couvrant la même gamme et de la même qualité que ceux offerts aux autres personnes, y compris des services de santé sexuelle et génésique et des programmes de santé publique communautaires;
- fournissent aux personnes handicapées les services de santé dont celles-ci ont besoin en raison spécifiquement de leur handicap, y compris des services de dépistage précoce et, s'il y a lieu, d'intervention précoce, et des services destinés à réduire au minimum ou à prévenir les nouveaux handicaps, notamment chez les enfants et les personnes âgées;
- fournissent ces services aux personnes handicapées aussi près que possible de leur communauté, y compris en milieu rural;
- exigent des professionnels de la santé qu'ils dispensent aux personnes handicapées des soins de la même qualité que ceux dispensés aux autres, notamment qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées concernées; à cette fin, les États parties mènent des activités de formation et promulguent des règles déontologiques pour les secteurs public et privé de la santé de façon, entre autres, à sensibiliser les personnels aux droits de l'homme, à la dignité, à l'autonomie et aux besoins des personnes handicapées;

- e) interdisent dans le secteur des assurances la discrimination à l'encontre des personnes handicapées, qui doivent pouvoir obtenir à des conditions équitables et raisonnables une assurance maladie et, dans les pays où elle est autorisée par le droit national, une assurance vie;
- f) empêchent tout refus discriminatoire de fournir des soins ou services médicaux ou des aliments ou des liquides en raison d'un handicap.

#### Article 26

##### **Adaptation et réadaptation**

1. Les États parties prennent des mesures efficaces et appropriées, faisant notamment intervenir l'entraide entre pairs, pour permettre aux personnes handicapées d'atteindre et de conserver le maximum d'autonomie, de réaliser pleinement leur potentiel physique, mental, social et professionnel, et de parvenir à la pleine intégration et à la pleine participation à tous les aspects de la vie. À cette fin, les États parties organisent, renforcent et développent des services et programmes diversifiés d'adaptation et de réadaptation, en particulier dans les domaines de la santé, de l'emploi, de l'éducation et des services sociaux, de telle sorte que ces services et programmes:
  - a) commencent au stade le plus précoce possible et soient fondés sur une évaluation pluridisciplinaire des besoins et des atouts de chacun;
  - b) facilitent la participation et l'intégration à la communauté et à tous les aspects de la société, soient librement acceptés et soient mis à la disposition des personnes handicapées aussi près que possible de leur communauté, y compris dans les zones rurales.
2. Les États parties favorisent le développement de la formation initiale et continue des professionnels et personnels qui travaillent dans les services d'adaptation et de réadaptation.
3. Les États parties favorisent l'offre, la connaissance et l'utilisation d'appareils et de technologies d'aide, conçus pour les personnes handicapées, qui facilitent l'adaptation et la réadaptation.

#### Article 27

##### **Travail et emploi**

1. Les États parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail, notamment à la possibilité de gagner leur vie en accomplissant un travail librement choisi ou accepté sur un marché du travail et dans un milieu de travail ouverts, favorisant l'inclusion et accessibles aux personnes handicapées. Ils garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour notamment:
  - a) interdire la discrimination fondée sur le handicap dans tout ce qui a trait à l'emploi sous toutes ses formes, notamment les conditions de recrutement, d'embauche et d'emploi, le maintien dans l'emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène au travail;
  - b) protéger le droit des personnes handicapées à bénéficier, sur la base de l'égalité avec les autres, de conditions de travail justes et favorables, y compris l'égalité des chances et l'égalité de rémunération à travail égal, la sécurité et l'hygiène sur les lieux de travail, la protection contre le harcèlement et des procédures de règlement des griefs;
  - c) faire en sorte que les personnes handicapées puissent exercer leurs droits professionnels et syndicaux sur la base de l'égalité avec les autres;
  - d) permettre aux personnes handicapées d'avoir effectivement accès aux programmes d'orientation technique et professionnelle, aux services de placement et aux services de formation professionnelle et continue offerts à la population en général;
  - e) promouvoir les possibilités d'emploi et d'avancement des personnes handicapées sur le marché du travail, ainsi que l'aide à la recherche et à l'obtention d'un emploi, au maintien dans l'emploi et au retour à l'emploi;
  - f) promouvoir les possibilités d'exercice d'une activité indépendante, l'esprit d'entreprise, l'organisation de coopératives et la création d'entreprise;
  - g) employer des personnes handicapées dans le secteur public;
  - h) favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures;
  - i) faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées;
  - j) favoriser l'acquisition par les personnes handicapées d'une expérience professionnelle sur le marché du travail général;
  - k) promouvoir des programmes de réadaptation technique et professionnelle, de maintien dans l'emploi et de retour à l'emploi pour les personnes handicapées.

2. Les États parties veillent à ce que les personnes handicapées ne soient tenues ni en esclavage ni en servitude, et à ce qu'elles soient protégées, sur la base de l'égalité avec les autres, contre le travail forcé ou obligatoire.

#### Article 28

##### Niveau de vie adéquat et protection sociale

1. Les États parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à un niveau de vie adéquat pour elles-mêmes et pour leur famille, notamment une alimentation, un habillement et un logement adéquats, et à une amélioration constante de leurs conditions de vie et prennent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit sans discrimination fondée sur le handicap.

2. Les États parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à la protection sociale et à la jouissance de ce droit sans discrimination fondée sur le handicap et prennent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, y compris des mesures destinées à:

- a) assurer aux personnes handicapées l'égalité d'accès aux services d'eau salubre et leur assurer l'accès à des services, appareils et accessoires et autres aides répondant aux besoins créés par leur handicap qui soient appropriés et abordables;
- b) assurer aux personnes handicapées, en particulier aux femmes, aux filles et aux personnes âgées, l'accès aux programmes de protection sociale et aux programmes de réduction de la pauvreté;
- c) assurer aux personnes handicapées et à leurs familles, lorsque celles-ci vivent dans la pauvreté, l'accès à l'aide publique pour couvrir les frais liés au handicap, notamment les frais permettant d'assurer adéquatement une formation, un soutien psychologique, une aide financière ou une prise en charge de répit;
- d) assurer aux personnes handicapées l'accès aux programmes de logements sociaux;
- e) assurer aux personnes handicapées l'égalité d'accès aux programmes et prestations de retraite.

#### Article 29

##### Participation à la vie politique et à la vie publique

Les États parties garantissent aux personnes handicapées la jouissance des droits politiques et la possibilité de les exercer sur la base de l'égalité avec les autres, et s'engagent:

- a) à faire en sorte que les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues, et pour cela les États parties, entre autres mesures:
  - i) veillent à ce que les procédures, équipements et matériels électoraux soient appropriés, accessibles et faciles à comprendre et à utiliser;
  - ii) protègent le droit qu'ont les personnes handicapées de voter à bulletin secret et sans intimidation aux élections et référendums publics, de se présenter aux élections et d'exercer effectivement un mandat électif ainsi que d'exercer toutes fonctions publiques à tous les niveaux de l'État, et facilitent, s'il y a lieu, le recours aux technologies d'assistance et aux nouvelles technologies;
  - iii) garantissent la libre expression de la volonté des personnes handicapées en tant qu'électeurs et à cette fin, si nécessaire et à leur demande, les autorisent à se faire assister d'une personne de leur choix pour voter;
- b) à promouvoir activement un environnement dans lequel les personnes handicapées peuvent effectivement et pleinement participer à la conduite des affaires publiques, sans discrimination et sur la base de l'égalité avec les autres, et à encourager leur participation aux affaires publiques, notamment par le biais:
  - i) de leur participation aux organisations non gouvernementales et associations qui s'intéressent à la vie publique et politique du pays, et de leur participation aux activités et à l'administration des partis politiques;
  - ii) de la constitution d'organisations de personnes handicapées pour les représenter aux niveaux international, national, régional et local et de l'adhésion à ces organisations.

*Article 30***Participation à la vie culturelle et récréative, aux loisirs et aux sports**

1. Les États parties reconnaissent le droit des personnes handicapées de participer à la vie culturelle, sur la base de l'égalité avec les autres, et prennent toutes mesures appropriées pour faire en sorte qu'elles:

- a) aient accès aux produits culturels dans des formats accessibles;
- b) aient accès aux émissions de télévision, aux films, aux pièces de théâtre et autres activités culturelles dans des formats accessibles;
- c) aient accès aux lieux d'activités culturelles tels que les théâtres, les musées, les cinémas, les bibliothèques et les services touristiques, et, dans la mesure du possible, aux monuments et sites importants pour la culture nationale.

2. Les États parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées la possibilité de développer et de réaliser leur potentiel créatif, artistique et intellectuel, non seulement dans leur propre intérêt, mais aussi pour l'enrichissement de la société.

3. Les États parties prennent toutes mesures appropriées, conformément au droit international, pour faire en sorte que les lois protégeant les droits de propriété intellectuelle ne constituent pas un obstacle déraisonnable ou discriminatoire à l'accès des personnes handicapées aux produits culturels.

4. Les personnes handicapées ont droit, sur la base de l'égalité avec les autres, à la reconnaissance et au soutien de leur identité culturelle et linguistique spécifique, y compris les langues des signes et la culture des sourds.

5. Afin de permettre aux personnes handicapées de participer, sur la base de l'égalité avec les autres, aux activités récréatives, de loisir et sportives, les États parties prennent des mesures appropriées pour:

- a) encourager et promouvoir la participation, dans toute la mesure possible, de personnes handicapées aux activités sportives ordinaires à tous les niveaux;
- b) faire en sorte que les personnes handicapées aient la possibilité d'organiser et de mettre au point des activités sportives et récréatives qui leur soient spécifiques et d'y participer, et, à cette fin, encourager la mise à leur disposition, sur la base de l'égalité avec les autres, de moyens d'entraînement, de formations et de ressources appropriés;
- c) faire en sorte que les personnes handicapées aient accès aux lieux où se déroulent des activités sportives, récréatives et touristiques;
- d) faire en sorte que les enfants handicapés puissent participer, sur la base de l'égalité avec les autres enfants, aux activités ludiques, récréatives, de loisir et sportives, y compris dans le système scolaire;
- e) faire en sorte que les personnes handicapées aient accès aux services des personnes et organismes chargés d'organiser des activités récréatives, de tourisme et de loisir et des activités sportives.

*Article 31***Statistiques et collecte des données**

1. Les États parties s'engagent à recueillir des informations appropriées, y compris des données statistiques et résultats de recherches, qui leur permettent de formuler et d'appliquer des politiques visant à donner effet à la présente convention. Les procédures de collecte et de conservation de ces informations respectent:

- a) les garanties légales, y compris celles qui découlent de la législation sur la protection des données, afin d'assurer la confidentialité et le respect de la vie privée des personnes handicapées;
- b) les normes internationalement acceptées de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes éthiques qui régissent la collecte et l'exploitation des statistiques.

2. Les informations recueillies conformément au présent article sont désagrégées, selon qu'il convient, et utilisées pour évaluer la façon dont les États parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu de la présente convention et identifier et lever les obstacles que rencontrent les personnes handicapées dans l'exercice de leurs droits.

3. Les États parties ont la responsabilité de diffuser ces statistiques et veillent à ce qu'elles soient accessibles aux personnes handicapées et autres personnes.



*Article 32***Coopération internationale**

1. Les États parties reconnaissent l'importance de la coopération internationale et de sa promotion, à l'appui des efforts déployés au niveau national pour la réalisation de l'objet et des buts de la présente convention, et prennent des mesures appropriées et efficaces à cet égard, entre eux et, s'il y a lieu, en partenariat avec les organisations internationales et régionales compétentes et la société civile, en particulier les organisations de personnes handicapées. Ils peuvent notamment prendre des mesures destinées à:

- a) faire en sorte que la coopération internationale — y compris les programmes internationaux de développement — prenne en compte les personnes handicapées et leur soit accessible;
- b) faciliter et appuyer le renforcement des capacités, notamment grâce à l'échange et au partage d'informations, d'expériences, de programmes de formation et de pratiques de référence;
- c) faciliter la coopération aux fins de la recherche et de l'accès aux connaissances scientifiques et techniques;
- d) apporter, s'il y a lieu, une assistance technique et une aide économique, y compris en facilitant l'acquisition et la mise en commun de technologies d'accès et d'assistance et en opérant des transferts de technologie.

2. Les dispositions du présent article sont sans préjudice de l'obligation dans laquelle se trouve chaque État partie de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la présente convention.

*Article 33***Application et suivi au niveau national**

1. Les États parties désignent, conformément à leur système de gouvernement, un ou plusieurs points de contact pour les questions relatives à l'application de la présente convention et envisagent dûment de créer ou désigner, au sein de leur administration, un dispositif de coordination chargé de faciliter les actions liées à cette application dans différents secteurs et à différents niveaux.

2. Les États parties, conformément à leurs systèmes administratif et juridique, maintiennent, renforcent, désignent ou créent, au niveau interne, un dispositif, y compris un ou plusieurs mécanismes indépendants, selon qu'il conviendra, de promotion, de protection et de suivi de l'application de la présente convention. En désignant ou en créant un tel mécanisme, ils tiennent compte des principes applicables au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme.

3. La société civile — en particulier les personnes handicapées et les organisations qui les représentent — est associée et participe pleinement à la fonction de suivi.

*Article 34***Comité des droits des personnes handicapées**

1. Il est institué un comité des droits des personnes handicapées (ci-après dénommé «le comité») qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.

2. Le comité se compose, au moment de l'entrée en vigueur de la présente convention, de douze experts. Après soixante ratifications et adhésions supplémentaires à la convention, il sera ajouté six membres au comité, qui atteindra alors sa composition maximale de dix-huit membres.

3. Les membres du comité siègent à titre personnel et sont des personnalités d'une haute autorité morale et justifiant d'une compétence et d'une expérience reconnues dans le domaine auquel s'applique la présente convention. Les États parties sont invités, lorsqu'ils désignent leurs candidats, à tenir dûment compte de la disposition énoncée au paragraphe 3 de l'article 4 de la présente convention.

4. Les membres du comité sont élus par les États parties, compte tenu des principes de répartition géographique équitable, de représentation des différentes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques, de représentation équilibrée des sexes et de participation d'experts handicapés.

5. Les membres du comité sont élus au scrutin secret sur une liste de candidats désignés par les États parties parmi leurs ressortissants, lors de réunions de la conférence des États parties. À ces réunions, où le quorum est constitué par les deux tiers des États parties, sont élus membres du comité les candidats ayant obtenu le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des votes des représentants des États parties présents et votants.



6. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente convention. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le secrétaire général de l'Organisation des Nations unies invitera par écrit les États parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les États parties qui les ont désignés, et la communiquera aux États parties à la présente convention.
7. Les membres du comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles une fois. Toutefois, le mandat de six des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans; immédiatement après la première élection, les noms de ces six membres sont tirés au sort par le président de la réunion visée au paragraphe 5 du présent article.
8. L'élection des six membres additionnels du comité se fera dans le cadre d'élections ordinaires, conformément aux dispositions du présent article.
9. En cas de décès ou de démission d'un membre du comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions, l'État partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert possédant les qualifications et répondant aux conditions énoncées dans les dispositions pertinentes du présent article pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant.
10. Le comité adopte son règlement intérieur.
11. Le secrétaire général de l'Organisation des Nations unies met à la disposition du comité le personnel et les moyens matériels qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente convention et convoque sa première réunion.
12. Les membres du comité reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale des Nations unies, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations unies dans les conditions fixées par l'Assemblée générale, eu égard à l'importance des fonctions du comité.
13. Les membres du comité bénéficient des facilités, privilèges et immunités accordés aux experts en mission pour l'Organisation des Nations unies, tels qu'ils sont prévus dans les sections pertinentes de la convention sur les privilèges et les immunités des Nations unies.

#### Article 35

##### Rapports des États parties

1. Chaque État partie présente au comité, par l'entremise du secrétaire général de l'Organisation des Nations unies, un rapport détaillé sur les mesures qu'il a prises pour s'acquitter de ses obligations en vertu de la présente convention et sur les progrès accomplis à cet égard, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente convention pour l'État partie intéressé.
2. Les États parties présentent ensuite des rapports complémentaires au moins tous les quatre ans, et tous autres rapports demandés par le comité.
3. Le comité adopte, le cas échéant, des directives relatives à la teneur des rapports.
4. Les États parties qui ont présenté au comité un rapport initial détaillé n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite, à répéter les informations déjà communiquées. Les États parties sont invités à établir leurs rapports selon une procédure ouverte et transparente et tenant dûment compte de la disposition énoncée au paragraphe 3 de l'article 4 de la présente convention.
5. Les rapports peuvent indiquer les facteurs et les difficultés qui affectent l'accomplissement des obligations prévues par la présente convention.

#### Article 36

##### Examen des rapports

1. Chaque rapport est examiné par le comité, qui formule les suggestions et recommandations d'ordre général sur le rapport qu'il estime appropriées et qui les transmet à l'État partie intéressé. Cet État partie peut communiquer en réponse au comité toutes informations qu'il juge utiles. Le comité peut demander aux États parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la présente convention.
2. En cas de retard important d'un État partie dans la présentation d'un rapport, le comité peut lui notifier qu'il sera réduit à examiner l'application de la présente convention dans cet État partie à partir des informations fiables dont il peut disposer, à moins que le rapport attendu ne lui soit présenté dans les trois mois de la notification. Le comité invitera l'État partie intéressé à participer à cet examen. Si l'État partie répond en présentant son rapport, les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliqueront.

3. Le secrétaire général de l'Organisation des Nations unies communique les rapports à tous les États parties.
4. Les États parties mettent largement leurs rapports à la disposition du public dans leur propre pays et facilitent l'accès du public aux suggestions et recommandations d'ordre général auxquelles ils ont donné lieu.
5. Le comité transmet aux institutions spécialisées, fonds et programmes des Nations unies et aux autres organismes compétents, s'il le juge nécessaire, les rapports des États parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagnés, le cas échéant, de ses observations et recommandations touchant ladite demande ou indication, afin qu'il puisse y être répondu.

#### Article 37

### Coopération entre les États parties et le comité

1. Les États parties coopèrent avec le comité et aident ses membres à s'acquitter de leur mandat.
2. Dans ses rapports avec les États parties, le comité accordera toute l'attention voulue aux moyens de renforcer les capacités nationales aux fins de l'application de la présente convention, notamment par le biais de la coopération internationale.

#### Article 38

### Rapports du comité avec d'autres organismes et organes

Pour promouvoir l'application effective de la présente convention et encourager la coopération internationale dans le domaine qu'elle vise:

- a) les institutions spécialisées et autres organismes des Nations unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente convention qui relèvent de leur mandat. Le comité peut inviter les institutions spécialisées et tous autres organismes qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la convention dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Il peut inviter les institutions spécialisées et les autres organismes des Nations unies à lui présenter des rapports sur l'application de la convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité;
- b) dans l'accomplissement de son mandat, le comité consulte, selon qu'il le juge approprié, les autres organes pertinents créés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en vue de garantir la cohérence de leurs directives en matière d'établissement de rapports, de leurs suggestions et de leurs recommandations générales respectives et d'éviter les doublons et les chevauchements dans l'exercice de leurs fonctions.

#### Article 39

### Rapport du comité

Le comité rend compte de ses activités à l'Assemblée générale et au Conseil économique et social tous les deux ans et peut formuler des suggestions et des recommandations générales fondées sur l'examen des rapports et des informations reçus des États parties. Ces suggestions et ces recommandations générales sont incluses dans le rapport du comité, accompagnées, le cas échéant, des observations des États parties.

#### Article 40

### Conférence des États parties

1. Les États parties se réunissent régulièrement en conférence des États parties pour examiner toute question concernant l'application de la présente convention.
2. Au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de la présente convention, la conférence des États parties sera convoquée par le secrétaire général de l'Organisation des Nations unies. Ses réunions subséquentes seront convoquées par le secrétaire général tous les deux ans ou sur décision de la conférence des États parties.

#### Article 41

### Dépositaire

Le secrétaire général de l'Organisation des Nations unies est le dépositaire de la présente convention.

#### Article 42

### Signature

La présente convention est ouverte à la signature de tous les États et des organisations d'intégration régionale au siège de l'Organisation des Nations unies à New York à compter du 30 mars 2007.

*Article 43***Consentement à être lié**

La présente convention est soumise à la ratification des États et à la confirmation formelle des organisations d'intégration régionale qui l'ont signée. Elle sera ouverte à l'adhésion de tout État ou organisation d'intégration régionale qui ne l'a pas signée.

*Article 44***Organisations d'intégration régionale**

1. Par «organisation d'intégration régionale», on entend toute organisation constituée par des États souverains d'une région donnée, à laquelle ses États membres ont transféré des compétences dans les domaines régis par la présente convention. Dans leurs instruments de confirmation formelle ou d'adhésion, ces organisations indiquent l'étendue de leur compétence dans les domaines régis par la présente convention. Par la suite, elles notifient au dépositaire toute modification importante de l'étendue de leur compétence.

2. Dans la présente convention, les références aux «États parties» s'appliquent à ces organisations dans la limite de leur compétence.

3. Aux fins du paragraphe 1 de l'article 45 et des paragraphes 2 et 3 de l'article 47 de la présente convention, les instruments déposés par les organisations d'intégration régionale ne sont pas comptés.

4. Les organisations d'intégration régionale disposent, pour exercer leur droit de vote à la conférence des États parties dans les domaines qui relèvent de leur compétence, d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres parties à la présente convention. Elles n'exercent pas leur droit de vote si leurs États membres exercent le leur, et inversement.

*Article 45***Entrée en vigueur**

1. La présente convention entrera en vigueur le trentième jour suivant le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États ou chacune des organisations d'intégration régionale qui ratifieront ou confirmeront formellement la présente convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la convention entrera en vigueur le trentième jour suivant le dépôt par cet État ou cette organisation de son instrument de ratification, d'adhésion ou de confirmation formelle.

*Article 46***Réserves**

1. Les réserves incompatibles avec l'objet et le but de la présente convention ne sont pas admises.

2. Les réserves peuvent être retirées à tout moment.

*Article 47***Amendements**

1. Tout État partie peut proposer un amendement à la présente convention et le soumettre au secrétaire général de l'Organisation des Nations unies. Le secrétaire général communique les propositions d'amendement aux États parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des États parties en vue d'examiner ces propositions et de se prononcer sur elles. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des États parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations unies. Tout amendement adopté par une majorité des deux tiers des États parties présents et votants est soumis pour approbation à l'Assemblée générale des Nations unies, puis pour acceptation à tous les États parties.

2. Tout amendement adopté et approuvé conformément au paragraphe 1 du présent article entre en vigueur le trentième jour suivant la date à laquelle le nombre d'instruments d'acceptation déposés atteint les deux tiers du nombre des États parties à la date de son adoption. Par la suite, l'amendement entre en vigueur pour chaque État partie le trentième jour suivant le dépôt par cet État de son instrument d'acceptation. L'amendement ne lie que les États parties qui l'ont accepté.

3. Si la conférence des États parties en décide ainsi par consensus, un amendement adopté et approuvé conformément au paragraphe 1 du présent article et portant exclusivement sur les articles 34, 38, 39 et 40 entre en vigueur pour tous les États parties le trentième jour suivant la date à laquelle le nombre d'instruments d'acceptation déposés atteint les deux tiers du nombre des États parties à la date de son adoption.

*Article 48*

**Dénonciation**

Tout État partie peut dénoncer la présente convention par voie de notification écrite adressée au secrétaire général de l'Organisation des Nations unies. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle le secrétaire général en a reçu notification.

*Article 49*

**Format accessible**

Le texte de la présente convention sera diffusé en formats accessibles.

*Article 50*

**Textes faisant foi**

Les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe de la présente convention font également foi.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment habilités par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente convention.

## ANNEXE II

**DÉCLARATION RELATIVE À LA COMPÉTENCE DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE CONCERNANT LES QUESTIONS RÉGIES PAR LA CONVENTION DES NATIONS UNIES RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES**

(Déclaration faite en application de l'article 44, point 1, de la convention)

L'article 44, point 1, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (ci-après dénommée la «convention») prévoit que l'instrument de confirmation formelle ou d'adhésion d'une organisation régionale d'intégration économique doit indiquer l'étendue de sa compétence dans les domaines régis par la convention.

Actuellement, les membres de la Communauté européenne sont le Royaume de Belgique, la République de Bulgarie, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, l'Irlande, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la Roumanie, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande, le Royaume de Suède et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

La Communauté européenne note que, aux fins de la convention, l'expression «États parties» s'applique aux organisations régionales d'intégration économique dans les limites de leurs compétences.

La convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées s'applique, en ce qui concerne la compétence de la Communauté européenne, aux territoires dans lesquels le traité instituant la Communauté européenne est d'application, dans les conditions énoncées dans ledit traité, notamment à son article 299.

Conformément à l'article 299, la présente déclaration n'est pas applicable aux territoires des États membres auxquels ledit traité ne s'applique pas et ne préjuge pas des mesures ou positions qui pourraient être adoptées au titre de la convention par les États membres concernés au nom et dans l'intérêt de ces territoires.

En application de l'article 44, point 1, de la convention, la présente déclaration indique les compétences transférées par les États membres à la Communauté en vertu du traité instituant la Communauté européenne dans les matières dont traite la convention.

L'étendue et l'exercice des compétences communautaires sont, par nature, appelés à évoluer continuellement et la Communauté complètera ou modifiera la présente déclaration, si besoin est, conformément à l'article 44, point 1, de la convention.

Dans certains domaines, la Communauté européenne a une compétence exclusive, et dans d'autres, cette compétence est partagée entre la Communauté européenne et les États membres. Les États membres demeurent compétents pour toutes les questions pour lesquelles il n'y a pas eu de transfert de compétence à la Communauté européenne.

Actuellement:

1. La Communauté a une compétence exclusive en ce qui concerne la compatibilité des aides d'État avec le marché commun et le tarif douanier commun.

Dans la mesure où les dispositions du droit communautaire sont affectées par celles de la convention, la Communauté européenne dispose d'une compétence exclusive pour assumer de telles obligations en ce qui concerne sa propre administration publique. À cet égard, la Communauté déclare qu'elle est compétente dans le domaine de la réglementation relative aux recrutements, conditions d'emploi, rémunérations, formation, etc., des fonctionnaires et autres agents non élus, en vertu du statut et de ses dispositions d'exécution <sup>(1)</sup>.

2. La Communauté a une compétence mixte avec les États membres en ce qui concerne les mesures destinées à combattre la discrimination fondée sur le handicap, la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux, l'agriculture, le transport par chemin de fer, par route, par voie navigable et par voie aérienne, la fiscalité, le marché intérieur, l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, la politique en matière de réseaux transeuropéens et les statistiques.

<sup>(1)</sup> Règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 du Conseil du 29 février 1968 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés (JO L 56 du 4.3.1968, p. 1).

La Communauté européenne dispose d'une compétence exclusive pour la conclusion de cette convention en ce qui concerne ces questions uniquement dans la mesure où les dispositions de la convention ou des instruments juridiques adoptés en application de celle-ci affectent les règles communes établies précédemment par la Communauté européenne. Lorsqu'il existe des règles communautaires mais que celles-ci ne sont pas affectées, notamment dans les cas où les dispositions communautaires ne définissent que des normes minimales, les États membres sont compétents, sans préjudice de la compétence de la Communauté européenne d'agir dans ce domaine. Dans les autres cas, ce sont les États membres qui sont compétents. Une liste des actes communautaires pertinents qui ont été adoptés par la Communauté européenne figure en appendice. L'étendue de la compétence de la Communauté européenne découlant de ces actes doit être évaluée par rapport aux dispositions précises de chacune des mesures, et en particulier selon que lesdites dispositions établissent des règles communes.

3. Dans le cadre de la convention des Nations unies, les mesures communautaires ci-après peuvent entrer en ligne de compte. Les États membres et la Communauté s'attachent à élaborer une stratégie coordonnée pour l'emploi. La Communauté contribue au développement d'un enseignement de qualité en encourageant la coopération entre les États membres et, si nécessaire, en appuyant et en complétant leur action. La Communauté met en œuvre une politique de formation professionnelle, qui appuie et complète les actions des États membres. Afin de promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de la Communauté, celle-ci développe et poursuit son action tendant au renforcement de sa cohésion économique et sociale. La Communauté mène une politique de coopération au développement et une coopération économique, financière et technique avec des pays tiers sans préjudice des compétences respectives des États membres.

*Appendice*

## ACTES COMMUNAUTAIRES AYANT TRAIT AUX QUESTIONS RÉGIES PAR LA CONVENTION

Les actes communautaires énumérés ci-après illustrent l'étendue du domaine de compétence de la Communauté en vertu du traité instituant la Communauté européenne. La Communauté a une compétence exclusive en ce qui concerne certaines questions tandis que d'autres questions relèvent de la compétence mixte de la Communauté et des États membres. L'étendue de la compétence de la Communauté européenne découlant de ces actes doit être évaluée par rapport aux dispositions précises de chacune des mesures, et en particulier selon que lesdites dispositions établissent des règles communes qui sont affectées par les dispositions de la convention.

— concernant l'accessibilité

Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (JO L 91 du 7.4.1999, p. 10).

Directive 2001/85/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2001 concernant des dispositions particulières applicables aux véhicules destinés au transport des passagers et comportant, outre le siège du conducteur, plus de huit places assises, et modifiant les directives 70/156/CEE et 97/27/CE (JO L 42 du 13.2.2002, p. 1).

Directive 96/48/CE du Conseil du 23 juillet 1996 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse (JO L 235 du 17.9.1996, p. 6), telle que modifiée par la directive 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 164 du 30.4.2004, p. 114).

Directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel (JO L 110 du 20.4.2001, p. 1), telle que modifiée par la directive 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 164 du 30.4.2004, p. 114).

Directive 2006/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 établissant les prescriptions techniques des bateaux de la navigation intérieure et abrogeant la directive 82/714/CEE du Conseil (JO L 389 du 30.12.2006, p. 1).

Directive 2003/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 avril 2003 modifiant la directive 98/18/CE du Conseil établissant des règles et normes de sécurité pour les navires à passagers (JO L 123 du 17.5.2003, p. 18).

Directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules (directive-cadre) (JO L 263 du 9.10.2007, p. 1).

Décision 2008/164/CE de la Commission du 21 décembre 2007 concernant la spécification technique d'interopérabilité relative aux personnes à mobilité réduite dans le système ferroviaire transeuropéen conventionnel et à grande vitesse (JO L 64 du 7.3.2008, p. 72).

Directive 95/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 1995 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux ascenseurs (JO L 213 du 7.9.1995, p. 1), telle que modifiée par la directive 2006/42/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE (JO L 157 du 9.6.2006, p. 24).

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre») (JO L 108 du 24.4.2002, p. 33).

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel») (JO L 108 du 24.4.2002, p. 51).

Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15 du 21.1.1998, p. 14), telle que modifiée par la directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté (JO L 176 du 5.7.2002, p. 21) et telle que modifiée par la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (JO L 52 du 27.2.2008, p. 3).

Règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil du 11 juillet 2006 portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion, et abrogeant le règlement (CE) n° 1260/1999 (JO L 210 du 31.7.2006, p. 25).

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30.4.2004, p. 1).

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114).

Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76 du 23.3.1992, p. 14), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO L 335 du 20.12.2007, p. 31).

Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395 du 30.12.1989, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO L 335 du 20.12.2007, p. 31).

— concernant l'autonomie et l'inclusion sociale, le travail et l'emploi

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2.12.2000, p. 16).

Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie) (JO L 214 du 9.8.2008, p. 3).

Règlement (CEE) n° 2289/83 de la Commission du 29 juillet 1983 fixant les dispositions d'application des articles 70 à 78 du règlement (CEE) n° 918/83 du Conseil relatif à l'établissement du régime communautaire des franchises douanières (JO L 220 du 11.8.1983, p. 15).

Directive 83/181/CEE du Conseil du 28 mars 1983 déterminant le champ d'application de l'article 14 paragraphe 1 sous d) de la directive 77/388/CEE en ce qui concerne l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée de certaines importations définitives de biens (JO L 105 du 23.4.1983, p. 38).

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO L 204 du 26.7.2006, p. 23).

Règlement (CEE) n° 918/83 du Conseil du 28 mars 1983 relatif à l'établissement du régime communautaire des franchises douanières (JO L 105 du 23.4.1983, p. 1).

Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO L 347 du 11.12.2006, p. 1), telle que modifiée par la directive 2009/47/CE du Conseil du 5 mai 2009 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne les taux réduits de taxe sur la valeur ajoutée (JO L 116 du 9.5.2009, p. 18).

Règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil du 20 septembre 2005 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) (JO L 277 du 21.10.2005, p. 1).

Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (JO L 283 du 31.10.2003, p. 51).

— concernant la mobilité personnelle

Directive 91/439/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au permis de conduire (JO L 237 du 24.8.1991, p. 1).



Directive 2006/126/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 relative au permis de conduire (JO L 403 du 30.12.2006, p. 18).

Directive 2003/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 relative à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs de certains véhicules routiers affectés aux transports de marchandises ou de voyageurs, modifiant le règlement (CEE) n° 3820/85 du Conseil ainsi que la directive 91/439/CEE du Conseil et abrogeant la directive 76/914/CEE du Conseil (JO L 226 du 10.9.2003, p. 4).

Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91 (JO L 46 du 17.2.2004, p. 1).

Règlement (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens (JO L 204 du 26.7.2006, p. 1).

Règlement (CE) n° 1899/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 modifiant le règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil relatif à l'harmonisation de règles techniques et de procédures administratives dans le domaine de l'aviation civile (JO L 377 du 27.12.2006, p. 1).

Règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires (JO L 315 du 3.12.2007, p. 14).

Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1).

Règlement (CE) n° 8/2008 de la Commission du 11 décembre 2007 modifiant le règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil en ce qui concerne les règles techniques et procédures administratives communes applicables au transport commercial par avion (JO L 10 du 12.1.2008, p. 1).

— concernant l'accès à l'information

Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO L 311 du 28.11.2001, p. 67), telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 136 du 30.4.2004, p. 34).

Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 332 du 18.12.2007, p. 27).

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1).

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10).

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») (JO L 149 du 11.6.2005, p. 22).

— concernant les statistiques et la collecte de données

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31).

Règlement (CE) n° 577/98 du Conseil du 9 mars 1998 relatif à l'organisation d'une enquête par sondage sur les forces de travail dans la Communauté (JO L 77 du 14.3.1998, p. 3), et ses règlements d'application.

Règlement (CE) n° 1177/2003 du Parlement européen et du Conseil du 16 juin 2003 relatif aux statistiques communautaires sur le revenu et les conditions de vie (EU-SILC) (JO L 165 du 3.7.2003, p. 1), et ses règlements d'application.

Règlement (CE) n° 458/2007 du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2007 concernant le système européen de statistiques intégrées de la protection sociale (Sespros) (JO L 113 du 30.4.2007, p. 3), et ses règlements d'application.

Règlement (CE) n° 1338/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif aux statistiques communautaires de la santé publique et de la santé et de la sécurité au travail (JO L 354 du 31.12.2008, p. 70).

— concernant la coopération internationale

Règlement (CE) n° 1905/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 portant établissement d'un instrument de financement de la coopération au développement (JO L 378 du 27.12.2006, p. 41).

Règlement (CE) n° 1889/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 instituant un instrument financier pour la promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans le monde (JO L 386 du 29.12.2006, p. 1).

Règlement (CE) n° 718/2007 de la Commission du 12 juin 2007 portant application du règlement (CE) n° 1085/2006 du Conseil établissant un instrument d'aide de préadhésion (IAP) (JO L 170 du 29.6.2007, p. 1).

## ANNEXE III

**RÉSERVE FORMULÉE PAR LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE CONCERNANT L'ARTICLE 27, POINT 1, DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES**

La Communauté européenne déclare que, conformément au droit communautaire (notamment à la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail), les États membres peuvent, le cas échéant, émettre leurs propres réserves concernant l'article 27, point 1, de la convention relative aux droits des personnes handicapées dans la mesure où l'article 3, paragraphe 4, de ladite directive du Conseil leur confère le droit d'exclure du champ d'application de cette directive, en matière d'emploi dans les forces armées, le principe d'absence de discrimination fondée sur le handicap. Par conséquent, la Communauté déclare conclure la convention sans préjudice du droit susmentionné, conféré aux États membres conformément au droit communautaire.

---



## **Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

*Les États Parties au présent Protocole sont convenus de ce qui suit :*

### **Article premier**

1. Tout État Partie au présent Protocole (« État Partie ») reconnaît que le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité ») a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation par cet État Partie des dispositions de la Convention.

2. Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un État Partie à la Convention qui n'est pas partie au présent Protocole.

### **Article 2**

Le Comité déclare irrecevable toute communication :

- a) Qui est anonyme;
- b) Qui constitue un abus du droit de présenter de telles communications ou est incompatible avec les dispositions de la Convention;
- c) Ayant trait à une question qu'il a déjà examinée ou qui a déjà été examinée ou est en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement;
- d) Concernant laquelle tous les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés, à moins que la procédure de recours n'excède des délais raisonnables ou qu'il soit improbable que le requérant obtienne réparation par ce moyen;
- e) Qui est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée; ou
- f) Qui porte sur des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard de l'État Partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date.

### **Article 3**

Sous réserve des dispositions de l'article 2 du présent Protocole, le Comité porte confidentiellement à l'attention de l'État Partie intéressé toute communication qui lui est adressée. L'État Partie intéressé soumet par écrit au Comité, dans un délai de six mois, des explications ou déclarations éclaircissant la question et indiquant les mesures qu'il pourrait avoir prises pour remédier à la situation.

### **Article 4**

1. Après réception d'une communication et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgente attention de l'État Partie intéressé une demande tendant à ce qu'il prenne les mesures conservatoires nécessaires pour éviter qu'un dommage irréparable ne soit causé aux victimes de la violation présumée.

2. Le Comité ne préjuge pas de sa décision sur la recevabilité ou le fond de la communication

du simple fait qu'il exerce la faculté que lui donne le paragraphe 1 du présent article.

#### **Article 5**

Le Comité examine à huis clos les communications qui lui sont adressées en vertu du présent Protocole. Après avoir examiné une communication, le Comité transmet ses suggestions et recommandations éventuelles à l'État Partie intéressé et au pétitionnaire.

#### **Article 6**

1. Si le Comité est informé, par des renseignements crédibles, qu'un État Partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention, il invite cet État à s'entretenir avec lui des renseignements portés à son attention et à présenter ses observations à leur sujet.

2. Le Comité, se fondant sur les observations éventuellement formulées par l'État Partie intéressé, ainsi que sur tout autre renseignement crédible dont il dispose, peut charger un ou plusieurs de ses membres d'effectuer une enquête et de lui rendre compte sans tarder des résultats de celle-ci. Cette enquête peut, lorsque cela se justifie et avec l'accord de l'État Partie, comporter des visites sur le territoire de cet État.

3. Après avoir étudié les résultats de l'enquête, le Comité les communique à l'État Partie intéressé, accompagnés, le cas échéant, d'observations et de recommandations.

4. Après avoir été informé des résultats de l'enquête et des observations et recommandations du Comité, l'État Partie présente ses observations à celui-ci dans un délai de six mois.

5. L'enquête conserve un caractère confidentiel et la coopération de l'État Partie sera sollicitée à tous les stades de la procédure.

#### **Article 7**

1. Le Comité peut inviter l'État Partie intéressé à inclure, dans le rapport qu'il doit présenter conformément à l'article 35 de la Convention, des précisions sur les mesures qu'il a prises à la suite d'une enquête effectuée en vertu de l'article 6 du présent Protocole.

2. À l'expiration du délai de six mois visé au paragraphe 4 de l'article 6, le Comité peut, s'il y a lieu, inviter l'État Partie intéressé à l'informer des mesures qu'il a prises à la suite de l'enquête.

#### **Article 8**

Tout État Partie peut, au moment où il signe ou ratifie le présent Protocole ou y adhère, déclarer qu'il ne reconnaît pas au Comité la compétence que lui confèrent les articles 6 et 7.

#### **Article 9**

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire du présent Protocole.

#### **Article 10**

Le présent Protocole est ouvert à la signature des États et des organisations d'intégration régionale qui ont signé la Convention, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York, à compter du 30 mars 2007.

#### **Article 11**

Le présent Protocole est soumis à la ratification des États qui l'ont signé et ont ratifié la Convention ou y ont adhéré. Il doit être confirmé formellement par les organisations d'intégration régionale qui l'ont signé et qui ont confirmé formellement la Convention ou y ont adhéré. Il sera ouvert à l'adhésion de tout État ou de toute organisation d'intégration régionale qui a ratifié ou confirmé formellement la Convention ou qui y a adhéré mais qui n'a pas signé le Protocole.

#### **Article 12**

1. Par « organisation d'intégration régionale » on entend toute organisation constituée par des États souverains d'une région donnée, à laquelle ses États membres ont transféré des compétences dans les domaines régis par la Convention et le présent Protocole. Dans leurs instruments de confirmation formelle ou d'adhésion, ces organisations indiquent l'étendue de leur compétence dans les domaines régis par la Convention et le présent Protocole. Par la suite, elles notifient au dépositaire toute modification importante de l'étendue de leur compétence.

2. Dans le présent Protocole, les références aux « États Parties » s'appliquent à ces organisations dans la limite de leur compétence.

3. Aux fins du paragraphe 1 de l'article 13 et du paragraphe 2 de l'article 15, les instruments déposés par des organisations d'intégration régionale ne sont pas comptés.

4. Les organisations d'intégration régionale disposent, pour exercer leur droit de vote à la réunion des États Parties dans les domaines qui relèvent de leur compétence, d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres Parties au présent Protocole. Elles n'exercent pas leur droit de vote si leurs États membres exercent le leur, et inversement.

#### **Article 13**

1. Sous réserve de l'entrée en vigueur de la Convention, le présent Protocole entrera en vigueur le trentième jour suivant le dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États ou chacune des organisations d'intégration régionale qui ratifieront ou confirmeront formellement le Protocole ou y adhéreront après le dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion, le Protocole entrera en vigueur le trentième jour suivant le dépôt par cet État ou cette organisation de son instrument de ratification, d'adhésion ou de confirmation formelle.

#### **Article 14**

1. Les réserves incompatibles avec l'objet et le but du présent Protocole ne sont pas admises.

2. Les réserves peuvent être retirées à tout moment.

#### **Article 15**

1. Tout État Partie peut proposer un amendement au présent Protocole et le soumettre au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique les propositions d'amendement aux États Parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une réunion des États Parties en vue d'examiner ces propositions et de se prononcer sur elles. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des États Parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle réunion, le Secrétaire général convoque la réunion sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par une majorité des deux tiers des États Parties présents et votants est soumis pour approbation à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, puis pour acceptation à tous les États Parties.

2. Tout amendement adopté et approuvé conformément au paragraphe 1 du présent article entre en vigueur le trentième jour suivant la date à laquelle le nombre d'instruments d'acceptation atteint les deux tiers du nombre des États Parties à la date de son adoption. Par la suite, l'amendement entre en vigueur pour chaque État Partie le trentième jour suivant le dépôt par cet État de son instrument d'acceptation. L'amendement ne lie que les États Parties qui l'ont accepté.

#### **Article 16**

Tout État Partie peut dénoncer le présent Protocole par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle le Secrétaire général en a reçu notification.

#### **Article 17**

Le texte du présent Protocole sera diffusé en formats accessibles.

#### **Article 18**

Les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe du présent Protocole font également foi.

*En foi de quoi* les plénipotentiaires soussignés, dûment habilités par leurs gouvernements respectifs, ont signé le présent Protocole.



**DIRECTIVE 2000/78/CE DU CONSEIL****du 27 novembre 2000****portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail**

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 13,

vu la proposition de la Commission <sup>(1)</sup>,vu l'avis du Parlement européen <sup>(2)</sup>,vu l'avis du Comité économique et social <sup>(3)</sup>,vu l'avis du Comité des régions <sup>(4)</sup>,

considérant ce qui suit:

- (1) Conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne, l'Union européenne est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs à tous les États membres et elle respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.
- (2) Le principe de l'égalité de traitement entre homme et femme est bien établi dans un ensemble important de textes de droit communautaire, notamment dans la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail <sup>(5)</sup>.
- (3) Dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples.
- (4) Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme, par la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signés par tous les États

membres. La Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail interdit la discrimination en matière d'emploi et de travail.

- (5) Il est important de respecter ces droits fondamentaux et ces libertés fondamentales. La présente directive ne porte pas atteinte à la liberté d'association, dont le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.
- (6) La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs reconnaît l'importance de la lutte contre les discriminations sous toutes leurs formes, y compris la nécessité de prendre des mesures appropriées en faveur de l'intégration sociale et économique des personnes âgées et des personnes handicapées.
- (7) Le traité CE compte au nombre de ses objectifs la promotion de la coordination entre les politiques de l'emploi des États membres. À cet effet, un nouveau chapitre sur l'emploi a été intégré dans le traité CE en vue de l'élaboration d'une stratégie coordonnée pour l'emploi et en particulier de la promotion d'une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter.
- (8) Les lignes directrices pour l'emploi en 2000, approuvées par le Conseil européen de Helsinki les 10 et 11 décembre 1999, soulignent la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destinées à lutter contre la discrimination à l'égard de groupes tels que les personnes handicapées. Elles soulignent également la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle.
- (9) L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel.
- (10) Le Conseil a adopté, le 29 juin 2000, la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique <sup>(6)</sup>, laquelle assure déjà une protection contre de telles discriminations dans le domaine de l'emploi et du travail.
- (11) La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale

<sup>(1)</sup> JO C 177 E du 27.6.2000, p. 42.<sup>(2)</sup> Avis rendu le 12 octobre 2000 (non encore paru au Journal officiel).<sup>(3)</sup> JO C 204 du 18.7.2000, p. 82.<sup>(4)</sup> JO C 226 du 8.8.2000, p. 1.<sup>(5)</sup> JO L 39 du 14.2.1976, p. 40.<sup>(6)</sup> JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.

- élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.
- (12) À cet effet, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines régis par la présente directive doit être interdite dans la Communauté. Cette interdiction de discrimination doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers, mais elle ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et est sans préjudice des dispositions en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et à leur accès à l'emploi et au travail.
- (13) La présente directive ne s'applique pas aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 141 du traité CE ni aux versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi.
- (14) La présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite.
- (15) L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques.
- (16) La mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap.
- (17) La présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées.
- (18) La présente directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services.
- (19) En outre, pour que les États membres puissent continuer à maintenir la capacité de leurs forces armées, ils peuvent choisir de ne pas appliquer les dispositions de la présente directive relatives au handicap et à l'âge à tout ou partie de leurs forces armées. Les États membres qui exercent ce choix doivent définir le champ d'application de cette dérogation.
- (20) Il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire, des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement.
- (21) Afin de déterminer si les mesures en question donnent lieu à une charge disproportionnée, il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide.
- (22) La présente directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent.
- (23) Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission.
- (24) L'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam, qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. Dans cette perspective, les États membres peuvent maintenir ou prévoir des dispositions spécifiques sur les exigences professionnelles essentielles, légitimes et justifiées susceptibles d'être requises pour y exercer une activité professionnelle.
- (25) L'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites.
- (26) L'interdiction de la discrimination doit se faire sans préjudice du maintien ou de l'adoption de mesures destinées à prévenir ou à compenser des désavantages chez un groupe de personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, et ces mesures peuvent autoriser l'existence d'organisations de personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés lorsque leur objet principal est la promotion des besoins spécifiques de ces personnes.

- (27) Le Conseil, dans sa recommandation 86/379/CEE du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté <sup>(1)</sup>, a établi un cadre d'orientation qui énumère des exemples d'actions positives visant à promouvoir l'emploi et la formation des personnes handicapées et, dans sa résolution du 17 juin 1999 sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées <sup>(2)</sup>, a affirmé l'importance d'accorder une attention particulière notamment au recrutement, au maintien dans l'emploi et à la formation et à l'apprentissage tout au long de la vie des personnes handicapées.
- (28) La présente directive fixe des exigences minimales, ce qui donne aux États membres la possibilité d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables. La mise en œuvre de la présente directive ne peut pas justifier une régression par rapport à la situation existant dans chaque État membre.
- (29) Les personnes qui ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle doivent disposer de moyens de protection juridique adéquats. Pour assurer un niveau de protection plus efficace, les associations ou les personnes morales doivent aussi être habilitées à engager une procédure, selon des modalités fixées par les États membres, pour le compte ou à l'appui d'une victime, sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions.
- (30) La mise en œuvre effective du principe d'égalité requiert une protection judiciaire adéquate contre les rétorsions.
- (31) L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse. Toutefois, il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse appartient à une religion donnée, possède des convictions données, présente un handicap donné, est d'un âge donné ou d'une orientation sexuelle donnée.
- (32) Les États membres peuvent ne pas appliquer les règles concernant la charge de la preuve aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente. Les procédures ainsi visées sont celles dans lesquelles la partie demanderesse est dispensée de prouver les faits dont l'instruction incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.
- (33) Les États membres doivent encourager le dialogue entre les partenaires sociaux ainsi que, dans le cadre des pratiques nationales, avec les organisations non gouvernementales pour discuter de différentes formes de discrimination sur le lieu de travail et lutter contre celles-ci.
- (34) Le besoin de promouvoir la paix et la réconciliation entre les principales communautés d'Irlande du Nord requiert l'insertion de dispositions particulières dans la présente directive.
- (35) Les États membres doivent mettre en place des sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives applicables en cas de non-respect des obligations découlant de la présente directive.
- (36) Les États membres peuvent confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre de la présente directive, pour ce qui est des dispositions relevant de conventions collectives, à condition de prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la présente directive.
- (37) Conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité CE, l'objectif de la présente directive, à savoir la création, dans la Communauté, d'un terrain d'action en ce qui concerne l'égalité en matière d'emploi et de travail, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

#### CHAPITRE I

#### DISPOSITIONS GÉNÉRALES

##### Article premier

##### Objet

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

##### Article 2

##### Concept de discrimination

1. Aux fins de la présente directive, on entend par «principe de l'égalité de traitement» l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.
2. Aux fins du paragraphe 1:
  - a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>;
  - b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:
    - i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

<sup>(1)</sup> JO L 225 du 12.8.1986, p. 43.

<sup>(2)</sup> JO C 186 du 2.7.1999, p. 3.

ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

3. Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres.

4. Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1.

5. La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui.

### Article 3

#### Champ d'application

1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne:

- les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion;
- l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique;
- les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;
- l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations.

2. La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés.

3. La présente directive ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale.

4. Les États membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge.

### Article 4

#### Exigences professionnelles

1. Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

2. Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation.

### Article 5

#### Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées

Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées.

### Article 6

#### Justification des différences de traitement fondées sur l'âge

1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des

objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;
- c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

#### Article 7

##### Action positive et mesures spécifiques

1. Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail.

#### Article 8

##### Prescriptions minimales

1. Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues dans la présente directive.

2. La mise en œuvre de la présente directive ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans les domaines régis par la présente directive.

## CHAPITRE II

### VOIES DE RECOURS ET APPLICATION DU DROIT

#### Article 9

##### Défense des droits

1. Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite se sont terminées.

2. Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice des règles nationales relatives aux délais impartis pour former un recours en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement.

#### Article 10

##### Charge de la preuve

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 9, paragraphe 2.

5. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.

#### Article 11

##### Protection contre les rétorsions

Les États membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

## Article 12

**Diffusion de l'information**

Les États membres veillent à ce que les dispositions adoptées en application de la présente directive ainsi que celles qui sont déjà en vigueur dans ce domaine soient portées à la connaissance des personnes concernées par tous moyens appropriés, par exemple sur le lieu de travail, et sur l'ensemble de leur territoire.

## Article 13

**Dialogue social**

1. Conformément à leurs traditions et pratiques nationales, les États membres prennent les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement, y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par des conventions collectives, des codes de conduite et par la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques.

2. Dans le respect de leurs traditions et pratiques nationales, les États membres encouragent les partenaires sociaux, sans préjudice de leur autonomie, à conclure, au niveau approprié, des accords établissant des règles de non-discrimination dans les domaines visés à l'article 3 qui relèvent du champ d'application des négociations collectives. Ces accords respectent les exigences minimales fixées par la présente directive et par les mesures nationales de transposition.

## Article 14

**Dialogue avec les organisations non gouvernementales**

Les États membres encouragent le dialogue avec les organisations non gouvernementales concernées qui ont, conformément aux pratiques et législations nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre les discriminations fondées sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>, en vue de promouvoir le principe de l'égalité de traitement.

## CHAPITRE III

**DISPOSITIONS PARTICULIÈRES**

## Article 15

**Irlande du Nord**

1. Pour faire face à la sous-représentation de l'une des principales communautés religieuses dans les services de police d'Irlande du Nord, les différences de traitement en matière de recrutement dans ces services, y compris pour le personnel de soutien, ne constituent pas une discrimination, dans la mesure où ces différences de traitement sont expressément autorisées par la législation nationale.

2. Afin de maintenir un équilibre dans les possibilités d'emploi pour les enseignants en Irlande du Nord tout en contribuant à surmonter les divisions historiques entre les principales communautés religieuses qui y sont présentes, les dispositions de la présente directive en matière de religion ou de convictions ne s'appliquent pas au recrutement des enseignants dans les écoles d'Irlande du Nord, dans la mesure où cela est expressément autorisé par la législation nationale.

## CHAPITRE IV

**DISPOSITIONS FINALES**

## Article 16

**Conformité**

Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que:

- soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement;
- soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes et des organisations de travailleurs et d'employeurs.

## Article 17

**Sanctions**

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues qui peuvent comprendre le versement d'indemnité à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard le 2 décembre 2003 et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais.

## Article 18

**Mise en œuvre**

Les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 2 décembre 2003 ou peuvent confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre de la présente directive pour ce qui est des dispositions relevant des accords collectifs. Dans ce cas, ils s'assurent que, au plus tard le 2 décembre 2003, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, les États membres concernés devant prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive. Ils en informent immédiatement la Commission.

Pour tenir compte de conditions particulières, les États membres peuvent disposer, si nécessaire, d'un délai supplémentaire de 3 ans à compter du 2 décembre 2003, soit un total de 6 ans, pour mettre en œuvre les dispositions de la présente directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge et l'handicap. Dans ce cas, ils en informent immédiatement la Commission. Tout État membre qui choisit d'avoir recours à ce délai supplémentaire fait rapport annuellement à la Commission sur les mesures qu'il prend pour s'attaquer à la discrimination fondée sur l'âge et l'handicap, et sur les progrès réalisés en vue de la mise en œuvre de la directive. La Commission fait rapport annuellement au Conseil.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

*Article 19*

**Rapport**

1. Les États membres communiquent à la Commission, au plus tard le 2 décembre 2005 et ensuite tous les cinq ans, toutes les informations nécessaires à l'établissement par la Commission d'un rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la présente directive.

2. Le rapport de la Commission prend en considération, comme il convient, le point de vue des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales concernées. Conformément au principe de la prise en compte systématique de la question de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, ce rapport fournit, entre autres, une évaluation de l'impact que les mesures prises ont sur les hommes et les femmes. A la lumière des informations reçues, ce rapport

inclut, si nécessaire, des propositions visant à réviser et actualiser la directive.

*Article 20*

**Entrée en vigueur**

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

*Article 21*

**Destinataires**

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 27 novembre 2000.

*Par le Conseil*

*Le président*

É. GUIGOU





ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

11 juillet 2006 (\*)

«Directive 2000/78/CE – Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Notion de handicap»

Dans l'affaire C-13/05,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid (Espagne), par décision du 7 janvier 2005, parvenue à la Cour le 19 janvier 2005, dans la procédure

**Sonia Chacón Navas**

contre

**Eurest Colectividades SA,**

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann et J. Makarczyk, présidents de chambre, M. J.-P. Puissochet, M<sup>me</sup> N. Colneric (rapporteur), MM. K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász, E. Levits et A. Ó Caoimh, juges,

avocat général: M. L. A. Geelhoed,

greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

- pour Eurest Colectividades SA, par M<sup>e</sup> M. R. Sanz García-Muro, abogada,
- pour le gouvernement espagnol, par M. E. Braquehais Conesa, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement tchèque, par M. T. Boček, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement allemand, par M. M. Lumma et M<sup>me</sup> C. Schulze-Bahr, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement néerlandais, par M<sup>me</sup> H. G. Sevenster, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement autrichien, par M<sup>me</sup> C. Pesendorfer, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M<sup>me</sup> C. White, en qualité d'agent, assistée de M. T. Ward, barrister,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M<sup>me</sup> I. Martinez del Peral Cagigal et M. D. Martin, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 16 mars 2006,

rend le présent

**Arrêt**

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation, en ce qui concerne la discrimination fondée sur un handicap, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 16), et, subsidiairement, sur une interdiction éventuelle d'une discrimination fondée sur la maladie.
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant M<sup>me</sup> Chacón Navas à la société Euresst Colectividades SA (ci-après «Euresst») au sujet d'un licenciement intervenu lors d'un arrêt de travail pour cause de maladie.

### **Le cadre juridique et réglementaire**

#### *La réglementation communautaire*

- 3 L'article 136, premier alinéa, CE dispose:  
  
«La Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions.»
- 4 L'article 137, paragraphes 1 et 2, CE confère à la Communauté des compétences pour soutenir et compléter l'action des États membres en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136 CE, notamment dans les domaines de l'intégration des personnes exclues du marché du travail et de la lutte contre l'exclusion sociale.
- 5 La directive 2000/78 a été adoptée sur le fondement de l'article 13 CE dans sa version antérieure au traité de Nice qui prévoit:  
  
«Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.»
- 6 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2000/78 dispose:  
  
«La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.»
- 7 Cette directive énonce dans ses considérants:  
  
«(11) La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.  
  
(12) À cet effet, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines régis par la présente directive doit être interdite dans la Communauté. [...]

[...]

- (16) La mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap.
- (17) La présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées.

[...]

- (27) Le Conseil, dans sa recommandation 86/379/CEE du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté [JO L 225, p. 43], a établi un cadre d'orientation qui énumère des exemples d'actions positives visant à promouvoir l'emploi et la formation des personnes handicapées et, dans sa résolution du 17 juin 1999 sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées, a affirmé l'importance d'accorder une attention particulière notamment au recrutement, au maintien dans l'emploi et à la formation et à l'apprentissage tout au long de la vie des personnes handicapées.»

8 L'article 2, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/78 prévoit:

«1. Aux fins de la présente directive, on entend par 'principe de l'égalité de traitement' l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Aux fins du paragraphe 1:

- a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>;
- b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:
- i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que
- ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.»

9 Aux termes de l'article 3 de cette directive:

«1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne:

[...]

- c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;

[...]»

10 L'article 5 de ladite directive dispose:

«Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées.»

- 11 La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, à laquelle l'article 136, paragraphe 1, CE fait référence, énonce à son point 26:

«Toute personne handicapée, quelles que soient l'origine et la nature de son handicap, doit pouvoir bénéficier de mesures additionnelles concrètes visant à favoriser son intégration professionnelle et sociale.

Ces mesures d'amélioration doivent notamment concerner, en fonction des capacités des intéressés, la formation professionnelle, l'ergonomie, l'accessibilité, la mobilité, les moyens de transport et le logement.»

#### *La réglementation nationale*

- 12 Aux termes de l'article 14 de la Constitution espagnole:

«Les Espagnols sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion, ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.»

- 13 Le décret royal législatif n° 1/1995, du 24 mars 1995, portant approbation du texte refondu de la loi portant statut des travailleurs (Estatuto de los Trabajadores, BOE n° 75, du 29 mars 1995, p. 9654, ci-après le «statut des travailleurs»), opère une distinction entre le licenciement irrégulier et le licenciement nul.

- 14 L'article 55, paragraphes 5 et 6, du statut des travailleurs dispose:

«5. Est réputé nul tout licenciement ayant pour motif l'une des causes de discrimination prohibées par la Constitution ou par la loi, ou entraînant une violation des droits fondamentaux et des libertés publiques reconnus aux travailleurs.

[...]

6. Un licenciement nul a pour effet la réintégration immédiate du travailleur, avec versement des salaires non perçus.»

- 15 Il découle de l'article 56, paragraphes 1 et 2, du statut des travailleurs que, en cas de licenciement irrégulier, à moins que l'employeur ne décide de le réintégrer, le travailleur perd son travail et une indemnité lui est versée.

- 16 En ce qui concerne l'interdiction de discrimination dans les relations de travail, l'article 17 du statut des travailleurs, dans sa version modifiée par la loi 62/2003, du 30 décembre 2003, établissant des mesures fiscales, administratives et d'ordre social (BOE n° 313, du 31 décembre 2003, p. 46874), qui vise à transposer la directive 2000/78 en droit espagnol, dispose:

«1. Sont réputés nuls et de nul effet les dispositions réglementaires, les clauses des conventions collectives, les contrats individuels et les décisions unilatérales de l'employeur qui créent directement ou indirectement des discriminations négatives fondées sur l'âge ou un handicap ou bien positives ou négatives en matière d'emploi, de rémunération, de temps de travail et autres conditions de travail fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, l'état civil, la situation sociale, la religion ou les convictions, les opinions politiques,

l'orientation sexuelle, l'adhésion ou la non-adhésion à des syndicats et à leurs accords, les liens de parenté avec d'autres travailleurs de l'entreprise et la langue dans l'État espagnol.

[...]».

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

- 17 M<sup>me</sup> Chacón Navas travaillait pour Eures, société spécialisée dans la restauration collective. Elle a été placée en arrêt de travail pour cause de maladie le 14 octobre 2003 et, selon les services publics de santé qui la suivaient, elle n'était pas en mesure de reprendre son activité professionnelle à court terme. Aucune indication sur la maladie dont souffre M<sup>me</sup> Chacón Navas n'est donnée par la juridiction de renvoi.
- 18 Le 28 mai 2004, Eures a notifié à M<sup>me</sup> Chacón Navas son licenciement, sans avancer de cause, tout en reconnaissant le caractère irrégulier de celui-ci et en lui offrant une indemnisation.
- 19 Le 29 juin 2004, M<sup>me</sup> Chacón Navas a introduit un recours contre Eures, soutenant que son licenciement était nul en raison de l'inégalité de traitement et de la discrimination dont elle avait fait l'objet, lesquelles résultaient de la situation d'arrêt de travail dans laquelle elle se trouvait depuis huit mois. Elle a demandé la condamnation d'Eures à la réintégrer dans son poste.
- 20 La juridiction de renvoi relève que, faute d'autre allégation ou preuve dans le dossier, il résulte du renversement de la charge de preuve que M<sup>me</sup> Chacón Navas doit être considérée comme ayant été licenciée au seul motif qu'elle était en arrêt de travail pour cause de maladie.
- 21 La juridiction de renvoi fait observer que, dans la jurisprudence espagnole, il existe des précédents selon lesquels ce type de licenciement est qualifié d'irrégulier et non pas de nul, dès lors que la maladie ne figure pas, en droit espagnol, expressément parmi les motifs de discrimination prohibés dans les relations entre personnes privées.
- 22 Toutefois, la juridiction de renvoi relève qu'il existe un lien de causalité entre la maladie et le handicap. Pour définir le terme «handicap», il conviendrait de s'en remettre à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF), établie par l'Organisation mondiale de la santé. Il en ressortirait que le terme «handicap» est un terme générique qui comprend les déficiences et les facteurs limitant l'activité et la participation à la vie sociale. La maladie pourrait entraîner des déficiences qui handicaperont l'individu.
- 23 Étant donné que la maladie est souvent susceptible d'entraîner un handicap irréversible, la juridiction de renvoi estime que les travailleurs doivent être protégés en temps utile au titre de l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap. Une solution inverse viderait de sa substance la protection voulue par le législateur puisqu'il serait ainsi possible de mettre en œuvre des pratiques discriminatoires incontrôlées.
- 24 Au cas où l'on considérerait que le handicap et la maladie sont deux concepts différents et que la réglementation communautaire n'est pas d'application directe au dernier de ceux-ci, la juridiction de renvoi suggère de constater que la maladie constitue un signe identitaire non spécifiquement cité qui doit s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination. Cette constatation découlerait d'une lecture conjointe des articles 13 CE, 136 CE et 137 CE ainsi que des dispositions de l'article II-21 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.
- 25 C'est dans ces circonstances que le Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:
  - «1) En tant que son article [1<sup>er</sup>] établit un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur le handicap, la directive 2000/78 protège-t-elle une travailleuse qui a été licenciée de son entreprise uniquement parce qu'elle était malade?

- 2) Subsidiairement, en cas de réponse négative à la première question, s'il était considéré que la maladie n'entre pas dans le cadre protecteur que la directive 2000/78 offre contre les discriminations fondées sur le handicap:

La maladie peut-elle être considérée comme un signe identitaire supplémentaire venant s'ajouter à ceux pour lesquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination?»

### **Sur la recevabilité du renvoi préjudiciel**

- 26 La Commission met en doute la recevabilité des questions posées au motif que les faits décrits dans la décision de renvoi manquent de précision.
- 27 À cet égard, il y a lieu de relever que, malgré l'absence de toute indication sur la nature et l'évolution éventuelle de la maladie de M<sup>me</sup> Chacón Navas, la Cour dispose des éléments suffisants pour lui permettre de répondre utilement aux questions posées.
- 28 En effet, il ressort de la décision de renvoi que M<sup>me</sup> Chacón Navas, qui a été placée en arrêt de travail pour cause de maladie et qui n'était pas en mesure de reprendre son activité professionnelle à court terme, a, selon la juridiction de renvoi, été licenciée au seul motif qu'elle était en arrêt de travail pour cause de maladie. Il ressort également de cette décision que la juridiction de renvoi estime qu'il existe un lien de causalité entre la maladie et le handicap et qu'un travailleur dans la situation de M<sup>me</sup> Chacón Navas doit être protégé au titre de l'interdiction des discriminations fondées sur le handicap.
- 29 La question posée à titre principal porte notamment sur l'interprétation de la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78. L'interprétation que donnera la Cour de cette notion vise à permettre à la juridiction de renvoi d'examiner si M<sup>me</sup> Chacón Navas était, au moment du licenciement, du fait de sa maladie, une personne handicapée au sens de cette directive, bénéficiant de la protection prévue à l'article 3, paragraphe 1, sous c), de celle-ci.
- 30 En ce qui concerne la question posée à titre subsidiaire, celle-ci se réfère à la maladie en tant que «signe identitaire» et porte donc sur tout type de maladie.
- 31 Eurest estime que le renvoi préjudiciel n'est pas recevable dès lors que les juridictions espagnoles, notamment le Tribunal Supremo, auraient déjà décidé dans le passé, en tenant compte de la réglementation communautaire, que le licenciement d'un travailleur en arrêt de travail pour cause de maladie ne constitue pas en tant que tel une discrimination. Toutefois, le fait qu'une juridiction nationale a déjà interprété une réglementation communautaire ne saurait rendre irrecevable un renvoi préjudiciel.
- 32 En ce qui concerne l'argument d'Eurest selon lequel il y a lieu de considérer que cette entreprise a licencié M<sup>me</sup> Chacón Navas, indépendamment du fait que cette dernière était en arrêt de travail pour cause de maladie, parce que, à ce moment-là, ses services n'étaient plus indispensables, il convient de rappeler que, dans le cadre d'une procédure visée à l'article 234 CE, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, toute appréciation des faits de la cause relève de la compétence du juge national. Il appartient de même au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts du 25 février 2003, IKA, C-326/00, Rec. p. I-1703, point 27, et du 12 avril 2005, Keller, C-145/03, Rec. p. I-2529, point 33).
- 33 Toutefois, la Cour a également indiqué que, dans des circonstances exceptionnelles, il lui appartient d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence (voir, en ce sens, arrêt du 16 décembre 1981, Foglia, 244/80, Rec. p. 3045, point 21). Le refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que

l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, notamment, arrêts du 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, point 39, et du 19 février 2002, *Arduino*, C-35/99, Rec. p. I-1529, point 25).

- 34 En l'occurrence, aucune de ces conditions n'étant réunie, la demande de décision préjudicielle est recevable.

### **Sur les questions préjudicielles**

#### *Sur la première question*

- 35 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si le cadre général établi par la directive 2000/78 pour lutter contre la discrimination fondée sur le handicap assure une protection à une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie.
- 36 Ainsi qu'il ressort de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, celle-ci s'applique, dans les limites des compétences conférées à la Communauté, à toutes les personnes, en ce qui concerne notamment les conditions de licenciement.
- 37 Dans ces limites, le cadre général établi par la directive 2000/78 pour lutter contre la discrimination fondée sur le handicap s'applique donc en matière de licenciement.
- 38 En vue de répondre à la question posée, il convient, premièrement, d'interpréter la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78 et, deuxièmement, d'examiner dans quelle mesure les personnes handicapées sont protégées par celle-ci, en ce qui concerne le licenciement.

#### Sur la notion de «handicap»

- 39 La notion de «handicap» n'est pas définie par la directive 2000/78 elle-même. Cette directive ne renvoie pas non plus au droit des États membres pour la définition de cette notion.
- 40 Or, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (voir, notamment, arrêts du 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, Rec. p. 107, point 11, et du 9 mars 2006, *Commission/Espagne*, C-323/03, non encore publié au Recueil, point 32).
- 41 Ainsi qu'il ressort de son article 1<sup>er</sup>, la directive 2000/78 a pour objet d'établir un cadre général pour lutter, en ce qui concerne l'emploi et le travail, contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à cet article, au nombre desquels figure le handicap.
- 42 Compte tenu de cet objectif, la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78 doit, conformément à la règle rappelée au point 40 du présent arrêt, faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme.
- 43 La directive 2000/78 vise à combattre certains types de discriminations en ce qui concerne l'emploi et le travail. Dans ce contexte, la notion de «handicap» doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle.

- 44 Toutefois, en utilisant la notion de «handicap» à l'article 1<sup>er</sup> de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de «maladie». Une assimilation pure et simple des deux notions est donc exclue.
- 45 Le seizième considérant de la directive 2000/78 énonce que la «mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap». L'importance accordée par le législateur communautaire aux mesures destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap démontre qu'il a envisagé des hypothèses dans lesquelles la participation à la vie professionnelle est entravée pendant une longue période. Pour que la limitation relève de la notion de «handicap», il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée.
- 46 La directive 2000/78 ne comporte aucune indication laissant entendre que les travailleurs sont protégés au titre de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste.
- 47 Il résulte des considérations qui précèdent qu'une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le handicap par la directive 2000/78.

#### Sur la protection des personnes handicapées en matière de licenciement

- 48 Un traitement désavantageux fondé sur le handicap ne va à l'encontre de la protection visée par la directive 2000/78 que pour autant qu'il constitue une discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de celle-ci.
- 49 Selon son dix-septième considérant, la directive 2000/78 n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné soit recrutée, promue ou reste employée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées.
- 50 Conformément à l'article 5 de la directive 2000/78, des aménagements raisonnables sont prévus afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées. Cette disposition précise que cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée.
- 51 L'interdiction, en matière de licenciement, de la discrimination fondée sur le handicap, inscrite aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, s'oppose à un licenciement fondé sur un handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste.
- 52 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la première question posée que:
- une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le handicap par la directive 2000/78;
  - l'interdiction, en matière de licenciement, de la discrimination fondée sur le handicap, inscrite aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, s'oppose à un licenciement fondé sur le handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste.

#### Sur la seconde question



- 53 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande si la maladie peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination.
- 54 À cet égard, il convient de constater qu'aucune disposition du traité CE ne contient une interdiction de la discrimination fondée sur une maladie en tant que telle.
- 55 En ce qui concerne l'article 13 CE ainsi que l'article 137 CE, lu en combinaison avec l'article 136 CE, ils ne comportent qu'une réglementation des compétences de la Communauté. Par ailleurs, au-delà de la discrimination fondée sur un handicap, l'article 13 CE ne vise pas celle fondée sur une maladie en tant que telle et ne saurait donc même constituer un fondement juridique de mesures du Conseil visant à combattre une telle discrimination.
- 56 Certes, au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire figure notamment le principe général de non-discrimination. Celui-ci lie donc les États membres lorsque la situation nationale en cause dans l'affaire au principal relève du champ d'application du droit communautaire (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2002, *Rodríguez Caballero*, C-442/00, Rec. p. I-11915, points 30 et 32, ainsi que du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 75 et jurisprudence citée). Toutefois, il n'en résulte pas que le champ d'application de la directive 2000/78 doit être étendu par analogie au-delà des discriminations fondées sur les motifs énumérés de manière exhaustive à l'article 1<sup>er</sup> de celle-ci.
- 57 Il convient, par conséquent, de répondre à la seconde question que la maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination.

### **Sur les dépens**

- 58 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

- 1) Une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le handicap par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.**
- 2) L'interdiction, en matière de licenciement, de la discrimination fondée sur le handicap, inscrite aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, s'oppose à un licenciement fondé sur le handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste.**
- 3) La maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination.**

Signatures



**AVIS JURIDIQUE IMPORTANT:** Les informations qui figurent sur ce site sont soumises à une clause de "non-responsabilité" et sont protégées par un copyright.

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

17 juillet 2008 (\*)

«Politique sociale – Directive 2000/78/CE – Égalité de traitement en matière d’emploi et de travail – Articles 1er, 2, paragraphes 1, 2, sous a), et 3, ainsi que 3, paragraphe 1, sous c)  
– Discrimination directe fondée sur le handicap – Harcèlement lié au handicap –  
Licenciement d’un employé n’ayant pas lui-même un handicap, mais dont l’enfant est  
handicapé – Inclusion – Charge de la preuve»

Dans l’affaire C-303/06,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 234 CE, introduite par l’Employment Tribunal, London South (Royaume-Uni), par décision du 6 juillet 2006, parvenue à la Cour le 10 juillet 2006, dans la procédure

**S. Coleman**

contre

**Attridge Law,**

**Steve Law,**

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts et A. Tizzano, présidents de chambre, MM. M. Ilešič, J. Klučka, A. Ó Caoimh (rapporteur), T. von Danwitz et A. Arabadjiev, juges,

avocat général: M. M. Poiares Maduro,

greffier: M<sup>me</sup> L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 9 octobre 2007,

considérant les observations présentées:

- pour M<sup>me</sup> Coleman, par MM. R. Allen, QC, et P. Michell, barrister,
- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M<sup>me</sup> V. Jackson, en qualité d’agent, assistée de M. N. Paines, QC,
- pour le gouvernement grec, par M. K. Georgiadis et M<sup>me</sup> Z. Chatzipavlou, en qualité d’agents,
- pour l’Irlande, par M. N. Travers, BL,
- pour le gouvernement italien, par M. I. M. Braguglia, en qualité d’agent, assisté de M<sup>me</sup> W. Ferrante, avvocato dello Stato,
- pour le gouvernement lituanien, par M. D. Kriauciūnas, en qualité d’agent,
- pour le gouvernement néerlandais, par M<sup>mes</sup> H. G. Sevenster et C. ten Dam, en qualité d’agents,

- pour le gouvernement suédois, par M<sup>me</sup> A. Falk, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. J. Enegren et M<sup>me</sup> N. Yerrell, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 31 janvier 2008,

rend le présent

### **Arrêt**

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 16).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant M<sup>me</sup> Coleman, requérante au principal, à Attridge Law, un cabinet d'avocats, ainsi qu'à un associé de ce cabinet, M. Law (ci-après, ensemble, l'«ancien employeur»), au sujet du licenciement implicite dont elle soutient avoir fait l'objet.

#### **Le cadre juridique**

##### *La réglementation communautaire*

- 3 La directive 2000/78 a été adoptée sur le fondement de l'article 13 CE. Les sixième, onzième, seizième, dix-septième, vingtième, vingt-septième, trente et unième ainsi que trente-septième considérants de cette directive sont libellés comme suit:
  - «(6) La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs reconnaît l'importance de la lutte contre les discriminations sous toutes leurs formes, y compris la nécessité de prendre des mesures appropriées en faveur de l'intégration sociale et économique des personnes âgées et des personnes handicapées.

[...]

- (11) La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.

[...]

- (16) La mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap.
- (17) La présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées.

[...]

- (20) Il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement.

[...]

- (27) Le Conseil, dans sa recommandation 86/379/CEE du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté [JO L 225, p. 43], a établi un cadre d'orientation qui énumère des exemples d'actions positives visant à promouvoir l'emploi et la formation des personnes handicapées et, dans sa résolution du 17 juin 1999 sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées [JO C 186, p. 3], a affirmé l'importance d'accorder une attention particulière notamment au recrutement, au maintien dans l'emploi et à la formation et à l'apprentissage tout au long de la vie des personnes handicapées.

[...]

- (31) L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse. Toutefois, il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse appartient à une religion donnée, possède des convictions données, présente un handicap donné, est d'un âge donné ou d'une orientation sexuelle donnée.

[...]

- (37) Conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité CE, l'objectif de la présente directive, à savoir la création, dans la Communauté, d'un terrain d'action en ce qui concerne l'égalité en matière d'emploi et de travail, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'exécède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.»

4 Aux termes de son article 1<sup>er</sup>, la directive 2000/78 «a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement».

5 Ladite directive énonce, à son article 2, paragraphes 1 à 3, intitulé «Concept de discrimination»:

«1. Aux fins de la présente directive, on entend par 'principe de l'égalité de traitement' l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Aux fins du paragraphe 1:

a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

3. Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres.

[...]»

6 Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2000/78:

«Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne:

[...]

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;

[...]»

7 Ladite directive prévoit à son article 5, intitulé «Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées»:

«Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. [...]»

8 L'article 7 de la même directive, intitulé «Action positive et mesures spécifiques», est libellé comme suit:

«1. Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe [de l]égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail.»

9 L'article 10 de la directive 2000/78, intitulé «Charge de la preuve», dispose:

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.»

10 Conformément à l'article 18, premier alinéa, de la directive 2000/78, les États membres devaient prendre les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard le 2 décembre 2003. Toutefois, aux termes du deuxième alinéa dudit article:

«Pour tenir compte de conditions particulières, les États membres peuvent disposer, si nécessaire, d'un délai supplémentaire de 3 ans à compter du 2 décembre 2003, soit un total de 6 ans, pour mettre en œuvre les dispositions de la présente directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge et le handicap. Dans ce cas, ils en informent immédiatement la Commission. Tout État membre qui choisit d'avoir recours à ce délai supplémentaire fait rapport annuellement à la Commission sur les mesures qu'il prend pour s'attaquer à la discrimination fondée sur l'âge et le handicap, et sur les progrès réalisés en vue de la mise en œuvre de la directive. La Commission fait rapport annuellement au Conseil.»

- 11 Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ayant demandé à bénéficier d'un tel délai supplémentaire pour la transposition de ladite directive, celui-ci n'a expiré que le 2 décembre 2006 en ce qui concerne cet État membre.

*La réglementation nationale*

- 12 La loi de 1995 relative à la discrimination fondée sur le handicap (Disability Discrimination Act 1995, ci-après la «DDA»), vise essentiellement à rendre illégal l'exercice, à l'encontre des personnes handicapées, de toute discrimination liée, notamment, à l'emploi.
- 13 La deuxième partie de la DDA, qui régit les questions d'emploi, a été modifiée, lors de la transposition de la directive 2000/78 dans l'ordre juridique du Royaume-Uni, par le règlement de 2003 portant modification de la loi de 1995 relative à la discrimination fondée sur le handicap [Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003], entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2004.
- 14 Conformément à l'article 3 A, paragraphe 1, de la DDA, telle que modifiée par ledit règlement de 2003 (ci-après la «DDA de 2003»):

«[...] une personne exerce une discrimination à l'encontre d'une personne handicapée si:

- a) pour un motif lié au handicap dont souffre la personne handicapée, elle réserve à celle-ci un traitement moins favorable que celui qu'elle réserve ou réserverait à d'autres personnes auxquelles le motif en question ne s'applique pas ou ne s'appliquerait pas, et
- b) elle ne peut démontrer que ce traitement est justifié.»
- 15 L'article 3 A, paragraphe 4, de la DDA de 2003 précise néanmoins que le traitement réservé à une personne handicapée ne peut en aucun cas se justifier s'il est assimilable à une discrimination directe au sens du paragraphe 5 du même article, disposition aux termes de laquelle:

«Une personne exerce une discrimination directe à l'encontre d'une personne handicapée si, en raison du handicap dont souffre la personne handicapée, elle réserve à celle-ci un traitement moins favorable que celui qu'elle réserve ou réserverait à une personne qui ne présente pas ce handicap particulier et dont les caractéristiques pertinentes, y compris les capacités, sont les mêmes que celles de la personne handicapée ou n'en diffèrent pas sensiblement.»

- 16 La notion de harcèlement est définie comme suit à l'article 3 B de la DDA de 2003:

«1) [...] une personne soumet une personne handicapée à un harcèlement si, pour un motif lié au handicap dont souffre la personne handicapée, elle adopte un comportement indésirable qui a pour objet ou pour effet:

- a) de porter atteinte à la dignité de la personne handicapée, ou
- b) de créer pour elle un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

2) Un comportement est réputé avoir l'effet visé au paragraphe 1, sous a) ou b), si, eu égard à toutes les circonstances, et notamment à ce qui est ressenti par la personne handicapée, on doit raisonnablement considérer qu'il a un tel effet.»

- 17 Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, sous d), de la DDA de 2003, il est interdit à un employeur d'exercer une discrimination à l'encontre d'une personne handicapée qu'il emploie en la renvoyant ou en lui faisant subir tout autre préjudice.
- 18 L'article 4, paragraphe 3, sous a) et b), de la DDA de 2003 prévoit qu'il est également interdit à un employeur, agissant en cette qualité, de soumettre à un harcèlement une personne handicapée qu'il emploie ou qui l'a sollicité pour un emploi.

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

- 19 M<sup>me</sup> Coleman a travaillé pour son ancien employeur depuis le mois de janvier de l'année 2001 en qualité de secrétaire juridique.
- 20 Au cours de l'année 2002, elle a donné naissance à un fils qui souffre de crises d'apnée ainsi que de laryngomalacie et de bronchomalacie congénitales. L'état de son fils exige des soins spécialisés et particuliers. La requérante au principal lui dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin.
- 21 Le 4 mars 2005, M<sup>me</sup> Coleman a accepté une mise en chômage volontaire («voluntary redundancy»), ce qui a mis fin à son contrat avec son ancien employeur.
- 22 Le 30 août 2005, elle a saisi l'Employment Tribunal, London South, d'un recours dans lequel elle soutient qu'elle a été victime d'un licenciement implicite («unfair constructive dismissal») et d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres employés, en raison du fait qu'elle a la charge principale d'un enfant handicapé. Elle prétend que ce traitement l'a contrainte à cesser de travailler pour son ancien employeur.
- 23 Il ressort de la décision de renvoi que les circonstances pertinentes de l'affaire au principal n'ont pas encore été établies dans leur intégralité, les questions préjudicielles n'ayant été soulevées qu'à titre préliminaire. En effet, la juridiction de renvoi a sursis à statuer sur la partie du recours concernant le licenciement de M<sup>me</sup> Coleman, mais, le 17 février 2006, elle a tenu une audience préliminaire consacrée à l'examen du moyen tiré de la discrimination.
- 24 La question préliminaire soulevée devant ladite juridiction est celle de savoir si la requérante au principal peut se fonder sur les dispositions du droit national, notamment celles visant à transposer la directive 2000/78, pour invoquer à l'encontre de son ancien employeur la discrimination dont elle estime avoir fait l'objet, en ce sens qu'elle aurait été victime d'un traitement défavorable lié au handicap dont souffre son fils.
- 25 Il ressort des termes de la décision de renvoi que, si l'interprétation de la directive 2000/78 par la Cour devait être contraire à celle préconisée par M<sup>me</sup> Coleman, le droit national s'opposerait à ce que la demande présentée par cette dernière devant la juridiction de renvoi soit accueillie.
- 26 Il ressort également de la décision de renvoi que, conformément au droit du Royaume-Uni, lors d'une audience préliminaire portant sur une question de droit, la juridiction saisie présume que les faits se sont produits de la manière dont ils sont relatés par la partie requérante. Dans l'affaire au principal, les faits du litige sont présumés être les suivants:
- Lors du retour du congé de maternité de M<sup>me</sup> Coleman, l'ancien employeur de cette dernière a refusé de la réintégrer dans l'emploi qu'elle occupait jusqu'alors, dans des circonstances où des parents d'enfants non handicapés auraient été autorisés à retrouver leur ancien poste;
  - il a également refusé de lui accorder la même souplesse horaire et les mêmes conditions de travail qu'à ses collègues qui sont des parents d'enfants non handicapés;
  - M<sup>me</sup> Coleman a été qualifiée de «paresseuse» lorsqu'elle a demandé à bénéficier de temps libre pour prodiguer des soins à son enfant, alors qu'une telle facilité a été accordée à des parents d'enfants non handicapés;



- la réclamation officielle qu'elle a introduite contre le mauvais traitement qu'elle a subi n'a pas été dûment prise en considération et elle s'est sentie contrainte de la retirer;
- il y a eu des commentaires déplacés et insultants à l'encontre tant d'elle-même que de son enfant. Aucun commentaire de cet ordre n'a été formulé lorsque d'autres employés ont dû solliciter du temps libre ou une certaine flexibilité pour s'occuper de leurs enfants non handicapés, et
- étant parfois arrivée en retard à son bureau, en raison de problèmes liés à l'état de son enfant, il lui a été dit qu'elle serait renvoyée si elle arrivait de nouveau en retard. Aucune menace de cet ordre n'a été proférée contre d'autres employés ayant des enfants non handicapés et qui sont arrivés en retard pour les mêmes raisons.

27 Estimant que le litige dont il est saisi soulève des questions d'interprétation du droit communautaire, l'Employment Tribunal, London South, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) Dans le cadre de l'interdiction de toute discrimination fondée sur un handicap, la directive [2000/78] protège-t-elle de la discrimination directe et du harcèlement uniquement les personnes qui sont elles-mêmes handicapées?
- 2) En cas de réponse négative à la première question, la directive [2000/78] protège-t-elle des employés qui, bien que n'étant pas eux-mêmes handicapés, sont moins favorablement traités ou font l'objet de harcèlement en raison de leur relation avec une personne handicapée?
- 3) Lorsqu'un employeur traite un employé moins favorablement qu'il ne traite ou traiterait d'autres employés et qu'il est prouvé que la raison du traitement de l'employé est que celui-ci a un fils handicapé dont il prend soin, ledit traitement constitue-t-il une discrimination directe contraire au principe de l'égalité de traitement consacré par la directive [2000/78]?
- 4) Lorsqu'un employeur harcèle un employé et qu'il est prouvé que la raison du traitement de l'employé est que celui-ci a un fils handicapé dont il prend soin, ce harcèlement est-il contraire au principe de l'égalité de traitement consacré par la directive [2000/78]?»

#### **Sur la recevabilité**

- 28 Tout en considérant que les questions posées par la juridiction de renvoi reposent sur un véritable litige, le gouvernement néerlandais a mis en cause la recevabilité du renvoi préjudiciel en vertu du fait que, étant donné qu'il s'agit de questions préalables soulevées lors d'une audience préliminaire, toutes les circonstances de la cause ne sont pas encore établies. Il fait observer que, lors d'une telle audience préliminaire, le juge national présume que les faits se sont produits de la manière dont ils ont été relatés par la partie requérante.
- 29 À cet égard, il convient de rappeler que l'article 234 CE établit le cadre d'une coopération étroite entre les juridictions nationales et la Cour, fondée sur une répartition de fonctions entre elles. Le deuxième alinéa de cet article fait ressortir clairement qu'il appartient à la juridiction nationale de décider à quel stade de la procédure il y a lieu, pour cette juridiction, de déférer une question préjudicielle à la Cour (voir arrêts du 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.*, 36/80 et 71/80, Rec. p. 735, point 5, et du 30 mars 2000, *JämO*, C-236/98, Rec. p. I-2189, point 30).
- 30 Dans l'affaire au principal, il convient d'observer que la juridiction de renvoi a constaté que, si la Cour devait interpréter la directive 2000/78 dans un sens ne correspondant pas à celui préconisé par M<sup>me</sup> Coleman, celle-ci ne pourrait pas obtenir gain de cause sur le fond. La juridiction nationale a donc décidé, ainsi que le permet la législation du Royaume-Uni, d'examiner la question de savoir si cette directive doit être interprétée en ce sens qu'elle est applicable au licenciement d'un employé dans une situation telle que celle de M<sup>me</sup> Coleman avant d'établir si, en fait, cette dernière a été victime d'un traitement défavorable ou de harcèlement. C'est pourquoi les questions préjudicielles ont été posées en partant de la

présomption que les faits du litige au principal sont tels que résumés au point 26 du présent arrêt.

- 31 Dès lors que la Cour se trouve ainsi saisie d'une demande d'interprétation du droit communautaire qui n'est pas manifestement sans rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal et qu'elle dispose des données nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées, relatives à l'applicabilité de la directive 2000/78 à ce litige, elle doit y répondre sans avoir à s'interroger elle-même sur la présomption de faits sur laquelle s'est fondée la juridiction de renvoi, présomption qu'il appartiendra à celle-ci de vérifier par la suite si cela s'avère nécessaire (voir, en ce sens, arrêt du 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, point 12).
- 32 Dans ces circonstances, la demande de décision préjudicielle doit être considérée comme recevable.

### **Sur les questions préjudicielles**

*Sur la première partie de la première question ainsi que sur les deuxième et troisième questions*

- 33 Par ces questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 2, sous a), doivent être interprétés en ce sens qu'ils interdisent une discrimination directe fondée sur le handicap uniquement à l'encontre d'un employé qui est lui-même handicapé ou si le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de discrimination directe s'appliquent également à un employé qui n'est pas lui-même handicapé, mais qui, comme dans l'affaire au principal, est victime d'un traitement défavorable en raison du handicap dont est atteint son enfant, auquel il prodigue lui-même l'essentiel des soins que nécessite son état.
- 34 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2000/78 identifie l'objet de celle-ci comme étant d'établir, en ce qui concerne l'emploi et le travail, un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.
- 35 L'article 2, paragraphe 1, de la même directive définit le principe de l'égalité de traitement comme étant l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs visés audit article 1<sup>er</sup>, y compris donc le handicap.
- 36 Conformément au paragraphe 2, sous a), dudit article 2, une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base, notamment, du handicap.
- 37 En vertu de son article 3, paragraphe 1, sous c), la directive 2000/78 s'applique, dans les limites des compétences conférées à la Communauté, à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération.
- 38 Dès lors, il ne ressort pas de ces dispositions de la directive 2000/78 que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elles-mêmes un handicap au sens de cette directive. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap. En effet, le principe de l'égalité de traitement consacré par ladite directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> de celle-ci. Cette interprétation est corroborée par le libellé de l'article 13 CE, disposition constituant la base juridique de la directive 2000/78, qui confère une compétence à la Communauté pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, notamment, sur le handicap.
- 39 Certes, la directive 2000/78 contient un certain nombre de dispositions applicables, ainsi qu'il ressort de leurs termes mêmes, uniquement aux personnes handicapées. Ainsi, son article 5 précise que, afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur doit prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans

une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée.

- 40 L'article 7, paragraphe 2, de ladite directive prévoit également que, en ce qui concerne les personnes handicapées, le principe de l'égalité de traitement ne fait obstacle ni au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager l'insertion de ces personnes dans le monde du travail.
- 41 Les gouvernements du Royaume-Uni ainsi que grec, italien et néerlandais soutiennent, à la lumière tant des dispositions mentionnées aux deux points précédents que des seizième, dix-septième et vingt-septième considérants de la directive 2000/78, que l'interdiction de discrimination directe prévue par celle-ci ne peut pas être interprétée comme visant une situation telle que celle de la requérante au principal, dès lors que cette dernière n'est pas elle-même handicapée. Seules pourraient se prévaloir des dispositions de cette directive des personnes qui, dans une situation comparable à celle d'autres personnes, sont traitées de manière moins favorable ou sont placées dans une situation désavantageuse en raison de caractéristiques qui leur sont propres.
- 42 Toutefois, il convient de relever à cet égard que le fait que les dispositions mentionnées aux points 39 et 40 du présent arrêt visent spécifiquement les personnes atteintes d'un handicap résulte de la circonstance qu'il s'agit soit de dispositions portant sur des mesures de discrimination positive en faveur de la personne handicapée elle-même, soit de mesures spécifiques qui seraient dénuées de toute portée ou qui pourraient s'avérer disproportionnées si elles n'étaient pas limitées aux seules personnes qui sont atteintes d'un handicap. Ainsi qu'il ressort des seizième et vingtième considérants de cette directive, il s'agit de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail et à aménager le poste de travail en fonction du handicap de ces dernières. De telles mesures visent donc spécifiquement à permettre et à encourager l'insertion des personnes handicapées dans le monde du travail et, pour cette raison, elles ne peuvent concerner que ces personnes ainsi que les obligations incombant à leurs employeurs et, le cas échéant, aux États membres à leur égard.
- 43 Dès lors, le fait que la directive 2000/78 comporte des dispositions visant à tenir compte spécifiquement des besoins des personnes handicapées ne permet pas de conclure que le principe de l'égalité de traitement qu'elle consacre doit être interprété de manière restrictive, c'est-à-dire comme interdisant uniquement les discriminations directes fondées sur le handicap et visant exclusivement les personnes handicapées elles-mêmes. Par ailleurs, le sixième considérant de cette directive, en visant la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, se réfère tant à la lutte générale contre les discriminations sous toutes leurs formes qu'à la nécessité de prendre des mesures appropriées en faveur de l'intégration sociale et économique des personnes handicapées.
- 44 Les gouvernements du Royaume-Uni, italien et néerlandais soutiennent également qu'une interprétation restrictive de la portée ratione personae de la directive 2000/78 ressort de l'arrêt du 11 juillet 2006, Chacón Navas (C-13/05, Rec. p. I-6467). Selon le gouvernement italien, dans ledit arrêt, la Cour a retenu une interprétation restrictive de la notion de handicap et de sa pertinence dans la relation de travail.
- 45 Dans l'arrêt Chacón Navas, précité, la Cour a défini la notion de handicap et, aux points 51 et 52 dudit arrêt, elle a considéré que l'interdiction, en matière de licenciement, de la discrimination fondée sur le handicap, inscrite aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, s'oppose à un licenciement fondé sur un handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste. Toutefois, il n'en découle pas pour autant d'une telle interprétation que le principe de l'égalité de traitement défini à l'article 2, paragraphe 1, de cette même directive et l'interdiction de discrimination directe prévue au paragraphe 2, sous a), du même article ne peuvent pas s'appliquer à une situation telle que celle en cause au principal lorsque le traitement défavorable que prétend avoir subi un employé est fondé sur le handicap dont est atteint son enfant, auquel il prodigue l'essentiel des soins que nécessite son état.

- 46 En effet, si, au point 56 de l'arrêt Chacón Navas, précité, la Cour a précisé que le champ d'application de la directive 2000/78 ne saurait, eu égard au libellé de l'article 13 CE, être étendu au-delà des discriminations fondées sur les motifs énumérés de manière exhaustive à l'article 1<sup>er</sup> de celle-ci, de sorte qu'une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi par la directive 2000/78, elle n'a toutefois pas jugé que le principe de l'égalité de traitement et la portée ratione personae de cette directive doivent, s'agissant de ces motifs, être interprétés de manière restrictive.
- 47 S'agissant des objectifs poursuivis par la directive 2000/78, cette dernière tend, ainsi qu'il ressort des points 34 et 38 du présent arrêt, à établir un cadre général pour lutter, en matière d'emploi et de travail, contre la discrimination fondée sur l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> de cette directive, au nombre desquels figure notamment le handicap, et ce en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement. Il ressort de son trente-septième considérant que cette directive a également pour objectif la création, dans la Communauté, d'un terrain d'action en ce qui concerne l'égalité en matière d'emploi et de travail.
- 48 Ainsi que le font valoir M<sup>me</sup> Coleman, les gouvernements lituanien et suédois ainsi que la Commission, lesdits objectifs, de même que l'effet utile de la directive 2000/78, seraient compromis si un employé se trouvant dans une situation telle que celle de la requérante au principal ne peut pas se fonder sur l'interdiction de discrimination directe prévue à l'article 2, paragraphe 2, sous a), de cette directive lorsqu'il a été prouvé qu'il a été traité de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, en raison du handicap de son enfant, et ce alors même que cet employé n'est pas lui-même handicapé.
- 49 À cet égard, il ressort du onzième considérant de ladite directive que le législateur communautaire a également estimé que la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité, notamment en ce qui concerne l'emploi.
- 50 Or, si dans une situation telle que celle en cause au principal, la personne qui a fait l'objet d'une discrimination directe fondée sur le handicap n'est pas elle-même handicapée, il n'en demeure pas moins que c'est bien le handicap qui, selon M<sup>me</sup> Coleman, constitue le motif du traitement moins favorable dont elle allègue avoir été la victime. Ainsi qu'il ressort du point 38 du présent arrêt, la directive 2000/78, qui vise, dans le domaine de l'emploi et du travail, à lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap, s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à son article 1<sup>er</sup>.
- 51 Dès lors qu'il est établi qu'un employé se trouvant dans une situation telle que celle en cause au principal est victime d'une discrimination directe fondée sur le handicap, une interprétation de la directive 2000/78 limitant l'application de celle-ci aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées serait susceptible de priver cette directive d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir.
- 52 Quant à la charge de la preuve applicable dans une situation telle que celle en cause au principal, il convient de rappeler que, conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, les États membres doivent prendre les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation dudit principe. Conformément au paragraphe 2 dudit article, le paragraphe 1 de celui-ci ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles concernant la charge de la preuve plus favorables aux plaignants.
- 53 Dans l'affaire au principal, il incombe donc à M<sup>me</sup> Coleman, conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, d'établir, devant la juridiction de renvoi, des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur le handicap interdite par cette directive.

- 54 Conformément à cette dernière disposition de la directive 2000/78 et au trente et unième considérant de celle-ci, l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès lors qu'il existe une présomption de discrimination. Dans le cas où M<sup>me</sup> Coleman établirait des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement exigerait alors que la charge de la preuve pèse sur les défendeurs au principal, qui devraient prouver qu'il n'y a pas eu une violation dudit principe.
- 55 Dans ce contexte, lesdits défendeurs pourraient contester l'existence d'une telle violation en établissant par toute voie de droit, notamment, que le traitement dont l'employé a fait l'objet est justifié par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le handicap ainsi qu'à toute relation que cet employé entretient avec une personne handicapée.
- 56 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première partie de la première question ainsi qu'aux deuxième et troisième questions que la directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 2, sous a), doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de discrimination directe qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe énoncée audit article 2, paragraphe 2, sous a).

*Sur la seconde partie de la première question ainsi que sur la quatrième question*

- 57 Par ces questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance si la directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 3, doivent être interprétés en ce sens qu'ils interdisent le harcèlement lié au handicap uniquement à l'encontre d'un employé qui est lui-même handicapé ou si l'interdiction de harcèlement s'applique également à un employé qui n'est pas lui-même handicapé, mais qui, comme dans l'affaire au principal, est victime d'un comportement indésirable constitutif de harcèlement lié au handicap dont est atteint son enfant, auquel il prodigue lui-même l'essentiel des soins que nécessite son état.
- 58 Le harcèlement étant, en vertu de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 2000/78, considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 de ce même article, il convient de relever que, pour les mêmes raisons que celles exposées aux points 34 à 51 du présent arrêt, cette directive et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 3, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne se limitent pas à interdire le harcèlement à l'encontre de personnes qui sont elles-mêmes handicapées.
- 59 Lorsqu'il est prouvé que le comportement indésirable constitutif de harcèlement subi par un employé, n'ayant pas lui-même un handicap, est lié au handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel comportement est contraire au principe de l'égalité de traitement consacré par la directive 2000/78 et, notamment, à l'interdiction de harcèlement énoncée à l'article 2, paragraphe 3, de cette dernière.
- 60 À cet égard, il convient toutefois de rappeler que, selon les termes mêmes de l'article 2, paragraphe 3, de ladite directive, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres.
- 61 En ce qui concerne la charge de la preuve applicable dans une situation telle que celle en cause au principal, il convient de relever que, le harcèlement étant considéré comme une forme de discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2000/78, les mêmes règles que celles exposées aux points 52 à 55 du présent arrêt s'appliquent au harcèlement.
- 62 Dès lors, ainsi qu'il ressort du point 54 du présent arrêt, conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et au trente et unième considérant de celle-ci, l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès lors qu'il existe une présomption de discrimination. Dans le cas où M<sup>me</sup> Coleman établirait des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement exigerait alors que la charge de la preuve pèse sur les défendeurs

au principal, qui devraient prouver qu'il n'y a pas eu de harcèlement dans les circonstances de l'espèce.

- 63 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la seconde partie de la première question ainsi qu'à la quatrième question que la directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 3, doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de harcèlement qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'il est prouvé que le comportement indésirable constitutif de harcèlement dont un employé, n'ayant pas lui-même un handicap, est victime est lié au handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel comportement est contraire à l'interdiction de harcèlement énoncée audit article 2, paragraphe 3.

#### **Sur les dépens**

- 64 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

- 1) **La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 2, sous a), doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de discrimination directe qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe énoncée audit article 2, paragraphe 2, sous a).**
- 2) **La directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, paragraphes 1 et 3, doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de harcèlement qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'il est prouvé que le comportement indésirable constitutif de harcèlement dont un employé, n'ayant pas lui-même un handicap, est victime est lié au handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel comportement est contraire à l'interdiction de harcèlement énoncée audit article 2, paragraphe 3.**

Signatures

---

\* Langue de procédure: l'anglais.



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 2.7.2008  
COM(2008) 426 final

2008/0140 (CNS)

Proposition de

**DIRECTIVE DU CONSEIL**

**relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle**

{SEC(2008) 2180}

{SEC(2008) 2181}

(présentée par la Commission)

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### 1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

#### **Motivation et objectifs de la proposition**

La présente proposition vise la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, en dehors du marché du travail. Elle définit un cadre pour l'interdiction de toute discrimination fondée sur ces motifs et établit un niveau de protection minimal uniforme à l'intérieur de l'Union européenne pour les personnes victimes de telles discriminations.

La présente proposition complète le cadre juridique communautaire existant, qui ne prohibe la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle qu'en ce qui concerne l'emploi, le travail et la formation professionnelle<sup>1</sup>.

#### **Contexte général**

Dans son programme législatif et de travail adopté le 23 octobre 2007<sup>2</sup>, la Commission a annoncé qu'elle allait proposer de nouvelles initiatives afin de compléter le cadre juridique anti-discrimination de l'Union européenne.

La présente proposition est soumise dans le cadre de l'«Agenda social renouvelé: opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle»<sup>3</sup> et accompagne la communication intitulée «Non-discrimination et égalité des chances: un engagement renouvelé»<sup>4</sup>.

La convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées a été signée par les États membres et la Communauté européenne. Elle est fondée sur les principes de non-discrimination, de participation, d'intégration dans la société, d'égalité des chances et d'accessibilité. Une proposition de conclusion de la convention par la Communauté européenne a été soumise au Conseil<sup>5</sup>.

#### **Dispositions en vigueur dans le domaine de la proposition**

Cette proposition se situe dans le prolongement des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE<sup>6</sup>, qui interdisent la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, un handicap, l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions<sup>7</sup>. La discrimination

---

<sup>1</sup> Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22 et directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

<sup>2</sup> COM (2007) 640

<sup>3</sup> COM (2008) 412

<sup>4</sup> COM (2008) 420

<sup>5</sup> [COM (2008) XXX]

<sup>6</sup> Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37.

<sup>7</sup> Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180 du 19.7.2000); directive



fondée sur la race ou l'origine ethnique est interdite dans le cadre de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle, ainsi que dans des domaines extérieurs à l'emploi tels que la protection sociale, les soins de santé, l'éducation et l'accès aux biens et services à la disposition du public, y compris le logement. La discrimination fondée sur le sexe est prohibée dans les mêmes domaines, à l'exception de l'éducation, des médias et de la publicité. La discrimination en fonction de l'âge, de la religion ou des convictions, de l'orientation sexuelle et du handicap est toutefois interdite uniquement dans le contexte de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle.

Les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE devaient être transposées en droit interne en 2003 au plus tard, à l'exception des dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge et le handicap, pour lesquelles un délai supplémentaire de trois ans était accordé. Un rapport sur l'application de la directive 2000/43/CE a été adopté par la Commission en 2006<sup>8</sup>. L'adoption du rapport sur la mise en œuvre de la directive 2000/78/CE a eu lieu le 19 juin 2008<sup>9</sup>. Tous les États membres sauf un ont transposé ces deux directives. Quant à la directive 2004/113/CE, elle devait être transposée d'ici fin 2007.

Dans la mesure du possible, les concepts et règles contenus dans la présente proposition s'appuient sur ceux des directives relevant de l'article 13 CE déjà existantes.

### **Cohérence avec les autres politiques et les objectifs de l'Union**

Cette proposition s'inscrit dans la stratégie développée depuis le traité d'Amsterdam en vue de lutter contre la discrimination et concorde avec les objectifs horizontaux de l'Union européenne, notamment la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi et les objectifs du processus de protection sociale et d'inclusion sociale de l'Union européenne. Elle aidera à renforcer les droits fondamentaux des citoyens, dans l'esprit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

## **2. CONSULTATION DES PARTIES INTERESSEES ET ANALYSE D'IMPACT**

### **Consultation**

Lors de la préparation de cette initiative, la Commission s'est efforcée d'associer toutes les parties potentiellement intéressées et a veillé à ce que celles qui souhaitent formuler des observations aient la possibilité et le temps de répondre. L'Année européenne de l'égalité des chances pour tous a fourni une occasion unique de mettre l'accent sur ces questions et d'encourager la participation au débat.

Il convient tout particulièrement de mentionner la consultation publique en ligne<sup>10</sup>, une enquête sur le monde de l'entreprise<sup>11</sup>, ainsi qu'une consultation écrite et des réunions avec les partenaires sociaux et des ONG européennes actives dans le domaine de la lutte anti-discrimination<sup>12</sup>. Les résultats de la consultation publique et du sondage auprès des ONG en

---

2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2.12.2000).

<sup>8</sup> COM (2006) 643 final.

<sup>9</sup> COM (2008) 225.

<sup>10</sup> Les résultats complets de la consultation sont disponibles à l'adresse suivante:

[http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/news/news\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/news/news_fr.htm)

<sup>11</sup> [http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/index_fr.htm)

<sup>12</sup> [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/org/imass\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/org/imass_fr.htm)

appelaient à la mise en place d'une législation au niveau communautaire afin de renforcer le niveau de protection contre la discrimination, tandis que certaines personnes interrogées se sont prononcées en faveur de directives spécifiques dans les domaines du handicap et de la discrimination fondée sur le sexe. La consultation du panel d'entreprises européennes a montré que ces dernières estiment qu'il serait utile d'avoir le même niveau de protection contre la discrimination dans toute l'Union européenne. Les partenaires sociaux représentant les employeurs étaient en principe hostiles à une nouvelle législation, estimant qu'elle entraînerait une augmentation de la bureaucratie et des coûts, tandis que les syndicats lui étaient favorables.

Les réponses à la consultation ont fait apparaître des inquiétudes sur le traitement qu'une nouvelle directive réserverait à un certain nombre de domaines sensibles et a également révélé des méprises sur les limites ou l'étendue des compétences de la Communauté. La directive proposée répond à ces inquiétudes et explicite les limites des compétences communautaires. À l'intérieur de ces limites, la Communauté a le pouvoir de statuer (article 13 du traité CE), et elle estime qu'une action au niveau de l'Union européenne constitue la meilleure manière de procéder.

Les réponses ont également mis l'accent sur le caractère spécifique de la discrimination liée au handicap et sur les mesures nécessaires pour y faire face. Celles-ci font l'objet d'un article spécifique.

D'aucuns ont indiqué qu'ils craignaient qu'une nouvelle directive n'entraîne des coûts pour les entreprises, mais il convient de souligner que la présente proposition s'appuie largement sur des concepts utilisés dans les directives existantes et qui sont bien connus des opérateurs économiques. Quant aux mesures visant la discrimination fondée sur le handicap, le concept d'aménagement raisonnable est familier aux entreprises depuis qu'il a été établi par la directive 2000/78/CE. La proposition de la Commission précise les facteurs à prendre en compte pour déterminer ce qui est «raisonnable».

Il a été relevé que, contrairement aux deux autres directives, la directive 2000/78/CE n'oblige pas les États membres à mettre en place des organismes chargés des questions d'égalité. La nécessité de lutter contre la discrimination multiple, par exemple en la définissant en tant que discrimination et en garantissant des voies de recours efficaces, a également été soulignée. Ces questions dépassent le cadre de la présente directive, mais rien n'empêche les États membres de prendre des mesures dans ces domaines.

Enfin, il a été signalé que la directive 2004/113/CE assurait une protection moins étendue contre la discrimination fondée sur le sexe que la directive 2000/43/CE, et qu'une nouvelle législation était donc nécessaire sur ce point. La Commission ne retient pas cette suggestion pour l'instant, étant donné que le délai de transposition de la directive 2004/113/CE vient tout juste d'expirer. Elle rendra toutefois compte de l'application de la directive en 2010 et pourra alors proposer des modifications, le cas échéant.

### **Obtention et utilisation d'expertise**

Une étude<sup>13</sup> réalisée en 2006 a montré que, d'un côté, la plupart des pays garantissent une forme ou une autre de protection juridique qui va au delà des exigences communautaires actuelles dans la plupart des domaines examinés mais que, d'un autre côté, le degré et la nature de cette protection varient fortement entre les pays. Cette étude a également montré

---

<sup>13</sup> [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/pubst/stud/mapstrand1\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/mapstrand1_fr.pdf)

que très peu de pays réalisaient des analyses d'impact ex ante en matière de législation anti-discrimination.

Une autre étude<sup>14</sup> a examiné la nature et l'étendue de la discrimination en dehors de la sphère de l'emploi dans l'Union européenne et son coût potentiel (direct et indirect) pour les personnes et la société.

La Commission a en outre utilisé les rapports du Réseau européen des experts indépendants en matière de non-discrimination, notamment le document sur «Le développement de la législation contre les discriminations en Europe»<sup>15</sup>, ainsi qu'une étude intitulée «Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois»<sup>16</sup>. Les résultats d'un Eurobaromètre spécial<sup>17</sup> et d'un Flash Eurobaromètre réalisé en février 2008<sup>18</sup> ont également fourni des informations utiles.

### **Analyse d'impact**

Le rapport d'analyse d'impact<sup>19</sup> a examiné l'existence de discriminations en dehors du marché du travail. Il est parvenu à la conclusion que, si la non-discrimination est reconnue comme l'une des valeurs fondamentales de l'Union européenne, le niveau de protection juridique en place pour défendre ces valeurs diffère dans la pratique en fonction des États membres et des motifs de discrimination. Il en résulte que les personnes exposées à la discrimination sont souvent moins à même de participer pleinement à la vie sociale et économique, ce qui a des répercussions négatives tant pour les personnes que pour la société en général.

Le rapport définit trois objectifs que toute initiative devrait atteindre:

- améliorer la protection contre la discrimination;
- garantir la sécurité juridique aux acteurs économiques et aux victimes potentielles dans l'ensemble des États membres;
- renforcer l'inclusion sociale et encourager la participation pleine et entière de toutes les catégories de la population à la vie sociale et économique.

Parmi les nombreuses mesures recensées susceptibles d'aider à atteindre ces objectifs, six options ont été soumises à une analyse plus approfondie, consistant notamment dans l'absence de nouvelles mesures au niveau communautaire, l'autorégulation, la formulation de recommandations ou l'adoption d'une ou plusieurs directives interdisant la discrimination en dehors de la sphère de l'emploi.

En tout état de cause, les États membres devront appliquer la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, qui définit le refus de procéder à des aménagements raisonnables comme une discrimination. Toute mesure juridiquement contraignante interdisant la discrimination fondée sur le handicap comporte un coût financier en raison des adaptations nécessaires mais présente également des avantages liés à une

---

<sup>14</sup> Sera disponible sur [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/org/imass\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/org/imass_fr.htm)

<sup>15</sup> [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/legnet/07compan\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/07compan_fr.pdf)

<sup>16</sup> [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/pubst/stud/multidis\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_fr.pdf)

<sup>17</sup> Étude Eurobaromètre spéciale n° 296 sur la discrimination dans l'Union européenne:

[http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/public/pubst\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_fr.htm) et

[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/eb\\_special\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_fr.htm)

<sup>18</sup> Flash Eurobaromètre n° 232; [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_232\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_232_fr.pdf)

<sup>19</sup> Sera disponible sur [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/org/imass\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/org/imass_fr.htm)

meilleure inclusion économique et sociale des catégories faisant actuellement l'objet d'une discrimination.

Le rapport conclut qu'une directive couvrant l'ensemble des motifs, conçue de manière à respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité, constituerait une réponse appropriée. Si un petit nombre d'États membres disposent déjà d'un arsenal législatif assez complet, la plupart n'offrent qu'une certaine protection, moins étendue. L'adaptation législative requise par de nouvelles règles communautaires serait donc variable.

La Commission a reçu de nombreuses plaintes faisant état de discriminations dans le secteur de l'assurance et de la banque. Mais le fait que les assureurs et les banques utilisent l'âge ou le handicap pour évaluer le profil de risque des clients ne constitue pas nécessairement une discrimination: tout est fonction du produit. La Commission va engager un dialogue avec les secteurs de la banque et de l'assurance et d'autres parties intéressées afin de parvenir à une meilleure compréhension commune des domaines dans lesquels l'âge ou le handicap constituent des facteurs pertinents à prendre en compte dans la conception et le coût des produits proposés par ces secteurs.

### **3. ASPECTS JURIDIQUES**

#### **Base juridique**

La présente proposition est fondée sur l'article 13, paragraphe 1, du traité CE.

#### **Subsidiarité et proportionnalité**

Le principe de subsidiarité s'applique dans la mesure où la proposition ne relève pas de la compétence exclusive de la Communauté. Les objectifs de la proposition ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres agissant seuls, car seule une mesure à l'échelle communautaire peut garantir un niveau minimal de protection standard contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans tous les États membres. Un acte juridique communautaire assure la sécurité juridique en ce qui concerne les droits et obligations des acteurs économiques et des citoyens, y compris ceux qui se déplacent entre les États membres. L'expérience a montré que les directives précédemment adoptées en vertu de l'article 13, paragraphe 1, du traité CE avaient eu un effet positif en permettant de parvenir à une meilleure protection contre la discrimination. Conformément au principe de proportionnalité, la directive proposée ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs définis.

De plus, les traditions et les approches nationales dans des domaines tels que la santé, la protection sociale et l'éducation ont tendance à différer davantage qu'en matière d'emploi. Ces domaines sont marqués par des choix de société légitimes dans des secteurs qui relèvent de la compétence nationale.

La diversité de ses sociétés est l'une des forces de l'Europe et doit être respectée conformément au principe de subsidiarité. Il est préférable que l'organisation et le contenu de l'éducation, la reconnaissance du statut marital ou familial, l'adoption, les droits de procréation et d'autres questions similaires soient tranchées au niveau national. La directive n'exige donc d'aucun État membre qu'il modifie ses lois et pratiques actuelles sur ces questions. Elle n'affecte pas non plus les règles nationales relatives aux activités des églises et autres organisations religieuses, ou les relations de celles-ci avec l'État. Les États membres conserveront ainsi leur liberté de décision sur des questions telles que l'autorisation de la sélection à l'entrée des établissements scolaires, l'interdiction ou le droit de porter ou d'exhiber

des symboles religieux à l'école, la reconnaissance des mariages entre personnes du même sexe, et la nature de toute relation entre les religions constituées et l'État.

### **Choix de l'instrument**

Une directive est l'instrument qui assure le mieux un niveau minimal et cohérent de protection contre la discrimination dans toute l'Union européenne, tout en permettant aux États membres désireux d'aller au-delà de ces normes minimales de le faire. Elle leur permet également de choisir les moyens de coercition et les sanctions les plus appropriés. L'expérience passée dans le domaine de la lutte contre la discrimination a montré qu'une directive était l'instrument le plus approprié.

### **Tableau de correspondance**

Les États membres sont tenus de communiquer à la Commission le texte des dispositions nationales transposant la directive ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la directive.

### **Espace économique européen**

Ce texte présente de l'intérêt pour l'Espace économique européen et sera applicable aux États tiers membres de cet Espace à la suite d'une décision du comité mixte de l'EEE.

## **4. INCIDENCE BUDGETAIRE**

La proposition n'a pas d'incidence sur le budget de la Communauté.

## **5. EXPLICATION DÉTAILLÉE DES DIFFÉRENTES DISPOSITIONS**

### *Article premier: Objet*

L'objectif principal de la directive est de lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'âge ou l'orientation sexuelle et de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines que l'emploi. La directive n'interdit pas les différences de traitement fondées sur le sexe, qui sont couvertes par les articles 13 et 141 du traité CE et la législation dérivée connexe.

### *Article 2: Concept de discrimination*

La définition du principe de l'égalité de traitement est fondée sur celle contenue dans les directives précédemment adoptées en vertu de l'article 13, paragraphe 1, du traité CE [ainsi que dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en la matière].

La discrimination directe consiste à réserver un traitement différent à une personne uniquement en raison de son âge, d'un handicap, de sa religion ou de ses convictions ou de son orientation sexuelle. La discrimination indirecte est plus complexe en ceci qu'une règle ou une pratique apparemment neutre désavantage en fait particulièrement une personne ou une catégorie de personnes possédant une caractéristique spécifique. L'auteur de la règle ou de la pratique n'a peut-être aucune idée des conséquences pratiques, et l'intention de discriminer n'entre donc pas en ligne de compte. Tout comme dans les directives 2000/43/CE,

2000/78/CE et 2002/73/CE<sup>20</sup>, il est possible de justifier la discrimination indirecte (si «cette disposition, ce critère ou cette pratique [est] objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif [sont] appropriés et nécessaires»).

Le harcèlement est une forme de discrimination. Le comportement non désiré peut prendre différentes formes allant de réflexions orales ou écrites à des gestes ou un comportement, mais il doit être suffisamment grave pour créer un environnement intimidant, humiliant ou offensant. Cette définition est identique à celles contenues dans les autres directives adoptées en vertu de l'article 13.

Le refus de réaliser des aménagements raisonnables est considéré comme une forme de discrimination, ce qui concorde avec la convention des Nations unies relative au droit des personnes handicapées et avec la directive 2000/78/CE. Certaines différences de traitement fondées sur l'âge peuvent être légales si elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires (critère de proportionnalité).

Dans les directives existantes au titre de l'article 13, des exceptions à l'interdiction de la discrimination directe ont été autorisées en cas d'«exigence professionnelle essentielle et déterminante» en ce qui concerne les différences de traitement fondées sur l'âge, la discrimination en fonction du sexe et l'accès aux biens et services. Bien que la proposition actuelle ne couvre pas le domaine de l'emploi, des différences de traitement dans les domaines mentionnés à l'article 3 devront être autorisées. Toutefois, étant donné que les exceptions au principe général d'égalité doivent être étroitement circonscrites, le double critère exigeant à la fois l'existence d'un objectif justifié et des moyens proportionnés d'y parvenir (c'est-à-dire aussi peu discriminatoires que possible) est nécessaire.

Une disposition spéciale est ajoutée à l'intention des services d'assurance et de banque, compte tenu du fait que l'âge et le handicap peuvent constituer un élément essentiel de l'évaluation du risque pour certains produits, et donc du prix. S'il était totalement interdit aux assureurs de tenir compte de l'âge et du handicap, les coûts additionnels seraient entièrement à la charge des autres assurés, ce qui conduirait à des coûts globaux plus élevés et à une offre de couverture plus réduite pour les consommateurs. L'utilisation de l'âge et du handicap dans l'évaluation des risques doit cependant être fondée sur des données et des statistiques précises.

La directive n'affecte pas les mesures nationales concernant la sécurité publique, l'ordre public, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et les droits et libertés d'autrui.

### *Article 3: Champ d'application*

La discrimination en fonction de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle est interdite tant dans le secteur public que dans le secteur privé, dans les domaines suivants:

- la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé;
- les avantages sociaux;
- l'éducation;

---

<sup>20</sup> JO L 269 du 5.10.2002.



- l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement.

En termes d'accès aux biens et services, seules les activités professionnelles ou commerciales sont couvertes. En d'autres termes, les transactions entre les personnes privées agissant à titre privé ne sont pas couvertes: il n'y a pas lieu de traiter la location d'une chambre dans une habitation privée de la même manière que la location de chambres dans un hôtel. Les différents domaines sont couverts uniquement dans la mesure où une question relève des compétences de la Communauté. Ainsi, l'organisation du système et des activités scolaires et le contenu de l'enseignement, y compris la manière d'organiser l'enseignement pour les personnes handicapées, relèvent de la compétence des États membres et ces derniers peuvent prévoir des différences de traitement dans l'accès aux établissements d'enseignement religieux. Une école peut par exemple organiser une présentation spécialement réservée aux enfants d'un certain âge, tandis qu'un établissement fondé sur la foi peut être autorisé à organiser des excursions scolaires sur un thème religieux.

Le texte indique clairement que les questions concernant l'état matrimonial ou familial, y compris l'adoption, ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Cela inclut les droits en matière de procréation. Les États membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats *officiellement* enregistrés. Toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique<sup>21</sup>.

L'article 3 précise que la directive ne couvre ni les lois nationales relatives au caractère laïque de l'État et de ses institutions, ni le statut des organisations religieuses. Les États membres sont donc libres d'autoriser ou d'interdire le port de symboles religieux à l'école. La directive ne couvre pas non plus les différences de traitement fondées sur la nationalité.

#### *Article 4: Égalité de traitement des personnes handicapées*

L'accès effectif des personnes handicapées à la protection sociale, aux avantages sociaux, aux soins de santé et à l'éducation, ainsi que l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public pour ces personnes, y compris en matière de logement, seront prévus à l'avance. Une clause d'exception prévoit l'exemption de cette obligation si celle-ci impose une charge disproportionnée ou des modifications majeures du produit ou du service.

Dans certains cas, des mesures individuelles d'aménagement raisonnable peuvent s'avérer nécessaires pour garantir l'accès effectif d'une personne handicapée en particulier. Là encore, uniquement à condition qu'une telle mesure n'impose pas une charge disproportionnée. Une liste non exhaustive de facteurs susceptibles d'être pris en compte pour déterminer si la charge est disproportionnée est dressée, permettant ainsi de tenir compte de la situation des petites et moyennes entreprises et des micro-entreprises.

Le concept d'aménagement raisonnable existe déjà dans le domaine de l'emploi, au titre de la directive 2000/78/CE, et les États membres et les entreprises ont donc déjà l'expérience de son application. Une mesure appropriée pour une grande compagnie ou un organisme public ne l'est pas forcément pour une petite ou moyenne entreprise. L'obligation de procéder à des aménagements raisonnables ne suppose pas uniquement des modifications matérielles, mais peut également signifier une manière différente de fournir un service.

---

<sup>21</sup> Arrêt de la CJCE du 1.4.2008 dans l'affaire C-267/06, *Tadao Maruko*.

#### *Article 5: Action positive*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Il est clair que dans de nombreux cas, une égalité formelle n'entraîne pas une égalité dans la pratique. Il peut être nécessaire d'adopter des mesures spécifiques pour prévenir ou corriger des situations d'inégalité. Les États membres ont des traditions et des pratiques différentes en matière d'action positive, et cet article leur permet de prendre des mesures dans ce sens sans toutefois en faire une obligation.

#### *Article 6: Prescriptions minimales*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Elle autorise les États membres à assurer un niveau de protection plus élevé que celui garanti par la directive, et confirme qu'il ne doit pas y avoir d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres lors de l'application de la directive.

#### *Article 7: Défense des droits*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Les personnes doivent pouvoir faire respecter leur droit de ne pas être discriminées. Cet article dispose donc que les personnes qui estiment avoir été victimes de discrimination doivent pouvoir avoir recours à des procédures administratives ou judiciaires, même après la cessation de la relation dans le cadre de laquelle la discrimination est censée s'être produite, conformément à la décision de la Cour de justice dans l'affaire Coote<sup>22</sup>.

Le droit à une protection juridique efficace est renforcé par le fait d'autoriser les organisations qui ont un intérêt légitime à combattre la discrimination à aider les victimes de discrimination dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives. Cette disposition est sans préjudice des règles nationales relatives aux délais impartis pour former un recours.

#### *Article 8: Charge de la preuve*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Dans les procédures judiciaires, la règle générale est que toute allégation doit être prouvée. Dans les affaires de discrimination, il est toutefois souvent extrêmement difficile d'obtenir les preuves nécessaires, étant donné que celles-ci se trouvent souvent entre les mains du défendeur. Ce problème a été reconnu par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>23</sup> et par le législateur communautaire dans la directive 97/80/CE<sup>24</sup>.

Le renversement de la charge de la preuve s'applique à toutes les affaires dans lesquelles une violation du principe de l'égalité de traitement est alléguée, y compris celles qui impliquent des associations et des organisations au sens de l'article 7, paragraphe 2. Tout comme dans les directives précédentes, ce renversement de la charge de la preuve ne s'applique pas aux situations dans lesquelles une discrimination supposée est poursuivie au pénal.

#### *Article 9: Protection contre les rétorsions*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Une protection juridique efficace doit inclure une protection contre les représailles. Une victime peut être

---

<sup>22</sup> Affaire C-185/97, Rec. 1998, p. I-5199.

<sup>23</sup> Affaire 109/88, *Danfoss*, Rec. 1989, p. 03199.

<sup>24</sup> JO L 14 du 20.1.1998.



dissuadée d'exercer ses droits en raison du risque de représailles, il est donc nécessaire de protéger les personnes contre tout traitement défavorable résultant de l'exercice des droits conférés par la directive. Cet article est identique dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

#### *Article 10: Diffusion de l'information*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. L'expérience et les sondages montrent que les personnes sont mal ou insuffisamment informées de leurs droits. Plus le système d'information publique et de prévention est efficace, moins les recours individuels seront nécessaires. Cet article reproduit les dispositions correspondantes des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE.

#### *Article 11: Dialogue avec les parties intéressées*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Elle vise à encourager le dialogue entre les pouvoirs publics concernés et des organismes tels que les organisations non gouvernementales qui ont un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Une disposition similaire est contenue dans les directives anti-discrimination précédentes.

#### *Article 12: Organismes de promotion de l'égalité de traitement*

Cette disposition est commune à deux directives fondées sur l'article 13. Elle prévoit que les États membres doivent disposer au niveau national d'un ou plusieurs organismes («Organisme chargé des questions d'égalité») responsables de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes, sans discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Cet article reproduit les dispositions de la directive 2000/43/CE dans la mesure où celles-ci concernent l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, et s'appuie sur des dispositions équivalentes contenues dans les directives 2002/73/CE<sup>25</sup> et 2004/113/CE. Il définit les compétences minimales d'organismes au niveau national devant agir de manière indépendante afin de promouvoir le principe de l'égalité de traitement. Les États membres peuvent décider que ces organismes seront les mêmes que ceux déjà établis en application des directives précédentes.

Il est à la fois difficile et coûteux pour les particuliers d'intenter un recours en justice s'ils estiment avoir fait l'objet d'une discrimination. Un des rôles clés des organismes chargés des questions d'égalité est d'apporter une aide indépendante aux victimes de discrimination. Ils doivent également être en mesure de procéder à des études indépendantes sur la discrimination et de publier des rapports et des recommandations sur des questions liées à la discrimination.

#### *Article 13: Conformité*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. L'égalité de traitement suppose l'élimination de toute discrimination résultant de dispositions législatives,

---

<sup>25</sup> Directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 269 du 5.10.2002, p. 15.

réglementaires ou administratives, et la directive impose donc aux États membres de supprimer toute disposition de ce type. Comme dans la législation antérieure, la directive exige également que toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement soit déclarée nulle et non avenue ou modifiée, ou qu'elle puisse l'être en cas de contestation.

#### *Article 14: Sanctions*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice<sup>26</sup>, le texte exclut la fixation de tout plafond maximal pour les dédommagements dus en cas de violation du principe de l'égalité de traitement. Cette disposition ne requiert pas l'introduction de sanctions pénales.

#### *Article 15: Mise en œuvre*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Elle accorde aux États membres un délai de deux ans pour transposer la directive en droit interne et communiquer les textes de leur législation nationale à la Commission. Les États membres peuvent disposer que l'obligation d'assurer un accès effectif aux personnes handicapées ne s'appliquera que quatre ans après l'adoption de la directive.

#### *Article 16: Rapport*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. Elle prévoit que la Commission doit soumettre au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de la directive, sur la base des informations reçues des États membres. Ce rapport tiendra compte de l'opinion des partenaires sociaux, des ONG concernées et de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

#### *Article 17: Entrée en vigueur*

Cette disposition est commune à toutes les directives fondées sur l'article 13. La directive entrera en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel.

#### *Article 18: Destinataires*

Cette disposition, commune à toutes les directives fondées sur l'article 13, précise que la directive est destinée aux États membres.

---

<sup>26</sup> Affaires Draehmpaehl (C-180/95, Rec.1997, p. I-2195) et Marshall (C-271/91, Rec. 1993, p. I-4367).

Proposition de

**DIRECTIVE DU CONSEIL**

**relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle**

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 13, paragraphe 1,

vu la proposition de la Commission<sup>27</sup>,

vu l'avis du Parlement européen<sup>28</sup>,

vu l'avis du Comité économique et social européen<sup>29</sup>,

vu l'avis du Comité des régions<sup>30</sup>,

considérant ce qui suit:

- (1) Conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne, l'Union européenne est fondée sur les principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit – principes qui sont communs à tous les États membres – et respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.
- (2) Le droit de tout individu à l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme, par la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, par les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, par la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par la Charte sociale européenne, signés par [tous] les États membres. En particulier, la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées inclut le refus d'aménagement raisonnable dans sa définition de la discrimination.

---

<sup>27</sup> JO C , , p .

<sup>28</sup> JO C , , p .

<sup>29</sup> JO C , , p .

<sup>30</sup> JO C , , p .

- (3) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes fondamentaux reconnus, en particulier, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 10 de cette charte reconnaît le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; l'article 21 exclut toute discrimination, y compris la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, et l'article 26 reconnaît le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie.
- (4) L'Année européenne des personnes handicapées en 2003, l'Année européenne de l'égalité des chances pour tous en 2007 et l'Année européenne du dialogue interculturel en 2008 ont mis en évidence la persistance des discriminations, mais aussi les bienfaits de la diversité.
- (5) Le Conseil européen de Bruxelles du 14 décembre 2007 a appelé les États membres à intensifier leurs efforts pour prévenir et combattre les discriminations sur le marché du travail et en dehors<sup>31</sup>.
- (6) Le Parlement européen a appelé à ce que la législation de l'Union européenne élargisse la protection contre les discriminations<sup>32</sup>.
- (7) La Commission européenne a affirmé, dans sa communication intitulée «Un Agenda social renouvelé: opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle»<sup>33</sup>, que dans des sociétés où tous les individus sont considérés comme égaux, aucune barrière artificielle ni discrimination d'aucune sorte ne devrait empêcher les individus d'exploiter les occasions qui s'offrent à eux.
- (8) La Communauté a adopté trois instruments juridiques<sup>34</sup> sur la base de l'article 13, paragraphe 1, du traité CE, afin de prévenir et de combattre la discrimination fondée sur le sexe, la race et l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Ces instruments ont prouvé l'utilité de la législation dans la lutte contre la discrimination. Plus particulièrement, la directive 2000/78/CE établit un cadre général pour l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail au regard de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle. Toutefois, au-delà du domaine de l'emploi, des différences subsistent entre les États membres en ce qui concerne le degré et la forme de protection contre les discriminations fondées sur ces motifs.
- (9) La législation devrait donc interdire la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans une série de domaines au-delà du marché du travail, tels que la protection sociale, l'éducation, l'accessibilité et la fourniture des biens et services, y compris le logement. Elle devrait prévoir des mesures permettant de garantir l'égalité d'accès des personnes handicapées aux domaines couverts.
- (10) La directive 2000/78/CE interdit la discrimination dans l'accès à la formation professionnelle; il est nécessaire de compléter cette protection en étendant

---

<sup>31</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles du 14 décembre 2007, point 50.

<sup>32</sup> Résolution du 20 mai 2008 P6\_TA-PROV(2008)0212.

<sup>33</sup> COM(2008) 412.

<sup>34</sup> Directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE.

l'interdiction de discrimination aux formes d'éducation qui ne sont pas considérées comme de la formation professionnelle.

- (11) La présente directive devrait être sans préjudice des compétences des États membres en matière d'éducation, de sécurité sociale et de soins de santé. Elle devrait également être sans préjudice du rôle essentiel et du large pouvoir discrétionnaire des États membres pour ce qui est de la fourniture, de la commande et de l'organisation de services d'intérêt économique général.
- (12) La discrimination s'entend comme incluant les formes directes et indirectes de discrimination, le harcèlement, les comportements consistant à enjoindre de pratiquer une discrimination ainsi que le refus de procéder à des aménagements raisonnables.
- (13) Dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sans distinction de religion ou de convictions, d'âge ou d'orientation sexuelle, la Communauté devrait, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, tendre à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discrimination multiple.
- (14) L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte devrait revenir à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris les données statistiques.
- (15) Des facteurs actuariels et des facteurs de risque liés au handicap et à l'âge sont utilisés dans le cadre des services d'assurance, de banque et d'autres services financiers. Ces facteurs ne devraient pas être considérés comme des discriminations lorsqu'ils s'avèrent déterminants pour l'évaluation du risque.
- (16) Toute personne jouit de la liberté contractuelle, y compris de la liberté de choisir un cocontractant pour une transaction. La présente directive ne devrait pas s'appliquer aux transactions économiques réalisées par des particuliers pour lesquels ces transactions ne constituent pas une activité professionnelle ou commerciale.
- (17) Tout en interdisant la discrimination, il est important de respecter les autres libertés et droits fondamentaux, notamment la protection de la vie privée et familiale ainsi que les transactions qui se déroulent dans ce cadre, la liberté de religion et la liberté d'association. Cette directive est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation. Elle est également sans préjudice du caractère laïque de l'État, des institutions et organismes publics ou de l'éducation.
- (18) Les États membres sont responsables de l'organisation et du contenu de l'éducation. La communication de la Commission intitulée «Améliorer les compétences pour le XXI<sup>e</sup> siècle: un programme de coopération européenne en matière scolaire» souligne la nécessité d'accorder une attention particulière aux enfants défavorisés et aux enfants présentant des besoins particuliers en matière d'éducation. En particulier, les législations nationales peuvent permettre des différences s'agissant de l'accès aux établissements d'enseignement fondés sur la religion ou les convictions. Les États membres peuvent également autoriser ou interdire le port ou l'exhibition de symboles religieux dans les établissements scolaires.

- (19) L'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam, qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. Les mesures destinées à permettre aux personnes handicapées de jouir d'un accès effectif et non discriminatoire aux secteurs couverts par la présente directive contribuent largement à assurer la pleine égalité en pratique. Par ailleurs, des mesures individuelles d'aménagement raisonnable peuvent être requises dans certains cas pour garantir un tel accès aux personnes handicapées. En tout état de cause, aucune mesure qui représenterait une charge disproportionnée n'est requise. Afin d'évaluer si la charge est disproportionnée, il convient de tenir compte de plusieurs facteurs, dont la taille, les ressources et la nature de l'organisation. Le principe d'aménagement raisonnable et de charge disproportionnée est établi dans la directive 2000/78/CE et dans la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées.
- (20) Des exigences et des normes légales d'accessibilité<sup>35</sup> ont été définies au niveau européen pour certains domaines, tandis que l'article 16 du règlement (CE) n° 1083/2006 du 11 juillet 2006 sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion, abrogeant le règlement (CE) n° 1260/1999<sup>36</sup>, dispose que l'accessibilité pour les personnes handicapées est l'un des critères à respecter lors de la définition d'opérations cofinancées par les Fonds. Le Conseil a également souligné la nécessité d'adopter des mesures pour garantir l'accès des personnes handicapées aux infrastructures et activités culturelles<sup>37</sup>.
- (21) L'interdiction de discrimination devrait être sans préjudice du maintien ou de l'adoption, par les États membres, de mesures destinées à prévenir ou à compenser les désavantages que connaissent certains groupes du fait de leur religion ou de leurs convictions, de leur handicap, de leur âge ou de leur orientation sexuelle. Ces mesures peuvent autoriser l'existence d'organisations de personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés lorsque leur objet principal est la promotion des besoins spécifiques de ces personnes.
- (22) La présente directive fixe des exigences minimales, laissant aux États membres la liberté d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables. La mise en œuvre de la présente directive ne devrait pas justifier une régression par rapport à la situation existant dans chaque État membre.
- (23) Les personnes qui ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle devraient disposer de moyens de protection juridique adéquats. Pour assurer un niveau de protection plus efficace, les associations, les organisations et les autres entités juridiques devraient être habilitées à engager une procédure, y compris au nom ou à l'appui d'une victime, sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions.

---

<sup>35</sup> Règlement (CE) n° 1107/2006 et règlement (CE) n° 1371/2007.

<sup>36</sup> JO L 210 du 31.7.2006, p. 25. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1989/2006 (JO L 411 du 30.12.2006, p. 6).

<sup>37</sup> JO C 134 du 7.6.2003, p. 7.



- (24) L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, l'application effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse. Toutefois, il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse adhère à une religion donnée ou possède des convictions données, présente un certain handicap, a un âge spécifique ou une orientation sexuelle donnée.
- (25) L'application effective du principe de l'égalité de traitement requiert une protection judiciaire adéquate contre les rétorsions.
- (26) Dans sa résolution sur le suivi de l'Année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007), le Conseil a appelé à associer pleinement la société civile, notamment les organisations qui représentent les groupes de population exposés à la discrimination, les partenaires sociaux et les parties prenantes, à l'élaboration des politiques et des programmes visant à prévenir la discrimination et à promouvoir l'égalité de traitement et l'égalité des chances, tant au niveau européen qu'au niveau national.
- (27) L'expérience acquise dans l'application des directives 2000/43/CE et 2004/113/CE montre que la protection contre la discrimination fondée sur les motifs visés à la présente directive serait renforcée par l'existence, dans chaque État membre, d'un ou de plusieurs organismes ayant compétence pour analyser les problèmes en cause, étudier les solutions possibles et apporter une assistance concrète aux victimes.
- (28) En exerçant leurs pouvoirs et en assumant leurs responsabilités au titre de la présente directive, ces organismes devraient agir de manière compatible avec les principes de Paris définis par les Nations unies en ce qui concerne le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme.
- (29) Les États membres devraient mettre en place des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables en cas de non-respect des obligations découlant de la présente directive.
- (30) Conformément au principe de subsidiarité et au principe de proportionnalité tels qu'énoncés à l'article 5 du traité CE, l'objectif de la présente directive, à savoir assurer un niveau commun de protection contre la discrimination dans tous les États membres, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire. La présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.
- (31) Conformément au paragraphe 34 de l'accord interinstitutionnel «Mieux légiférer», les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux illustrant, dans la mesure du possible, la concordance entre la directive et les mesures de transposition, et à les rendre publics.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

## **Chapitre 1**

### **DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

#### *Article premier*

##### *Objet*

La présente directive instaure un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines que l'emploi et le travail.

#### *Article 2*

##### *Concept de discrimination*

1. Aux fins de la présente directive, on entend par «principe de l'égalité de traitement» l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Aux fins du paragraphe 1:

a) une discrimination directe est réputée se produire lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>;

b) une discrimination indirecte est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

3. Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

4. Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de certaines personnes pour l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1.

5. Le refus de réaliser un aménagement raisonnable dans une situation donnée comme le prévoit l'article 4, paragraphe 1, point b), de la présente directive, au bénéfice de personnes handicapées, est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1.

6. Nonobstant le paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. En particulier, la présente directive n'exclut pas la



fixation d'un âge spécifique pour accéder aux prestations sociales, à l'éducation et à certains biens ou services.

7. Nonobstant le paragraphe 2, en ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes.

8. La présente directive est sans préjudice des mesures générales prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, au maintien de l'ordre public et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui.

### *Article 3* *Champ d'application*

1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, l'interdiction de discrimination s'applique à toutes les personnes, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, y compris dans les organismes publics, en ce qui concerne:

- a) la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé;
- b) les avantages sociaux;
- c) l'éducation;
- d) l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement.

Le point d) s'applique aux particuliers uniquement dans la mesure où ceux-ci exercent une activité professionnelle ou commerciale.

2. La présente directive est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial et aux droits en matière de procréation.

3. La présente directive est sans préjudice des responsabilités des États membres en ce qui concerne le contenu, les activités et l'organisation de leurs systèmes d'éducation, y compris en matière d'éducation répondant à des besoins spécifiques. Les États membres peuvent permettre des différences de traitement s'agissant de l'accès aux établissements d'enseignement fondés sur la religion ou les convictions.

4. La présente directive est sans préjudice de la législation nationale qui garantit la laïcité de l'État, des institutions et organismes publics ou de l'éducation, ou qui concerne le statut et les activités des Églises et autres organisations fondées sur la religion ou sur certaines convictions. Elle est également sans préjudice de la législation nationale qui promeut l'égalité entre hommes et femmes.

5. La présente directive ne couvre pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et des apatrides concernés.

*Article 4*  
*Égalité de traitement des personnes handicapées*

1. Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées:

a) sont prévues de manière anticipative, entre autres par des modifications et des ajustements appropriés, les mesures nécessaires pour permettre aux personnes handicapées de jouir d'un accès effectif et non discriminatoire à la protection sociale, aux avantages sociaux, aux soins de santé et à l'éducation, ainsi que de l'accès aux biens et services et la fourniture des biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement et de transports. Ces mesures ne devraient pas imposer de charge disproportionnée ou nécessiter de modification fondamentale de la protection sociale, des avantages sociaux, des soins de santé, de l'éducation ou des biens et services concernés, ni de substitution de ces biens et services;

b) sans préjudice de l'obligation d'assurer un accès effectif et non discriminatoire et si un cas particulier le requiert, des aménagements raisonnables devront être effectués à moins que cette obligation ne représente une charge disproportionnée.

2. Afin d'évaluer si les mesures nécessaires à l'application du paragraphe 1 représentent une charge disproportionnée, il est en particulier tenu compte de la taille et des ressources de l'organisation, de sa nature, du coût estimé, du cycle de vie des biens et services et des avantages potentiels d'une meilleure accessibilité pour les personnes handicapées. La charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures s'inscrivant dans le cadre de la politique d'égalité de traitement menée par l'État membre concerné.

3. La présente directive est sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales portant sur l'accessibilité de biens ou services spécifiques.

*Article 5*  
*Action positive*

En vue d'assurer la pleine égalité en pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques pour prévenir ou compenser des désavantages liés à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle.

*Article 6*  
*Prescriptions minimales*

1. Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues par la présente directive.

2. La mise en œuvre de la présente directive ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà assuré par les États membres dans les domaines régis par la présente directive.

## **CHAPITRE II**

### **VOIES DE RECOURS ET APPLICATION DU DROIT**

#### *Article 7* *Défense des droits*

1. Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après la cessation de la relation dans laquelle la discrimination est présumée s'être produite.

2. Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les autres entités juridiques qui ont un intérêt légitime à assurer le respect des dispositions de la présente directive puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice des règles nationales relatives aux délais impartis pour former un recours en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement.

#### *Article 8* *Charge de la preuve*

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation de l'interdiction de discrimination.

2. Le paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'adopter des règles de la preuve plus favorables aux plaignants.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.

4. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles la juridiction ou l'instance compétente procède à l'instruction des faits.

5. Les paragraphes 1, 2, 3 et 4 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 7, paragraphe 2.

#### *Article 9* *Protection contre les rétorsions*

Les États membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable faisant

suite à une plainte ou à une action en justice destinée à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

*Article 10*  
*Diffusion de l'information*

Les États membres veillent à ce que les dispositions adoptées en application de la présente directive ainsi que celles qui sont déjà en vigueur dans ce domaine soient portées à la connaissance des personnes concernées par des moyens appropriés sur l'ensemble de leur territoire.

*Article 11*  
*Dialogue avec les parties intéressées*

Afin de promouvoir le principe de l'égalité de traitement, les États membres encouragent le dialogue avec les parties intéressées, en particulier les organisations non gouvernementales qui ont, conformément aux pratiques et législations nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur les motifs couverts par la présente directive et dans les domaines couverts par celle-ci.

*Article 12*  
*Organismes de promotion de l'égalité de traitement*

1. Les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes, sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle. Ces organismes peuvent faire partie d'agences chargées, à l'échelon national, de défendre les droits de l'homme ou de protéger les droits des personnes, y compris les droits découlant d'autres actes communautaires, comme les directives 2000/43/CE et 2004/113/CE.

2. Les États membres veillent à ce que ces organismes aient notamment pour compétence:

- d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination, sans préjudice des droits des victimes et des associations, organisations ou autres entités juridiques visées à l'article 7, paragraphe 2;
- de mener des études indépendantes sur les discriminations;
- de publier des rapports indépendants et de formuler des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations.

## **CHAPITRE III**

### **Dispositions finales**

*Article 13*  
*Conformité*

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que le principe de l'égalité de traitement soit respecté, et en particulier:

a) que les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement soient supprimées;

b) que les dispositions contractuelles, les règlements intérieurs des entreprises et les règles régissant les associations à but lucratif ou sans but lucratif qui sont contraires au principe de l'égalité de traitement soient ou puissent être déclarés nuls et non avenus ou soient modifiés.

#### *Article 14*

##### *Sanctions*

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en exécution de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de ces sanctions. Celles-ci peuvent comprendre le versement d'indemnités, qui ne peuvent pas être limitées à priori par un plafond et doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

#### *Article 15*

##### *Mise en œuvre*

1. Les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le ... [deux ans après l'adoption]. Ils en informent immédiatement la Commission et lui communiquent le texte de ces dispositions ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Afin de tenir compte de conditions particulières, les États membres peuvent, s'il y a lieu, disposer que l'obligation d'assurer un accès effectif telle que prévue à l'article 4 doit être respectée au plus tard le... [au plus tard] quatre [ans après l'adoption].

Les États membres qui souhaitent faire usage de ce délai additionnel en informent la Commission au plus tard à la date mentionnée au paragraphe 1, en motivant leur décision.

#### *Article 16*

##### *Rapport*

1. Les États membres et les organismes nationaux chargés des questions d'égalité communiquent à la Commission, au plus tard le ... et ensuite tous les cinq ans, toutes les informations nécessaires à la Commission pour établir un rapport à l'intention du Parlement européen et du Conseil sur l'application de la présente directive.

2. Le cas échéant, le rapport de la Commission tient compte du point de vue des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales concernées, ainsi que de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Conformément au principe de prise en considération systématique des questions d'égalité entre hommes et femmes, ce rapport fournit, entre autres, une évaluation de l'incidence des mesures adoptées sur les hommes et les femmes. À la lumière des informations reçues, ce rapport inclut, si nécessaire, des propositions visant à réviser et à actualiser la présente directive.

*Article 17*  
*Entrée en vigueur*

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

*Article 18*  
*Destinataires*

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le

*Par le Conseil*

*Le Président*

## I

(Actes dont la publication est une condition de leur applicabilité)

**DIRECTIVE 2004/17/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**du 31 mars 2004**

**portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux**

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 47, paragraphe 2, et ses articles 55 et 95,

vu la proposition de la Commission <sup>(1)</sup>,

vu l'avis du Comité économique et social <sup>(2)</sup>,

vu l'avis du Comité des régions <sup>(3)</sup>,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité <sup>(4)</sup>, à la lumière du texte conjoint approuvé le 9 - décembre 2003 par le comité de conciliation,

considérant ce qui suit:

(1) À l'occasion de nouvelles modifications de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications <sup>(5)</sup>, nécessaires pour répondre aux exigences de simplification et de modernisation formulées aussi bien par les entités adjudicatrices que par les opérateurs économiques dans le cadre des réponses au Livre vert adopté par la Commission le 27 novembre 1996, il convient, dans un souci de clarté, de procéder à la refonte de la directive. La présente directive est fondée sur

la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les entités adjudicatrices de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée à l'entité adjudicatrice, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 9.

(2) Une raison importante pour l'introduction de règles portant coordination des procédures de passation des marchés dans ces secteurs tient aux différentes façons dont les autorités nationales peuvent influencer le comportement de ces entités, notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance.

(3) Une autre des raisons principales pour lesquelles une coordination des procédures de passation de marchés par les entités opérant dans ces secteurs est nécessaire est le caractère fermé des marchés sur lesquels elles opèrent, cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.

(4) La réglementation communautaire, et notamment les règlements du Conseil (CEE) n° 3975/87 du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens <sup>(6)</sup> et (CEE) n° 3976/87 du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens <sup>(7)</sup>, vise à introduire plus de concurrence entre les entités fournissant des services de transport aérien au public. En conséquence, il ne convient pas d'inclure ces transporteurs dans la présente directive. Au vu de la concurrence existant dans les transports maritimes communautaires, il serait également inapproprié de soumettre les marchés passés dans ce secteur aux règles de la présente directive.

<sup>(1)</sup> JO C 29 E du 30.1.2001, p. 112 et JO C 203 E du 27.8.2002, p. 183.

<sup>(2)</sup> JO C 193 du 10.7.2001, p. 1.

<sup>(3)</sup> JO C 144 du 16.5.2001, p. 23.

<sup>(4)</sup> Avis du Parlement européen du 17 janvier 2002 (JO C 271 E du 7.11.2002, p. 293), position commune du Conseil du 20 mars 2003 (JO C 147 E du 24.6.2003, p. 137) et position du Parlement européen du 2 juillet 2003 (non encore parue au Journal officiel). Résolution législative du Parlement européen du 29 janvier 2004 et décision du Conseil du 2 février 2004.

<sup>(5)</sup> JO L 199 du 9.8.1993, p. 84. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/78/CE de la Commission (JO L 285 du 29.10.2001, p. 1).

<sup>(6)</sup> JO L 374 du 31.12.1987, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1/2003 (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

<sup>(7)</sup> JO L 374 du 31.12.1987, p. 9. Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994.



- (5) Le champ d'application de la directive 93/38/CEE couvre actuellement certains marchés passés par des entités adjudicatrices opérant dans le secteur des télécommunications. Un cadre législatif, mentionné dans le quatrième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications du 25 novembre 1998, a été adopté pour ouvrir le secteur des télécommunications. L'une de ses conséquences a été l'introduction d'une concurrence effective, à la fois en droit et en fait, dans ce secteur. À titre d'information, et en tenant compte de cette situation, la Commission a publié une liste <sup>(1)</sup> des services de télécommunications pouvant déjà être exclus du champ d'application de ladite directive au titre de son article 8. Des progrès additionnels ont été confirmés dans le septième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications du 26 novembre 2001. Il n'est donc plus nécessaire de réglementer les achats par les entités opérant dans ce secteur.
- (6) Par conséquent, il n'est plus opportun de maintenir le comité consultatif pour les marchés de télécommunications institué par la directive 90/531/CEE du Conseil du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications <sup>(2)</sup>.
- (7) Il convient néanmoins de continuer à surveiller l'évolution du secteur des télécommunications et de réexaminer la situation s'il est constaté qu'une concurrence effective n'est plus présente dans ce secteur.
- (8) La directive 93/38/CEE exclut de son champ d'application l'acquisition des services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radio-messagerie et de télécommunications par satellite. Ces exclusions ont été introduites pour prendre en considération le fait que, souvent, les services en question ne pouvaient être fournis que par un seul fournisseur de services dans une zone géographique donnée en raison de l'absence de concurrence effective et de l'existence de droits spéciaux ou exclusifs. L'introduction d'une concurrence effective dans le secteur des télécommunications rend ces exclusions non fondées. Il est donc nécessaire d'intégrer l'acquisition de tels services de télécommunications dans le champ d'application de la présente directive.
- (9) En vue de garantir l'ouverture à la concurrence des marchés publics attribués par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, il est souhaitable que soient élaborées des dispositions instaurant une coordination communautaire des marchés dépassant une certaine valeur. Cette coordination est fondée sur les exigences résultant des articles 14, 28 et 49 du traité CE et de l'article 97 du traité Euratom, à savoir le principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe de proportionnalité, ainsi que le principe de transparence. Compte tenu de la nature des secteurs concernés par cette coordination, celle-ci devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité.
- En ce qui concerne les marchés publics dont la valeur est inférieure au montant déclenchant l'application des dispositions sur la coordination communautaire, il convient de rappeler la jurisprudence élaborée par la Cour de justice selon laquelle les règles et principes des traités susmentionnés sont applicables.
- (10) La nécessité d'assurer une véritable ouverture du marché et un juste équilibre dans l'application des règles de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux exige que les entités visées soient définies autrement que par référence à leur statut juridique. Il faudrait donc veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'égalité de traitement entre les entités adjudicatrices du secteur public et du secteur privé. Il est également nécessaire de veiller, conformément à l'article 295 du traité, à ne préjuger en rien le régime de la propriété dans les États membres.
- (11) Les États membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.
- (12) Conformément à l'article 6 du traité, les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3 de ce traité, en particulier afin de promouvoir le développement durable. La présente directive précise donc comment les entités adjudicatrices peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix.
- (13) Il importe qu'aucune disposition de la présente directive n'interdise d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la moralité, de l'ordre et de la sécurité publics, de la santé, de la vie humaine et animale, ou à la préservation des végétaux, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au traité.

<sup>(1)</sup> JO C 156 du 3.6.1999, p. 3.

<sup>(2)</sup> JO L 297 du 29.10.1990, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 164 du 30.6.1994, p. 3).



(14) La décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle d'Uruguay (1986-1994) <sup>(1)</sup>, a notamment approuvé l'accord de l'OMC sur les marchés publics, ci-après dénommé «accord», dont le but est d'établir un cadre multilatéral de droits et d'obligations équilibrés en matière de marchés publics en vue de réaliser la libéralisation et l'expansion du commerce mondial. Eu égard aux droits et engagements internationaux résultant pour la Communauté de l'acceptation de l'accord, le régime applicable aux soumissionnaires et aux produits des pays tiers signataires est celui défini par l'accord. L'accord n'a pas d'effet direct. Il convient, donc, que les entités adjudicatrices visées par l'accord, qui se conforment à la présente directive et qui appliquent celle-ci aux opérateurs économiques des pays tiers signataires de l'accord, respectent ainsi cet accord. Il convient également que la présente directive garantisse aux opérateurs économiques de la Communauté des conditions de participation aux marchés publics aussi favorables que celles réservées aux opérateurs économiques des pays tiers signataires de l'accord.

(15) Avant le lancement d'une procédure de passation d'un marché, les entités adjudicatrices peuvent, en recourant à un «dialogue technique», solliciter, ou accepter, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence.

(16) Vu la diversité que présentent les marchés de travaux, il convient que les entités adjudicatrices puissent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour la conception et l'exécution des travaux. La directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe. La décision relative à une passation séparée ou conjointe du marché devrait se fonder sur des critères qualitatifs et économiques qui peuvent être définis par les législations nationales.

Un contrat ne devrait pouvoir être considéré comme un marché de travaux que si son objet vise spécifiquement à réaliser des activités visées à l'annexe XII, même si le contrat peut comprendre d'autres services nécessaires à la réalisation de ces activités. Les marchés de services, notamment dans le domaine des services de gestion de propriétés, peuvent, dans certains cas, inclure des travaux. Toutefois ces travaux, pour autant qu'ils sont accessoires et ne constituent, donc, qu'une conséquence éventuelle ou un complément à l'objet principal du contrat, ne peuvent justifier la qualification du contrat comme marché de travaux.

Aux fins du calcul de la valeur estimée d'un marché de travaux, il est opportun de se fonder sur la valeur des travaux eux-mêmes ainsi que, le cas échéant, sur la valeur estimée des fournitures et des services, que les entités adjudicatrices mettent à la disposition des entrepreneurs, pour autant que ces services ou ces fournitures soient nécessaires à l'exécution des travaux en question. Il devrait être clair que, aux fins du présent paragraphe, les services concernés sont ceux prestés par les entités adjudicatrices au moyen de leur propre personnel. Par ailleurs, le calcul de la valeur des marchés de services prestés ou non à un entrepreneur pour une exécution ultérieure des travaux suit les règles applicables aux marchés de services.

(17) Pour l'application des règles prévues par la présente directive et aux fins de la surveillance, la meilleure définition du domaine des services consiste à les subdiviser en catégories correspondant à certaines positions d'une nomenclature commune et à les réunir en deux annexes, XVII A et XVII B, suivant le régime auquel ils sont soumis. En ce qui concerne les services visés à l'annexe XVII B, les dispositions pertinentes de la présente directive ne devraient pas porter préjudice à l'application des règles communautaires spécifiques aux services en question.

(18) En ce qui concerne les marchés de services, l'application intégrale de la présente directive devrait être limitée, pendant une période transitoire, aux marchés pour lesquels ses dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges au-delà des frontières. Les marchés des autres services devraient être surveillés pendant cette période transitoire avant qu'une décision ne soit prise sur l'application intégrale de la présente directive. Il est nécessaire, à cet égard, de définir le mécanisme de cette surveillance. Ce mécanisme devrait, en même temps, permettre aux intéressés d'avoir accès aux informations en la matière.

(19) Il est nécessaire d'éviter des entraves à la libre prestation des services. Dès lors, les prestataires de services peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. La présente directive ne devrait toutefois pas porter préjudice à l'application, au niveau national, des règles relatives aux conditions d'exercice d'une activité ou d'une profession à condition qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire.

(20) Certaines nouvelles techniques d'achat électroniques sont en développement constant. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte. Les entités adjudicatrices peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur

<sup>(1)</sup> JO L 336 du 23.12.1994, p. 1.

utilisation soit faite dans le respect des règles de la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. À cet égard, la présentation d'une offre par un soumissionnaire, en particulier pour l'application d'un accord-cadre ou lorsqu'un système d'acquisition dynamique est utilisé, peut prendre la forme du catalogue électronique de ce soumissionnaire, dès lors qu'il utilise les moyens de communication choisis par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 48.

(21) Compte tenu de l'expansion rapide des systèmes d'achat électroniques, il convient de prévoir, d'ores et déjà, des règles adéquates pour permettre aux entités adjudicatrices de tirer pleinement profit des possibilités offertes par lesdits systèmes. Dans cette perspective, il convient de définir un système d'acquisition dynamique entièrement électronique pour des achats d'usage courant, et de fixer des règles spécifiques pour la mise en place et le fonctionnement d'un tel système afin de garantir le traitement équitable de tout opérateur économique qui souhaite en faire partie. Tout opérateur économique devrait pouvoir adhérer à un tel système dès lors qu'il introduit une offre indicative conforme au cahier des charges et qu'il remplit les critères de sélection. Cette technique d'acquisition permet aux entités adjudicatrices, par la création d'une liste de soumissionnaires déjà retenus et par la possibilité donnée à de nouveaux soumissionnaires d'y adhérer, de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres — grâce aux moyens électroniques utilisés — et donc d'assurer une utilisation optimale des fonds par une large concurrence.

(22) Les enchères électroniques constituant une technique appelée à se répandre, il convient de donner une définition communautaire de ces enchères et de les encadrer par des règles spécifiques afin d'assurer qu'elles se déroulent dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. À cet effet, il convient de prévoir que ces enchères électroniques ne portent que sur des marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise. Cela peut notamment être le cas en ce qui concerne les marchés de fournitures, de travaux et de services récurrents. Dans le même but, il convient également de prévoir que le classement respectif des soumissionnaires puisse être établi à chaque moment de l'enchère électronique. Le recours aux enchères électroniques permet aux entités adjudicatrices de demander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix revus à la baisse et, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, également d'améliorer des éléments des offres autres que le prix. Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans intervention et/ou appréciation de la part de l'entité adjudicatrice, peuvent faire l'objet d'enchères

électroniques, c'est-à-dire seulement les éléments qui sont quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres impliquant une appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques.

(23) Certaines techniques de centralisation des achats se sont développées dans des États membres. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs sont chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à des entités adjudicatrices. Ces techniques permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il convient donc de prévoir une définition communautaire de la centrale d'achat utilisée par les entités adjudicatrices. Il y a lieu également de définir les conditions auxquelles, dans le respect des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, les entités adjudicatrices qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat peuvent être considérées comme ayant respecté la présente directive.

(24) Afin de tenir compte des diversités existant dans les États membres, il convient de laisser à ces derniers le choix de prévoir la possibilité pour les entités adjudicatrices de recourir à des centrales d'achat, à des systèmes d'acquisition dynamiques ou à des enchères électroniques, tels que définis et réglementés par la présente directive.

(25) Il convient d'assurer une définition appropriée de la notion de droits spéciaux et exclusifs. Cette définition a pour conséquence que le fait qu'une entité puisse, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations portuaires ou aéroportuaires, jouir d'une procédure d'expropriation publique, ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique ne constitue pas en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. Le fait qu'une entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre concerné ne constitue pas non plus en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. De même, des droits accordés par un État membre sous quelque forme que ce soit, y inclus par des actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ouvrant à tout intéressé les remplissant la possibilité d'en bénéficier, ne sauraient être considérés comme étant des droits exclusifs ou spéciaux.

- (26) Il convient que les entités adjudicatrices appliquent des dispositions communes de passation des marchés pour leurs activités relatives à l'eau et que ces règles s'appliquent également lorsque des pouvoirs adjudicateurs au sens de la présente directive passent des marchés pour leurs activités relevant des projets de génie hydraulique, d'irrigation, de drainage, ainsi que d'évacuation et de traitement des eaux usées. Toutefois, les règles de passation des marchés du type de celles qui sont proposées pour les marchés de fournitures sont inappropriées pour les achats d'eau, compte tenu de la nécessité de s'approvisionner auprès de sources proches du lieu d'utilisation.
- (27) Certaines entités fournissant des services de transport par bus au public étaient déjà exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE. De telles entités devraient être également exclues du champ d'application de la présente directive. Afin d'éviter une multiplicité de régimes particuliers applicables à certains secteurs uniquement, il convient que la procédure générale permettant de prendre en compte les effets de l'ouverture à la concurrence s'applique également à toutes les entités fournissant des services de transport par bus autres que celles exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE en vertu de son article 2, paragraphe 4.
- (28) Compte tenu de la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté et du fait que de tels services sont fournis à travers un réseau aussi bien par des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques que par d'autres entreprises, il convient de prévoir que les marchés passés par les entités adjudicatrices offrant des services postaux soient soumis aux règles de la présente directive, y compris celles de l'article 30, qui, tout en sauvegardant l'application des principes visés au considérant 9, créent un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettent plus de flexibilité que n'en offrent les dispositions de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, fournitures et services<sup>(1)</sup>. Pour la définition des activités visées, il convient de tenir compte des définitions de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service<sup>(2)</sup>.
- Quel que soit leur statut juridique, les entités fournissant des services postaux ne sont actuellement pas soumises aux règles détaillées de la directive 93/38/CEE. Dès lors, l'adaptation des procédures de passation de marchés à la présente directive pourrait être plus longue à mettre en œuvre pour ces entités que pour les entités qui sont déjà soumises à ces règles et qui devront simplement adapter leurs procédures aux modifications apportées par la présente directive. Il convient donc de permettre l'application différée de la directive en fonction des délais nécessaires pour cette adaptation. Vu la diversité des situations des entités concernées, la possibilité devrait être laissée aux États membres de prévoir une période de transition pour l'application des règles de la présente directive aux entités adjudicatrices opérant dans le secteur des services postaux.
- (29) Des contrats peuvent être attribués pour satisfaire des exigences inhérentes à différentes activités, soumises éventuellement à des régimes juridiques différents. Il conviendrait de préciser que le régime juridique applicable à un contrat unique destiné à couvrir plusieurs activités devrait être soumis aux règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné. Pour déterminer à quelle activité le contrat est principalement destiné, on pourra se fonder sur l'analyse des besoins auxquels doit répondre le contrat spécifique, effectuée par l'entité adjudicatrice aux fins de l'estimation du montant des marchés et de l'établissement du cahier des charges. Dans certains cas, comme lors de l'achat d'une pièce complète d'équipement destinée à la poursuite des activités pour lesquelles on ne disposerait pas d'informations permettant une estimation des taux d'utilisation respectifs, il pourrait s'avérer objectivement impossible de déterminer à quelle activité le contrat est principalement destiné. Il y aurait lieu de prévoir quelles règles s'appliquent dans de tels cas.
- (30) Sans préjudice des engagements internationaux de la Communauté, il convient de simplifier la mise en œuvre de la présente directive, notamment en simplifiant les seuils et en rendant applicables à toutes les entités adjudicatrices, quel que soit le secteur dans lequel elles opèrent, les dispositions en matière de renseignements à donner aux participants concernant les décisions prises en relation avec les procédures de passation des marchés et leurs résultats. En outre, dans le cadre de l'union monétaire, de tels seuils devraient être fixés en euros de manière à simplifier l'application de ces dispositions tout en assurant le respect des seuils prévus par l'accord qui sont exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS). Dans cette perspective, il convient également de prévoir une révision périodique des seuils exprimés en euros afin de les adapter, si nécessaire, en fonction des variations négatives éventuelles de la valeur de l'euro par rapport aux DTS. Il convient également que les seuils applicables aux concours soient identiques à ceux applicables aux marchés de services.
- (31) Il importe de prévoir des cas dans lesquels les mesures de coordination des procédures peuvent ne pas être appliquées pour des raisons tenant à la sécurité ou aux secrets de l'État ou à cause de l'applicabilité de règles spécifiques de passation de marchés, qui découlent d'accords internationaux, qui concernent le stationnement des troupes ou qui sont propres aux organisations internationales.

<sup>(1)</sup> Voir page 114 du présent Journal officiel.

<sup>(2)</sup> JO L 15 du 21.1.1998, p.14. Directive modifiée en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1882/2003 (JO L 284 du 31.10.2003, p. 1).

- (32) Il convient d'exclure certains marchés de services, de fournitures et de travaux attribués à une entreprise liée dont l'activité principale est de fournir ces services, fournitures ou travaux au groupe auquel elle appartient et non de les commercialiser sur le marché. Il convient également d'exclure certains marchés de services, de fournitures et de travaux attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités visées par la présente directive et dont elle fait partie. Toutefois, il est opportun de garantir que cette exclusion ne provoque pas des distorsions de la concurrence au bénéfice des entreprises ou des coentreprises qui sont liées aux entités adjudicatrices; il convient de prévoir un ensemble approprié de règles, notamment sur les limites maximales dans lesquelles les entreprises peuvent obtenir une partie de leur chiffre d'affaires à partir du marché et au-delà desquelles elles perdraient la possibilité de se voir attribuer des marchés sans mise en concurrence, sur la composition des coentreprises et sur la stabilité des rapports entre ces coentreprises et les entités adjudicatrices.
- (33) Dans le cadre des services, les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation de marchés.
- (34) Les services d'arbitrage et de conciliation sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation de marchés.
- (35) En conformité avec l'accord, les services financiers visés par la présente directive n'incluent pas les marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers; en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des entités adjudicatrices ne sont pas couvertes.
- (36) La présente directive devrait couvrir la fourniture de services uniquement lorsqu'elle est fondée sur un marché.
- (37) En vertu de l'article 163 du traité, l'encouragement de la recherche et du développement technologique constitue un des moyens de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie communautaire et l'ouverture des marchés publics de services contribue à la réalisation de cet objectif. Le cofinancement de programmes de recherche et de développement ne devrait pas être visé par la présente directive; ne sont dès lors pas visés les marchés de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation de services soit entièrement rémunérée par l'entité adjudicatrice.
- (38) Pour éviter la prolifération de régimes particuliers applicables à certains secteurs uniquement, il convient que le régime spécial actuellement en vigueur, tel qu'il résulte de l'article 3 de la directive 93/38/CEE et de l'article 12 de la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures<sup>(1)</sup>, en ce qui concerne les entités qui exploitent une zone géographique dans le but de prospecter ou extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, soit remplacé par une procédure générale permettant l'exemption des secteurs directement exposés à la concurrence. Il faut cependant veiller à ce que cela se fasse sans préjudice de la décision de la Commission 93/676/CEE du 10 décembre 1993 constatant que l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole ou du gaz ne constitue pas aux Pays-Bas une activité visée à l'article 2, paragraphe 2, point b) i), de la directive 90/531/CEE du Conseil et que les entités exerçant cette activité ne sont pas considérées aux Pays-Bas comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 2, paragraphe 3, point b), de cette directive<sup>(2)</sup>, de la décision de la Commission 97/367/CE du 30 mai 1997 constatant que l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole ou du gaz ne constitue pas au Royaume-Uni une activité visée à l'article 2, paragraphe 2, point b) i), de la directive 93/38/CEE du Conseil, et que les entités exerçant cette activité ne sont pas considérées au Royaume-Uni comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 2, paragraphe 3, point b), de cette directive<sup>(3)</sup> et de la décision 2002/205/CE de la Commission du 4 mars 2002 suite à la demande de l'Autriche de recourir au régime spécial prévu par l'article 3 de la directive 93/38/CEE<sup>(4)</sup> ainsi que de la décision de la Commission 2004/73/CE suite à la demande de l'Allemagne de recourir à la procédure spéciale énoncée à l'article 3 de la directive 93/38/EEC<sup>(5)</sup>.
- (39) L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent à l'insertion dans la société. Dans ce cadre les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion ou de la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail. Toutefois, de tels ateliers pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors il convient de prévoir que les États membres puissent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

(1) JO L 164 du 30.6.1994, p. 3.

(2) JO L 316 du 17.12.1993, p. 41.

(3) JO L 156 du 13.6.1997, p. 55.

(4) JO L 68 du 12.3.2002, p. 31.

(5) JO L 16 du 23.1.2004, p. 57.



- (40) La présente directive ne devrait pas s'appliquer aux marchés destinés à permettre l'exercice d'une activité visée aux articles 3 à 7 ni aux concours organisés pour la poursuite d'une telle activité, si, dans l'État membre dans lequel cette activité est exercée, elle est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Il convient donc d'introduire une procédure applicable à tous les secteurs visés par la présente directive permettant de prendre en considération les effets d'une ouverture à la concurrence, actuelle ou future. Une telle procédure devrait offrir la sécurité juridique aux entités concernées et un processus de décision approprié, permettant, dans de brefs délais, d'assurer une application uniforme du droit communautaire en la matière.
- (41) L'exposition directe à la concurrence devrait être évaluée sur la base de critères objectifs prenant en considération les caractéristiques spécifiques du secteur concerné. La mise en œuvre et l'application de la législation communautaire appropriée procédant à l'ouverture d'un secteur donné ou une partie de celui-ci seront considérées comme offrant une présomption suffisante de libre accès au marché en question. Une telle législation appropriée devrait être identifiée dans une annexe qui pourra être mise à jour par la Commission. Lors de la mise à jour, la Commission tient compte, en particulier, de l'adoption éventuelle de mesures réalisant une réelle ouverture à la concurrence de secteurs autres que ceux ayant fait l'objet d'une législation qui est déjà mentionnée à l'annexe XI, telle que l'ouverture des transports ferroviaires. Lorsque le libre accès à un marché donné ne résulte pas de la mise en œuvre de la législation communautaire appropriée, il devrait être démontré que cet accès est libre en droit et en fait. À cet effet, l'application par un État membre d'une directive telle que la directive 94/22/CE ouvrant à la concurrence un secteur donné, à un autre secteur, tel que le secteur du charbon, constitue un fait dont il faut tenir compte aux fins de l'article 30.
- (42) Les spécifications techniques établies par les acheteurs devraient permettre l'ouverture des marchés publics à la concurrence. À cet effet, la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques devrait être possible. Pour ce faire, d'une part, les spécifications techniques devraient pouvoir être établies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles et, d'autre part, en cas de référence à la norme européenne — ou, en son absence, à la norme nationale —, des offres basées sur d'autres solutions équivalentes répondant aux besoins des entités adjudicatrices et équivalentes en termes de sécurité devraient être prises en compte par les entités adjudicatrices. Aux fins de démontrer l'équivalence, les soumissionnaires devraient pouvoir utiliser tout moyen de preuve. Les entités adjudicatrices devraient pouvoir motiver toute décision concluant à la non-équivalence. Les entités adjudicatrices qui souhaitent définir des besoins environnementaux dans les spécifications techniques d'un marché donné peuvent prescrire les caractéristiques environnementales, telles qu'une méthode de production déterminée, et/ou les effets environnementaux spécifiques de groupes de produits ou de services. Elles peuvent, mais n'y sont pas obligées, utiliser les spécifications appropriées définies par les éco-labels, comme l'éco-label européen, l'éco-label (pluri-)national ou tout autre label écologique si les exigences relatives au label sont définies et adoptées sur la base d'une information scientifique au moyen d'un processus auquel les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs ou les organisations environnementales, peuvent participer et si le label est accessible et disponible pour toutes les parties intéressées. Dans la mesure du possible, les entités adjudicatrices devraient établir des spécifications techniques qui prennent en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs. Les spécifications techniques devraient être mentionnées clairement, de façon à ce que tous les soumissionnaires sachent ce que recouvrent les critères établis par l'entité adjudicatrice.
- (43) Afin de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, il convient de prévoir des dispositions en matière de sous-traitance.
- (44) Les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier des charges. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement. À titre d'exemple, on peut citer les obligations — applicables à l'exécution du marché — de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national, de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale.
- (45) Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire. Dans les situations transfrontalières, où des travailleurs d'un État membre fournissent des services dans un autre État membre pour la réalisation d'un marché, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996

- concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services <sup>(1)</sup> énonce les conditions minimales qui doivent être respectées dans le pays d'accueil vis-à-vis de ces travailleurs détachés. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de ces obligations peut être considéré comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique et pouvant entraîner l'exclusion de cet opérateur économique de la procédure de passation d'un marché.
- (46) Compte tenu des nouvelles technologies de l'information et des communications, et des simplifications qu'elles peuvent comporter au niveau de la publicité des marchés et en termes d'efficacité et de transparence des procédures de passation, il convient de mettre les moyens électroniques sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication et d'échange d'informations. Dans toute la mesure du possible, le moyen et la technologie choisis devraient être compatibles avec les technologies utilisées dans les autres États membres.
- (47) L'utilisation de moyens électroniques entraîne des économies de temps. Par conséquent, il y a lieu de prévoir des réductions des délais minimaux en cas d'utilisation de ces moyens électroniques, à condition, toutefois, qu'ils soient compatibles avec les modalités de transmission spécifiques prévues au niveau communautaire. Il est toutefois nécessaire de veiller à ce que l'effet cumulé des réductions des délais n'aboutisse pas à des délais excessivement courts.
- (48) La directive du Parlement européen et du Conseil 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques <sup>(2)</sup> et la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique) <sup>(3)</sup> devraient, dans le cadre de la présente directive, s'appliquer à la transmission d'informations par voie électronique. Les procédures de passation des marchés publics et les règles applicables aux concours de services requièrent un niveau de sécurité et de confidentialité supérieur à celui exigé par ces directives. Par conséquent, les dispositifs de réception électronique des offres, des demandes de participation, ainsi que des plans et projets, devraient répondre à des exigences supplémentaires spécifiques. À cette fin, l'utilisation des signatures électroniques, et notamment la signature électronique avancée, devrait, dans toute la mesure du possible, être encouragée. Par ailleurs, l'existence de régimes volontaires d'accréditation pourrait constituer un cadre favorable pour améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs.
- (49) Il convient que les participants à une procédure d'attribution soient informés des décisions visant à conclure un accord-cadre, à attribuer un marché ou à abandonner la procédure dans des délais suffisamment courts pour ne pas rendre impossible l'introduction de demandes de réexamen; cette information devrait dès lors être donnée aussi rapidement que possible et, en général, dans les quinze jours qui suivent la décision.
- (50) Il convient de préciser que les entités adjudicatrices qui fixent des critères de sélection dans une procédure ouverte doivent le faire selon des règles et critères objectifs, tout comme les critères de sélection dans les procédures restreintes et négociées devraient être objectifs. Ces règles et critères objectifs, tout comme les critères de sélection n'impliquent pas nécessairement des pondérations.
- (51) Il importe de tenir compte de la jurisprudence développée par la Cour de justice dans le cas où un opérateur économique se fonde sur les capacités économique, financière ou technique d'autres entités quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités, afin de satisfaire aux critères de sélection ou, dans le cadre d'un système de qualification, à l'appui de sa demande de qualification. Il appartient dans ce cas à l'opérateur économique de prouver qu'il disposera effectivement de ces moyens pendant toute la durée de validité de la qualification. Aux fins de cette qualification, une entité adjudicatrice peut dès lors déterminer des niveaux d'exigences à atteindre et notamment, par exemple, lorsque cet opérateur se prévaut de la capacité financière d'une autre entité, l'engagement, si besoin est solidaire, de cette dernière entité.
- Les systèmes de qualification devraient être gérés conformément à des règles et critères objectifs qui, au choix des entités adjudicatrices, peuvent porter sur les capacités des opérateurs économiques et/ou sur les caractéristiques des travaux, fournitures ou services couverts par le système. Aux fins de la qualification, les entités adjudicatrices peuvent procéder à leurs propres essais afin d'évaluer les caractéristiques des travaux, fournitures ou services concernés, notamment en termes de compatibilité et de sécurité.
- (52) Les règles communautaires en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats ou autres preuves de qualification formelle sont applicables lorsqu'il est nécessaire de fournir des preuves d'une qualification donnée pour pouvoir participer à une procédure de passation de marchés ou à un concours.
- (53) Dans les cas appropriés, où la nature des travaux et/ou des services justifie que des mesures ou des systèmes de gestion environnementale soient appliqués lors de l'exécution du marché, l'application de tels mesures ou

<sup>(1)</sup> JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

<sup>(2)</sup> JO L 13 du 19.1.2000, p. 12.

<sup>(3)</sup> JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

systèmes peut être requise. Les systèmes de gestion environnementale, indépendamment de leur enregistrement conformément aux instruments communautaires tels que le règlement (CE) n° 761/2001 (EMAS) <sup>(1)</sup>, peuvent démontrer la capacité technique de l'opérateur économique à réaliser le marché. Par ailleurs, une description des mesures appliquées par l'opérateur économique pour assurer le même niveau de protection de l'environnement devrait être acceptée comme moyen de preuve alternatif aux systèmes de management environnemental enregistrés.

- (54) Il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. Compte tenu du fait que les entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs pourraient ne pas avoir accès à des éléments de preuve incontestables à cet égard, il convient de laisser à ces entités adjudicatrices le choix de décider si elles appliqueront ou non les critères d'exclusion énumérés à l'article 45, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE. L'obligation d'appliquer ces dispositions devrait donc être limitée aux seules entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs adjudicateurs. Il convient que les entités adjudicatrices demandent, le cas échéant, aux demandeurs de qualification, candidats ou soumissionnaires les documents appropriés et ils peuvent, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces opérateurs économiques, demander la coopération des autorités compétentes de l'État membre concerné. L'exclusion de ces opérateurs économiques doit intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant ce type d'infractions, rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif qui lui confère l'autorité de la chose jugée.

Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme une infraction mettant en cause la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

Le non-respect des dispositions nationales transposant les directives 2000/78/CE <sup>(2)</sup> et 76/207/CEE <sup>(3)</sup> en matière d'égalité de traitement des travailleurs, qui a fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

<sup>(1)</sup> Règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) (JO L 114 du 24.4.2001, p. 1).

<sup>(2)</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2.12.2000, p. 16).

<sup>(3)</sup> Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39 du 14.2.1976, p. 40). Directive modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 269 du 5.10.2002 p. 15).

- (55) L'attribution du marché doit être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du «prix le plus bas» et celui de «l'offre économiquement la plus avantageuse».

Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, il convient de prévoir l'obligation — consacrée par la jurisprudence — d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il incombe dès lors aux entités adjudicatrices d'indiquer les critères d'attribution ainsi que la pondération relative donnée à chacun de ces critères, et ce en temps utile afin que les opérateurs économiques en aient connaissance pour établir leurs offres. Les entités adjudicatrices peuvent déroger à l'indication de la pondération des critères d'attribution dans les cas dûment justifiés, qu'elles doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable notamment en raison de la complexité du marché. Dans ces cas, elles doivent indiquer l'ordre d'importance décroissant de ces critères.

Lorsque les entités adjudicatrices choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, il importe qu'elles évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire elles devraient déterminer les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'entité adjudicatrice. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre. Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution doivent permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre à l'entité adjudicatrice de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, tels que définis dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'une entité adjudicatrice 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 particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services objet du marché.

- (56) Les critères d'attribution ne doivent pas affecter l'application de dispositions nationales relatives à la rémunération de certains services, tels que les prestations des architectes, des ingénieurs ou des avocats.
- (57) Le règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes <sup>(1)</sup> devraient s'appliquer au calcul des délais visés par la présente directive.
- (58) La présente directive est sans préjudice des obligations internationales existantes de la Communauté ou des États membres et ne préjuge pas l'application des dispositions du traité, notamment de ses articles 81 et 86.
- (59) La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux obligations des États membres concernant les délais de transposition et d'application de la directive 93/38/CEE indiqués à l'annexe XXV.
- (60) Il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires pour la mise en œuvre de la présente directive en conformité avec la décision 1999/468/CEE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission <sup>(2)</sup>,
- ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

## TABLE DES MATIÈRES

<b>TITRE I</b>	Dispositions générales applicables aux marchés et aux concours
CHAPITRE I	Termes de base
Article 1	Définitions
CHAPITRE II	Champ d'application: définition des entités et des activités visées
<b>Section 1</b>	Entités
Article 2	Entités adjudicatrices
<b>Section 2</b>	Activités
Article 3	Gaz, chaleur et électricité
Article 4	Eau
Article 5	Services de transport
Article 6	Services postaux
Article 7	Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports
Article 8	Listes des entités adjudicatrices
Article 9	Marchés concernant plusieurs activités
CHAPITRE III	Principes généraux
Article 10	Principes de passation des marchés
<b>TITRE II</b>	Règles applicables aux marchés
CHAPITRE I	Dispositions générales
Article 11	Opérateurs économiques
Article 12	Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce
Article 13	Confidentialité

<sup>(1)</sup> JO L 124 du 8.6.1971, p. 1.

<sup>(2)</sup> JO L 184 du 17.7.1999, p. 23.



Article 14	Accords-cadres
Article 15	Systèmes d'acquisition dynamiqués
CHAPITRE II	Seuils et exclusions
<b>Section I</b>	Seuils
Article 16	Montants des seuils des marchés
Article 17	Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés, accords-cadres et des systèmes dynamiques
<b>Section 2</b>	Les marchés et les concessions, ainsi que les marchés soumis à un régime spécial
Sous-section 1	
Article 18	Concessions de travaux ou de service
Sous-section 2	Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices et à tous les types de marchés
Article 19	Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers
Article 20	Marchés passés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un pays tiers
Article 21	Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité
Article 22	Marchés passés en vertu de règles internationales
Article 23	Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise
Sous-section 3	Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrice, mais aux seuls marchés de services
Article 24	Marchés portant sur certains services exclus du champ d'application de la présente directive
Article 25	Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif
Sous-section 4	Exclusions applicables à certaines entités adjudicatrices uniquement
Article 26	Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie
Sous-section 5	Marchés soumis à un régime spécial, dispositions concernant les centrales d'achat ainsi que le mécanisme général
Article 27	Marchés soumis à un régime spécial
Article 28	Marchés réservés
Article 29	Marchés et accords-cadres passés par les centrales d'achat
Article 30	Procédure permettant d'établir si une activité donnée est directement exposée à la concurrence
CHAPITRE III	Régimes applicables aux marchés de services
Article 31	Marchés de services énumérés à l'annexe XVII A
Article 32	Marchés de services repris à l'annexe XVII B
Article 33	Marchés mixtes de services repris à l'annexe XVII A et de services repris à l'annexe XVII B

CHAPITRE IV	Régimes spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché
Article 34	Spécifications techniques
Article 35	Communication des spécifications techniques
Article 36	Variantes
Article 37	Sous-traitance
Article 38	Conditions d'exécution du marché
Article 39	Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions en matière de protection du travail et aux conditions de travail
CHAPITRE V	Procédures
Article 40	Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées
CHAPITRE VI	Règles de publicité et de transparence
<b>Section 1</b>	Publication des avis
Article 41	Avis périodiques indicatifs et avis sur l'existence d'un système de qualification
Article 42	Avis utilisés comme moyen de mise en concurrence
Article 43	Avis de marchés passés
Article 44	Rédaction et modalités de publication des avis
<b>Section 2</b>	Délais
Article 45	Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres
Article 46	Procédures ouvertes, cahiers des charges, documents et renseignements supplémentaires
Article 47	Invitations à présenter des offres ou à négocier
<b>Section 3</b>	Communications et informations
Article 48	Règles applicables aux communications
Article 49	Information des demandeurs de qualification, des candidats et des soumissionnaires
Article 50	Informations à conserver sur les marchés passés
CHAPITRE VII	Déroulement de la procédure
Article 51	Dispositions générales
<b>Section 1</b>	Qualifications et sélection qualitative
Article 52	Reconnaissance mutuelle en matière de conditions administratives, techniques ou financières ainsi que concernant les certificats, essais et justifications
Article 53	Systèmes de qualification
Article 54	Critères de sélection qualitative
<b>Section 2</b>	Attribution des marchés
Article 55	Critères d'attribution des marchés
Article 56	Utilisation d'enchères électroniques
Article 57	Offres anormalement basses

<b>Section 3</b>	Offres contenant des produits originaires des pays tiers et relations avec ceux-ci
Article 58	Offres contenant des produits originaires des pays tiers
Article 59	Relations avec les pays tiers en matière de marchés de travaux, de fournitures et de services
<b>TITRE III</b>	Règles applicables aux concours dans le domaine des services
Article 60	Disposition générale
Article 61	Seuils
Article 62	Concours exclus
Article 63	Règles de publicité et de transparence
Article 64	Moyens de communication
Article 65	Règles concernant l'organisation des concours, la sélection des participants et le jury
Article 66	Décisions du jury
<b>TITRE IV</b>	Obligations statistiques, compétences d'exécution et dispositions finales
Article 67	Obligations statistiques
Article 68	Procédure de comité
Article 69	Révision des seuils
Article 70	Modifications
Article 71	Mise en œuvre
Article 72	Mécanismes de contrôle
Article 73	Abrogation
Article 74	Entrée en vigueur
Article 75	Destinataires
Annexe I	Entités adjudicatrices dans le secteur des transports ou de la distribution de gaz ou de chaleur
Annexe II	Entités adjudicatrices dans le secteur de la production, du transport ou de la distribution d'électricité
Annexe III	Entités adjudicatrices dans les secteurs de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable
Annexe IV	Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer
Annexe V	Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbains, de tramway, de trolleybus ou d'autobus
Annexe VI	Entités adjudicatrices dans le secteur des services postaux
Annexe VII	Entités adjudicatrices dans les secteurs de prospection et extraction de pétrole ou de gaz
Annexe VIII	Entités adjudicatrices dans les secteurs de prospection et extraction de charbon et d'autres combustibles solides
Annexe IX	Entités adjudicatrices dans le domaine des installations portuaires maritimes ou intérieures ou autres terminaux
Annexe X	Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires
Annexe XI	Liste de la législation communautaire visée à l'article 30, paragraphe 3
Annexe XII	Liste des activités visées à l'article 1 <sup>er</sup> , paragraphe 2, point b)

Annexe XIII	Informations qui doivent paraître dans les avis de marché
	A. Procédures ouvertes
	B. Procédures restreintes
	C. Procédures négociées
	D. Avis de marché simplifié dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique
Annexe XIV	Informations qui doivent paraître dans les avis sur l'existence d'un système de qualification
Annexe XV A	Informations qui doivent paraître dans les avis périodiques indicatifs
Annexe XV B	Informations qui doivent paraître dans les avis annonçant la publication d'un avis périodique sur un profil d'acheteur n'étant pas utilisé comme moyen de mise en concurrence
Annexe XVI	Informations qui doivent paraître dans les avis concernant les marchés passés
Annexe XVII A	Services au sens de l'article 31
Annexe XVII B	Services au sens de l'article 32
Annexe XVIII	Informations qui doivent paraître dans les avis de concours
Annexe XIX	Informations qui doivent paraître dans les avis sur les résultats des concours
Annexe XX	Caractéristiques concernant la publication
Annexe XXI	Définition de certaines spécifications techniques
Annexe XXII	Tableau récapitulatif des délais prévus à l'article 45
Annexe XXIII	Dispositions internationales en matière de droit du travail au sens de l'article 59, paragraphe 4
Annexe XXIV	Exigences relatives aux dispositifs de réception électronique des offres, demandes de participation, demandes de qualification ou plans et projets dans le cadre des concours
Annexe XXV	Délais de transposition et d'application
Annexe XXVI	Tableau de correspondance

## TITRE I

### DISPOSITIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AUX MARCHÉS ET AUX CONCOURS

#### CHAPITRE I

#### **Termes de base**

##### *Article premier*

#### **Termes de base**

1. Aux fins de la présente directive, les définitions figurant au présent article s'appliquent.

2. a) Les «marchés de fournitures, de travaux et de services» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services;

b) les «marchés de travaux» sont des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe XII ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par l'entité adjudicatrice. Un «ouvrage» est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;

c) les «marchés de fournitures» sont des marchés autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.

Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un «marché de fourniture»;

d) les «marchés de services» sont des marchés autres que les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet la prestation de services mentionnés à l'annexe XVII.

Un marché ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe XVII est considéré comme un «marché de services» lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Un marché ayant pour objet des services visés à l'annexe XVII et ne comportant des activités visées à l'annexe XII qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché de services.

3. a) La «concession de travaux» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix;

b) la «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

4. Un «accord-cadre» est un accord conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, et un ou plusieurs opérateurs économiques, et qui a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

5. Un «système d'acquisition dynamique» est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins de l'entité adjudicatrice, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.

6. Une «enchère électronique» est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.

7. Un «entrepreneur», un «fournisseur» ou un «prestataire de services» peut être une personne physique ou morale ou une entité adjudicatrice visées à l'article 2, paragraphe 2, point a) ou b), ou un groupement de ces personnes et/ou entités qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme «opérateur économique» couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

Un «soumissionnaire» est l'opérateur économique qui présente une offre et un «candidat» est celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée.

8. Une «centrale d'achat» est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a), ou un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE qui:

— acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des entités adjudicatrices, ou

— passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des entités adjudicatrices.

9. Les «procédures ouvertes, restreintes ou négociées» sont les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:

a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre;

b) en ce qui concerne les procédures restreintes, tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent présenter une offre;

c) en ce qui concerne les procédures négociées, l'entité adjudicatrice consulte les opérateurs économiques de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;

10. Les «concours» sont les procédures qui permettent à l'entité adjudicatrice d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

11. Les termes «écrit(e)» ou «par écrit» désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.

12. Un «moyen électronique» est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données qui utilisent la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

13. Le «Vocabulaire commun des marchés publics» (Common Procurement Vocabulary, CPV) désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun des marchés publics<sup>(1)</sup>, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes.

En cas de différences d'interprétation en ce qui concerne le champ d'application de la présente directive, à la suite d'éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l'annexe XII ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l'annexe XVII, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.

<sup>(1)</sup> JO L 340 du 16.12.2002, p. 1.

## CHAPITRE II

**Champ d'application: définition des entités et des activités visées**

## Section 1

## Les entités

## Article 2

**Entités adjudicatrices**

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:
- a) «pouvoirs adjudicateurs»: l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.
- Est considéré comme un «organisme de droit public» tout organisme:
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,
  - doté de la personnalité juridique, et
  - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;
- b) «entreprise publique»: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou
  - disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
  - peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.
2. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:
- a) qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7;
- b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 3 à 7, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.

3. Aux fins de la présente directive, les «droits spéciaux ou exclusifs» sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

## Section 2

## Les activités

## Article 3

**Gaz, chaleur et électricité**

1. En ce qui concerne le gaz et la chaleur, la présente directive s'applique aux activités suivantes:

- a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur.

2. L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 1 lorsque:

- a) la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées aux paragraphes 1 ou 3 du présent article ou aux articles 4 à 7, et
- b) l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20 % du chiffre d'affaires au maximum de l'entité en prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

3. En ce qui concerne l'électricité, la présente directive s'applique aux activités suivantes:

- a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en électricité.

4. L'alimentation en électricité des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 3 lorsque:

- a) la production d'électricité par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux paragraphes 1 ou 3 du présent article ou aux articles 4 à 7, et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 % de la production totale d'énergie de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.



## Article 4

**Eau**

1. La présente directive s'applique aux activités suivantes:
- a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou
  - b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.
2. La présente directive s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe 1 et qui:
- a) sont liés à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage pour autant que le volume d'eau destiné à l'approvisionnement en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage, ou
  - b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.
3. L'alimentation en eau potable des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 1 lorsque:
- a) la production d'eau potable par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux articles 3 à 7, et
  - b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

## Article 5

**Services de transport**

1. La présente directive s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service.

2. La présente directive ne s'applique pas aux entités fournissant un service de transport par autobus au public qui étaient exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE en vertu de son article 2, paragraphe 4.

## Article 6

**Services postaux**

1. La présente directive s'applique aux activités visant à fournir des services postaux ou, dans les conditions visées au paragraphe 2, point c), d'autres services que les services postaux.
2. Aux fins de la présente directive et sans préjudice de la directive 97/67/CE, on entend par:
- a) «envoi postal»: un envoi portant une adresse sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé, quel que soit son poids. Il s'agit, par exemple, outre les envois de correspondance, de livres, de catalogues, de journaux, de périodiques et de colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale, quel que soit leur poids;
  - b) «services postaux»: des services, consistant en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution d'envois postaux. Ces services comprennent:
    - les «services postaux réservés»: des services postaux qui sont réservés ou peuvent l'être sur la base de l'article 7 de la directive 97/67/CE,
    - les «autres services postaux»: des services postaux qui ne peuvent être réservés sur la base de l'article 7 de la directive 97/67/CE, et
  - c) «services autres que les services postaux»: des services fournis dans les domaines suivants:
    - services de gestion de services courrier (aussi bien les services précédant l'envoi que ceux postérieurs à l'envoi, tels les mailroom management services),
    - services à valeur ajoutée liés au courrier électronique et effectués entièrement par voie électronique (y inclus la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé),
    - services concernant des envois non compris au point a) tels que le publipostage ne portant pas d'adresse,
    - services financiers tels qu'ils sont définis dans la catégorie 6 de l'annexe XVII A et à l'article 24, point c), y compris notamment les virements postaux et les transferts à partir de comptes courants postaux,
    - services de philatélie, et
    - services logistiques (services associant la remise physique et/ou le dépôt à d'autres fonctions autres que postales),

pourvu que ces services soient fournis par une entité fournissant également des services postaux au sens du point b), premier ou second tiret et que les conditions fixées à l'article 30, paragraphe 1, ne soient pas remplies en ce qui concerne les services relevant des tirets cités.

*Article 7***Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports**

La présente directive s'applique aux activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but:

- a) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, ou
- b) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.

*Article 8***Listes des entités adjudicatrices**

Les listes, non exhaustives, des entités adjudicatrices au sens de la présente directive figurent aux annexes I à X. Les États membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs listes.

*Article 9***Marchés concernant plusieurs activités**

1. Un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné.

Toutefois, le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés séparés ne peut être effectué avec l'objectif de l'exclure du champ d'application de la présente directive ou, le cas échéant, de la directive 2004/18/CE.

2. Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise à la présente directive et l'autre à la directive 2004/18/CE précitée et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément à la directive 2004/18/CE.

3. Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise à la présente directive et l'autre n'est pas soumise à la présente directive ou à la directive 2004/18/CE précitée et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément à la présente directive.

## CHAPITRE III

**Principes généraux***Article 10***Principes de passation des marchés**

Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

## TITRE II

## RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS

## CHAPITRE I

**Dispositions générales***Article 11***Opérateurs économiques**

1. Les candidats ou soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation en question ne peuvent être rejetés du seul fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le marché est attribué, d'être des personnes physiques soit des personnes morales.

Toutefois, pour les marchés de services et de travaux, ainsi que pour les marchés de fournitures comportant en outre des services et/ou des travaux de pose et d'installation, les personnes morales peuvent être obligées d'indiquer, dans leurs offres ou leurs demandes de participation, les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes qui seront chargées de l'exécution du contrat en question.

2. Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner ou à se porter candidats. Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les entités adjudicatrices ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme

juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.

*Article 12***Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce**

Lors de la passation de marchés par les entités adjudicatrices, les États membres appliquent dans leurs relations des conditions aussi favorables que celles qu'ils appliquent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord. À cette fin, les États membres se consultent, au sein du comité consultatif pour les marchés publics, sur les mesures à prendre en application de l'accord.

*Article 13***Confidentialité**

1. Lors de la transmission des spécifications techniques aux opérateurs économiques intéressés, lors de la qualification et de la sélection des opérateurs économiques et lors de l'attribution des marchés, les entités adjudicatrices peuvent imposer des exigences en vue de protéger le caractère confidentiel des informations qu'elles transmettent.



2. Sans préjudice des dispositions de la présente directive, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent aux articles 43 et 49, et, conformément au droit national auquel est soumise l'entité adjudicatrice, cette dernière ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués et signalés à titre confidentiel; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

#### Article 14

##### Accords-cadres

1. Les entités adjudicatrices peuvent considérer un accord-cadre comme un marché au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et l'attribuer conformément à la présente directive.

2. Lorsque les entités adjudicatrices ont passé un accord-cadre conformément à la présente directive, elles peuvent recourir à l'article 40, paragraphe 3, point i), lorsqu'elles passent des marchés qui sont fondés sur cet accord-cadre.

3. Lorsqu'un accord-cadre n'a pas été passé conformément à la présente directive, les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir à l'article 40, paragraphe 3, point i).

4. Les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir aux accords-cadres de façon abusive avec pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

#### Article 15

##### Systèmes d'acquisition dynamiques

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les entités adjudicatrices de recourir à des systèmes d'acquisition dynamiques.

2. Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, les entités adjudicatrices suivent les règles de la procédure ouverte dans toutes ses phases jusqu'à l'attribution des marchés à passer dans le cadre de ce système. Tous les soumissionnaires, satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges et tout document complémentaire éventuel, sont admis dans le système; les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment à la condition qu'elles demeurent conformes au cahier des charges. Pour la mise en place du système et pour la passation des marchés dans le cadre de celui-ci, les entités adjudicatrices utilisent exclusivement des moyens électroniques conformément à l'article 48, paragraphes 2 à 5.

3. Aux fins de la mise en place du système d'acquisition dynamique, les entités adjudicatrices:

a) publient un avis de marché en précisant qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique;

b) précisent dans le cahier des charges, entre autres, la nature des achats envisagés faisant l'objet de ce système, ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion;

c) offrent par moyen électronique, dès la publication de l'avis et jusqu'à expiration du système, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire et indiquent dans l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

4. Les entités adjudicatrices accordent pendant toute la durée du système d'acquisition dynamique, la possibilité à tout opérateur économique de présenter une offre indicative afin d'être admis dans le système aux conditions visées au paragraphe 2. Elles achèvent l'évaluation dans un délai maximal de 15 jours à compter de la présentation de l'offre indicative. Toutefois elles peuvent prolonger la période d'évaluation pour autant qu'aucune mise en concurrence n'intervienne entre-temps.

Les entités adjudicatrices informent dans les moindres délais le soumissionnaire visé au premier alinéa de son admission dans le système d'acquisition dynamique ou du rejet de son offre indicative.

5. Chaque marché spécifique fait l'objet d'une mise en concurrence. Avant de procéder à cette mise en concurrence, les entités adjudicatrices publient un avis de marché simplifié invitant tous les opérateurs économiques intéressés à présenter une offre indicative, conformément au paragraphe 4, dans un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours comptés de la date d'envoi de l'avis simplifié. Les entités adjudicatrices ne procèdent à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives introduites dans ce délai.

6. Les entités adjudicatrices invitent tous les soumissionnaires admis dans le système à présenter une offre pour chaque marché spécifique à passer dans le cadre du système. À cette fin elles fixent un délai suffisant pour la présentation des offres.

Elles attribuent le marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché pour la mise en place du système d'acquisition dynamique. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation mentionnée au premier alinéa.

7. La durée d'un système d'acquisition dynamique ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés.

Les entités adjudicatrices ne peuvent recourir à ce système de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence.

Aucun frais de dossier ne peut être facturé aux opérateurs économiques intéressés ou aux parties au système.

## CHAPITRE II

**Seuils et exclusions**

## Section 1

## Seuils

## Article 16

**Montants des seuils des marchés**

À moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 19 à 26 ou conformément à l'article 30 concernant la poursuite de l'activité en question, la présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 499 000 EUR en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;
- b) 6 242 000 EUR en ce qui concerne les marchés de travaux.

## Article 17

**Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés, accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques**

1. Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par l'entité adjudicatrice. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si l'entité adjudicatrice prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

2. Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application de la présente directive en scindant les projets d'ouvrage ou les projets d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur estimée des marchés.

3. Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord ou du système.

4. Aux fins de l'application de l'article 16, les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur des travaux ainsi que de toutes les fournitures ou de tous les services nécessaires à l'exécution des travaux et qu'elles mettent à la disposition de l'entrepreneur.

5. La valeur des fournitures ou des services qui ne sont pas nécessaires à l'exécution d'un marché particulier de travaux ne peut être ajoutée à la valeur de ce marché de travaux avec pour effet de soustraire l'acquisition de ces fournitures ou de ces services à l'application de la présente directive.

6. a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en

même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 16, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80 000 EUR pour les services et 1 million d'EUR pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de la totalité des lots.

- b) Lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 16.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 16, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80 000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de la totalité des lots.

7. Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;
- b) soit la valeur estimée globale des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois.

8. Le calcul de la valeur estimée d'un marché comportant à la fois des services et des fournitures doit être basé sur la valeur totale des services et des fournitures quelles que soient leurs parts respectives. Ce calcul comprend la valeur des opérations de pose et d'installation.

9. Pour les marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

- a) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale (incluant le montant estimé de la valeur résiduelle);

b) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.

10. Aux fins du calcul du montant estimé de marchés de services, les montants suivants sont pris en compte, le cas échéant:

- a) pour ce qui est des services d'assurance, la prime payable et les autres modes de rémunération;
- b) pour ce qui est des services bancaires et autres services financiers, les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;
- c) pour ce qui est des marchés impliquant la conception, les honoraires, les commissions payables et autres modes de rémunération.

11. Lorsqu'il s'agit de marchés de services n'indiquant pas un prix total, la valeur à prendre comme base pour le calcul du montant estimé des marchés est la suivante:

- a) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, si celle-ci est égale ou inférieure à 48 mois: la valeur totale pour toute leur durée;
- b) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à 48 mois: la valeur mensuelle multipliée par 48.

## Section 2

Les marchés et les concessions, ainsi que les marchés soumis à un régime spécial

### SOUS-SECTION 1

#### Article 18

#### Concessions de travaux ou de services

La présente directive n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

### SOUS-SECTION 2

Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices et à tous les types de marchés

#### Article 19

#### Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers

1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

2. Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, toutes les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu du paragraphe 1. La Commission peut publier périodiquement, à titre d'information, au *Journal officiel de l'Union européenne* les listes des catégories de produits et d'activités qu'elle considère comme exclues. À cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

#### Article 20

#### Marchés passés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un pays tiers

1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées aux articles 3 à 7 ou pour la poursuite de ces activités dans un pays tiers, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté.

2. Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, toute activité qu'elles considèrent comme exclue en vertu du paragraphe 1. La Commission peut publier périodiquement, à titre d'information, au *Journal officiel de l'Union européenne* les listes des catégories d'activités qu'elle considère comme exclues. À cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

#### Article 21

#### Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité

La présente directive ne s'applique pas aux marchés lorsqu'ils sont déclarés secrets par les États membres ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet État l'exige.

#### Article 22

#### Marchés passés en vertu de règles internationales

La présente directive ne s'applique pas aux marchés régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le traité, entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des fournitures, des travaux, des services ou des concours destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les États signataires; tout accord sera communiqué à la Commission, qui peut consulter le comité consultatif pour les marchés publics visé à l'article 68;

b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un État membre ou d'un pays tiers;

c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

fournitures provienne de la mise à disposition de fournitures aux entreprises auxquelles elle est liée;

c) aux marchés de travaux pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de travaux provienne de la fourniture de ces travaux aux entreprises auxquelles elle est liée.

#### Article 23

#### Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise

1. Aux fins du présent article, on entend par «entreprise liée» toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 4, paragraphe 2, point g), du traité, concernant les comptes consolidés <sup>(1)</sup> <sup>(2)</sup>, ou dans le cas d'entités non soumises à cette directive, toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, au sens de l'article 2, paragraphe 1, point b), ou qui peut exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

2. Dans la mesure où les conditions prévues au paragraphe 3 sont remplies, la présente directive ne s'applique pas aux marchés:

a) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée, ou

b) passés par une coentreprise, exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 3 à 7, auprès d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices.

3. Le paragraphe 2 est applicable:

a) aux marchés de services pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée;

b) aux marchés de fournitures pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de

Lorsque, en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'entreprise liée, le chiffre d'affaires n'est pas disponible pour les trois dernières années, il suffit que cette entreprise montre que la réalisation du chiffre d'affaires visé aux points a), b) ou c) est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

Lorsque les mêmes services, fournitures ou travaux, ou des services, fournitures ou travaux similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, les pourcentages susmentionnés sont calculés en tenant compte du chiffre d'affaires total résultant, respectivement, de la fourniture de services, de la mise à disposition de fournitures et de la fourniture de travaux par ces entreprises.

4. La présente directive ne s'applique pas aux marchés:

a) passés par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 3 à 7 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, ou

b) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la co-entreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période.

5. Les entités adjudicatrices notifient à la Commission, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4:

a) les noms des entreprises ou coentreprises concernées;

b) la nature et la valeur des marchés visés;

c) les éléments que la Commission juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise ou la coentreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du présent article.

(1) JO L 193 du 18.7.1983, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/65/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 283 du 27.10.2001, p. 28).

(2) Note de l'éditeur: le titre de la directive a été adapté pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam; la référence d'origine était à l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité.



## SOUS-SECTION 3

Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices, mais aux seuls marchés de services

## Article 24

**Marchés portant sur certains services exclus du champ d'application de la présente directive**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services:

- a) ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens; toutefois, les marchés de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive;
- b) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- c) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à la vente, à l'achat et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des entités adjudicatrices;
- d) concernant les contrats d'emploi;
- e) concernant des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par l'entité adjudicatrice.

## Article 25

**Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a), ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.

## SOUS-SECTION 4

Exclusions applicables à certaines entités adjudicatrices uniquement

## Article 26

**Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie**

La présente directive ne s'applique pas:

- a) aux marchés pour l'achat d'eau, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activités visées à l'article 4, paragraphe 1.
- b) aux marchés pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une activité visée à l'article 3, paragraphe 1, à l'article 3, paragraphe 3, ou à l'article 7, point a).

## SOUS-SECTION 5

Marchés soumis à un régime spécial, dispositions concernant les centrales d'achat ainsi que le mécanisme général

## Article 27

**Marchés soumis à un régime spécial**

Sans préjudice de l'article 30, le Royaume des Pays-Bas, le Royaume-Uni, la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne veillent à ce que, à travers les conditions d'autorisation ou d'autres mesures appropriées, chaque entité opérant dans les secteurs mentionnés dans les décisions 93/676/CEE, 97/367/CEE, 2002/205/CE et 2004/73/CE:

- a) observe les principes de non-discrimination et de mise en concurrence pour l'attribution des marchés de fournitures, de travaux et de services, en particulier en ce qui concerne l'information qu'elle met à la disposition des opérateurs économiques, s'agissant de ses intentions de passation de marchés;
- b) communique à la Commission des informations relatives à l'octroi des marchés, dans les conditions définies par la décision 93/327/CEE de la Commission du 13 mai 1993 définissant les conditions dans lesquelles les entités adjudicatrices se livrant à l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides doivent communiquer à la Commission des informations relatives aux marchés qu'elles passent (<sup>1</sup>).

## Article 28

**Marchés réservés**

Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le contexte de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence fait mention du présent article.

(<sup>1</sup>) JO L 129 du 27.5.1993, p. 25.

*Article 29***Marchés et accords-cadres passés par les centrales d'achat**

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les entités adjudicatrices d'acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat.

2. Les entités adjudicatrices qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 1er, paragraphe 8, sont considérées comme ayant respecté la présente directive pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée ou, le cas échéant, ait respecté la directive 2004/18/CE.

*Article 30***Procédure permettant d'établir si une activité donnée est directement exposée à la concurrence**

1. Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 3 à 7 ne sont pas soumis à la présente directive, si, dans l'État membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

2. Aux fins du paragraphe 1, pour déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du traité en matière de concurrence tels que les caractéristiques des biens ou services concernés, l'existence de biens ou de services alternatifs, les prix et la présence, réelle ou potentielle, de plus d'un fournisseur des biens ou des services en question.

3. Aux fins du paragraphe 1, l'entrée sur un marché sera considérée comme étant non limitée si l'État membre a mis en œuvre et a appliqué les dispositions de la législation communautaire mentionnée à l'annexe XI.

Si le libre accès à un marché donné ne peut être présumé sur la base du premier alinéa, il doit être démontré que l'accès au marché en cause est libre en fait et en droit.

4. Lorsqu'un État membre estime que, dans le respect des paragraphes 2 et 3, le paragraphe 1 est applicable à une activité donnée, il en informe la Commission et lui communique tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1, ainsi que, le cas échéant, la position adoptée par une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée.

Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité donnée ne sont plus soumis à la présente directive si la Commission:

- a adopté une décision établissant l'applicabilité du paragraphe 1 conformément au paragraphe 6 et dans le délai qu'il fixe, ou
- n'a pas pris, dans le même délai, de décision concernant ladite applicabilité.

Toutefois, lorsque le libre accès à un marché donné est supposé se fonder sur le paragraphe 3, premier alinéa et lorsqu'une autorité nationale indépendante compétente pour l'activité concernée a établi l'applicabilité du paragraphe 1, les marchés destinés à permettre la prestation de l'activité donnée ne sont plus soumis à la présente directive si la Commission n'a pas établi l'inapplicabilité du paragraphe 1 par une décision adoptée conformément au paragraphe 6 et dans le délai prévu dans celui-ci.

5. Lorsque la législation de l'État membre concerné le prévoit, les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission d'établir, par le biais d'une décision prise conformément au paragraphe 6, l'applicabilité du paragraphe 1 à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission en informe immédiatement l'État membre concerné.

L'État membre concerné, compte tenu des paragraphes 2 et 3, informe la Commission de tous les faits pertinents, et notamment de toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1, ainsi que, le cas échéant, de la position adoptée par une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée.

La Commission peut aussi décider, de sa propre initiative, d'entamer la procédure d'adoption d'une décision établissant l'applicabilité du paragraphe 1 à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission informe immédiatement l'État membre concerné.

Si, au terme du délai prévu au paragraphe 6, la Commission n'a pas adopté de décision concernant l'applicabilité du paragraphe 1 à une activité donnée, le paragraphe 1 est réputé d'application.

6. Pour adopter une décision au titre du présent article, conformément à la procédure prévue à l'article 68, paragraphe 2, la Commission dispose d'un délai de trois mois à partir du premier jour ouvrable suivant la date à laquelle la demande lui est notifiée. Ce délai peut toutefois être prorogé d'une période maximale de trois mois dans des cas dûment justifiés, notamment lorsque les informations figurant dans la notification ou dans la demande ou dans les documents annexes sont incomplètes ou inexacts ou lorsque les faits rapportés subissent des modifications substantielles. Cette prorogation est limitée à un mois lorsqu'une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée a établi l'applicabilité du paragraphe 1 dans les cas prévus au paragraphe 4, troisième alinéa.

Lorsque, dans un État membre donné, une activité fait déjà l'objet d'une procédure au titre du présent article, de nouvelles demandes se rapportant à la même activité dans le même État membre présentées avant le terme du délai prévu pour la première demande ne sont pas considérées comme donnant lieu à de nouvelles procédures et sont traitées dans le cadre de la première demande.

La Commission adopte les modalités d'application des paragraphes 4, 5, et 6 conformément à la procédure prévue à l'article 68, paragraphe 2.

Ces modalités comprennent au moins:

- a) la publication au Journal officiel, pour information, de la date à laquelle le délai de trois mois visé au premier alinéa commence à courir et, au cas où ce délai serait prorogé, la date de prorogation et la période pour laquelle il est prorogé;
- b) la publication d'une éventuelle applicabilité du paragraphe 1 conformément au paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou conformément au paragraphe 5, quatrième alinéa, et
- c) les modalités de transmission des positions adoptées par une autorité indépendante, compétente pour l'activité concernée, sur des questions pertinentes aux fins des paragraphes 1 et 2.

### CHAPITRE III

#### **Régimes applicables aux marchés de services**

##### *Article 31*

#### **Marchés de services énumérés à l'annexe XVII A**

Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe XVII A sont passés conformément aux articles 34 à 59.

##### *Article 32*

#### **Marchés de services repris à l'annexe XVII B**

La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe XVII B est soumise aux seuls articles 34 et 43.

##### *Article 33*

#### **Marchés mixtes comprenant des services repris à l'annexe XVII A et des services repris à l'annexe XVII B**

Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe XVII A et des services figurant à l'annexe XVII B sont passés conformément aux articles 34 à 57 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe XVII A dépasse celle des services figurant à l'annexe XVII B. Dans les autres cas, les marchés sont passés conformément aux articles 34 et 43.

### CHAPITRE IV

#### **Régimes spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché**

##### *Article 34*

#### **Spécifications techniques**

1. Les spécifications techniques telles que définies au point 1 de l'annexe XXI figurent dans les documents du marché, tels

que les avis de marché, le cahier des charges ou les documents complémentaires. Chaque fois que possible, ces spécifications techniques devraient être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs.

2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

3. Sans préjudice des règles techniques nationales juridiquement contraignantes, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire, les spécifications techniques doivent être formulées:

- a) soit par référence à des spécifications techniques définies à l'annexe XXI et, par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux agréments techniques européens, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention «ou équivalent»;
- b) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles; celles-ci peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Ces paramètres doivent cependant être suffisamment précis pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux entités adjudicatrices d'attribuer le marché;
- c) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au point b), en se référant aux spécifications citées au point a) comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou exigences fonctionnelles;
- d) soit par une référence aux spécifications du point a) pour certaines caractéristiques, et en se référant aux performances ou exigences fonctionnelles visées au point b) pour d'autres caractéristiques.

4. Lorsque les entités adjudicatrices font usage de la possibilité de se référer aux spécifications visées au paragraphe 3, point a), elles ne peuvent pas rejeter une offre au motif que les produits et services offerts sont non conformes aux spécifications auxquelles elles ont fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre à la satisfaction de l'entité adjudicatrice, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essais d'un organisme reconnu.

5. Lorsque les entités adjudicatrices font usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, de prescrire en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, elles ne peuvent rejeter une offre de produits, de services, ou de travaux conformes à une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications visent les performances ou les exigences fonctionnelles qu'elles ont requises.

Dans son offre, le soumissionnaire prouve, à la satisfaction de l'entité adjudicatrice et par tout moyen approprié, que les produits, services ou travaux, conformes à la norme, répondent aux performances ou exigences fonctionnelles de l'entité adjudicatrice.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essais d'un organisme reconnu.

6. Lorsque les entités adjudicatrices prescrivent des caractéristiques environnementales en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, telles que visées au paragraphe 3, point b), elles peuvent utiliser des spécifications détaillées ou, si besoin est, des parties de celles-ci, telles que définies par les éco-labels européens, (pluri)nationaux, ou par tout autre éco-label pour autant:

- qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des services faisant l'objet du marché,
- que les exigences du label soient définies sur la base d'une information scientifique,
- que les éco-labels soient adoptés par un processus auquel toutes les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs et les organisations environnementales peuvent participer,
- et qu'ils soient accessibles à toutes les parties intéressées.

Les entités adjudicatrices peuvent indiquer que les produits ou services munis de l'éco-label sont présumés satisfaire aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges; elles doivent accepter tout autre moyen de preuve approprié, tel qu'un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essais d'un organisme reconnu.

7. Par «organismes reconnus» au sens du présent article, on entend les laboratoires d'essais, de calibrage, les organismes d'inspection et de certification, conformes aux normes européennes applicables.

Les entités adjudicatrices acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres États membres.

8. À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production

déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette mention ou référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4; une telle mention ou référence doit être accompagnée des termes «ou équivalent».

#### Article 35

### Communication des spécifications techniques

1. Les entités adjudicatrices communiquent aux opérateurs économiques intéressés à l'obtention d'un marché les spécifications techniques régulièrement visées dans leurs marchés de fournitures, de travaux ou de services, ou les spécifications techniques auxquelles elles entendent se référer pour les marchés qui font l'objet d'un avis périodique indicatif au sens de l'article 41, paragraphe 1.

2. Lorsque les spécifications techniques sont définies dans les documents pouvant être disponibles pour des opérateurs économiques intéressés, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

#### Article 36

### Variantes

1. Lorsque le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les entités adjudicatrices peuvent prendre en considération des variantes présentées par des soumissionnaires lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par ces entités adjudicatrices.

Les entités adjudicatrices indiquent dans le cahier des charges si elles autorisent ou non les variantes, et, lorsqu'elles les autorisent, les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités pour leur soumission.

2. Dans les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, les entités adjudicatrices qui ont admis des variantes en vertu du paragraphe 1 ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, ou à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

#### Article 37

### Sous-traitance

Dans le cahier des charges, l'entité adjudicatrice peut demander ou peut être obligée par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal.



## Article 38

**Conditions d'exécution du marché**

Les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant que ces conditions soient compatibles avec le droit communautaire et soient indiquées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.

## Article 39

**Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions en matière de protection du travail et aux conditions de travail**

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

2. L'entité adjudicatrice qui fournit les informations mentionnées au paragraphe 1 demande aux soumissionnaires ou aux candidats à une procédure de passation de marché d'indiquer qu'ils ont tenu compte, lors de la préparation de leur offre, des obligations relatives aux dispositions en matière de protection du travail et les conditions de travail qui sont en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser.

Le premier alinéa ne fait pas obstacle à l'application de l'article 57.

## CHAPITRE V

**Procédures**

## Article 40

**Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées**

1. Pour passer leurs marchés de fournitures, de travaux et de services, les entités adjudicatrices appliquent les procédures qui sont adaptées aux fins de la présente directive.

2. Les entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, points a), b) ou c), pour autant que, sous réserve du paragraphe 3, une mise en concurrence ait été effectuée en vertu de l'article 42.

3. Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;
- b) lorsqu'un marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;
- c) lorsque, en raison de sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique déterminé;
- d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes et négociées avec mise en concurrence préalable;
- e) dans le cas de marchés de fournitures pour des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;
- f) pour les travaux ou les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjudgé ni dans le premier marché conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial:
  - lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices, ou
  - lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;
- g) dans le cas de marchés de travaux, pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché attribué par les mêmes entités adjudicatrices, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence; la possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les entités adjudicatrices pour l'application des articles 16 et 17;

- h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
- i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article 14, paragraphe 2, soit remplie;
- j) pour les achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;
- k) pour l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;
- l) lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours organisé conformément à la présente directive et est, conformément aux règles applicables, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours; pour ce dernier cas, tous les lauréats du concours sont invités à participer aux négociations.

## CHAPITRE VI

### Règles de publicité et de transparence

#### Section 1

##### Publication des avis

##### Article 41

#### Avis périodiques indicatifs et avis sur l'existence d'un système de qualification

1. Les entités adjudicatrices font connaître, au moins une fois par an, au moyen d'un avis périodique indicatif visé à l'annexe XV A, publié par la Commission ou par elles-mêmes sur leur «profil d'acheteur» tel que visé à l'annexe XX, paragraphe 2, point b):

- a) en ce qui concerne les fournitures, le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres par groupes de produits qu'elles envisagent de passer au cours des douze mois suivants, lorsque le montant total estimé, compte tenu des articles 16 et 17, est égal ou supérieur à 750 000 EUR.

Les groupes de produits sont établis par les entités adjudicatrices par référence aux positions du CPV;

- b) en ce qui concerne les services, le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres, pour chacune des catégories de services énumérées à l'annexe XVII A, qu'elles envisagent de passer au cours des douze mois suivants, lorsque ce montant total estimé, compte tenu des articles 16 et 17, est égal ou supérieur à 750 000 EUR;
- c) en ce qui concerne les travaux, les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres qu'elles entendent

passer au cours des douze mois à venir et dont le montant estimé égale ou dépasse le seuil indiqué à l'article 16, compte tenu de l'article 17.

Les avis visés aux points a) et b) sont envoyés à la Commission ou publiés sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de l'exercice budgétaire.

L'avis visé au point c) est envoyé à la Commission ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les entités adjudicatrices entendent passer.

Les entités adjudicatrices qui publient l'avis périodique indicatif sur leur profil d'acheteur transmettent à la Commission, par moyen électronique conformément au format et aux modalités de transmission électronique des noms indiquées à l'annexe XX, paragraphe 3, un avis annonçant la publication d'un avis périodique indicatif sur un profil d'acheteur.

La publication des avis visés aux points a), b) et c) n'est obligatoire que lorsque les entités adjudicatrices ont recours à la faculté de réduire les délais de réception des offres conformément à l'article 45, paragraphe 4.

Le présent paragraphe ne s'applique pas aux procédures sans mise en concurrence préalable.

2. Les entités adjudicatrices peuvent, notamment, publier ou faire publier par la Commission des avis périodiques indicatifs relatifs à des projets importants, sans répéter l'information qui a été déjà incluse dans un avis périodique indicatif antérieur, à condition qu'il soit clairement mentionné que ces avis constituent des avis additionnels.

3. Lorsque les entités adjudicatrices choisissent d'établir un système de qualification conformément à l'article 53, le système doit faire l'objet d'un avis visé à l'annexe XIV, indiquant le but du système de qualification et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent. Quand le système est d'une durée supérieure à trois ans, l'avis doit être publié annuellement. Quand le système est d'une durée inférieure, un avis initial suffit.

#### Article 42

#### Avis utilisés comme moyen de mise en concurrence

1. Dans le cas des marchés de fournitures, travaux ou services, la mise en concurrence peut être effectuée:

- a) au moyen d'un avis périodique indicatif visé à l'annexe XV A, ou
- b) au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification visé à l'annexe XIV,
- ou
- c) au moyen d'un avis de marché visé à l'annexe XIII, partie A, B ou C.

2. Dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques, la mise en concurrence du système s'effectue par un avis de marché visé au paragraphe 1, point c), tandis que la mise en concurrence des marchés fondés sur de tels systèmes s'effectue par un avis de marché simplifié visé à l'annexe XIII, partie D.

3. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis périodique indicatif, l'avis doit:

- a) faire référence spécifiquement aux fournitures, aux travaux ou aux services qui feront l'objet du marché à passer;
- b) mentionner que ce marché sera passé par procédure restreinte ou négociée sans publication ultérieure d'un avis d'appel d'offres et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit, et
- c) avoir été publié conformément à l'annexe XX au maximum douze mois avant la date d'envoi de l'invitation visée à l'article 47, paragraphe 5. L'entité adjudicatrice respecte en outre les délais prévus à l'article 45.

#### Article 43

##### Avis de marchés passés

1. Les entités adjudicatrices qui ont passé un marché ou un accord-cadre, envoient un avis concernant les marchés passés visé à l'annexe XVI. Cet avis est envoyé dans des conditions à définir par la Commission, conformément à la procédure visée à l'article 68, paragraphe 2, dans un délai de deux mois après la passation du marché ou de l'accord-cadre.

Dans le cas d'accords-cadres passés conformément à l'article 14, paragraphe 2, les entités adjudicatrices sont exonérées de l'envoi d'un avis sur les résultats de la passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.

Les entités adjudicatrices envoient un avis concernant les marchés passés fondés sur un système d'acquisition dynamique, au plus tard deux mois après la passation de chaque marché. Toutefois, elles peuvent regrouper ces avis sur une base trimestrielle. Dans ce cas, elles envoient ces avis regroupés au plus tard deux mois après la fin de chaque trimestre.

2. Les informations fournies conformément à l'annexe XVI et destinés à être publiés le sont conformément à l'annexe XX. À cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que des entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission de ces informations, concernant le nombre d'offres reçues, l'identité des opérateurs économiques et les prix.

3. Lorsque les entités adjudicatrices passent un marché de services de recherche et de développement par une procédure sans mise en concurrence conformément à l'article 40, paragraphe 3, point b), elles peuvent limiter les renseignements à

donner conformément à l'annexe XVI concernant la nature et la quantité des services fournis à la mention «services de recherche et de développement».

Lorsque les entités adjudicatrices passent un marché de recherche et de développement qui ne peut pas être passé par une procédure sans mise en concurrence conformément à l'article 40, paragraphe 3, point b), elles peuvent limiter les renseignements à donner conformément à l'annexe XVI concernant la nature et la quantité des services fournis lorsque des préoccupations de secret commercial le rendent nécessaire.

Dans ces cas, elles veillent à ce que les informations publiées conformément au présent paragraphe soient au moins aussi détaillées que celles contenues dans l'avis de mise en concurrence publié conformément à l'article 42, paragraphe 1.

Si elles utilisent un système de qualification, les entités adjudicatrices doivent dans ces cas veiller à ce que ces informations soient au moins aussi détaillées que la catégorie visée dans le relevé établi conformément à l'article 53, paragraphe 7, des prestataires de services qualifiés.

4. Dans les cas de marchés passés pour des services énumérés à l'annexe XVII B, les entités adjudicatrices indiquent dans l'avis si elles en acceptent la publication.

5. Les informations fournies conformément à l'annexe XVI et indiquées comme n'étant pas destinées à la publication, ne sont publiées que sous forme simplifiée et conformément à l'annexe XX, pour des motifs statistiques.

#### Article 44

##### Rédaction et modalités de publication des avis

1. Les avis comportent les informations mentionnées aux annexes XIII, XIV, XV A, XV B et XVI et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par l'entité adjudicatrice selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 68, paragraphe 2.

2. Les avis envoyés par les entités adjudicatrices à la Commission, sont transmis soit par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués au point 3 de l'annexe XX, soit par d'autres moyens.

Les avis prévus aux articles 41, 42 et 43 sont publiés conformément aux caractéristiques techniques de publication indiquées aux points 1 a) et b) de l'annexe XX.

3. Les avis préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués au point 3 de l'annexe XX sont publiés au maximum cinq jours après leur envoi.

Les avis qui ne sont pas envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués au point 3 de l'annexe XX sont publiés dans les douze jours au plus tard après leur envoi. Toutefois, dans des cas exceptionnels et en réponse à une demande de l'entité adjudicatrice, les avis de marché prévus à l'article 42, paragraphe 1, point c), sont publiés dans un délai de cinq jours, pour autant que l'avis ait été envoyé par télécopie.

4. Les avis sont publiés in extenso dans une langue officielle de la Communauté, choisie par l'entité adjudicatrice, le texte publié dans cette langue originale étant le seul faisant foi. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles.

Les frais de publication des avis par la Commission sont à la charge de la Communauté.

5. Les avis et leur contenu ne peuvent être publiés au niveau national avant la date de leur envoi à la Commission.

Les avis publiés au niveau national ne doivent pas contenir de renseignements autres que ceux contenus dans les avis envoyés à la Commission ou publiés sur un profil d'acheteur conformément à l'article 41, paragraphe 1, premier alinéa, et doivent faire mention de la date d'envoi de l'avis à la Commission ou de la publication sur le profil d'acheteur.

Les avis périodiques indicatifs ne peuvent être publiés sur un profil d'acheteur avant l'envoi à la Commission de l'avis annonçant leur publication sous cette forme et doivent faire mention de la date de cet envoi.

6. Les entités adjudicatrices doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

7. La Commission délivre à l'entité adjudicatrice une confirmation de la publication de l'information transmise mentionnant la date de cette publication. Cette confirmation tient lieu de preuve de la publication.

8. Les entités adjudicatrices peuvent publier conformément aux paragraphes 1 à 7 des avis concernant des marchés qui ne sont pas soumis à la publication obligatoire prévue par la présente directive.

## Section 2

### Délais

#### Article 45

### **Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres**

1. En fixant les délais de réception des demandes de participation et des offres, les entités adjudicatrices tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres, sans préjudice des délais minima fixés par cet article.

2. Dans les procédures ouvertes, le délai minimal de réception des offres est de cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

3. Dans les procédures restreintes et dans les procédures négociées avec appel préalable à la concurrence, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) le délai de réception des demandes de participation, en réponse à un avis publié en vertu de l'article 42, paragraphe 1, point c), ou en réponse à une invitation des entités adjudicatrices en vertu de l'article 47, paragraphe 5, est fixé, en règle générale, à au moins trente-sept jours, à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation et ne peut en aucun cas être inférieur à vingt-deux jours, si l'avis est envoyé pour publication par des moyens autres que par voie électronique ou par télécopieur, et à quinze jours, si l'avis est transmis par de tels moyens;

b) le délai de réception des offres peut être fixé d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, pour autant que tous les candidats disposent d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres;

c) lorsqu'il est impossible de parvenir à un accord sur le délai de réception des offres, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui, en règle générale, est d'au moins vingt-quatre jours, et qui ne peut en aucun cas être inférieur à dix jours, à compter de la date de l'invitation à présenter une offre.

4. Dans les cas où les entités adjudicatrices ont publié un avis périodique indicatif visé à l'article 41, paragraphe 1, conformément à l'annexe XX, le délai minimal pour la réception des offres dans les procédures ouvertes est, en règle générale, de trente-six jours, mais n'est en aucun cas inférieur à vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

Ces délais réduits sont admis à condition que l'avis périodique indicatif, outre les informations exigées à l'annexe XV A, partie I, ait comporté toutes les informations exigées à l'annexe XV A, partie II, pour autant que ces dernières informations soient disponibles au moment de la publication de l'avis, et que l'avis ait été envoyé pour sa publication entre un minimum de cinquante-deux jours et un maximum de douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché prévu à l'article 42, paragraphe 1, point c).

5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués au point 3 de l'annexe XX les délais de réception des demandes de participation dans les procédures restreintes et négociées et de réception des offres dans les procédures ouvertes peuvent être raccourcis de sept jours.

6. Sauf dans le cas d'un délai fixé d'un commun accord conformément au paragraphe 3, point b), une réduction supplémentaire de cinq jours des délais pour la réception des offres dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées est possible lorsque l'entité adjudicatrice offre l'accès libre, direct et complet par moyen électronique au cahier des charges et à tout document complémentaire, dès la date de publication de l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence, conformément à l'annexe XX. Cet avis doit indiquer l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.



7. Dans le cas des procédures ouvertes, l'effet cumulé des réductions prévues aux paragraphes 4, 5 et 6 ne peut en aucun cas aboutir à un délai pour la réception des offres inférieur à quinze jours à partir de la date d'envoi de l'avis de marché.

Toutefois, lorsque l'avis de marché n'est pas transmis par télécopie ou moyen électronique, l'effet cumulé des réductions prévues aux paragraphes 4, 5 et 6 ne peut en aucun cas aboutir à un délai pour la réception des offres dans une procédure ouverte inférieur à vingt-deux jours à partir de la date de transmission de l'avis de marché.

8. L'effet cumulé des réductions prévues aux paragraphes 4, 5 et 6 ne peut en aucun cas aboutir à un délai pour la réception de la demande de participation, en réponse à un avis publié en vertu de l'article 42, paragraphe 1, point c), ou en réponse à une invitation des entités adjudicatrices en vertu de l'article 47, paragraphe 5, inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation.

Dans les cas des procédures restreintes et négociées, l'effet cumulé des réductions prévues aux paragraphes 4, 5 et 6 ne peut en aucun cas, sauf dans le cas d'un délai fixé d'un commun accord conformément au paragraphe 3, point b), aboutir à un délai pour la réception des offres inférieur à dix jours à partir de la date de l'invitation à soumissionner.

9. Lorsque, pour quelque raison que ce soit, les cahiers des charges et les documents ou renseignements complémentaires, bien que demandés en temps utile, n'ont pas été fournis dans les délais fixés à l'article 46 et 47, ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais de réception des offres doivent, sauf dans le cas d'un délai fixé d'un commun accord conformément au paragraphe 3, point b), être prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres.

10. Un tableau récapitulatif des délais fixés au présent article est donné à l'annexe XXII.

#### Article 46

#### **Procédures ouvertes: cahiers des charges, documents et renseignements complémentaires**

1. Dans les procédures ouvertes, lorsque les entités adjudicatrices n'offrent pas, par moyen électronique conformément à l'article 45, paragraphe 6, l'accès sans restriction, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire, les cahiers des charges et les documents complémentaires sont envoyés aux opérateurs économiques dans les six jours suivant la réception de la demande pour autant que celle-ci ait

été faite en temps utile avant la date limite de présentation des offres.

2. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur les cahiers de charges doivent être communiqués par les entités adjudicatrices ou les services compétents six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

#### Article 47

#### **Invitations à présenter des offres ou à négocier**

1. Dans les procédures restreintes et les procédures négociées, les entités adjudicatrices invitent simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres ou à négocier. L'invitation à ces candidats comporte:

- soit un exemplaire du cahier des charges et de tout document complémentaire,
- soit la mention de l'accès au cahier des charges et aux (autres) documents indiqués au premier tiret, lorsqu'ils sont mis à disposition directe par des moyens électroniques conformément à l'article 45, paragraphe 6.

2. Lorsque une entité autre que l'entité adjudicatrice responsable de la procédure d'adjudication dispose du cahier des charges et/ou des documents complémentaires, l'invitation précise l'adresse du service auprès duquel ce cahier des charges et ces documents peuvent être demandés et, le cas échéant, la date limite pour effectuer cette demande ainsi que le montant et des modalités de paiement de la somme qui doit être versée pour obtenir ces documents. Les services compétents envoient cette documentation aux opérateurs économiques sans délai après la réception de leur demande.

3. Les renseignements complémentaires sur les cahiers de charges ou les documents complémentaires sont communiqués par les entités adjudicatrices ou les services compétents six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile.

4. En outre, l'invitation comporte au moins:

- a) le cas échéant, la date limite pour demander les documents complémentaires, ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit être éventuellement versée pour obtenir ces documents;
- b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
- c) une référence à tout avis de marché publié;
- d) l'indication des documents à joindre éventuellement;

e) les critères d'attribution du marché, lorsqu'ils ne figurent pas dans l'avis sur l'existence d'un système de qualification utilisé comme de moyen de mise en concurrence;

f) la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, l'ordre d'importance de ces critères, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de marché, dans l'avis sur l'existence d'un système de qualification ou dans le cahier des charges.

5. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis périodique indicatif, les entités adjudicatrices invitent ultérieurement tous les candidats à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché en question avant de commencer la sélection de soumissionnaires ou de participants à une négociation.

L'invitation comprend au moins les renseignements suivants:

a) nature et quantité, y compris toutes options concernant des marchés complémentaires et, si possible, délai estimé pour l'exercice de ces options; dans le cas de marchés renouvelables, nature et quantité, et, si possible, délai estimé de publication des avis de mise en concurrence ultérieurs pour les travaux, fournitures ou services devant faire l'objet du marché;

b) caractère de la procédure: restreinte ou négociée;

c) le cas échéant, date à laquelle commencera ou s'achèvera la livraison des fournitures ou l'exécution des travaux ou des services;

d) adresse et date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation;

e) adresse de l'entité qui doit passer le marché et fournir les renseignements nécessaires pour l'obtention du cahier des charges et autres documents;

f) conditions de caractère économique et technique, garanties financières et renseignements exigés des opérateurs économiques;

g) montant et modalités de versement de toute somme à payer pour obtenir les documents relatifs à la procédure de passation du marché;

h) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres: achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes, et

i) les critères d'attribution, ainsi que leur pondération ou, le cas échéant, l'ordre d'importance de ces critères, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis indicatif ou dans le cahier des charges ou dans l'invitation à présenter une offre ou à négocier.

### Section 3

#### Communications et informations

#### Article 48

#### Règles applicables aux communications

1. Toutes les communications ainsi que tous les échanges d'informations visés dans le présent titre peuvent, au choix de l'entité adjudicatrice, être faits par courrier, par télécopieur, par moyens électroniques conformément aux paragraphes 4 et 5, par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6, ou par une combinaison de ces moyens.

2. Les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution.

3. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que les entités adjudicatrices ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

4. Les dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être généralement disponibles et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

5. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de transmission et de réception électronique des offres ainsi qu'aux dispositifs de réception électronique des demandes de participation:

a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des offres et des demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des offres et des demandes de participation doivent être conformes aux exigences de l'annexe XXIV;

b) les États membres peuvent, dans le respect de l'article 5 de la directive 1999/93/CE, exiger que les offres électroniques soient assorties d'une signature électronique avancée conforme à son paragraphe 1;

c) les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs;

d) les soumissionnaires ou les candidats s'engagent à ce que les documents, certificats, attestations et déclarations visés à l'article 52, paragraphes 2 et 3, et aux articles 53 et 54, s'ils ne sont pas disponibles sous forme électronique, soient soumis avant l'expiration du délai prévu pour la présentation des offres ou des demandes de participation.

6. Les règles suivantes s'appliquent à la transmission des demandes de participation:

- a) les demandes de participation aux procédures de passation des marchés peuvent être faites par écrit ou par téléphone;
- b) lorsqu'une demande de participation est faite par téléphone, une confirmation écrite doit être transmise avant l'expiration du délai fixé pour leur réception;
- c) les entités adjudicatrices peuvent exiger, si nécessaire pour des raisons de preuve juridique, que les demandes de participation faites par télécopie soient confirmées par courrier ou par moyen électronique. Dans ce cas, elles indiquent cette exigence et le délai dans lequel elle doit être accomplie dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans l'invitation visée à l'article 47, paragraphe 5.

#### Article 49

#### Information des demandeurs de qualification, des candidats et des soumissionnaires

1. Les entités adjudicatrices informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques participants des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre ou l'adjudication du marché ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, y compris des motifs pour lesquels elles ont décidé de renoncer à conclure un accord-cadre ou à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence, ou de recommencer la procédure, ou de renoncer à mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux entités adjudicatrices.

2. Sur demande de la partie concernée, les entités adjudicatrices communiquent, dans les meilleurs délais:

- à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature,
- à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, y compris, dans les cas visés à l'article 34, paragraphes 4 et 5, les motifs de leur décision de non équivalence ou de leur décision selon laquelle les travaux, fournitures, ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles,
- à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire ou des parties à l'accord-cadre.

Ces délais ne peuvent en aucun cas dépasser quinze jours à compter de la réception de la demande écrite.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication du marché ou la conclusion de l'accord-cadre ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, visés au paragraphe 1, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait

préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, y compris les intérêts de l'opérateur économique auquel le marché a été attribué, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre opérateurs économiques.

3. Les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification informent les demandeurs de leur décision quant à leur qualification dans un délai de six mois.

Si la décision de qualification doit prendre plus de quatre mois à partir du dépôt de la demande de qualification, l'entité adjudicatrice doit informer le demandeur, dans les deux mois suivant ce dépôt, des raisons justifiant un allongement du délai et de la date à laquelle sa demande sera acceptée ou refusée.

4. Les demandeurs dont la qualification est rejetée doivent en être informés ainsi que des raisons du refus dans les meilleurs délais, ne pouvant en aucun cas dépasser quinze jours, à partir de la date de la décision. Ces raisons sont fondées sur les critères de qualification mentionnés à l'article 53, paragraphe 2.

5. Les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification ne peuvent mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des raisons fondées sur les critères de qualification mentionnés à l'article 53, paragraphe 2. L'intention de mettre fin à la qualification est préalablement notifiée par écrit à l'opérateur économique au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification, en indiquant la ou les raisons justifiant cette intention.

#### Article 50

#### Informations à conserver sur les marchés passés

1. Les entités adjudicatrices conservent les informations appropriées sur chaque marché leur permettant de justifier ultérieurement les décisions concernant:

- a) la qualification et la sélection des opérateurs économiques et l'attribution des marchés;
- b) l'utilisation de procédures sans mise en concurrence préalable conformément à l'article 40, paragraphe 3;
- c) la non-application des dispositions des chapitres III à VI du présent titre en vertu des dérogations prévues au chapitre II du titre I et au chapitre II du présent titre.

Les entités adjudicatrices prennent les mesures appropriées pour documenter le déroulement des procédures d'attribution conduites par moyens électroniques.

2. Les informations doivent être conservées au moins pendant quatre ans après la date d'attribution du marché, afin que l'entité adjudicatrice puisse fournir, pendant cette période, les renseignements nécessaires à la Commission sur sa demande.

## CHAPITRE VII

**Déroulement de la procédure**

## Article 51

**Dispositions générales**

1. Aux fins de la sélection des participants aux procédures de passation des marchés publics:

- a) les entités adjudicatrices ayant établi des règles et des critères d'exclusion des soumissionnaires ou des candidats conformément à l'article 54, paragraphes 1, 2 ou 4, excluent les opérateurs économiques se conformant à ces règles et satisfaisant à ces critères;
- b) elles les sélectionnent conformément aux règles et critères objectifs établis en vertu de l'article 54;
- c) dans les procédures restreintes et négociées avec mise en concurrence, elles réduisent, le cas échéant, le nombre des candidats retenus en vertu des points a) et b) et conformément à l'article 54.

2. Lorsque la mise en concurrence s'effectue par un avis sur l'existence d'un système de qualification et aux fins de la sélection de participants à des procédures d'attribution de marchés spécifiques faisant l'objet de la mise en concurrence, les entités adjudicatrices:

- a) qualifient les opérateurs économiques conformément à l'article 53;
- b) appliquent à ces opérateurs économiques qualifiés les dispositions du paragraphe 1 qui se rapportent aux procédures restreintes ou négociées.

3. Les entités adjudicatrices vérifient la conformité des offres présentées par les soumissionnaires ainsi sélectionnés aux règles et exigences applicables aux offres et attribuent le marché en se basant sur les critères prévus aux articles 55 et 57.

## Section 1

## Qualification et sélection qualitative

## Article 52

**Reconnaissance mutuelle en matière de conditions administratives, techniques ou financières ainsi que concernant les certificats, essais et justifications**

1. Lorsqu'elles choisissent les participants à une procédure restreinte ou négociée, en prenant leur décision quant à la qualification ou lorsque les critères et règles sont mis à jour, les entités adjudicatrices ne peuvent:

- a) imposer des conditions administratives, techniques ou financières à certains opérateurs économiques qui n'auraient pas été imposées à d'autres;
- b) exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles.

2. Lorsqu'elles demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de garantie de la qualité, les entités adjudicatrices se reportent aux systèmes d'assurance de qualité basés sur les séries des normes européennes pertinentes en la matière et certifiés par des organismes conformes aux séries des normes européennes concernant la certification.

Elles reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Elles acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de qualité émanant des opérateurs économiques.

3. Pour les marchés de travaux et de services et uniquement dans les cas appropriés, les entités adjudicatrices peuvent, afin de vérifier la capacité technique de l'opérateur économique, exiger l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de la réalisation du marché. Dans ces cas, lorsque les entités adjudicatrices demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de gestion environnementale, elles se reportent à l'EMAS ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification.

Les entités adjudicatrices reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Elles acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale émanant des opérateurs économiques.

## Article 53

**Systèmes de qualification**

1. Les entités adjudicatrices peuvent, si elles le souhaitent, établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques.

Les entités qui établissent ou gèrent un système de qualification veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés.

2. Le système prévu au paragraphe 1 peut comprendre plusieurs stades de qualification.

Il est géré sur la base de critères et de règles de qualification objectifs définis par l'entité adjudicatrice.

Lorsque ces critères et règles comportent des spécifications techniques, l'article 34 est d'application. Ces critères et ces règles peuvent au besoin être mis à jour.

3. Les critères et les règles de qualification visés au paragraphe 2 peuvent inclure les critères d'exclusion énumérés à l'article 45 de la directive 2004/18/CE dans les conditions qui y sont exposées.



Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a), ces critères et règles incluent les critères d'exclusion énumérés à l'article 45, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE.

4. Lorsque les critères et les règles de qualification visés au paragraphe 2 comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, il peut, le cas échéant, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit dans ce cas prouver à l'entité adjudicatrice qu'il disposera de ces moyens pendant toute la période de validité du système de qualification, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 11 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

5. Lorsque les critères et les règles de qualification visés au paragraphe 2 comportent des exigences relatives aux capacités techniques et/ou professionnelles de l'opérateur économique, il peut, le cas échéant, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver à l'entité adjudicatrice qu'il disposera de ces moyens pendant toute la période de validité du système de qualification, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 11 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

6. Les critères et les règles de qualification visés au paragraphe 2 sont fournis sur demande aux opérateurs économiques intéressés. La mise à jour de ces critères et de ces règles est communiquée aux opérateurs économiques intéressés.

Si une entité adjudicatrice estime que le système de qualification de certaines entités ou organismes tiers répond à ses exigences, elle communique aux opérateurs économiques intéressés les noms de ces entités ou de ces organismes tiers.

7. Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé; il peut être divisé en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

8. Lorsqu'elles établissent ou gèrent un système de qualification, les entités adjudicatrices observent notamment l'article 41, paragraphe 3, concernant les avis sur l'existence d'un système de qualification, l'article 49, paragraphes 3, 4 et 5, concernant les informations à fournir aux opérateurs économiques ayant présenté une demande de qualification, l'article 51, paragraphe 2, concernant la sélection des participants dans les cas où la mise en concurrence s'effectue par un avis sur l'existence d'un système de qualification, ainsi que l'article 52 concernant

la reconnaissance mutuelle en matière de conditions administratives, techniques ou financières, et concernant les certificats, essais et justifications.

9. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les soumissionnaires dans une procédure restreinte ou les participants dans une procédure négociée sont sélectionnés parmi les candidats qualifiés selon un tel système.

#### Article 54

### Critères de sélection qualitative

1. Les entités adjudicatrices qui fixent des critères de sélection dans une procédure ouverte doivent le faire selon des règles et des critères objectifs qui sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés.

2. Les entités adjudicatrices qui sélectionnent les candidats à une procédure de passation de marchés restreinte ou négociée doivent le faire en accord avec les règles et les critères objectifs qu'elles ont fixés et qui sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés.

3. Dans les cas des procédures restreintes ou négociées, les critères peuvent être fondés sur la nécessité objective, pour l'entité adjudicatrice, de réduire le nombre des candidats à un niveau justifié par la nécessité d'équilibre entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marchés et les moyens que requiert son accomplissement. Le nombre des candidats retenus doit toutefois tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante.

4. Les critères visés aux paragraphes 1 et 2 peuvent inclure les critères d'exclusion énumérés à l'article 45 de la directive 2004/18/CE dans les conditions qui y sont exposées.

Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a), les critères visés aux paragraphes 1 et 2 du présent article incluent les critères d'exclusion énumérés à l'article 45, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE.

5. Lorsque les critères visés aux paragraphes 1 et 2 comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, il peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Dans ce cas, il prouve à l'entité adjudicatrice qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 11 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

6. Lorsque les critères visés aux paragraphes 1 et 2 comportent des exigences relatives aux capacités techniques et/ou professionnelles de l'opérateur économique, il peut, le cas échéant et pour un marché détermine, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver à l'entité adjudicatrice que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 11 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

## Section 2

### Attribution des marchés

#### Article 55

#### Critères d'attribution des marchés

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont:

- a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue des entités adjudicatrices, divers critères liés à l'objet du marché en question, tels que le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix;
- b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Sans préjudice des dispositions du troisième alinéa, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), l'entité adjudicatrice précise la pondération relative qu'elle attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Lorsque, d'après l'avis de l'entité adjudicatrice, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, elle indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Cette pondération relative ou cet ordre d'importance sont indiqués, selon qu'il conviendra, dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt visé à l'article 47, paragraphe 5, dans l'invitation à présenter une offre ou à négocier ou dans le cahier des charges.

#### Article 56

#### Utilisation d'enchères électroniques

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les entités adjudicatrices d'appliquer des enchères électroniques.

2. Dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec mise en concurrence préalable, les entités adjudicatrices peuvent décider que l'attribution d'un marché sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise.

Dans les mêmes conditions, l'enchère électronique peut être utilisée lors de la mise en concurrence des marchés à passer dans le cadre du système d'acquisition dynamique visé à l'article 15.

L'enchère électronique porte:

- a) soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas;
  - b) soit sur les prix et/ou sur les valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.
3. Les entités adjudicatrices qui décident de recourir à une enchère électronique en font mention dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence.

Le cahier des charges comporte, entre autres, les informations suivantes:

- a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique, pour autant que ces éléments soient quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages;
- b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées, telles qu'elles résultent des spécifications de l'objet du marché;
- c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et à quel moment elles seront, le cas échéant, mises à leur disposition;
- d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique;
- e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir;
- f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

4. Avant de procéder à l'enchère électronique, les entités adjudicatrices effectuent une première évaluation complète des offres conformément au(x) critère(s) d'attribution et à sa (leur) pondération tels que fixés.

Tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par moyens électroniques à présenter des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs; l'invitation contient toute information pertinente pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début de l'enchère électronique. L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. L'enchère électronique ne peut débuter au plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations.

5. Lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète du soumissionnaire concerné, effectuée conformément à la pondération prévue à l'article 55, paragraphe 2, premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges; à cette fin les éventuelles fourchettes sont exprimées au préalable par une valeur déterminée.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

6. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les entités adjudicatrices communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif. Elles peuvent également communiquer d'autres informations concernant d'autres prix ou valeurs présentés à condition que cela soit indiqué dans le cahier des charges. Elles peuvent également, à tout moment, annoncer le nombre des participants à la phase de l'enchère. Cependant, en aucun cas, elles ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

7. Les entités adjudicatrices clôturent l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes:

- a) elles indiquent dans l'invitation à participer à l'enchère la date et l'heure fixées au préalable;
- b) lorsqu'elles ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux. Dans ce cas, les entités adjudicatrices précisent dans l'invitation à participer à l'enchère le délai qu'elles observeront à partir de la réception de la dernière présentation avant de clôturer l'enchère électronique;
- c) lorsque le nombre de phases d'enchère, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé.

Lorsque les entités adjudicatrices ont décidé de clôturer l'enchère électronique conformément au point c), le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au point b), l'invitation à participer à l'enchère indique les calendriers de chaque phase d'enchères.

8. Après avoir clôturé l'enchère électronique, les entités adjudicatrices attribuent le marché conformément à l'article 55, en fonction des résultats de l'enchère électronique.

9. Les entités adjudicatrices ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été défini dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence et dans le cahier des charges.

#### Article 57

#### Offres anormalement basses

1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'entité adjudicatrice, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'elle juge appropriées.

Ces précisions peuvent concerner notamment:

- a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services, du procédé de construction;
- b) les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits, les services, ou pour exécuter les travaux;
- c) l'originalité des fournitures, services ou travaux proposés par le soumissionnaire;
- d) le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- e) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

2. L'entité adjudicatrice vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. L'entité adjudicatrice qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si elle consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'entité adjudicatrice, que l'aide en question a été légalement octroyée. L'entité adjudicatrice qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.

## Section 3

Offres contenant des produits originaires des pays tiers et relations avec ceux-ci

## Article 58

**Offres contenant des produits originaires des pays tiers**

1. Le présent article s'applique aux offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels la Communauté n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux marchés de ces pays tiers. Il est sans préjudice des obligations de la Communauté ou de ses États membres à l'égard des pays tiers.

2. Toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers, déterminés conformément au règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le code des douanes communautaire<sup>(1)</sup>, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Aux fins du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

3. Sous réserve du deuxième alinéa, lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution définis à l'article 55, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application du paragraphe 2. Le montant de ces offres est considéré comme équivalent, aux fins du présent article, si leur écart de prix n'excède pas 3 %.

Toutefois, une offre ne sera pas préférée à une autre en vertu du premier alinéa lorsque son acceptation obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

4. Aux fins du présent article, pour la détermination des produits originaires des pays tiers prévue au paragraphe 2, ne sont pas pris en compte les pays tiers auxquels le bénéfice des dispositions de la présente directive a été étendu par une décision du Conseil conformément au paragraphe 1.

5. La Commission fait un rapport annuel au Conseil, pour la première fois au cours du second semestre de la première année après l'entrée en vigueur de la présente directive, sur les progrès réalisés dans les négociations multilatérales ou bilatérales concernant l'accès des entreprises de la Communauté aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la présente directive, sur tout résultat que ces négociations ont

permis d'atteindre, ainsi que sur l'application effective de tous les accords qui ont été conclus.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut, à la lumière de ces développements, modifier les dispositions du présent article.

## Article 59

**Relations avec les pays tiers en matière de marchés de travaux, de fournitures et de services**

1. Les États membres informent la Commission de toute difficulté d'ordre général rencontrée et signalée par leurs entreprises en fait ou en droit, lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers.

2. La Commission fait un rapport au Conseil avant le 31 décembre 2005, et ensuite de manière périodique, sur l'ouverture des marchés de services dans les pays tiers ainsi que sur l'état d'avancement des négociations à ce sujet avec ces pays, notamment dans le cadre de l'OMC.

3. La Commission s'efforce, en intervenant auprès du pays tiers concerné, de remédier à une situation dans laquelle elle constate, soit sur la base des rapports visés au paragraphe 2, soit sur la base d'autres informations, qu'un pays tiers, en ce qui concerne l'attribution de marchés de services:

- a) n'accorde pas aux entreprises de la Communauté un accès effectif comparable à celui qu'accorde la Communauté aux entreprises de ces pays tiers;
- b) n'accorde pas aux entreprises de la Communauté le bénéfice du traitement national ou les mêmes possibilités de concurrence que celles offertes aux entreprises nationales, ou
- c) accorde aux entreprises d'autres pays tiers un traitement plus favorable qu'aux entreprises de la Communauté.

4. Les États membres informent la Commission de toute difficulté d'ordre général rencontrée et signalée par leurs entreprises en fait ou en droit, et résultant du non-respect des dispositions internationales en matière de droit du travail visées à l'annexe XXIII, lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers.

5. Dans les conditions indiquées aux paragraphes 3 et 4, la Commission peut, à tout moment, proposer au Conseil de décider de suspendre ou de restreindre, pendant une période à déterminer dans la décision, l'attribution de marchés de services:

- a) aux entreprises soumises à la législation du pays tiers concerné;

<sup>(1)</sup> JO L 302 du 19.10.1992, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2700/2000 du Parlement européen et du Conseil (JO L 311 du 12.12.2000, p. 17).



- b) aux entreprises liées aux entreprises visées au point a) dont le siège social se trouve dans la Communauté, mais qui n'ont pas un lien direct et effectif avec l'économie d'un État membre;
- c) aux entreprises présentant des offres ayant pour objet des services originaires du pays tiers concerné.

Le Conseil statue à la majorité qualifiée dans les meilleurs délais.

La Commission peut proposer ces mesures de sa propre initiative ou à la demande d'un État membre.

6. Le présent article est sans préjudice des obligations de la Communauté à l'égard des pays tiers découlant des conventions internationales sur les marchés publics, en particulier dans le cadre de l'OMC.

### TITRE III

#### RÈGLES APPLICABLES AUX CONCOURS DANS LE DOMAINE DES SERVICES

##### Article 60

##### Disposition générale

1. Les règles relatives à l'organisation d'un concours sont établies conformément au paragraphe 2 du présent article, et aux articles 61 et 63 à 66, et sont mises à la disposition de ceux qui sont intéressés à participer au concours.

2. L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un État membre;
- b) par le fait que les participants seraient tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le concours est organisé, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

##### Article 61

##### Seuils

1. Le présent titre s'applique aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation de marchés de services dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 499 000 EUR.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par seuil la valeur estimée hors TVA du marché de services, y compris les éventuelles primes de participation et/ou paiements aux participants.

2. Le présent titre s'applique dans tous les cas de concours lorsque le montant total des primes de participation aux concours et paiements versés aux participants égale ou dépasse 499 000 EUR.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par seuil le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si l'entité adjudicatrice n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

##### Article 62

##### Concours exclus

Le présent titre ne s'applique pas:

- 1) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 20, 21 et 22 pour les marchés de services;
- 2) aux concours organisés pour l'exercice, dans l'État membre concerné, d'une activité à l'égard de laquelle l'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, a été établie par une décision de la Commission ou à l'égard de laquelle ledit paragraphe est réputé d'application en vertu du paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou du paragraphe 5, quatrième alinéa, dudit article.

##### Article 63

##### Règles de publicité et de transparence

1. Les entités adjudicatrices désireuses d'organiser un concours le mettent en concurrence au moyen d'un avis de concours. Les entités adjudicatrices qui ont organisé un concours en font connaître les résultats par un avis. Cette mise en concurrence comporte les informations visées à l'annexe XVIII et l'avis des résultats d'un concours comprend les informations visées à l'annexe XIX selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 68, paragraphe 2.

L'avis relatif aux résultats d'un concours est transmis à la Commission, dans un délai de deux mois après la clôture de ce concours et dans des conditions à définir par la Commission, conformément à la procédure visée à l'article 68, paragraphe 2. À cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que des entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission de ces informations, concernant le nombre de projets ou de plans reçus, l'identité des opérateurs économiques et les prix proposés par les soumissionnaires.

2. L'article 44, paragraphes 2 à 8, s'applique également aux avis relatifs aux concours.

##### Article 64

##### Moyens de communication

1. L'article 48, paragraphes 1, 2 et 4, s'applique à toutes les communications relatives au concours.

2. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à garantir que l'intégrité et la confidentialité de toute information transmise par les participants aux concours sont préservées et que le jury ne prend connaissance du contenu des plans et des projets qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de ceux-ci.

3. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de réception électronique des plans et des projets:

a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des plans et projets par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des plans et projets doivent être conformes aux exigences de l'annexe XXIV;

b) les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs.

#### Article 65

### Règles concernant l'organisation des concours, la sélection des participants et le jury

1. Pour organiser leurs concours, les entités adjudicatrices appliquent les procédures qui sont adaptées aux dispositions de la présente directive.

2. Lorsque les concours réunissent un nombre limité de participants, les entités adjudicatrices établissent des critères de sélection clairs et non discriminatoires. Dans tous les cas, le

nombre de candidats invités à participer aux concours doit tenir compte du besoin d'assurer une concurrence réelle.

3. Le jury est composé exclusivement de personnes physiques indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres doivent posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

#### Article 66

### Décisions du jury

1. Le jury dispose d'une autonomie de décision ou d'avis.

2. Il examine les plans et projets présentés par les candidats de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères indiqués dans l'avis de concours.

3. Il consigne, dans un procès-verbal, signé par ses membres, ses choix effectués selon les mérites de chaque projet, ainsi que ses observations et tout point nécessitant des éclaircissements.

4. L'anonymat doit être respecté jusqu'à l'avis ou la décision du jury.

5. Les candidats peuvent être invités, le cas échéant, à répondre aux questions que le jury a consignées dans le procès-verbal, afin de clarifier tel ou tel aspect d'un projet.

6. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

## TITRE IV

### OBLIGATIONS STATISTIQUES, COMPÉTENCES D'EXÉCUTION ET DISPOSITIONS FINALES

#### Article 67

### Obligations statistiques

1. Les États membres veillent à ce que la Commission reçoive chaque année, selon les modalités à fixer conformément à la procédure visée à l'article 68, paragraphe 2, un état statistique concernant la valeur totale ventilée, selon chaque État membre et selon chacune des catégories d'activité auxquelles se réfèrent les annexes I à X, des marchés passés qui sont inférieurs aux seuils définis à l'article 16 mais qui, mis à part les seuils, seraient couverts par les dispositions de la présente directive.

2. Pour ce qui concerne les catégories d'activités auxquelles se réfèrent les annexes II, III, V, IX et X, les États membres veillent à ce que la Commission reçoive un état statistique concernant les marchés passés au plus tard le 31 octobre 2004 pour l'année précédente et avant le 31 octobre de chaque année, selon les modalités à fixer conformément à la procédure visée à l'article 68, paragraphe 2. Cet état statistique contient

les informations nécessaires à la vérification de la bonne application de l'accord.

Les informations visées au premier alinéa ne concernent pas les marchés ayant pour objet les services de recherche et de développement de la catégorie 8 de l'annexe XVII A, les services de télécommunications de la catégorie 5 de l'annexe XVII A dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526, ou les services qui figurent à l'annexe XVII B.

3. Les modalités d'application prévues aux paragraphes 1 et 2 sont fixées de manière à s'assurer que:

a) dans un but de simplification administrative, les marchés de moindre importance puissent être exclus, pour autant que l'utilité des statistiques n'est pas mise en cause;

b) le caractère confidentiel des informations transmises soit respecté.

## Article 68

**Procédure de comité**

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics, institué par l'article 1<sup>er</sup> de la décision 71/306/CEE du Conseil <sup>(1)</sup>, ci-après dénommé «comité».

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

3. Le comité adopte son règlement intérieur.

## Article 69

**Révision des seuils**

1. La Commission vérifie les seuils fixés à l'article 16 tous les deux ans à partir du 30 avril 2004 et les révisé, si nécessaire, en ce qui concerne le deuxième alinéa, conformément à la procédure prévue à l'article 68, paragraphe 2.

Le calcul de la valeur de ces seuils est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de l'euro exprimée en droits de tirage spéciaux (DTS), durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'août qui précède la révision prenant effet le 1<sup>er</sup> janvier. La valeur des seuils ainsi révisée, si nécessaire, est arrondie au millier d'euros inférieur au chiffre résultant de ce calcul afin d'assurer le respect des seuils en vigueur prévus par l'accord, qui sont exprimés en DTS.

2. À l'occasion de la révision prévue au paragraphe 1, la Commission aligne, conformément à la procédure prévue à l'article 68, paragraphe 2, les seuils prévus à l'article 61 (les concours) sur le seuil révisé applicable aux marchés de services.

La contre-valeur des seuils fixés conformément au paragraphe 1 dans les monnaies nationales des États membres qui ne participent pas à l'union monétaire est, en principe, révisée tous les deux ans à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004. Le calcul de cette contre-valeur est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de ces monnaies exprimée en euros, durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'août qui précède la révision prenant effet le 1<sup>er</sup> janvier.

3. Les seuils révisés visés au paragraphe 1, leur contre-valeur dans les monnaies nationales et les seuils alignés visés au paragraphe 2 sont publiés par la Commission au *Journal officiel de l'Union européenne* au début du mois de novembre qui suit leur révision.

## Article 70

**Modifications**

La Commission peut modifier, conformément à la procédure prévue à l'article 68, paragraphe 2:

- a) les listes des entités adjudicatrices des annexes I à X afin qu'elles répondent aux critères énoncés aux articles 2 à 7;
- b) les modalités d'établissement, de transmission, de réception, de traduction, de collecte et de distribution des avis mentionnés aux articles 41, 42, 43 et 63;
- c) les modalités concernant des références spécifiques à des positions particulières de la nomenclature CPV dans les avis;
- d) les numéros de référence à la nomenclature prévue à l'annexe XVII, dans la mesure où cela ne change pas le champ d'application matériel de la directive, et les modalités de référence dans les avis à des positions particulières de cette nomenclature à l'intérieur des catégories de services énumérées aux dites annexes;
- e) les numéros de référence à la nomenclature prévue à l'annexe XII, dans la mesure où cela ne change pas le champ d'application matériel de la directive, et les modalités de la référence à des positions particulières de cette nomenclature dans les avis;
- f) l'annexe XI;
- g) les modalités de transmission et de publication des données visées à l'annexe XX pour des raisons tenant au progrès technique ou d'ordre administratif;
- h) les modalités et caractéristiques techniques des dispositifs de réception électronique, visées aux points a), f) et g) de l'annexe XXIV;
- i) dans un but de simplification conformément à l'article 67, paragraphe 3, les modalités d'application et d'établissement, de transmission, de réception, de traduction, de collecte et de distribution des états statistiques prévues à l'article 67, paragraphes 1 et 2;
- j) les modalités techniques des méthodes de calcul visées à l'article 69, paragraphe 1, et paragraphe 2, deuxième alinéa.

## Article 71

**Mise en œuvre**

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 janvier 2006. Ils en informent immédiatement la Commission.

<sup>(1)</sup> JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

Les États membres peuvent s'accorder un délai supplémentaire pouvant aller jusqu'à 35 mois après l'expiration du délai prévu au premier alinéa afin de mettre en œuvre les dispositions nécessaires pour se conformer à l'article 6 de la présente directive.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

L'article 30 est applicable à compter du 30 avril 2004.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

#### Article 72

##### Mécanismes de contrôle

Conformément à la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications <sup>(1)</sup>, les États membres garantissent l'application de la présente directive par des mécanismes efficaces, accessibles et transparents.

À cet effet, ils peuvent, entre autres, désigner ou établir un organe indépendant.

#### Article 73

##### Abrogation

La directive 93/38/CEE est abrogée, sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition et d'application figurant à l'annexe XXV.

Les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe XXVI.

#### Article 74

##### Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

#### Article 75

##### Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 31 mars 2004.

*Par le Parlement européen*

*Le président*

P. COX

*Par le Conseil*

*Le président*

D. ROCHE

(<sup>1</sup>) JO L 76 du 23.03.1992, p. 14. Directive modifiée par l'acte d'adhésion de 1994.



**DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL****du 31 mars 2004****relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 47, paragraphe 2, et ses articles 55 et 95,

vu la proposition de la Commission <sup>(1)</sup>,

vu l'avis du Comité économique et social européen <sup>(2)</sup>,

vu l'avis du Comité des régions <sup>(3)</sup>,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité <sup>(4)</sup>, au vu du projet commun approuvé le 9 décembre 2003 par le comité de conciliation,

considérant ce qui suit:

(1) À l'occasion de nouvelles modifications, apportées aux directives 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services <sup>(5)</sup>, 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures <sup>(6)</sup> et 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux <sup>(7)</sup>, modifications nécessaires pour répondre aux exigences de simplification et de modernisation formulées aussi bien par les pouvoirs adjudicateurs que par les opérateurs économiques dans le cadre des réponses au Livre vert adopté par la Commission le 27 novembre 1996, il convient, dans un souci de clarté, de procéder à leur refonte dans un seul texte. La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la

Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2.

(2) La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité.

(3) Ces dispositions de coordination devraient respecter, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des États membres.

(4) Les États membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.

(5) Conformément à l'article 6 du traité, les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3 du traité, en particulier afin de promouvoir le développement durable. La présente directive clarifie donc comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix.

<sup>(1)</sup> JO C 29 E du 30.1.2001, p. 11 et JO C 203 E du 27.8.2002, p. 210.

<sup>(2)</sup> JO C 193 du 10.7.2001, p. 7.

<sup>(3)</sup> JO C 144 du 16.5.2001, p. 23.

<sup>(4)</sup> Avis du Parlement européen du 17 janvier 2002 (JO C 271 E du 7.11.2002, p. 176), position commune du Conseil du 20 mars 2003 (JO C 147 E du 24.6.2003, p. 1) et position du Parlement européen du 2 juillet 2003 (non encore parue au Journal officiel). Résolution législative du Parlement européen du 29 janvier 2004 et décision du Conseil du 2 février 2004.

<sup>(5)</sup> JO L 209 du 24.7.1992, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/78/CE de la Commission (JO L 285 du 29.10.2001, p. 1).

<sup>(6)</sup> JO L 199 du 9.8.1993, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/78/CE.

<sup>(7)</sup> JO L 199 du 9.8.1993, p. 54. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/78/CE.

(6) Aucune disposition de la présente directive ne devrait interdire d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre, de la moralité et de la sécurité publics, de la santé, de la vie humaine et animale ou à la préservation des végétaux, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au traité.

(7) La décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords de négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) <sup>(1)</sup> a notamment approuvé l'accord OMC sur les marchés publics, ci-après dénommé «Accord», dont le but est d'établir un cadre multilatéral de droits et d'obligations équilibrés en matière de marchés publics en vue de réaliser la libéralisation et l'expansion du commerce mondial.

Eu égard aux droits et engagements internationaux résultant pour la Communauté de l'acceptation de l'accord, le régime applicable aux soumissionnaires et aux produits des pays tiers signataires est celui défini par l'Accord. Cet Accord n'a pas effet direct. Il convient donc que les pouvoirs adjudicateurs visés par l'Accord qui se conforment à la présente directive et qui appliquent celle-ci aux opérateurs économiques des pays tiers signataires de l'Accord respectent ainsi cet Accord. Il convient également que ces dispositions de coordination garantissent aux opérateurs économiques de la Communauté des conditions de participation aux marchés publics aussi favorables que celles réservées aux opérateurs économiques des pays tiers signataires de l'Accord.

(8) Avant le lancement d'une procédure de passation d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en recourant à un «dialogue technique», solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence.

(9) Vu la diversité que présentent les marchés publics de travaux, il convient que les pouvoirs adjudicateurs puissent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour l'exécution et la conception des travaux. La présente directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe. La décision relative à une passation séparée ou conjointe du marché doit

fonder sur des critères qualitatifs et économiques qui peuvent être définis par les législations nationales.

(10) Un contrat ne peut être considéré comme un marché public de travaux que si son objet vise spécifiquement à réaliser des activités visées à l'annexe I, même si le contrat peut comprendre d'autres services nécessaires à la réalisation de ces activités. Les marchés publics de services, notamment dans le domaine des services de gestion de propriétés, peuvent, dans certains cas, inclure des travaux. Toutefois, ces travaux, pour autant qu'ils sont accessoires et ne constituent, donc, qu'une conséquence éventuelle ou un complément à l'objet principal du contrat, ne peuvent justifier la classification du contrat comme marché public de travaux.

(11) Il convient de prévoir une définition communautaire des accords-cadres ainsi que des règles spécifiques pour les accords-cadres passés pour des marchés tombant dans le champ d'application de la présente directive. Selon ces règles, lorsqu'un pouvoir adjudicateur conclut, conformément aux dispositions de la présente directive, un accord-cadre concernant notamment la publicité, les délais et les conditions de remise des offres, il peut conclure pendant la durée de cet accord-cadre des marchés basés sur cet accord-cadre soit en appliquant les termes fixés dans l'accord-cadre, soit, lorsque tous les termes n'ont pas été fixés à l'avance dans cet accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties à l'accord-cadre sur les termes non fixés. La remise en concurrence devrait répondre à certaines règles visant à garantir la flexibilité nécessaire et à garantir le respect des principes généraux, notamment le principe d'égalité de traitement. Pour ces raisons, la durée des accords-cadre devrait être limitée et ne devrait pas pouvoir dépasser quatre ans, sauf dans des cas dûment justifiés par les pouvoirs adjudicateurs.

(12) Certaines nouvelles techniques d'achat électronique sont en développement constant. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électronique, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. Dans cette mesure, la présentation d'une offre par un soumissionnaire, en particulier dans les cas de remise en concurrence pour l'application d'un accord-cadre ou de mise en œuvre d'un système d'acquisition dynamique, peut prendre la forme du catalogue électronique de ce soumissionnaire, dès lors qu'il utilise les moyens de communication choisis par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 42.

<sup>(1)</sup> JO L 336 du 23.12.1994, p. 1.

- (13) Compte tenu de l'expansion rapide des systèmes d'achat électroniques, il convient de prévoir, d'ores et déjà, des règles adéquates pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement profit des possibilités offertes par lesdits systèmes. Dans cette perspective, il convient de définir un système d'acquisition dynamique entièrement électronique pour des achats d'usage courant, et de fixer des règles spécifiques pour la mise en place et le fonctionnement d'un tel système afin de garantir le traitement équitable de tout opérateur économique qui souhaite en faire partie. Tout opérateur économique devrait pouvoir adhérer à un tel système dès lors qu'il introduit une offre indicative conforme au cahier des charges et qu'il remplit les critères de sélection. Cette technique d'acquisition permet aux pouvoirs adjudicateurs, par la création d'une liste de soumissionnaires déjà retenus et par la possibilité donnée à de nouveaux soumissionnaires d'y adhérer, de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres — grâce aux moyens électroniques utilisés — et donc d'assurer une utilisation optimale des deniers publics par une large concurrence.
- (14) Les enchères électroniques constituant une technique appelée à se répandre, il convient de donner une définition communautaire de ces enchères et de les encadrer par des règles spécifiques afin d'assurer qu'elles se déroulent dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. À cet effet, il convient de prévoir que ces enchères électroniques ne portent que sur des marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise. Cela peut notamment être le cas en ce qui concerne les marchés de fournitures, de travaux et de services récurrents. Dans le même but, il faut également prévoir que le classement respectif des soumissionnaires puisse être établi à chaque moment de l'enchère électronique. Le recours aux enchères électroniques permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix revus à la baisse et, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, également d'améliorer des éléments des offres autres que le prix. Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans intervention et/ou appréciation de la part du pouvoir adjudicateur, peuvent faire l'objet d'enchères électroniques, c'est-à-dire les seulement les éléments qui sont quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres qui impliquent l'appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques.
- (15) Certaines techniques de centralisation des achats se sont développées dans des États membres. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs sont chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Ces techniques permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il convient donc de prévoir une définition communautaire de la centrale d'achat destinée aux pouvoirs adjudicateurs. Il y a lieu également de définir les conditions auxquelles, dans le respect des principes de non discrimination et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat peuvent être considérés comme ayant respecté la présente directive.
- (16) Afin de tenir compte des diversités existant dans les États membres, il convient de laisser à ces derniers le choix de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à des accords-cadres, à des centrales d'achat, à des systèmes d'acquisition dynamiques, à des enchères électroniques et au dialogue compétitif, tels que définis et réglementés par la présente directive.
- (17) Une multiplicité des seuils d'application des dispositions de coordination est source de complication pour les pouvoirs adjudicateurs. En outre, compte tenu de l'union monétaire, il y a lieu de fixer des seuils exprimés en euros. Par conséquent, il convient de fixer des seuils, en euros, de manière à simplifier l'application de ces dispositions tout en assurant le respect des seuils prévus par l'accord, qui sont exprimés en droits de tirages spéciaux. Dans cette perspective, il convient également de prévoir une révision périodique des seuils exprimés en euros afin de les adapter, si nécessaire, en fonction des variations éventuelles de la valeur de l'euro par rapport au droit de tirage spécial.
- (18) Pour l'application des règles prévues par la présente directive et aux fins de la surveillance, la meilleure définition du domaine des services consiste à le subdiviser en catégories correspondant à certaines positions d'une nomenclature commune et à les réunir en deux annexes, II A et II B, suivant le régime auquel ils sont soumis. En ce qui concerne les services visés à l'annexe II B, les dispositions applicables de la présente directive ne devraient pas porter atteinte à l'application de règles communautaires spécifiques aux services en question.
- (19) En ce qui concerne les marchés publics de services, l'application intégrale de la présente directive devrait être limitée, pendant une période transitoire, aux marchés pour lesquels ses dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges au delà des frontières. Les marchés des autres

services devraient être surveillés pendant cette période transitoire avant qu'une décision ne soit prise sur l'application intégrale de la présente directive. Il convient, à cet égard, de définir le mécanisme de cette surveillance. Ce mécanisme devrait, en même temps, permettre aux intéressés d'avoir accès aux informations en la matière.

(20) Les marchés publics qui sont passés par les pouvoirs adjudicateurs opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et qui s'inscrivent dans le cadre de ces activités sont couverts par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports et des services postaux<sup>(1)</sup>. Toutefois, les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de leurs activités d'exploitation de services de transports maritimes, côtiers ou fluviaux doivent entrer dans le champ d'application de la présente directive.

(21) Compte tenu de la situation de concurrence effective des marchés dans le secteur des télécommunications à la suite de la mise en œuvre de la réglementation communautaire visant à libéraliser ce secteur, il convient d'exclure du champ d'application de la présente directive les marchés publics dans ce domaine pour autant qu'ils aient principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exercer certaines activités dans le secteur des télécommunications. Ces activités sont définies en reprenant les définitions utilisées aux articles 1<sup>er</sup>, 2 et 8 de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications<sup>(2)</sup>, de telle sorte que la présente directive ne s'applique pas aux marchés qui ont été exclus du champ d'application de la directive 93/38/CEE en vertu de son article 8.

(22) Il importe de prévoir des cas dans lesquels les mesures de coordination des procédures peuvent ne pas être appliquées pour des raisons tenant à la sécurité ou aux secrets de l'État ou à cause de l'applicabilité de règles spécifiques de passation des marchés, qui découlent d'accords internationaux, qui concernent le stationnement des troupes ou qui sont propres aux organisations internationales.

(23) En vertu de l'article 163 du traité, l'encouragement de la recherche et du développement technologique constitue

un des moyens de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté, et l'ouverture des marchés publics de services aide à la réalisation de cet objectif. Le cofinancement de programmes de recherche ne devrait pas être visé par la présente directive; ne sont dès lors pas visés les marchés de services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation de services soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.

(24) Dans le cadre des services, les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics.

(25) La passation des marchés publics pour certains services audiovisuels dans le domaine de la radiodiffusion devrait pouvoir tenir compte de considérations revêtant une importance culturelle et sociale, qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés. Pour ces motifs, il faut donc prévoir une exception pour les marchés publics de services visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes prêts à l'utilisation et d'autres services préparatoires, tels que ceux relatifs aux scénarios ou aux performances artistiques nécessaires pour la réalisation du programme ainsi que les marchés concernant les temps de diffusion d'émissions. Toutefois, cette exclusion ne devrait pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes. Par «émission», on entend la transmission et la diffusion par l'intermédiaire de tout réseau électronique.

(26) Les services d'arbitrage et de conciliation sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics.

(27) En conformité avec l'Accord, les services financiers visés par la présente directive n'incluent pas les instruments de la politique monétaire, de taux de change, de dette publique, de gestion de réserves et d'autres politiques qui comportent des opérations sur titres ou sur autres

<sup>(1)</sup> Voir page 1 du présent Journal officiel.

<sup>(2)</sup> JO L 199 du 9.8.1993, p. 84. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/78/CE.



instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs. Par conséquent, les marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ne sont pas couverts. Les services fournis par des banques centrales sont également exclus.

(28) L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent à l'insertion dans la société. Dans ce cadre, les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion ou de la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail. Toutefois, de tels ateliers pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres puissent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

(29) Les spécifications techniques établies par les acheteurs publics devraient permettre l'ouverture des marchés publics à la concurrence. À cet effet, la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques doit être possible. Pour ce faire, d'une part, les spécifications techniques doivent pouvoir être établies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles et, d'autre part, en cas de référence à la norme européenne — ou, en son absence, à la norme nationale —, des offres basées sur d'autres solutions équivalentes doivent être prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs. Aux fins de démontrer l'équivalence, les soumissionnaires devraient pouvoir utiliser tout moyen de preuve. Les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir motiver toute décision concluant à la non-équivalence. Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent définir des besoins environnementaux dans les spécifications techniques d'un marché donné peuvent prescrire les caractéristiques environnementales, telles qu'une méthode de production déterminée, et/ou les effets environnementaux spécifiques de groupes de produits ou de services. Ils peuvent, mais n'y sont pas obligés, utiliser les spécifications appropriées définies par les éco-labels, comme l'éco-label européen, l'éco-label (pluri)national ou tout autre label écologique si les exigences relatives au label sont définies et adoptées sur la base d'une information scientifique au moyen d'un processus auquel les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs ou les organisations environnementales peuvent participer et si le label est accessible et disponible pour toutes les parties intéressées. Dans la mesure du possible, les pouvoirs adjudicateurs devraient établir des spécifications techniques qui prennent en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs. Les spécifications techniques de-

vraient être mentionnées clairement, de façon à ce que tous les soumissionnaires sachent ce que recouvrent les critères établis par le pouvoir adjudicateur.

(30) Les informations supplémentaires concernant les marchés doivent figurer, comme il est d'usage dans les États membres, dans le cahier des charges relatif à chaque marché ou dans tout document équivalent.

(31) Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse.

(32) Afin de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, il convient de prévoir des dispositions en matière de sous-traitance.

(33) Les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la présente directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement. À titre d'exemple, on peut citer, entre autres, les obligations — applicables à l'exécution du marché — de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national, de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale.

- (34) Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire. Dans les situations transfrontalières, où des travailleurs d'un État membre fournissent des services dans un autre État membre pour la réalisation d'un marché public, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services<sup>(1)</sup> énonce les conditions minimales qui doivent être respectées dans le pays d'accueil vis-à-vis de ces travailleurs détachés. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de ces obligations peut être considéré comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique pouvant entraîner l'exclusion de cet opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public.
- (35) Compte tenu des nouvelles technologies de l'information et des communications, et des simplifications qu'elles peuvent comporter au niveau de la publicité des marchés et en termes d'efficacité et de transparence des procédures de passation, il convient de mettre les moyens électroniques sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication et d'échange d'informations. Dans toute la mesure du possible, le moyen et la technologie choisis devraient être compatibles avec les technologies utilisées dans les autres États membres.
- (36) Le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres. Les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux opérateurs économiques de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent. À cet effet, il convient de leur donner une connaissance suffisante de l'objet du marché et des conditions dont il est assorti. Il importe donc d'assurer une meilleure visibilité des avis publiés au moyens d'instruments appropriés, tels que les formulaires standard d'avis de marché et le Vocabulaire commun pour les marchés publics (Common Procurement Vocabulary, CPV), prévu par le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil<sup>(2)</sup> comme la nomenclature de référence pour les marchés publics. Dans les procédures restreintes, la publicité devrait avoir plus spécialement pour but de permettre aux opérateurs économiques des États membres de manifester leur intérêt pour les marchés en sollicitant des pouvoirs adjudicateurs une invitation à soumissionner dans les conditions requises.
- (37) La directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques<sup>(3)</sup> et la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique)<sup>(4)</sup> devraient, dans le cadre de la présente directive, s'appliquer à la transmission d'informations par voie électronique. Les procédures de passation des marchés publics et les règles applicables aux concours de services requièrent un niveau de sécurité et de confidentialité supérieur à celui exigé par lesdites directives. Par conséquent, les dispositifs de réception électronique des offres, des demandes de participation ainsi que des plans et projets devraient répondre à des exigences supplémentaires spécifiques. À cette fin, l'utilisation des signatures électroniques, et notamment la signature électronique avancée, devrait, dans toute la mesure du possible, être encouragée. Par ailleurs, l'existence de régimes volontaires d'accréditation pourrait constituer un cadre favorable pour améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs.
- (38) L'utilisation de moyens électroniques entraîne des économies de temps. Par conséquent, il y a lieu de prévoir des réductions des délais minimaux en cas d'utilisation de ces moyens électroniques, à condition, toutefois, qu'ils soient compatibles avec les modalités de transmission spécifiques prévues au niveau communautaire.
- (39) La vérification de l'aptitude des soumissionnaires, dans les procédures ouvertes, et des candidats, dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché ainsi que dans le dialogue compétitif, et leur sélection devraient être effectuées dans des conditions de transparence. À cet effet, il convient d'indiquer les critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents et les moyens que les opérateurs économiques peuvent utiliser pour prouver qu'ils satisfont à ces critères. Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères de sélection qu'il utilisera pour la sélection ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige éventuellement de la part des opérateurs économiques pour les admettre à la procédure de passation du marché.
- (40) Un pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats aux procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché et au dialogue compétitif. Cette réduction des candidats devrait être opérée sur la base de critères objectifs indiqués dans l'avis de

(1) JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

(2) JO L 340 du 16.12.2002, p. 1.

(3) JO L 13 du 19.1.2000, p. 12.

(4) JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

marché. Ces critères objectifs n'impliquent pas nécessairement des pondérations. Pour les critères concernant la situation personnelle de l'opérateur économique, une référence générale, dans l'avis de marché, aux hypothèses indiquées à l'article 45 peut être suffisante.

Le non-respect des dispositions nationales transposant les directives 2000/78/CE<sup>(1)</sup> et 76/207/CEE<sup>(2)</sup> en matière d'égalité de traitement des travailleurs, qui a fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

- (41) Dans le dialogue compétitif et dans les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, compte tenu de la flexibilité qui peut être nécessaire ainsi que des coûts trop élevés liés à ces méthodes de passation de marchés, il convient de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir un déroulement de la procédure en phases successives de manière à réduire progressivement, sur la base des critères d'attribution préalablement indiqués, le nombre d'offres qu'ils continueront à discuter ou à négocier. Cette réduction devrait, pour autant que le nombre de solutions ou de candidats appropriés le permette, assurer une concurrence réelle.
- (42) Les règles communautaires en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres preuves de qualification formelle sont applicables lorsqu'il est nécessaire de fournir des preuves d'une qualification donnée pour pouvoir participer à une procédure de passation des marchés ou à un concours.
- (43) Il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. Les pouvoirs adjudicateurs devraient demander, le cas échéant, aux candidats/soumissionnaires les documents appropriés et pourraient, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, demander la coopération des autorités compétentes de l'État membre concerné. L'exclusion de tels opérateurs économiques devrait intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif qui lui confère l'autorité de la chose jugée. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.
- (44) Dans les cas appropriés, où la nature des travaux et/ou des services justifie que des mesures ou des systèmes de gestion environnementale soient appliqués lors de l'exécution du marché public, l'application de tels mesures ou systèmes peut être requise. Les systèmes de gestion environnementale, indépendamment de leur enregistrement conformément aux instruments communautaires tels que le règlement (CE) n° 761/2001<sup>(3)</sup> (EMAS), peuvent démontrer la capacité technique de l'opérateur économique à réaliser le marché. Par ailleurs, une description des mesures appliquées par l'opérateur économique pour assurer le même niveau de protection de l'environnement devrait être acceptée comme moyen de preuve alternatif aux systèmes de gestion environnementaux enregistrés.
- (45) La présente directive prévoit la possibilité pour les États membres d'instaurer des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services ou une certification par des organismes publics ou privés, ainsi que les effets d'une telle inscription ou d'un tel certificat dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics dans un autre État membre. En ce qui concerne les listes officielles d'opérateurs économiques agréés, il importe de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice dans le cas où un opérateur économique faisant partie d'un groupe se prévaut des capacités économique, financière ou technique d'autres sociétés du groupe à l'appui de sa demande d'inscription. Il appartient dans ce cas à l'opérateur économique de prouver qu'il disposera effectivement de ces moyens

<sup>(1)</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2.12.2000, p. 16).

<sup>(2)</sup> Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39 du 14.2.1976, p. 40). Directive modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 269 du 5.10.2002, p. 15).

<sup>(3)</sup> Règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) (JO L 114 du 24.4.2001, p.1).

pendant toute la durée de validité de l'inscription. Aux fins de cette inscription, un État membre peut dès lors déterminer des niveaux d'exigences à atteindre et notamment, par exemple, lorsque cet opérateur se prévaut de la capacité financière d'une autre société du groupe, l'engagement, si besoin est solidaire, de cette dernière société.

- (46) L'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du «prix le plus bas» et celui de «l'offre économiquement la plus avantageuse».

Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, il convient de prévoir l'obligation — consacrée par la jurisprudence — d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il incombe dès lors aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer les critères d'attribution ainsi que la pondération relative donnée à chacun de ces critères, et ce en temps utile afin que les soumissionnaires en aient connaissance pour établir leurs offres. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'indication de la pondération des critères d'attribution dans les cas dûment justifiés, qu'ils doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, notamment en raison de la complexité du marché. Dans ces cas, ils doivent indiquer l'ordre d'importance décroissant de ces critères.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre.

Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et

de les évaluer de manière objective. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre au pouvoir adjudicateur de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, tels qu'exprimés dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'un 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 particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché.

- (47) Dans le cadre des marchés publics de services, les critères d'attribution ne doivent pas affecter l'application de dispositions nationales relatives à la rémunération de certains services, tels que, par exemple, les prestations des architectes, des ingénieurs ou des avocats, et, dans le cas de marchés publics de fournitures, l'application des dispositions nationales imposant un prix fixe pour les livres scolaires.
- (48) Certaines conditions techniques, et notamment celles relatives aux avis, aux rapports statistiques ainsi qu'à la nomenclature utilisée et les conditions de référence à cette nomenclature nécessitent d'être adoptées et modifiées en fonction de l'évolution des besoins techniques. Les listes de pouvoirs adjudicateurs visés dans les annexes nécessitent également d'être mises à jour. Il convient donc de prévoir une procédure d'adoption souple et rapide à cet effet.
- (49) Il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires pour la mise en œuvre de la présente directive en conformité avec la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission <sup>(1)</sup>.
- (50) Il convient que le règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes <sup>(2)</sup> s'applique au calcul des délais visés par la présente directive.
- (51) La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux obligations des États membres concernant les délais de transposition et d'application des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE, indiqués à l'annexe XI,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

<sup>(1)</sup> JO L 184 du 17.7.1999, p. 23.

<sup>(2)</sup> JO L 124 du 8.6.1971, p. 1.



**TABLE DES MATIÈRES****TITRE I****Définitions et principes généraux**

- Article 1<sup>er</sup> — Définitions
- Article 2 — Principes de passation des marchés
- Article 3 — Octroi de droits spéciaux ou exclusifs: clause de non-discrimination

**TITRE II****Règles applicables aux marchés publics**

## CHAPITRE I

*Dispositions générales*

- Article 4 — Opérateurs économiques
- Article 5 — Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce
- Article 6 — Confidentialité

## CHAPITRE II

*Champ d'application*

## Section 1 — Seuils

- Article 7 — Montants des seuils des marchés publics
- Article 8 — Marchés subventionnés à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs
- Article 9 — Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés publics, des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

## Section 2 — Situations spécifiques

- Article 10 — Marchés dans le domaine de la défense
- Article 11 — Marchés publics et accords-cadres passés par les centrales d'achats

## Section 3 — Marchés exclus

- Article 12 — Marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux
- Article 13 — Exclusions spécifiques dans le domaine des télécommunications
- Article 14 — Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité
- Article 15 — Marchés passés en vertu de règles internationales
- Article 16 — Exclusions spécifiques
- Article 17 — Concessions de services
- Article 18 — Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif

## Section 4 — Régime particulier

Article 19 — Marchés réservés

## CHAPITRE III

*Régimes applicables aux marchés publics de services*

Article 20 — Marchés de services figurant à l'annexe II A

Article 21 — Marchés de services figurant à l'annexe II B

Article 22 — Marchés mixtes de services figurant à l'annexe II A et de services figurant à l'annexe II B

## CHAPITRE IV

*Règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché*

Article 23 — Spécifications techniques

Article 24 — Variantes

Article 25 — Sous-traitance

Article 26 — Conditions d'exécution du marché

Article 27 — Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail

## CHAPITRE V

*Procédures*

Article 28 — Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif

Article 29 — Dialogue compétitif

Article 30 — Cas justifiant le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché

Article 31 — Cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché

Article 32 — Accords-cadres

Article 33 — Systèmes d'acquisition dynamiques

Article 34 — Marchés publics de travaux: règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux

## CHAPITRE VI

*Règles de publicité et de transparence*

## Section 1 — Publication des avis

Article 35 — Avis

Article 36 — Rédaction et modalités de publication des avis

Article 37 — Publication non obligatoire

## Section 2 — Délais

Article 38 — Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres

Article 39 — Procédures ouvertes: cahiers des charges, documents et renseignements complémentaires

## Section 3 — Contenu et moyens de transmission des informations

Article 40 — Invitations à présenter des offres, à participer au dialogue ou à négocier

Article 41 — Information des candidats et des soumissionnaires

## Section 4 — Communications

Article 42 — Règles applicables aux communications

## Section 5 — Procès-verbaux

Article 43 — Contenu des procès-verbaux

## CHAPITRE VII

*Déroulement de la procédure*

## Section 1 — Dispositions générales

Article 44 — Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés

## Section 2 — Critères de sélection qualitative

Article 45 — Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire

Article 46 — Habilitation à exercer l'activité professionnelle

Article 47 — Capacité économique et financière

Article 48 — Capacités techniques et/ou professionnelles

Article 49 — Normes de garantie de la qualité

Article 50 — Normes de gestion environnementale

Article 51 — Documentation et renseignements complémentaires

Article 52 — Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certification par des organismes de droit public ou privé

## Section 3 — Attribution du marché

Article 53 — Critères d'attribution des marchés

Article 54 — Utilisation d'enchères électroniques

Article 55 — Offres anormalement basses

**TITRE III****Règles dans le domaine des concessions de travaux publics**

## CHAPITRE I

*Règles applicables aux concessions de travaux publics*

Article 56 — Champ d'application

Article 57 — Exclusions du champ d'application

Article 58 — Publication de l'avis concernant les concessions de travaux publics

Article 59 — Délais

Article 60 — Sous-traitance

Article 61 — Attribution de travaux complémentaires au concessionnaire

**CHAPITRE II**

*Règles applicables aux marchés passés par les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs*

Article 62 — Règles applicables

**CHAPITRE III**

*Règles applicables aux marchés passés par les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs*

Article 63 — Règles de publicités: seuil et exceptions

Article 64 — Publication de l'avis

Article 65 — Délais pour la réception des demandes de participation et la réception des offres

**TITRE IV****Règles applicables aux concours dans le domaine des services**

Article 66 — Dispositions générales

Article 67 — Champ d'application

Article 68 — Exclusions du champ d'application

Article 69 — Avis

Article 70 — Rédaction et modalités de publication des avis concernant les concours

Article 71 — Moyens de communication

Article 72 — Sélection des concurrents

Article 73 — Composition du jury

Article 74 — Décisions du jury

**TITRE V****Obligations statistiques, compétences d'exécution et dispositions finales**

Article 75 — Obligations statistiques

Article 76 — Contenu de l'état statistique

Article 77 — Comité consultatif

Article 78 — Révision des seuils

Article 79 — Modifications

Article 80 — Mise en œuvre

Article 81 — Mécanismes de contrôle

Article 82 — Abrogations

Article 83 — Entrée en vigueur

Article 84 — Destinataires

**ANNEXES**

Annexe I — Liste des activités visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, point b)

Annexe II — Services visés à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, point d)

Annexe II A

Annexe II B

Annexe III	— Liste des organismes et des catégories d'organismes de droit public visés à l'article 1 <sup>er</sup> , paragraphe 9, deuxième alinéa
Annexe IV	— Autorités gouvernementales centrales
Annexe V	— Liste des produits visés à l'article 7, en ce qui concerne les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense
Annexe VI	— Définition de certaines spécifications techniques
Annexe VII	— Informations qui doivent figurer dans les avis
Annexe VII A	— Informations qui doivent figurer dans les avis pour les marchés publics
Annexe VII B	— Informations qui doivent figurer dans les avis pour les concessions de travaux publics
Annexe VII C	— Informations qui doivent figurer dans les avis de marchés du concessionnaire de travaux qui n'est pas un pouvoir adjudicateur
Annexe VII D	— Informations qui doivent figurer dans les avis pour les concours de services
Annexe VIII	— Caractéristiques concernant la publication
Annexe IX	— Registres
Annexe IX A	— Marchés publics de travaux
Annexe IX B	— Marchés publics de fournitures
Annexe IX C	— Marchés publics de services
Annexe X	— Exigences relatives aux dispositifs de réception électronique des offres, des demandes de participation ou des plans et projets dans les concours
Annexe XI	— Délais de transposition et d'application (article 80)
Annexe XII	— Tableau de correspondance

## TITRE I

### DÉFINITIONS ET PRINCIPES GÉNÉRAUX

#### *Article premier*

destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

#### **Définitions**

1. Aux fins de la présente directive, les définitions figurant aux paragraphes 2 à 15 s'appliquent.

c) Les «marchés publics de fournitures» sont des marchés publics autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.

2. a) Les «marchés publics» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.

Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un «marché public de fournitures».

b) Les «marchés publics de travaux» sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un «ouvrage» est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil

d) Les «marchés publics de services» sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II.

Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un «marché public de services» lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services.

3. La «concession de travaux publics» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

4. La «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

5. Un «accord-cadre» est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

6. Un «système d'acquisition dynamique» est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.

7. Une «enchère électronique» est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique.

Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.

8. Les termes «entrepreneur», «fournisseur» et «prestataire de services» désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme «opérateur économique» couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot «soumissionnaire». Celui qui a sollicité une invita-

tion à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme «candidat».

9. Sont considérés comme «pouvoirs adjudicateurs»: l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par «organisme de droit public», on entend tout organisme:

- a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- b) doté de la personnalité juridique, et
- c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes, non exhaustives, des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa, points a), b) et c), figurent à l'annexe III. Les États membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs listes.

10. Une «centrale d'achat» est un pouvoir adjudicateur qui:

- acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou
- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

11. a) Les «procédures ouvertes» sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre.

b) Les «procédures restreintes» sont les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.

c) Le «dialogue compétitif» est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa, un marché public est considéré comme «particulièrement complexe» lorsque le pouvoir adjudicateur:

- n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément à l'article 23, paragraphe 3, point b), c) ou d), les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou
  - n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet.
- d) Les «procédures négociées» sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.
- e) Les «concours» sont les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

12. Les termes «écrit(e)» ou «par écrit» désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.

13. Un «moyen électronique» est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

14. Le «Vocabulaire commun pour les marchés publics» (Commun Procurement Vocabulary, CPV), désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) n° 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes.

En cas de différences d'interprétation en ce qui concerne le champ d'application de la présente directive, à la suite d'éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l'annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l'annexe II, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.

15. Aux fins de l'article 13, de l'article 57, point a), et de l'article 68, point b), on entend par:

- a) «réseau public de télécommunications», l'infrastructure publique de télécommunications qui permet le transport de signaux entre des points de terminaison définis du réseau par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques;
- b) «point de terminaison du réseau», l'ensemble des connexions physiques et des spécifications techniques d'accès qui font partie du réseau public de télécommunications et sont nécessaires pour avoir accès à ce réseau public et communiquer efficacement par son intermédiaire;
- c) «services publics de télécommunications», les services de télécommunications dont les États membres ont spécifiquement confié l'offre, notamment à une ou plusieurs entités de télécommunications;
- d) «services de télécommunications», les services qui consistent, en tout ou en partie, en la transmission et l'acheminement de signaux sur le réseau public de télécommunications par des procédés de télécommunications, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision.

#### Article 2

### Principes de passation des marchés

Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

#### Article 3

### Octroi de droits spéciaux ou exclusifs: clause de non-discrimination

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit, pour les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

## TITRE II

## RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS PUBLICS

## CHAPITRE I

**Dispositions générales**

## Article 4

**Opérateurs économiques**

1. Les candidats ou soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation en question ne peuvent être rejetés seulement du fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le marché est attribué, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Toutefois, pour les marchés publics de services et de travaux, ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant, en outre, des services et/ou des travaux de pose et d'installation, les personnes morales peuvent être obligées d'indiquer, dans leurs offres ou leurs demandes de participation, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui sont chargées de l'exécution de la prestation en question.

2. Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner ou à se porter candidats. Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.

## Article 5

**Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce**

Lors de la passation de marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs, les États membres appliquent dans leurs relations des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (ci-après dénommé «l'Accord»). À cette fin, les États membres se consultent sur les mesures à prendre en application de l'Accord, au sein du comité consultatif pour les marchés publics visé à l'article 77.

## Article 6

**Confidentialité**

Sans préjudice des dispositions de la présente directive, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des

soumissionnaires qui figurent à l'article 35, paragraphe 4, et à l'article 41, et, conformément au droit national auquel est soumis le pouvoir adjudicateur, ce dernier ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

## CHAPITRE II

**Champ d'application**

## Section 1

## Seuils

## Article 7

**Montant des seuils des marchés publics**

La présente directive s'applique aux marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 10 et 11 et des articles 12 à 18 et dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 162 000 EUR, pour les marchés publics de fournitures et de services, autres que ceux visés au point b), troisième tiret, passés par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par ces pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, cela ne vaut que pour les marchés concernant les produits visés à l'annexe V;
- b) 249 000 EUR:
  - pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV,
  - pour les marchés publics de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'annexe IV qui opèrent dans le domaine de la défense lorsque ces marchés concernent des produits non visés par l'annexe V,
  - pour les marchés publics de services passés par un pouvoir adjudicateur ayant pour objet des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 et/ou des services figurant à l'annexe II B;
- c) 6 242 000 EUR, pour les marchés publics de travaux.



## Article 8

**Marchés subventionnés à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs**

La présente directive s'applique à la passation:

- a) des marchés subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 6 242 000 EUR:
  - lorsque ces marchés concernent les activités de génie civil au sens de l'annexe I,
  - lorsque ces marchés portent sur les travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif;
- b) des marchés de services subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 249 000 EUR lorsque ces marchés sont en liaison avec un marché de travaux au sens du point a).

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs qui octroient ces subventions fassent respecter la présente directive lorsque ces marchés sont passés par une ou plusieurs entités autres qu'eux-mêmes ou respectent la présente directive lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte de ces autres entités.

## Article 9

**Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés publics, des accords-cadre et des systèmes d'acquisition dynamiques**

1. Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

2. Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu à l'article 35, paragraphe 2, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure d'attribution du marché.

3. Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de

services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la présente directive.

4. Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

5. a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 7, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 EUR pour les services et 1 million d'EUR pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de la totalité des lots;

b) lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 7, points a) et b).

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 7, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de la totalité des lots.

6. Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

a) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;

b) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.

7. Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;
- b) soit la valeur estimée globale des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application de la présente directive.

8. Pour les marchés publics de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante:

- a) pour les types de services suivants:
  - i) services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;
  - ii) services bancaires et autres services financiers: les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;
  - iii) marchés impliquant la conception: honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération.
- b) pour les marchés de services n'indiquant pas un prix total:
  - i) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à 48 mois: la valeur totale estimée pour toute leur durée;
  - ii) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à 48 mois: la valeur mensuelle multipliée par 48.

9. Pour les accords-cadre et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

## Section 2

### Situations spécifiques

#### Article 10

##### **Marchés dans le domaine de la défense**

La présente directive s'applique aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 du traité.

#### Article 11

##### **Marchés publics et accords-cadre passés par les centrales d'achat**

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat.
2. Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 10, sont considérés comme ayant respecté la présente directive, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée.

## Section 3

### Marchés exclus

#### Article 12

##### **Marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics qui, dans le cadre de la directive 2004/17/CE, sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive et sont passés pour ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application de ladite directive en vertu de son article 5, paragraphe 2, et de ses articles 19, 26 et 30.

Toutefois, la présente directive continue à s'appliquer aux marchés publics qui sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées à l'article 6 de la directive 2004/17/CE et qui sont passés pour ces activités, aussi longtemps que l'État membre concerné se prévaut de la faculté visée à l'article 71, de ladite directive pour en différer l'application.

#### Article 13

##### **Exclusions spécifiques dans le domaine des télécommunications**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

#### Article 14

##### **Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet État membre l'exige.

## Article 15

**Marchés passés en vertu de règles internationales**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international, conclu en conformité avec le traité, entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des fournitures ou des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les États signataires ou sur des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les États signataires; tout accord sera communiqué à la Commission qui peut procéder à une consultation au sein du comité consultatif pour les marchés publics visé à l'article 77;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un État membre ou d'un pays tiers;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

## Article 16

**Exclusions spécifiques**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services:

- a) ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens; toutefois, les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive;
- b) concernant l'achat, le développement, la production ou la coproduction des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et concernant les temps de diffusion;
- c) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- d) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, et des services fournis par des banques centrales;
- e) concernant les contrats d'emploi;
- f) concernant des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.

## Article 17

**Concessions de services**

Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 3, la présente directive ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4.

## Article 18

**Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.

## Section 4

## Régime particulier

## Article 19

**Marchés réservés**

Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emploi protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

## CHAPITRE III

**Régimes applicables aux marchés publics de services**

## Article 20

**Marchés de services figurant à l'annexe II A**

Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux articles 23 à 55.

## Article 21

**Marchés de services figurant à l'annexe II B**

La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4.

## Article 22

**Marchés mixtes de services figurant à l'annexe II A et de services figurant à l'annexe II B**

Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux articles 23 à 55 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4.

## CHAPITRE IV

**Règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché**

## Article 23

**Spécifications techniques**

1. Les spécifications techniques telles que définies au point 1 de l'annexe VI figurent dans les documents du marché, tels que les avis de marché, le cahier des charges ou les documents complémentaires. Chaque fois que possible, ces spécifications techniques devraient être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs.

2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

3. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire, les spécifications techniques sont formulées:

- a) soit par référence à des spécifications techniques définies à l'annexe VI et, par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux agréments techniques européens, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux, ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention «ou équivalent»;
- b) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles; celles-ci peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer le marché;
- c) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au point b), en se référant, comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou à ces

exigences fonctionnelles, aux spécifications citées au point a);

- d) soit par une référence aux spécifications visées au point a) pour certaines caractéristiques et aux performances ou exigences fonctionnelles visées au point b) pour d'autres caractéristiques.

4. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité de se référer aux spécifications visées au paragraphe 3, point a), ils ne peuvent pas rejeter une offre au motif que les produits et services offerts sont non conformes aux spécifications auxquelles ils ont fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

5. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, d'établir des prescriptions en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ils ne peuvent rejeter une offre de travaux, de produits ou de services conformes à une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale, ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications visent les performances ou les exigences fonctionnelles qu'ils ont requises.

Dans son offre, le soumissionnaire est tenu de prouver, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur et par tout moyen approprié, que les travaux, produits ou services conformes à la norme répondent aux performances ou exigences fonctionnelles du pouvoir adjudicateur.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

6. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs prescrivent des caractéristiques environnementales en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, telles que visées au paragraphe 3, point b), ils peuvent utiliser les spécifications détaillées ou, si besoin est, des parties de celles-ci, telles que définies par les éco-labels européens, (pluri)nationaux, ou par tout autre éco-label pour autant:

- qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché,
- que les exigences du label soient développées sur la base d'une information scientifique,
- que les éco-labels soient adoptés par un processus auquel toutes les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs et les organisations environnementales peuvent participer,
- et qu'ils soient accessibles à toutes les parties intéressées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les produits ou services munis de l'éco-label sont présumés satisfaire aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges; ils doivent accepter tout autre moyen de preuve approprié, tel qu'un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

7. Par «organismes reconnus» au sens du présent article, on entend les laboratoires d'essai, de calibrage, les organismes d'inspection et de certification, conformes aux normes européennes applicables.

Les pouvoirs adjudicateurs acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres États membres.

8. À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette mention ou référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4; une telle mention ou référence est accompagnée des termes «ou équivalent».

#### Article 24

##### Variantes

1. Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes.

2. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.

3. Les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission.

4. Ils ne prennent en considération que les variantes répondant aux exigences minimales qu'ils ont requises.

Dans les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, les pouvoirs adjudicateurs qui ont autorisé des variantes ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché public de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché public de services.

#### Article 25

##### Sous-traitance

Dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre de deman-

der au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés.

Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal.

#### Article 26

##### Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.

#### Article 27

##### Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail

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

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

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

#### CHAPITRE V

##### Procédures

#### Article 28

##### Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif

Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.



Ils passent ces marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. Dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif. Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31, ils peuvent recourir à une procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché.

#### Article 29

##### Dialogue compétitif

1. Lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article.

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, ils peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés.

Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

5. Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

6. Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

7. Les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif et choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 53.

À la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

8. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue.

#### Article 30

##### Cas justifiant le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché

1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants:

a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII, soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 45 à 52 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation;

b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;

c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;

d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1.

3. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

#### Article 31

#### Cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants:

1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services:

a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission à sa demande;

b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé;

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les

pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

2) dans le cas des marchés publics de fournitures:

a) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;

b) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées; la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

d) pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales;

3) dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations;

4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services:

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:

— lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

- lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial;

- b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

#### Article 32

##### Accords-cadres

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres.
2. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de procédure visées par la présente directive dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53.

Les marchés fondés sur un accord-cadre sont passés selon les procédures prévues aux paragraphes 3 et 4. Ces procédures ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originellement parties à l'accord-cadre.

Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre, notamment dans le cas visé au paragraphe 3.

La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.

3. Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des termes fixés dans l'accord-cadre.

Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre.

4. Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois, dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution.

L'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques peut se faire:

- soit par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence,
- soit, lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties sur la base des mêmes termes, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre, selon la procédure suivante:

- a) pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché;
- b) les pouvoirs adjudicateurs fixent un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres;
- c) les offres sont soumises par écrit et leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai de réponse prévu;
- d) les pouvoirs adjudicateurs attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

#### Article 33

##### Systèmes d'acquisition dynamiques

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à des systèmes d'acquisition dynamiques.



2. Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de la procédure ouverte dans toutes ses phases jusqu'à l'attribution des marchés à passer dans le cadre de ce système. Tous les soumissionnaires, satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges et aux documents complémentaires éventuels, sont admis dans le système; les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment, à condition qu'elles demeurent conformes au cahier des charges. Pour la mise en place du système et pour la passation des marchés dans le cadre de celui-ci, les pouvoirs adjudicateurs utilisent exclusivement des moyens électroniques conformément à l'article 42, paragraphes 2 à 5.

3. Aux fins de la mise en place du système d'acquisition dynamique, les pouvoirs adjudicateurs:

- a) publient un avis de marché en précisant qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique;
- b) précisent dans le cahier des charges, entre autres, la nature des achats envisagés faisant l'objet de ce système, ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion;
- c) offrent par moyen électronique, dès la publication de l'avis et jusqu'à expiration du système, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire et indiquent dans l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

4. Les pouvoirs adjudicateurs accordent pendant toute la durée du système d'acquisition dynamique, la possibilité à tout opérateur économique de présenter une offre indicative afin d'être admis dans le système aux conditions visées au paragraphe 2. Ils achèvent l'évaluation dans un délai maximal de 15 jours à compter de la présentation de l'offre indicative. Toutefois, ils peuvent prolonger la période d'évaluation pour autant qu'aucune mise en concurrence n'intervienne entre-temps.

Le pouvoir adjudicateur informe dans les moindres délais le soumissionnaire visé au premier alinéa de son admission dans le système d'acquisition dynamique ou du rejet de son offre indicative.

5. Chaque marché spécifique doit faire l'objet d'une mise en concurrence. Avant de procéder à cette mise en concurrence les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché simplifié invitant tous les opérateurs économiques intéressés à présenter une offre indicative, conformément au paragraphe 4, dans un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours comptés de la date d'envoi de l'avis simplifié. Les pouvoirs adjudicateurs ne pro-

cedent à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives introduites dans ce délai.

6. Les pouvoirs adjudicateurs invitent tous les soumissionnaires admis dans le système à présenter une offre pour chaque marché spécifique à passer dans le cadre du système. À cette fin, ils fixent un délai suffisant pour la présentation des offres.

Ils attribuent le marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché pour la mise en place du système d'acquisition dynamique. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation visée au premier alinéa.

7. La durée d'un système d'acquisition dynamique ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir à ce système de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence.

Aucun frais de dossier ne peut être facturé aux opérateurs économiques intéressés ou aux parties au système.

#### Article 34

#### **Marchés publics de travaux: règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux**

Dans le cas de marchés publics portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée présumée des travaux s'y rapportant, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe comprenant les délégués des pouvoirs adjudicateurs, des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux, il peut être recouru à une procédure spéciale d'attribution visant à choisir l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans l'équipe.

En particulier, les pouvoirs adjudicateurs font figurer dans l'avis de marché une description des ouvrages aussi précise que possible pour permettre aux entrepreneurs intéressés d'apprécier valablement le projet à exécuter. En outre, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent dans cet avis de marché, conformément aux critères de sélection qualitative visés aux articles 45 à 52, les conditions personnelles, techniques, économiques et financières que doivent remplir les candidats.

Lorsqu'ils recourent à une telle procédure, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les articles 2, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 43 et 45 à 52.

## CHAPITRE VI

**Règles de publicité et de transparence**

## Section 1

## Publication des avis

## Article 35

**Avis**

1. Les pouvoirs adjudicateurs font connaître au moyen d'un avis de préinformation, publié par la Commission ou par eux-mêmes sur leur «profil d'acheteur» tel que visé à l'annexe VIII, point 2, sous b):

a) en ce qui concerne les fournitures, le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres par groupes de produits qu'ils envisagent de passer au cours des douze mois suivants, lorsque le montant total estimé, compte tenu des articles 7 et 9, est égal ou supérieur à 750 000 EUR.

Les groupes de produits sont établis par les pouvoirs adjudicateurs par référence aux positions du CPV;

b) en ce qui concerne les services, le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres, pour chacune des catégories de services énumérées à l'annexe II A, qu'ils envisagent de passer au cours des douze mois suivants, lorsque ce montant total estimé, compte tenu des articles 7 et 9, est égal ou supérieur à 750 000 EUR;

c) en ce qui concerne les travaux, les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres qu'ils entendent passer et dont les montants estimés égalent ou dépassent le seuil indiqué à l'article 7, compte tenu de l'article 9.

Les avis visés aux points a) et b) sont envoyés à la Commission ou publiés sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de l'exercice budgétaire.

L'avis visé au point c) est envoyé à la Commission ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les pouvoirs adjudicateurs entendent passer.

Les pouvoirs adjudicateurs qui publient l'avis de préinformation sur leur profil d'acheteur envoient à la Commission, par moyen électronique conformément au format et aux modalités de transmission indiquées à l'annexe VIII, point 3, un avis annonçant la publication d'un avis de préinformation sur un profil d'acheteur.

La publication des avis visés aux points a), b) et c) n'est obligatoire que lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont recours à la faculté de réduire les délais de réception des offres conformément à l'article 38, paragraphe 4.

Le présent paragraphe ne s'applique pas aux procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché.

2. Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public ou un accord-cadre en recourant à une procédure ouverte, restreinte ou, dans les conditions prévues à l'article 30, à une procédure négociée avec publication d'un avis de marché ou encore, dans les conditions fixées à l'article 29, à un dialogue compétitif, font connaître leur intention au moyen d'un avis de marché.

3. Les pouvoirs adjudicateurs désireux de mettre en place un système d'acquisition dynamique font connaître leur intention au moyen d'un avis de marché.

Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public fondé sur un système d'acquisition dynamique font connaître leur intention au moyen d'un avis de marché simplifié.

4. Les pouvoirs adjudicateurs qui ont passé un marché public ou conclu un accord-cadre, envoient un avis concernant les résultats de la procédure de passation au plus tard 48 jours après la passation du marché ou de la conclusion de l'accord-cadre.

Dans le cas d'accords-cadres conclus conformément à l'article 32, les pouvoirs adjudicateurs sont exonérés de l'envoi d'un avis sur les résultats de la passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.

Les pouvoirs adjudicateurs envoient un avis sur le résultat de la passation des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique, au plus tard 48 jours après la passation de chaque marché. Toutefois, ils peuvent regrouper ces avis sur une base trimestrielle. Dans ce cas, ils envoient ces avis regroupés au plus tard 48 jours après la fin de chaque trimestre.

Dans le cas des marchés publics de services énumérés à l'annexe II B, les pouvoirs adjudicateurs indiquent, dans l'avis, s'ils en acceptent la publication. Pour ces marchés de services, la Commission établit, selon la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2, les règles relatives à l'élaboration de rapports statistiques sur la base de ces avis et à la publication de ces rapports.

Certaines informations sur la passation du marché ou de la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

## Article 36

**Rédaction et modalités de publication des avis**

1. Les avis comportent les informations mentionnées à l'annexe VII A, et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le pouvoir adjudicateur selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2.

2. Les avis envoyés par les pouvoirs adjudicateurs à la Commission, sont transmis soit par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3, soit par d'autres moyens. En cas de recours à la procédure accélérée prévue à l'article 38, paragraphe 8, les avis doivent être envoyés soit par télécopie, soit par des moyens électroniques, conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3.

Les avis sont publiés conformément aux caractéristiques techniques de publication indiquées à l'annexe VIII, point 1, sous a) et b).

3. Les avis préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3, sont publiés au plus tard cinq jours après leur envoi.

Les avis qui ne sont pas envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3, sont publiés au plus tard douze jours après leur envoi ou, en cas de procédure accélérée visée à l'article 38, paragraphe 8, au plus tard cinq jours après leur envoi.

4. Les avis de marché, sont publiés in extenso dans une langue officielle de la Communauté, choisie par le pouvoir adjudicateur, le texte publié dans cette langue originale étant le seul faisant foi. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles.

Les frais de publication par la Commission de ces avis sont à la charge de la Communauté.

5. Les avis et leur contenu ne peuvent être publiés au niveau national avant la date de leur envoi à la Commission.

Les avis publiés au niveau national ne doivent pas contenir de renseignements autres que ceux contenus dans les avis envoyés à la Commission ou publiés sur un profil d'acheteur conformément à l'article 35, paragraphe 1, premier alinéa, et doivent faire mention de la date d'envoi de l'avis à la Commission ou de la publication sur le profil d'acheteur.

Les avis de préinformation ne peuvent être publiés sur un profil d'acheteur avant l'envoi à la Commission de l'avis annonçant leur publication sous cette forme et doivent faire mention de la date de cet envoi.

6. Le contenu des avis qui ne sont pas envoyés par moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3, est limité à 650 mots environ.

7. Les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

8. La Commission délivre au pouvoir adjudicateur une confirmation de la publication de l'information transmise mentionnant la date de cette publication. Cette confirmation tient lieu de preuve de la publication.

## Article 37

### Publication non obligatoire

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent publier conformément à l'article 36 des avis concernant des marchés publics qui ne sont pas soumis à une publication obligatoire prévue par la présente directive.

## Section 2

### Délais

## Article 38

### Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres

1. En fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres, sans préjudice des délais minimaux fixés par le présent article.

2. Dans les procédures ouvertes, le délai minimal de réception des offres est de 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

3. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30 et en cas de recours au dialogue compétitif:

a) le délai minimal de réception des demandes de participation est de 37 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché;

b) dans les procédures restreintes, le délai minimal de réception des offres est de 40 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

4. Dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ont publié un avis de préinformation, le délai minimal pour la réception des offres visé au paragraphe 2 et au paragraphe 3, point b), peut être réduit, en règle générale, à 36 jours mais, en aucun cas, à moins de 22 jours.

Ce délai court à compter de la date d'envoi de l'avis de marché dans les procédures ouvertes et à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner dans les procédures restreintes.

Le délai réduit visé au premier alinéa est admis à condition que l'avis de préinformation ait comporté toutes les informations requises pour l'avis de marché visé à l'annexe VII A, pour autant que ces informations soient disponibles au moment de la publication de l'avis, et que cet avis de préinformation ait été envoyé pour sa publication entre un minimum de 52 jours et un maximum de 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), dans les procédures restreintes et négociées, et en cas de recours au dialogue compétitif, peuvent être raccourcis de 7 jours.

6. Une réduction de cinq jours des délais de réception des offres visés au paragraphe 2 et au paragraphe 3, point b), est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis conformément à l'annexe VIII, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.

7. Lorsque, pour quelque raison que ce soit, le cahier des charges et les documents ou renseignements complémentaires, bien que demandés en temps utile, n'ont pas été fournis dans les délais fixés aux articles 39 et 40 ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais de réception des offres sont prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres.

8. Dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30, lorsque l'urgence rend impraticables les délais minimaux fixés au présent article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer:

- a) un délai pour la réception des demandes de participation qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou à 10 jours si l'avis est envoyé par moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiquées à l'annexe VIII, point 3;
- b) et, dans le cas des procédures restreintes, un délai pour la réception des offres qui ne peut être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

#### Article 39

#### **Procédures ouvertes: cahiers des charges, documents et renseignements complémentaires**

1. Dans les procédures ouvertes, lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'offrent pas, par moyen électronique conformément à l'article 38, paragraphe 6, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire, les cahiers des charges et les documents complémentaires sont envoyés aux opérateurs économiques dans les six jours suivant

la réception de la demande, pour autant que celle-ci ait été faite en temps utile avant la date de présentation des offres.

2. Les renseignements complémentaires sur les cahiers de charges et sur les documents complémentaires sont communiqués par les pouvoirs adjudicateurs ou les services compétents six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile.

#### Section 3

#### Contenu et moyens de transmission des informations

#### Article 40

#### **Invitations à présenter des offres, à participer au dialogue ou à négocier**

1. Dans les procédures restreintes, le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché au sens de l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs invitent simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres ou à négocier ou, dans le cas du dialogue compétitif, à participer au dialogue.

2. L'invitation aux candidats comprend:

- soit un exemplaire du cahier des charges ou du document descriptif et de tout document complémentaire,
- soit la mention de l'accès au cahier des charges et aux autres documents indiqués au premier tiret, lorsqu'ils sont mis à disposition directe par des moyens électroniques conformément à l'article 38, paragraphe 6.

3. Lorsqu'une entité autre que le pouvoir adjudicateur responsable de la procédure d'adjudication dispose du cahier des charges, du document descriptif et/ou des documents complémentaires, l'invitation précise l'adresse du service auprès duquel ce cahier des charges, ce document descriptif et ces documents peuvent être demandés et, le cas échéant, la date limite pour effectuer cette demande ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit être versée pour obtenir ces documents. Les services compétents envoient cette documentation aux opérateurs économiques sans délai après la réception de leur demande.

4. Les renseignements complémentaires sur les cahiers de charges, le document descriptif, ou les documents complémentaires sont communiqués par les pouvoirs adjudicateurs ou les services compétents six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile. En cas de procédure restreinte ou négociée accélérée, ce délai est de quatre jours.

5. En outre, l'invitation à présenter une offre, à participer au dialogue ou à négocier, comportent au moins:

- a) une référence à l'avis de marché publié;



- b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles les offres doivent être rédigées;
- c) dans le cas du dialogue compétitif, la date fixée et l'adresse pour le début de la phase de consultation, ainsi que la ou les langues utilisées;
- d) l'indication des documents à joindre éventuellement, soit à l'appui des déclarations vérifiables fournies par le candidat conformément à l'article 44, soit en complément des renseignements prévus audit article et dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 47 et 48;
- e) la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, l'ordre décroissant d'importance de ces critères, s'ils ne figurent pas dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif.

Toutefois, dans le cas de marchés passés suivant les règles prévues à l'article 29, les renseignements visés au point b) du présent paragraphe ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue, mais ils sont indiqués dans l'invitation à présenter une offre.

#### Article 41

##### Information des candidats et des soumissionnaires

1. Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre, l'adjudication d'un marché ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à conclure un accord-cadre, à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence et de recommencer la procédure ou à mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs.
2. Sur demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur communique dans les meilleurs délais:
  - à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature,
  - à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, y compris, dans les cas visés à l'article 23, paragraphes 4 et 5, les motifs de sa décision de non-équivalence ou de sa décision selon laquelle les travaux, fournitures ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles,
  - à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire ou des parties à l'accord-cadre.

Ces délais ne peuvent en aucun cas dépasser quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite.

3. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres ou l'ad-

mission dans un système d'acquisition dynamique, visés au paragraphe 1, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

#### Section 4

##### Communications

#### Article 42

##### Règles applicables aux communications

1. Toutes les communications ainsi que tous les échanges d'informations visés dans le présent titre peuvent, au choix du pouvoir adjudicateur, être faits par courrier, par télécopieur, par moyens électroniques conformément aux paragraphes 4 et 5, par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6, ou par une combinaison de ces moyens.
2. Les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution.
3. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.
4. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.
5. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de transmission et de réception électronique des offres ainsi qu'aux dispositifs de réception électronique des demandes de participation:
  - a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des offres et des demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des offres et des demandes de participation doivent être conformes aux exigences de l'annexe X;
  - b) les États membres peuvent, dans le respect de l'article 5 de la directive 1999/93/CE, exiger que les offres électroniques soient assorties d'une signature électronique avancée conforme à son paragraphe 1;

c) les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs;

d) les soumissionnaires ou les candidats s'engagent à ce que les documents, certificats et déclarations visés aux articles 45 à 50 et à l'article 52, s'ils ne sont pas disponibles sous forme électronique, soient soumis avant l'expiration du délai prévu pour la présentation des offres ou des demandes de participation.

6. Les règles suivantes s'appliquent à la transmission des demandes de participation:

a) les demandes de participation aux procédures de passation des marchés publics peuvent être faites par écrit ou par téléphone;

b) lorsqu'une demande de participation est faite par téléphone, une confirmation écrite doit être transmise avant l'expiration du délai fixé pour leur réception;

c) les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger, si nécessaire pour des raisons de preuve juridique, que les demandes de participation faites par télécopie soient confirmées par courrier ou par moyen électronique. Dans ce cas, ils indiquent dans l'avis de marché cette exigence et le délai dans lequel elle doit être accomplie.

#### Section 5

##### Procès-verbaux

#### Article 43

### Contenu des procès-verbaux

Pour tout marché, tout accord-cadre et toute mise en place d'un système d'acquisition dynamique, les pouvoirs adjudicateurs établissent un procès-verbal comportant au moins:

a) le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique;

b) le nom des candidats ou soumissionnaires retenus et la justification de leur choix;

c) le nom des candidats ou soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet;

d) les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses;

e) le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que l'adjudicataire a l'intention de sous-traiter à des tiers;

f) en ce qui concerne les procédures négociées, les circonstances visées aux articles 30 et 31 qui justifient le recours à ces procédures;

g) en ce qui concerne le dialogue compétitif, les circonstances visées à l'article 29 qui justifient le recours à cette procédure;

h) le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.

Les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées pour documenter le déroulement des procédures d'attribution conduites par moyens électroniques.

Le procès-verbal ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission à sa demande.

## CHAPITRE VII

### Déroulement de la procédure

#### Section 1

##### Dispositions générales

#### Article 44

### Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés

1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.

2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités, conformément aux articles 47 et 48, auxquels les candidats et les soumissionnaires doivent satisfaire.

L'étendue des informations visées aux articles 47 et 48 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.

Ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de marché.

3. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront à soumissionner, négocier ou à dialoguer, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimum est de cinq. Dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et le dialogue compétitif, le nombre minimum est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

4. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la faculté de réduire le nombre de solutions à discuter ou d'offres à négocier, prévue à l'article 29, paragraphe 4, et à l'article 30, paragraphe 4, ils effectuent cette réduction en appliquant les critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés.

## Section 2

### Critères de sélection qualitative

#### Article 45

##### **Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire**

1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous:

- a) participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 2, paragraphe 1, de l'action commune 98/773/JAI du Conseil <sup>(1)</sup>;
- b) corruption, telle que définie respectivement à l'article 3 de l'acte du Conseil du 26 mai 1997 <sup>(2)</sup> et à l'article 3, paragraphe 1, de l'action commune 98/742/JAI du Conseil <sup>(3)</sup>;
- c) fraude au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes <sup>(4)</sup>;
- d) blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> JO L 351 du 29.1.1998, p. 1.

<sup>(2)</sup> JO C 195 du 25.6.1997, p. 1.

<sup>(3)</sup> JO L 358 du 31.12.1998, p. 2.

<sup>(4)</sup> JO C 316 du 27.11.1995, p. 48.

<sup>(5)</sup> JO L 166 du 28.06.1991, p. 77. Directive modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 344 du 28.12.2001, p. 76).

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.

Ils peuvent prévoir une dérogation à l'obligation visée au premier alinéa pour des exigences impératives d'intérêt général.

En vue de l'application du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs demandent, le cas échéant, aux candidats ou soumissionnaires de fournir les documents visés au paragraphe 3 et peuvent, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, s'adresser aux autorités compétentes pour obtenir les informations sur la situation personnelle de ces candidats ou soumissionnaires qu'ils estiment nécessaires. Lorsque les informations concernent un candidat ou soumissionnaire établi dans un autre État que celui du pouvoir adjudicateur, le pouvoir adjudicateur peut demander la coopération des autorités compétentes. Suivant la législation nationale de l'État membre où les candidats ou soumissionnaires sont établis, ces demandes porteront sur les personnes morales et/ou sur les personnes physiques, y compris, le cas échéant, les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle du candidat ou du soumissionnaire.

2. Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique:

- a) qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de règlement judiciaire ou de concordat préventif ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de règlement judiciaire, de liquidation, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle;
- d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier;
- e) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur;
- f) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur;

- g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.

3. Les pouvoirs adjudicateurs acceptent comme preuve suffisante attestant que l'opérateur économique ne se trouve pas dans les cas visés au paragraphe 1 et au paragraphe 2, points a), b), c), e) et f):

- a) pour le paragraphe 1 et le paragraphe 2, points a), b) et c), la production d'un extrait du casier judiciaire ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites;
- b) pour le paragraphe 2, points e) ou f), un certificat délivré par l'autorité compétente de l'État membre concerné.

Lorsqu'un document ou certificat n'est pas délivré par le pays concerné ou ne mentionne pas tous les cas visés au paragraphe 1 et au paragraphe 2, points a), b) ou c), il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou, dans les États membres où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance.

4. Les États membres désignent les autorités et organismes compétents pour la délivrance des documents, certificats ou déclarations visés au paragraphe 3 et en informent la Commission. Cette communication ne porte pas préjudice au droit applicable en matière de protection des données.

#### Article 46

##### **Habilitation à exercer l'activité professionnelle**

Tout opérateur économique désireux de participer à un marché public peut être invité à justifier de son inscription au registre de la profession ou au registre du commerce ou à fournir une déclaration sous serment ou un certificat, tels que précisés à l'annexe IX A pour les marchés publics de travaux, à l'annexe IX B pour les marchés publics de fournitures et à l'annexe IX C pour les marchés publics de services, et conformément aux conditions prévues dans l'État membre où il est établi.

Dans les procédures de passation des marchés publics de services, lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

#### Article 47

##### **Capacité économique et financière**

1. La justification de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être constituée par une ou plusieurs des références suivantes:

- a) des déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels;
- b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'opérateur économique est établi;
- c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

2. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet.

3. Dans les mêmes conditions un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 4 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

4. Les pouvoirs adjudicateurs précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celle ou celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.

5. Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.

#### Article 48

##### **Capacités techniques et/ou professionnelles**

1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux paragraphes 2 et 3.

2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services:



- a) i) la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin; le cas échéant, ces certificats sont transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;
- ii) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées:
- lorsque le destinataire a été un pouvoir adjudicateur, par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente,
  - lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une certification de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration de l'opérateur économique;
- b) l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage;
- c) une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur ou par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;
- d) lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour contrôler la qualité;
- e) l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et/ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la prestation de services ou de la conduite des travaux;
- f) pour les marchés publics de travaux et de services et uniquement dans les cas appropriés, l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de la réalisation du marché;
- g) une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;
- h) une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché;
- i) l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter;
- j) en ce qui concerne les produits à fournir:
- i) des échantillons, descriptions et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;
  - ii) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiée par des références à certaines spécifications ou normes.
3. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.
4. Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 4 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou à d'autres entités.
5. Dans les procédures de passation des marchés publics ayant pour objet des fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, la prestation de services et/ou l'exécution de travaux, la capacité des opérateurs économiques de fournir les services ou d'exécuter l'installation ou les travaux peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.
6. Le pouvoir adjudicateur précise, dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées au paragraphe 2 qu'il entend obtenir.

*Article 49***Normes de garantie de la qualité**

Au cas où ils demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de garantie de la qualité, les pouvoirs adjudicateurs se reportent aux systèmes d'assurance-qualité fondés sur les séries de normes européennes en la matière et certifiés par des organismes conformes aux séries des normes européennes concernant la certification. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les opérateurs économiques.

*Article 50***Normes de gestion environnementale**

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs, dans les cas visés à l'article 48, paragraphe 2, point f, demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de gestion environnementale, ils se reportent au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale produites par les opérateurs économiques.

*Article 51***Documentation et renseignements complémentaires**

Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50.

*Article 52***Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certification par des organismes de droit public ou privé**

1. Les États membres peuvent instaurer soit des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services agréés soit une certification par des organismes de certification publics ou privés.

Les États membres adaptent les conditions d'inscription sur ces listes ainsi que celles pour la délivrance de certificats par les organismes de certification à l'article 45, paragraphe 1 et paragraphe 2, points a) à d) et g), à l'article 46, à l'article 47, paragraphes 1, 4 et 5, à l'article 48, paragraphes 1, 2, 5 et 6, à l'article 49 et, le cas échéant, à l'article 50.

Les États membres les adaptent également à l'article 47, paragraphe 2, et à l'article 48, paragraphe 3, pour les demandes d'inscription présentées par des opérateurs économiques faisant partie d'un groupe et faisant valoir des moyens mis à leur disposition par les autres sociétés du groupe. Ces opérateurs doivent, dans ce cas, prouver à l'autorité établissant la liste officielle qu'ils disposeront de ces moyens pendant toute la durée de validité du certificat attestant leur inscription à la liste officielle et que ces sociétés continuent à remplir pendant cette même durée les exigences en matière de sélection qualitative prévues aux articles visés au deuxième alinéa dont ces opérateurs se prévalent pour leur inscription.

2. Les opérateurs économiques inscrits sur des listes officielles ou ayant un certificat peuvent présenter aux pouvoirs adjudicateurs, à l'occasion de chaque marché, un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent. Ces certificats indiquent les références qui ont permis l'inscription sur la liste/la certification ainsi que la classification que cette liste comporte.

3. L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification ne constitue une présomption d'aptitude, à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des autres États membres, que par rapport à l'article 45, paragraphe 1 et paragraphe 2, points a) à d) et g), à l'article 46, à l'article 47, paragraphe 1, points b) et c), et à l'article 48, paragraphe 2, points a) i), b), e), g) et h), pour les entrepreneurs, paragraphe 2, points a) ii), b), c) d) et j), pour les fournisseurs, et paragraphe 2, points a) ii) et c) à i), pour les prestataires de services.

4. Les renseignements qui peuvent être déduits de l'inscription sur des listes officielles ou de la certification ne peuvent être mis en cause sans justification. En ce qui concerne le versement des cotisations de sécurité sociale et le paiement des impôts et taxes, une attestation supplémentaire peut être exigée, à l'occasion de chaque marché, de tout opérateur économique.

Le bénéfice du paragraphe 3 et du premier alinéa du présent paragraphe n'est accordé par les pouvoirs adjudicateurs des autres États membres qu'aux opérateurs économiques établis dans l'État membre qui a dressé la liste officielle.

5. Pour l'inscription des opérateurs économiques des autres États membres sur une liste officielle ou pour leur certification par les organismes visés au paragraphe 1, il ne peut être exigé d'autres preuves et déclarations que celles demandées aux opérateurs économiques nationaux et, en tout cas, pas d'autres que celles prévues aux articles 45 à 49 et, le cas échéant, à l'article 50.

Toutefois, une telle inscription ou certification ne peut pas être imposée aux opérateurs économiques des autres États membres en vue de leur participation à un marché public. Les pouvoirs adjudicateurs reconnaissent les certificats équivalents des organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres moyens de preuves équivalents.

6. Les opérateurs économiques peuvent demander à tout moment leur inscription sur une liste officielle ou la délivrance du certificat. Ils doivent être informés dans un délai raisonnablement court de la décision de l'autorité établissant la liste ou de l'organisme de certification compétent.

7. Les organismes de certification visés au paragraphe 1 sont des organismes qui répondent aux normes européennes en matière de certification.

8. Les États membres qui ont des listes officielles ou des organismes de certification visés au paragraphe 1 sont tenus de communiquer à la Commission et aux autres États membres l'adresse de l'organisme auprès duquel les demandes peuvent être présentées.

### Section 3

#### Attribution du marché

##### Article 53

#### Critères d'attribution des marchés

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution;

b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Sans préjudice des dispositions du troisième alinéa, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères.

##### Article 54

#### Utilisation d'enchères électroniques

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des enchères électroniques.

2. Dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées dans le cas visé à l'article 30, paragraphe 1, point a), les

pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise.

Dans les mêmes conditions, l'enchère électronique peut être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre visé à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret, et de la mise en concurrence des marchés à passer dans le cadre du système d'acquisition dynamique visée à l'article 33.

L'enchère électronique porte:

— soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas,

— soit sur les prix et/ou sur les valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

3. Les pouvoirs adjudicateurs qui décident de recourir à une enchère électronique en font mention dans l'avis de marché.

Le cahier des charges comporte, entre autres, les informations suivantes:

a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique, pour autant que ces éléments soient quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages;

b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées, telles qu'elles résultent des spécifications de l'objet du marché;

c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et à quel moment elles seront, le cas échéant, mises à leur disposition;

d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique;

e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir;

f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

4. Avant de procéder à l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs effectuent une première évaluation complète des offres conformément au(x) critère(s) d'attribution et à leur pondération tels que fixés.

Tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par moyens électroniques à présenter des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs; l'invitation contient toute information pertinente pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début de l'enchère électronique. L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. L'enchère électronique ne peut débuter au plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations.

5. Lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du soumissionnaire concerné, effectuée conformément à la pondération prévue à l'article 53, paragraphe 2, premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges; à cette fin, les éventuelles fourchettes doivent être exprimées au préalable par une valeur déterminée.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

6. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif. Ils peuvent également communiquer d'autres informations concernant d'autres prix ou valeurs présentés à condition que cela soit indiqué dans le cahier des charges. Ils peuvent également, à tout moment, annoncer le nombre des participants à la phase de l'enchère. Cependant, en aucun cas, ils ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

7. Les pouvoirs adjudicateurs clôturent l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes:

- a) ils indiquent, dans l'invitation à participer à l'enchère, la date et l'heure fixées au préalable;
- b) lorsqu'ils ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'invitation à participer à l'enchère, le délai qu'ils observeront à partir de la réception de la dernière présentation avant de clôturer l'enchère électronique;
- c) lorsque le nombre de phases d'enchère, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont décidé de clôturer l'enchère électronique conformément au point c), le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au point b), l'invitation à participer à l'enchère indique les calendriers de chaque phase d'enchères.

8. Après avoir clôturé l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs attribuent le marché conformément à l'article 53, en fonction des résultats de l'enchère électronique.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges.

#### Article 55

#### Offres anormalement basses

1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

Ces précisions peuvent concerner notamment:

- a) l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
  - b) les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
  - c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
  - d) le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
  - e) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.
2. Le pouvoir adjudicateur vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.

## TITRE III

## RÈGLES DANS LE DOMAINE DES CONCESSIONS DE TRAVAUX PUBLICS

## CHAPITRE I

**Règles applicables aux concessions de travaux publics**

## Article 56

**Champ d'application**

Le présent chapitre s'applique à tous les contrats de concession de travaux publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs lorsque la valeur de ces contrats égale ou dépasse 6 242 000 EUR.

Cette valeur est calculée selon les règles applicables aux marchés de travaux publics définies à l'article 9.

## Article 57

**Exclusions du champ d'application**

Le présent titre ne s'applique pas aux concessions de travaux publics:

- a) qui sont octroyées pour les marchés publics de travaux dans les cas visés aux articles 13, 14 et 15 de la présente directive;
- b) qui sont octroyées par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17/CE, lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

Toutefois, la présente directive continue à s'appliquer aux concessions de travaux publics qui sont octroyées par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées à l'article 6 de la directive 2004/17/CE et octroyées pour ces activités, aussi longtemps que l'État membre concerné se prévaut de la faculté visée à l'article 71 de ladite directive pour en différer l'application.

## Article 58

**Publication de l'avis concernant les concessions de travaux publics**

1. Les pouvoirs adjudicateurs désireux d'avoir recours à la concession de travaux publics font connaître leur intention au moyen d'un avis.
2. Les avis concernant les concessions de travaux publics comportent les informations visées à l'annexe VII C et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le pouvoir adjudicateur, selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2.
3. Ces avis sont publiés conformément à l'article 36, paragraphes 2 à 8.

4. L'article 37 concernant la publication des avis est également d'application pour les concessions de travaux publics.

## Article 59

**Délais**

Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs ont recours à la concession de travaux publics, le délai pour la présentation des candidatures à la concession n'est pas inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis, sauf dans les cas visés à l'article 38, paragraphe 5.

L'article 38, paragraphe 7, est applicable.

## Article 60

**Sous-traitance**

Le pouvoir adjudicateur peut:

- a) soit imposer au concessionnaire de travaux publics de confier à des tiers des marchés représentant un pourcentage minimal de 30 % de la valeur globale de travaux faisant l'objet de la concession de travaux, tout en prévoyant la faculté pour les candidats de majorer ce pourcentage; ce pourcentage minimal doit être indiqué dans le contrat de concession de travaux;
- b) soit inviter les candidats concessionnaires à indiquer eux-mêmes, dans leurs offres, le pourcentage, lorsqu'il existe, de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession qu'ils comptent confier à des tiers.

## Article 61

**Attribution de travaux complémentaires au concessionnaire**

La présente directive ne s'applique pas aux travaux complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé de la concession ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, que le pouvoir adjudicateur confie au concessionnaire, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage:

- lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou
- lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.



Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant de l'ouvrage initial faisant l'objet de la concession.

## CHAPITRE II

### **Règles applicables aux marchés passés par les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs**

#### Article 62

#### **Règles applicables**

Lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions que la présente directive établit pour la passation des marchés publics de travaux.

## CHAPITRE III

### **Règles applicables aux marchés passés par les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs**

#### Article 63

#### **Règles de publicité: seuil et exceptions**

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les concessionnaires de travaux publics qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs appliquent les règles de publicité définies à l'article 64 dans la passation des marchés de travaux avec des tiers lorsque la valeur de ces marchés égale ou dépasse 6 242 000 EUR.

Une publicité n'est cependant pas requise lorsqu'un marché de travaux remplit les conditions d'application des cas énumérés à l'article 31.

La valeur des marchés est calculée selon les règles applicables aux marchés de travaux publics définies à l'article 9.

2. Ne sont pas considérées comme tierces, les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées.

On entend par «entreprise liée», toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante

est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise:

- a) détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise; ou
- b) dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- c) peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

La liste exhaustive de ces entreprises est jointe à la candidature à la concession. Cette liste est mise à jour en fonction des modifications qui interviennent ultérieurement dans les liaisons entre les entreprises.

#### Article 64

#### **Publication de l'avis**

1. Les concessionnaires de travaux publics, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, désireux de passer un marché de travaux avec un tiers, font connaître leur intention au moyen d'un avis.

2. Les avis comportent les informations mentionnées à l'annexe VII C et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le concessionnaire de travaux publics, selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2.

3. L'avis est publié conformément à l'article 36, paragraphes 2 à 8.

4. L'article 37, concernant la publication volontaire des avis, est également d'application.

#### Article 65

#### **Délais pour la réception des demandes de participation et la réception des offres**

Dans les marchés de travaux passés par les concessionnaires de travaux publics, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les concessionnaires fixent le délai de réception des demandes de participation, qui ne peut être inférieur à 37 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché, et le délai de réception des offres, qui ne peut être inférieur à 40 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à présenter une offre.

L'article 38, paragraphes 5, 6 et 7, est applicable.

## TITRE IV

### RÈGLES APPLICABLES AUX CONCOURS DANS LE DOMAINE DES SERVICES

#### Article 66

##### Dispositions générales

1. Les règles relatives à l'organisation d'un concours sont établies conformément aux articles 66 à 74 et sont mises à la disposition de ceux qui sont intéressés à participer au concours.

2. L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un État membre;
- b) par le fait que les participants seraient tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le concours est organisé, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

#### Article 67

##### Champ d'application

1. Les concours sont organisés conformément au présent titre:

- a) par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 162 000 EUR;
- b) par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249 000 EUR;
- c) par tous les pouvoirs adjudicateurs, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249 000 EUR lorsque les concours portent sur des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 et/ou des services figurant à l'annexe II B.

2. Le présent titre s'applique:

- a) aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de services;
- b) aux concours avec primes de participation et/ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point a), on entend par «seuil», la valeur estimée hors TVA du marché public de services, y compris les éventuelles primes de participation et/ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point b), on entend par seuil le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors

TVA du marché public de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 31, paragraphe 3, si le pouvoir adjudicateur n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

#### Article 68

##### Exclusions du champ d'application

Le présent titre ne s'applique pas:

- a) aux concours de services au sens de la directive 2004/17/CE qui sont organisés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive et qui sont organisés pour la poursuite de ces activités, ni aux concours exclus du champ d'application de ladite directive.

Toutefois, la présente directive continue à s'appliquer aux concours des services qui sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées à l'article 6 de la directive 2004/17/CE et passés pour ces activités, aussi longtemps que l'État membre concerné se prévaut de la faculté visée à l'article 71 de ladite directive pour en différer l'application;

- b) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 13, 14 et 15 de la présente directive pour les marchés publics de services.

#### Article 69

##### Avis

1. Les pouvoirs adjudicateurs désireux d'organiser un concours font connaître leur intention au moyen d'un avis de concours.

2. Les pouvoirs adjudicateurs qui ont organisé un concours envoient un avis concernant les résultats du concours conformément à l'article 36 et doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi.

Au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les prestataires de services, de telles informations sur l'attribution du concours peuvent ne pas être publiées.

3. L'article 37 concernant la publication des avis s'applique également aux concours.

*Article 70***Rédaction et modalités de publication des avis concernant les concours**

1. Les avis visés à l'article 69 comportent les informations visées à l'annexe VII D, selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2.

2. Ces avis sont publiés conformément à l'article 36, paragraphes 2 à 8.

*Article 71***Moyens de communication**

1. L'article 42, paragraphes 1, 2 et 4, s'applique à toutes les communications relatives aux concours.

2. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à garantir que l'intégrité et la confidentialité de toute information transmise par les participants aux concours soient préservées et que le jury ne prenne connaissance du contenu des plans et des projets qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de ceux-ci.

3. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de réception électronique des plans et des projets:

- a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des plans et projets par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des plans et projets doivent être conformes aux exigences de l'annexe X;
- b) les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs.

*Article 72***Sélection des concurrents**

Lorsque les concours réunissent un nombre limité de participants, les pouvoirs adjudicateurs établissent des critères de sélection clairs et non discriminatoires. Dans tous les cas, le nombre des candidats invités à participer aux concours doit tenir compte du besoin d'assurer une concurrence réelle.

*Article 73***Composition du jury**

Le jury est composé exclusivement de personnes physiques indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doivent posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

*Article 74***Décisions du jury**

1. Le jury dispose d'une autonomie de décision ou d'avis.
2. Il examine les plans et projets présentés par les candidats de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères indiqués dans l'avis de concours.
3. Il consigne, dans un procès-verbal, signé par ses membres, ses choix effectués selon les mérites de chaque projet, ainsi que ses observations et tout point nécessitant des éclaircissements.
4. L'anonymat doit être respecté jusqu'à l'avis ou la décision du jury.
5. Les candidats peuvent être invités, le cas échéant, à répondre aux questions que le jury a consignées dans le procès-verbal, afin de clarifier tel ou tel aspect d'un projet.
6. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

**TITRE V****OBLIGATIONS STATISTIQUES, COMPÉTENCES D'EXÉCUTION ET DISPOSITIONS FINALES***Article 75***Obligations statistiques**

En vue de permettre l'appréciation des résultats de l'application de la présente directive, les États membres communiquent à la Commission, au plus tard le 31 octobre de chaque année, un état statistique rédigé conformément à l'article 76 et qui concerne, séparément, les marchés publics de fournitures, de services et de travaux, passés pendant l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs.

*Article 76***Contenu de l'état statistique**

1. Pour chaque pouvoir adjudicateur figurant à l'annexe IV, l'état statistique précise au moins:
  - a) le nombre et la valeur des marchés passés couverts par la présente directive;



b) le nombre et la valeur totale des marchés passés en vertu des dérogations à l'Accord.

Dans toute la mesure du possible, les données visées au premier alinéa, point a), sont ventilées suivant:

- a) les procédures de passation des marchés utilisées;
- b) et, pour chacune de ces procédures, les travaux repris à l'annexe I, les produits et les services repris à l'annexe II identifiés par catégorie de la nomenclature CPV;
- c) la nationalité de l'opérateur économique auquel le marché a été attribué.

Lorsque les marchés ont été passés par procédure négociée, les données visées au premier alinéa, point a), sont en outre ventilées suivant les circonstances visées aux articles 30 et 31 et précisent le nombre et la valeur des marchés attribués par État membre et pays tiers d'appartenance des adjudicataires.

2. Pour chaque catégorie de pouvoirs adjudicateurs autres que ceux figurant à l'annexe IV, l'état statistique précise au moins:

- a) le nombre et la valeur des marchés passés, ventilés conformément au paragraphe 1, deuxième alinéa;
- b) la valeur totale des marchés passés en vertu des dérogations à l'Accord.

3. L'état statistique précise toute autre information statistique qui est demandée conformément à l'Accord.

Les informations visées au premier alinéa sont déterminées conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2.

#### Article 77

##### Comité consultatif

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics institué par l'article 1<sup>er</sup> de la décision 71/306/CEE (<sup>1</sup>), ci-après dénommé «comité».

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

3. Le comité adopte son règlement intérieur.

#### Article 78

##### Révision des seuils

1. La Commission vérifie les seuils fixés à l'article 7, tous les deux ans à partir de l'entrée en vigueur de la présente directive

et les révisé, si nécessaire, conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2.

Le calcul de la valeur de ces seuils est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de l'euro exprimée en DTS, durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'août qui précède la révision prenant effet le 1<sup>er</sup> janvier. La valeur des seuils ainsi révisée, si nécessaire, est arrondie au millier d'euros inférieur au chiffre résultant de ce calcul afin d'assurer le respect des seuils en vigueur prévus par l'Accord, qui sont exprimés en DTS.

2. À l'occasion de la révision prévue au paragraphe 1, la Commission aligne, conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2:

- a) les seuils prévus à l'article 8, premier alinéa, point a), à l'article 56 et à l'article 63, paragraphe 1, premier alinéa, sur le seuil révisé applicable aux marchés publics de travaux;
- b) les seuils prévus à l'article 8, premier alinéa, point b), et à l'article 67, paragraphe 1, point a), sur le seuil révisé applicable aux marchés publics de services passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'annexe IV;
- c) le seuil prévu à l'article 67, paragraphe 1, points b) et c), sur le seuil révisé applicable aux marchés publics de services passés par les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas visés à l'annexe IV.

3. Les contre-valeurs des seuils fixés conformément au paragraphe 1 dans les monnaies nationales des États membres qui ne participent pas à l'union monétaire sont, en principe, révisées tous les deux ans à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004. Le calcul de ces contre-valeurs est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de ces monnaies exprimée en euros, durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'août qui précède la révision prenant effet le 1<sup>er</sup> janvier.

4. Les seuils révisés visés au paragraphe 1 et leur contre-valeur dans les monnaies nationales visées au paragraphe 3 sont publiés par la Commission au Journal officiel des Communautés européennes au début du mois de novembre qui suit leur révision.

#### Article 79

##### Modifications

La Commission peut modifier, conformément à la procédure visée à l'article 77, paragraphe 2:

- a) les modalités techniques des méthodes de calcul visées à l'article 78, paragraphe 1, deuxième alinéa, et paragraphe 3;

(<sup>1</sup>) JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

- b) les modalités d'établissement, de transmission, de réception, de traduction, de collecte et de distribution des avis visés aux articles 35, 58, 64 et 69 ainsi que des rapports statistiques prévus à l'article 35, paragraphe 4, quatrième alinéa, et aux articles 75 et 76;
- c) les modalités de références particulières à des positions particulières de la nomenclature CPV dans les avis;
- d) les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public visées à l'annexe III, lorsque, sur la base des notifications des États membres, celles-ci s'avèrent nécessaires;
- e) les listes des autorités gouvernementales centrales visées à l'annexe IV, suivant les adaptations qui sont nécessaires pour donner suite à l'Accord;
- f) les numéros de référence à la nomenclature prévue à l'annexe I, dans la mesure où cela ne change pas le champ d'application matériel de la présente directive, et les modalités de la référence à des positions particulières de cette nomenclature dans les avis;
- g) les numéros de référence à la nomenclature prévue à l'annexe II, dans la mesure où cela ne change pas le champ d'application matériel de la présente directive, et les modalités de référence dans les avis à des positions particulières de cette nomenclature à l'intérieur des catégories de services énumérées à ladite annexe;
- h) les modalités de transmission et de publication des données visées à l'annexe VIII, pour des raisons tenant au progrès technique ou d'ordre administratif;
- i) les modalités et caractéristiques techniques des dispositifs de réception électronique visées à l'annexe X, points a), f) et g).

#### Article 80

#### Mise en œuvre

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 janvier 2006. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont

accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

#### Article 81

#### Mécanismes de contrôle

Conformément à la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux<sup>(1)</sup>, les États membres garantissent l'application de la présente directive par des mécanismes efficaces, accessibles et transparents.

À cet effet, ils peuvent, entre autres, désigner ou établir un organe indépendant.

#### Article 82

#### Abrogations

La directive 92/50/CEE, à l'exception de son article 41, et les directives 93/36/CEE et 93/37/CEE sont abrogées, avec effet à partir de la date prévue à l'article 80, sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition et d'application figurant à l'annexe XI.

Les références faites aux directives abrogées s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe XII.

#### Article 83

#### Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

<sup>(1)</sup> JO L 395 du 30.12.1989, p.33. Directive modifiée par la directive 92/50/CEE.

*Article 84*

**Destinataires**

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 31 mars 2004

*Par le Parlement européen*

*Le président*

P. COX

*Par le Conseil*

*Le président*

D. ROCHE

---



## DIRECTIVES

## DIRECTIVE 2007/66/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

du 11 décembre 2007

**modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social européen <sup>(1)</sup>,

vu l'avis du Comité des régions <sup>(2)</sup>,

statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 du traité <sup>(3)</sup>,

considérant ce qui suit:

(1) La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux <sup>(4)</sup> ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation

des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications <sup>(5)</sup> concernent les procédures de recours applicables aux marchés passés respectivement par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services <sup>(6)</sup> et les entités adjudicatrices visées à l'article 2 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux <sup>(7)</sup>. Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE visent à garantir l'application effective des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

(2) Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne s'appliquent donc qu'aux marchés relevant du champ d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice des Communautés européennes, quels que soient la procédure concurrentielle ou le moyen de mise en concurrence utilisés, y compris les concours, les systèmes de qualification et les systèmes d'acquisition dynamique. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les États membres devraient veiller à l'existence de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sur la question de savoir si un marché déterminé relève ou non du champ d'application personnel et matériel des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

(3) Les consultations des parties concernées ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les États membres. En raison de ces

<sup>(1)</sup> JO C 93 du 27.4.2007, p. 16.

<sup>(2)</sup> JO C 146 du 30.6.2007, p. 69.

<sup>(3)</sup> Avis du Parlement européen du 21 juin 2007 (non encore paru au Journal officiel) et décision du Conseil du 15 novembre 2007.

<sup>(4)</sup> JO L 395 du 30.12.1989, p. 33. Directive modifiée par la directive 92/50/CEE (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1).

<sup>(5)</sup> JO L 76 du 23.3.1992, p. 14. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).

<sup>(6)</sup> JO L 134 du 30.4.2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE.

<sup>(7)</sup> JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE.

faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, il conviendrait de renforcer les garanties de transparence et de non-discrimination que ces directives cherchent à assurer afin que la Communauté dans son ensemble puisse bénéficier pleinement des effets positifs de la modernisation et de la simplification des règles relatives à la passation des marchés publics auxquelles ont abouti les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Il convient donc d'apporter aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE les précisions indispensables pour atteindre les résultats recherchés par le législateur communautaire.

- (4) Parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace. Cela conduit parfois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Afin de remédier à cette faiblesse, qui compromet gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, il y a lieu de prévoir un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat.
- (5) Le délai de suspension minimal devrait tenir compte des différents moyens de communication. En cas de recours à des moyens de communication rapides, il est possible de prévoir un délai plus court que celui applicable si d'autres moyens de communication sont utilisés. La présente directive ne prévoit que des délais de suspension minimaux. Les États membres ont la faculté d'instaurer ou de maintenir des délais supérieurs à ces délais minimaux. Il leur est aussi loisible de décider quel délai s'appliquera si différents moyens de communication sont utilisés conjointement.
- (6) Le délai de suspension devrait donner aux soumissionnaires concernés le temps suffisant pour étudier la décision d'attribution du marché et déterminer s'il est opportun d'engager une procédure de recours. Lorsque la décision d'attribution du marché est notifiée aux soumissionnaires concernés, ceux-ci devraient recevoir les informations pertinentes, qui leur sont indispensables pour introduire un recours efficace. Les mêmes dispositions s'appliquent en conséquence aux candidats, pour autant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'ait pas fourni en temps utile les informations relatives au rejet de leur demande.
- (7) Parmi les informations pertinentes figurent notamment un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41 de la directive 2004/18/CE et à l'article 49 de la directive 2004/17/CE. La durée du délai de suspension étant variable selon les États membres, il importe en outre que les soumissionnaires et les candidats concernés soient informés du délai effectif dont ils disposent pour tenter leur recours.
- (8) De tels délais de suspension minimaux n'ont pas vocation à s'appliquer si la directive 2004/18/CE ou la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, plus particulièrement dans les cas d'urgence impérieuse visés à l'article 31, paragraphe 1, point c), de la directive 2004/18/CE ou à l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE. Dans de tels cas, il suffit de prévoir des procédures de recours efficace après la conclusion du contrat. De même, un délai de suspension n'est pas nécessaire si le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a plus d'autre partie prenante à la procédure de passation de marché qui aurait intérêt à recevoir la notification et à bénéficier d'un délai de suspension lui permettant d'exercer un recours efficace.
- (9) Enfin, lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, un délai de suspension obligatoire pourrait avoir une incidence sur les gains d'efficacité recherchés par le biais de ces procédures de passation de marchés. Les États membres devraient donc, au lieu d'introduire un délai de suspension obligatoire, avoir la possibilité de prévoir l'absence d'effets du marché comme sanction effective en application de l'article 2 *quinquies* des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en cas de violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, et de l'article 33, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/18/CE, ainsi que de l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE.
- (10) Dans les cas visés à l'article 40, paragraphe 3, point i), de la directive 2004/17/CE, les marchés fondés sur un accord-cadre ne nécessitent pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*. Dans de tels cas, un délai de suspension ne devrait pas être obligatoire.
- (11) Lorsqu'un État membre exige qu'une personne qui a l'intention d'utiliser une procédure de recours en informe le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, il convient de préciser que cette exigence ne devrait pas avoir d'effet sur le délai de suspension ou sur tout autre délai d'introduction d'un recours. Par ailleurs, lorsqu'un État membre exige que la personne concernée ait introduit en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, il convient que cette même personne dispose d'un délai minimal raisonnable pour saisir l'instance de recours compétente avant la conclusion du contrat au cas où cette personne souhaiterait contester la réponse ou l'absence de réponse du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

- (12) L'introduction d'un recours peu avant la fin du délai de suspension minimal ne devrait pas avoir pour effet de priver l'instance responsable des procédures de recours du temps minimal indispensable pour agir, notamment pour prolonger le délai de suspension pour la conclusion du contrat. Ainsi convient-il de prévoir un délai de suspension minimal autonome qui ne devrait pas expirer avant que l'instance de recours n'ait statué sur la demande. Cela ne devrait pas empêcher l'instance de recours d'évaluer préalablement si le recours en tant que tel est recevable. Les États membres peuvent prévoir que ce délai expire soit lorsque l'instance de recours a statué sur la demande de mesures provisoires, y compris sur une prorogation de la suspension de la conclusion du contrat, soit lorsque l'instance de recours a statué sur le fond, notamment sur la demande d'annulation d'une décision illicite.
- (13) Afin de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Cour de justice a qualifiée de violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, il convient de prévoir une sanction effective, proportionnée et dissuasive. Par conséquent, un contrat résultant d'un marché de gré à gré illégal devrait être considéré en principe comme dépourvu d'effets. L'absence d'effets ne devrait pas être automatique mais devrait être établie par une instance de recours indépendante ou découler d'une décision prise par une telle instance.
- (14) L'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les opérateurs économiques qui ont été privés illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation de marché. Les marchés de gré à gré au sens de la présente directive devraient inclure tous les marchés passés sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* au sens de la directive 2004/18/CE. Cela correspond à une procédure sans mise en concurrence préalable au sens de la directive 2004/17/CE.
- (15) Parmi les raisons susceptibles de justifier la passation d'un marché de gré à gré au sens de la présente directive peuvent figurer les exceptions prévues aux articles 10 à 18 de la directive 2004/18/CE, l'application de l'article 31, de l'article 61 ou de l'article 68 de cette même directive, la passation de marchés de services conformément à l'article 21 de ladite directive ou la passation d'un marché interne légal (*in-house*) selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice.
- (16) Il en va de même des marchés qui remplissent les conditions pour une exclusion ou des arrangements spéciaux conformément à l'article 5, paragraphe 2, aux articles 18 à 26, aux articles 29 et 30 ou à l'article 62 de la directive 2004/17/CE, des cas entraînant l'application de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE ou de la passation de marchés de services conformément à l'article 32 de la directive 2004/17/CE.
- (17) Une procédure de recours devrait être accessible au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.
- (18) Afin de prévenir toute violation grave de l'obligation de délai de suspension et de suspension automatique, qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace, il convient que des sanctions effectives soient appliquées. Il convient dès lors que les marchés conclus en violation du délai de suspension ou de la suspension automatique soient considérés en principe comme dépourvus d'effets s'ils s'accompagnent de violations des directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE telles qu'elles ont compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché.
- (19) En cas d'autres violations des conditions formelles, les États membres pourraient considérer que le principe de l'absence d'effets est inopportun. Les États membres devraient alors avoir la faculté de prévoir des sanctions de substitution. Les sanctions de substitution ne devraient consister qu'en l'imposition de pénalités financières, qui devraient être payées à un organisme indépendant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ou en un abrégement de la durée du marché. Il incombe aux États membres de définir précisément les sanctions de substitution et leurs modalités d'application.
- (20) La présente directive ne devrait pas exclure l'application de sanctions plus sévères en vertu du droit national.
- (21) Lorsque les États membres définissent des règles prévoyant qu'un marché est considéré comme dépourvu d'effets, l'objectif à atteindre est que les droits et les obligations des parties au marché cessent d'être exercés et exécutés. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché devraient être déterminées par le droit national. Le droit national pourrait donc par exemple prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles (*ex tunc*) ou, inversement, limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées (*ex nunc*). Cela ne devrait pas conduire à l'absence de sanctions rigoureuses si les obligations découlant d'un marché ont déjà été exécutées dans leur totalité ou dans leur quasi-totalité. Dans de tels cas, les États membres devraient prévoir également des sanctions de substitution prenant en compte la mesure dans laquelle un contrat continue à produire des effets en application du droit national. De même, les conséquences d'une éventuelle récupération de sommes qui pourraient avoir été versées ainsi que de toutes les autres formes de restitution possibles — y compris les restitutions en valeur lorsqu'une restitution en nature n'est pas possible — doivent être déterminées par le droit national.

- (22) Toutefois, afin de garantir la proportionnalité des sanctions appliquées, les États membres peuvent donner à l'instance responsable des procédures de recours la possibilité de ne pas remettre en cause le contrat ou de reconnaître certains ou l'ensemble de ses effets dans le temps, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce l'exigent pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans de tels cas, il conviendrait plutôt d'appliquer des sanctions de substitution. L'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice devrait examiner tous les aspects pertinents afin d'établir si des raisons impérieuses d'intérêt général exigent que les effets du marché soient maintenus.
- (23) Dans des cas exceptionnels, le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché au sens de l'article 31 de la directive 2004/18/CE ou de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE est autorisé immédiatement après l'annulation du marché. Si, dans de tels cas, pour des raisons techniques ou d'autres raisons impératives, les obligations contractuelles restantes ne peuvent, à ce stade, être exécutées que par l'opérateur économique auquel le marché a été attribué, l'invocation de raisons impérieuses pourrait être justifiée.
- (24) L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées. Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne devrait pas constituer une raison impérieuse.
- (25) En outre, la nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices requiert que soit fixé un délai minimal raisonnable de prescription des recours visant à faire constater l'absence d'effet du marché.
- (26) Afin d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets, les États membres devraient prévoir une dérogation à la possibilité de faire constater l'absence d'effets dans les cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice considère que l'attribution d'un marché de gré à gré sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée conformément aux directives 2004/18/CE et 2004/17/CE et a appliqué un délai de suspension minimal qui permet l'introduction d'un recours efficace. La publication volontaire qui déclenche ce délai de suspension n'entraîne aucune extension des obligations découlant des directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE.
- (27) Sachant que la présente directive renforce les procédures de recours nationales, particulièrement en cas de marchés de gré à gré illégaux, il conviendrait d'encourager les opérateurs économiques à recourir à ces nouveaux mécanismes. Par souci de sécurité juridique, l'invocabilité de l'absence d'effets d'un marché est limitée dans le temps. L'effectivité de cette limitation dans le temps devrait être respectée.
- (28) Le renforcement de l'efficacité des recours nationaux devrait inciter les personnes concernées à faire un plus grand usage des possibilités de recours par voie de référé avant la conclusion du contrat. Dans ces circonstances, il y a lieu de recentrer le mécanisme correcteur sur les violations graves du droit communautaire en matière de marchés publics.
- (29) Le système d'attestation volontaire prévu par la directive 92/13/CEE, qui permet aux entités adjudicatrices de faire constater la conformité de leurs procédures de passation des marchés à l'occasion d'examen périodiques, est resté quasiment inutilisé. Il ne peut donc pas atteindre son objectif consistant à prévenir un nombre significatif de violations du droit communautaire des marchés publics. En revanche, l'obligation imposée aux États membres par la directive 92/13/CEE d'assurer la mise à disposition permanente d'organismes accrédités à cette fin peut représenter un coût administratif de fonctionnement qui ne se justifie plus au vu de l'absence de demande réelle de la part des entités adjudicatrices. Pour ces raisons, il convient de supprimer ce système d'attestation.
- (30) De même, le mécanisme de conciliation prévu par la directive 92/13/CEE n'a suscité aucun intérêt réel de la part des opérateurs économiques. Cela est dû, d'une part, au fait qu'il ne permet pas à lui seul d'obtenir des mesures provisoires contraignantes susceptibles d'empêcher à temps la conclusion illégale d'un contrat et, d'autre part, à sa nature difficilement compatible avec le respect des délais particulièrement brefs des recours visant à l'adoption de mesures provisoires et à l'annulation des décisions illégales. En outre, l'efficacité potentielle du mécanisme de conciliation a encore été affaiblie par les difficultés rencontrées pour établir une liste complète et suffisamment longue de conciliateurs indépendants dans chaque État membre, disponibles à tout moment et susceptibles de traiter les demandes de conciliation à très brève échéance. Pour ces raisons, il convient de supprimer ce mécanisme de conciliation.
- (31) La Commission devrait être habilitée à demander aux États membres de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours proportionnées par rapport à l'objectif visé, en associant le comité consultatif pour les marchés publics à la détermination de l'étendue et de la nature de ces informations. En effet, seule la mise à disposition de ces informations permettra d'évaluer correctement les effets des changements introduits par la présente directive à l'expiration d'une période significative de mise en œuvre de cette dernière.



(32) La Commission devrait examiner les progrès accomplis dans les États membres et faire rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'efficacité de la présente directive au plus tard trois ans après sa date limite de mise en œuvre.

(33) Il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires pour la mise en œuvre des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en conformité avec la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission <sup>(1)</sup>.

(34) Étant donné que, pour les raisons susmentionnées, l'objectif de la présente directive, c'est-à-dire améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés relevant du champ d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité prévu à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, en respectant notamment le principe d'autonomie procédurale des États membres.

(35) Conformément au point 34 de l'accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» <sup>(2)</sup>, il convient que les États membres établissent, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent la concordance entre les directives et les mesures de transposition, et qu'ils les rendent publics.

(36) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de ladite charte.

(37) Il y a donc lieu de modifier les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en conséquence,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

*Article premier*

### **Modification de la directive 89/665/CEE**

La directive 89/665/CEE est modifiée comme suit:

1) Les articles 1<sup>er</sup> et 2 sont remplacés par le texte suivant:

*«Article premier*

#### **Champ d'application et accessibilité des procédures de recours**

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (\*), sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

<sup>(1)</sup> JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée en dernier lieu par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).

<sup>(2)</sup> JO C 321 du 31.12.2003, p. 1.

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours, pour autant que cela n'ait pas d'incidence sur le délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, ou sur tout autre délai d'introduction d'un recours visé à l'article 2 quater.

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

Les États membres décident des moyens de communication adéquats, y compris les télécopieurs ou les moyens électroniques, qu'il convient d'utiliser pour introduire un recours conformément au premier alinéa.

La suspension visée au premier alinéa ne prend pas fin avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si un autre moyen de communication est utilisé, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse.

## Article 2

### Exigences en matière de procédures de recours

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant:

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur;
- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;
- c) d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 quinquies et 2 sexies peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, et à l'article 2 quinquies, paragraphes 4 et 5.

4. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

5. Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder de mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

6. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

7. Sauf dans les cas prévus aux articles 2 quinquies à 2 septies, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sur le contrat conclu à la suite de l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article ou aux articles 2 bis à 2 septies, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions sont toujours motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 du traité et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante a les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.

(\*) JO L 134 du 30.4.2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).»

2) Les articles suivants sont insérés:

«Article 2 bis

### Délai de suspension

1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les pouvoirs adjudicateurs, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 *quater*.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires

à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concernés, accompagnée:

— d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE, sous réserve des dispositions de l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive, et

— d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe.

Article 2 ter

### Dérogations au délai de suspension

Les États membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

a) si la directive 2004/18/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;

b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;

c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 32 de la directive 2004/18/CE et lorsqu'il s'agit d'un marché spécifique fondé sur un système d'acquisition dynamique visé à l'article 33 de cette directive.

Lorsque la présente dérogation est invoquée, les États membres s'assurent de l'absence d'effets du marché conformément aux articles 2 *quinquies* et 2 *septies* de la présente directive:

- s'il y a violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou de l'article 33, paragraphes 5 ou 6, de la directive 2004/18/CE, et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 7 de la directive 2004/18/CE.

#### Article 2 quater

##### Délais d'introduction d'un recours

Lorsqu'un État membre prévoit que tout recours contre une décision d'un pouvoir adjudicateur prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ou en liaison avec une telle procédure doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai est égal à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision du pouvoir adjudicateur. La décision du pouvoir adjudicateur est communiquée à chaque soumissionnaire ou candidat, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents. En cas d'introduction d'un recours concernant des décisions visées à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la présente directive, qui ne font pas l'objet d'une notification spécifique, le délai est de dix jours calendaires au moins à compter de la date de publication de la décision concernée.

#### Article 2 quinquies

##### Absence d'effets

1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants:

- a) si le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE;

b) en cas de violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive 2004/18/CE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;

c) dans les cas visés à l'article 2 *ter*, point c), deuxième alinéa, de la présente directive, lorsque des États membres ont invoqué la dérogation au délai de suspension pour des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

2. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national peut prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l'application d'autres sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2.

3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si:

— le pouvoir adjudicateur estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE,

— le pouvoir adjudicateur a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 bis de la présente directive, et

— le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

5. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point c), du présent article ne s'applique pas si:

— le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou à l'article 33, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/18/CE,

— le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 2 bis, paragraphe 2, quatrième alinéa, premier tiret, de la présente directive, et

— la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

#### Article 2 sexies

#### Violations de la présente directive et sanctions de substitution

1. En cas de violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 bis, paragraphe 2, ne relevant pas de l'article 2 quinquies, paragraphe 1, point b), les États membres prévoient l'absence d'effets du marché conformément à l'article 2 quinquies, paragraphes 1 à 3, ou des sanctions de substitution. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur décide, après avoir apprécié tous les aspects

pertinents, si le marché doit être considéré comme dépourvu d'effets ou s'il y a lieu d'appliquer des sanctions de substitution.

2. Les sanctions de substitution doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

— à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur, ou

— à abréger la durée du marché.

Les États membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur et, dans les cas visés à l'article 2 quinquies, paragraphe 2, la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins du présent paragraphe.

#### Article 2 septies

#### Délais

1. Les États membres peuvent prévoir que l'introduction d'un recours en application de l'article 2 quinquies, paragraphe 1, doit intervenir:

a) avant l'expiration d'un délai minimal de 30 jours calendaires à compter du lendemain du jour où:

— le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution du marché conformément à l'article 35, paragraphe 4, et aux articles 36 et 37 de la directive 2004/18/CE, à condition que cet avis contienne la justification de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou

— le pouvoir adjudicateur a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion du contrat, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE, sous réserve de l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive. Cette faculté s'applique également aux cas visés à l'article 2 ter, point c), de la présente directive;

b) et en tout état de cause avant l'expiration d'un délai minimal de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

2. Dans tous les autres cas, y compris en ce qui concerne les recours formés conformément à l'article 2 *sexies*, paragraphe 1, les délais impartis pour l'introduction d'un recours sont déterminés par le droit national, sous réserve des dispositions de l'article 2 *quater*.»

3) L'article 3 est remplacé par le texte suivant:

«Article 3

#### Mécanisme correcteur

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE.

2. La Commission notifie à l'État membre concerné les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée;
- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2, paragraphe 1, point a).

4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'une autre nature ou d'un recours tel que visé à l'article 2, paragraphe 9. Dans ce cas, l'État membre concerné informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), l'État membre concerné notifie à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette notification

confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.»

4) Les articles suivants sont insérés:

«Article 3 bis

#### Contenu d'un avis en cas de transparence ex ante volontaire

L'avis visé à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, deuxième tiret, dont le format est adopté par la Commission conformément à la procédure de consultation visée à l'article 3 *ter*, paragraphe 2, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur.

Article 3 ter

#### Procédure de comité

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics, institué par l'article 1<sup>er</sup> de la décision 71/306/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 (\*) (ci-après dénommé "comité").

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (\*\*) s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

(\*) JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

(\*\*) JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).»

5) L'article 4 est remplacé par le texte suivant:

«Article 4

#### Mise en œuvre

1. La Commission peut demander aux États membres, en consultation avec le comité, de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures de recours nationales.

2. Les États membres communiquent chaque année à la Commission le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que leurs instances de recours ont prises conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 3.»

6) L'article suivant est inséré:

«Article 4 bis

#### Réexamen

Au plus tard le 20 décembre 2012, la Commission examine la mise en œuvre de la présente directive et fait rapport au Parlement européen et au Conseil sur son efficacité, et en particulier sur l'efficacité des sanctions de substitution et des délais.»

#### Article 2

#### Modification de la directive 92/13/CEE

La directive 92/13/CEE est modifiée comme suit:

1) L'article 1<sup>er</sup> est remplacé par le texte suivant:

«Article premier

#### Champ d'application et accessibilité des procédures de recours

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (\*), sauf si ces marchés sont exclus en application de l'article 5, paragraphe 2, des articles 18 à 26, des articles 29 et 30 ou de l'article 62 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les marchés relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises

par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 *septies* de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours, pour autant que cela n'ait pas d'incidence sur le délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, ou tout autre délai d'introduction d'un recours visé à l'article 2 *quater*.

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

Les États membres décident des moyens de communication, y compris les télécopieurs ou les moyens électroniques, qu'il convient d'utiliser pour introduire le recours prévu au premier alinéa.

La suspension visée au premier alinéa ne prend pas fin avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si un autre moyen de communication est utilisé, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse.

(\*) JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).»

2) L'article 2 est modifié comme suit:

a) Le titre «Exigences en matière de procédures de recours» est inséré.

b) Les paragraphes 2 à 4 sont remplacés par le texte suivant:

«2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 *quinquies* et 2 *sexies* peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante de l'entité adjudicatrice, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que l'entité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, et à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 4 et 5.

3 *bis*. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

4. Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder de mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.»

c) Le paragraphe 6 est remplacé par le texte suivant:

«6. Sauf dans les cas prévus aux articles 2 *quinquies* à 2 *septies*, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sur le contrat conclu à la suite de l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État

membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article, ou aux articles 2 *bis* à 2 *septies*, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.»

d) Au paragraphe 9, premier alinéa, les termes «juridiction au sens de l'article 177 du traité» sont remplacés par les termes «juridiction au sens de l'article 234 du traité».

3) Les articles suivants sont insérés:

«Article 2 *bis*

#### Délai de suspension

1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les entités adjudicatrices, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 *quater*.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du jour suivant la date à laquelle la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.



La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE, et
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe.

Article 2 ter

### Dérogations au délai de suspension

Les États membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit de marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique visé à l'article 15 de la directive 2004/17/CE.

Lorsque la présente dérogation est invoquée, les États membres s'assurent de l'absence d'effets du marché conformément aux articles 2 quinquies et 2 septies de la présente directive:

- s'il y a violation de l'article 15, paragraphe 5 ou 6, de la directive 2004/17/CE, et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 16 de la directive 2004/17/CE.

Article 2 quater

### Délais d'introduction d'un recours

Lorsqu'un État membre prévoit que tout recours contre une décision d'une entité adjudicatrice prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou en liaison avec une telle procédure doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai est égal à dix jours calendaires au moins à compter du jour suivant la date à laquelle la décision de l'entité adjudicatrice est envoyée au soumissionnaire

ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision de l'entité adjudicatrice est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision de l'entité adjudicatrice. La décision de l'entité adjudicatrice est communiquée à chaque soumissionnaire ou candidat, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents. En cas d'introduction d'un recours concernant des décisions visées à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la présente directive, qui ne font pas l'objet d'une notification spécifique, le délai est de dix jours calendaires au moins à compter de la date de publication de la décision concernée.

Article 2 quinquies

### Absence d'effets

1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants:

- a) si l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/17/CE;
- b) en cas de violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive 2004/17/CE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 2 ter, point c), deuxième alinéa, de la présente directive, lorsque des États membres ont invoqué la dérogation au délai de suspension pour des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique.

2. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national pourrait donc prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l'application d'autres sanctions au sens de l'article 2 sexties, paragraphe 2.

3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si:

— l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/17/CE,

— l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 *bis* de la présente directive, et

— le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

5. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point c), du présent article ne s'applique pas si:

— l'entité adjudicatrice estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE,

— l'entité adjudicatrice a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché,

accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, quatrième alinéa, premier tiret, de la présente directive, et

— la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

#### Article 2 *sexies*

#### Violations de la présente directive et sanctions de substitution

1. En cas de violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, ne relevant pas de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 1, point b), les États membres prévoient l'absence d'effets du marché conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 1 à 3, ou des sanctions de substitution. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice décide, après avoir apprécié tous les aspects pertinents, si le marché doit être considéré comme dépourvu d'effets ou s'il y a lieu d'appliquer des sanctions de substitution.

2. Les sanctions de substitution doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

— à imposer des pénalités financières à l'entité adjudicatrice, ou

— à abrégier la durée du marché.

Les États membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 2, la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins du présent paragraphe.

Article 2 septies

### Délais

1. Les États membres peuvent prévoir que l'introduction d'un recours en application de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 1, doit intervenir:

a) avant l'expiration d'un délai minimal de 30 jours calendaires à compter du lendemain du jour où:

— l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux articles 43 et 44 de la directive 2004/17/CE, sous réserve que ledit avis comporte une justification de la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou

— l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion du contrat, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE. Cette faculté s'applique également aux cas visés à l'article 2 *ter*, point c), de la présente directive;

b) et en tout état de cause avant l'expiration d'un délai minimal de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

2. Dans tous les autres cas, y compris en ce qui concerne les recours formés conformément à l'article 2 *sexies*, paragraphe 1, les délais impartis pour l'introduction d'un recours sont déterminés par le droit national, sous réserve des dispositions de l'article 2 *quater*.»

4) Les articles 3 à 7 sont remplacés par le texte suivant:

«Article 3 bis

### Contenu d'un avis en cas de transparence ex ante volontaire

L'avis visé à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, deuxième tiret, dont le format est adopté par la Commission conformément à la procédure de consultation visée à l'article 3 *ter*, paragraphe 2, contient les informations suivantes:

a) nom et coordonnées de l'entité adjudicatrice;

b) description de l'objet du marché;

c) justification de la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis au *Journal officiel de l'Union européenne*;

d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et

e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'entité adjudicatrice.

Article 3 ter

### Procédure de comité

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics, institué par l'article 1<sup>er</sup> de la décision 71/306/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 (\*) (ci-après dénommé "comité").

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (\*\*) s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

(\*) JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

(\*\*) JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).»

5) L'article 8 est remplacé par le texte suivant:

«Article 8

### Mécanisme correcteur

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou en ce qui concerne l'article 27, point a), de ladite directive pour les entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. La Commission notifie à l'État membre concerné les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

a) la confirmation que la violation a été corrigée;

- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'entité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2, paragraphe 1, point a).

4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours prévu à l'article 2, paragraphe 9. Dans ce cas, l'État membre concerné informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), l'État membre concerné notifie à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.»

- 6) Les articles 9 à 12 sont remplacés par le texte suivant:

«Article 12

#### Mise en œuvre

1. La Commission peut demander aux États membres, en consultation avec le comité, de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures de recours nationales.

2. Les États membres communiquent chaque année à la Commission le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que leurs instances de recours ont prises conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 3.

Article 12 bis

#### Réexamen

Au plus tard le 20 décembre 2012, la Commission examine la mise en œuvre de la présente directive et fait rapport au

Parlement européen et au Conseil sur son efficacité, et en particulier sur l'efficacité des sanctions de substitution et des délais.»

- 7) L'annexe est supprimée.

Article 3

#### Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 20 décembre 2009. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 4

#### Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 5

#### Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 11 décembre 2007.

Par le Parlement européen

Le président

H.-G. PÖTTERING

Par le Conseil

Le président

M. LOBO ANTUNES



EUROPEAN COMMISSION

Brussels, 19.10.2010  
SEC(2010) 1258 final

**COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT**

**BUYING SOCIAL:  
A GUIDE TO TAKING ACCOUNT OF SOCIAL CONSIDERATIONS  
IN PUBLIC PROCUREMENT**

## Important notice

Although the information in this Guide has been carefully checked, the European Commission accepts no liability with regard to the specific cases mentioned in it.

This Guide is an indicative Commission staff working document and cannot be considered binding on the Commission in any way. It is also subject to evolution of Commission practice and the case-law of the European Court of Justice.

## CONTENTS

INTRODUCTION.....	4
<b>I. BUYING SOCIAL: KEY ISSUES.....</b>	<b>4</b>
1. Socially responsible public procurement (SRPP): a definition.....	5
2. The potential benefits of SRPP .....	8
2.1 Assisting compliance with social and labour law, including related national and international policy commitments/agendas.....	8
2.2 Stimulating socially conscious markets .....	8
2.3 Demonstrating socially responsive governance .....	8
2.4 Addressing issues about markets .....	
2.5 Stimulating integration.....	8
2.6 Ensuring more effective public expenditure .....	9
3. SRPP and the EU social model .....	10
4. The legal and policy approach to SRPP in the EU.....	10
4.1 Developing the social dimension of EU policies and legislation.....	10
4.2 The legal and policy approach to SRPP in the EU.....	11
4.3 Social services of general economic interest .....	12
4.4 Small and medium-sized enterprises .....	12
<b>II. AN ORGANISATIONAL STRATEGY FOR BUYING SOCIAL.....</b>	<b>13</b>
1. Setting the objectives of socially responsible public procurement .....	13
2. Providing high-level political commitment and leadership for SRPP .....	13
3. Measuring the risks and prioritising the organisational spend categories to enhance social outcomes .....	14
4. Raising awareness of SRPP and involving key stakeholders.....	16
5. Implementing the SRPP strategy .....	17
6. Measuring effective implementation.....	18
7. Overview of the procurement process.....	18
7.1 The importance of legal advice .....	19
7.2 Preparing the procurement procedure .....	19
8. Stages of the procurement procedure and approaches to SRPP.....	19
<b>III. IDENTIFYING THE NEEDS AND PLANNING PROCUREMENT .....</b>	<b>22</b>
1. The importance of assessing actual needs.....	22
2. Defining the subject-matter.....	22
3. Increasing access to procurement opportunities .....	24
3.1 Improving access to procurement opportunities .....	24
3.2 Set-asides for sheltered workshops .....	27
<b>IV. THE CONTRACT .....</b>	<b>30</b>
a) DEFINING THE REQUIREMENTS OF THE CONTRACT.....	30
1. Drawing up the technical specifications .....	30
2. Using performance-based specifications.....	31

3.	Use of variants.....	32
4.	Social labels and the implications for ethical trade.....	33
5.	Taking into account social concerns in production methods and processes .....	35
6.	Disability and technical specifications.....	35
b)	SELECTING SUPPLIERS, SERVICE-PROVIDERS AND CONTRACTORS .....	37
1.	Exclusion criteria .....	37
2.	Technical capacity.....	38
c)	AWARDING THE CONTRACT .....	41
1.	General rules for drafting award criteria and on awarding contracts.....	41
1.1.	Conditions applicable to award criteria in tender evaluation.....	43
1.2	The ‘additional criterion’ .....	46
2.	Dealing with ‘abnormally low bids’ .....	46
3.	Debriefing unsuccessful bidders .....	47
d)	CONTRACT PERFORMANCE.....	49
1.	Rules governing contract performance clauses.....	49
2.	Examples of social considerations that may be included in the contract performance clauses .....	50
3.	Compliance with national labour law .....	52
4.	Supply-chain management .....	54
5.	Contract management and compliance monitoring.....	55

## INTRODUCTION

Socially responsible public procurement (SRPP) is about setting an example and influencing the market-place. By promoting SRPP, public authorities can give companies real incentives to develop socially responsible management. By purchasing wisely, public authorities can promote employment opportunities, decent work, social inclusion, accessibility, design for all, ethical trade, and seek to achieve wider compliance with social standards. For some products, works and services, the impact can be particularly significant, as public purchasers command a large share of the market (e.g. in construction, business services, IT and so on). In general, public authorities are major consumers in Europe, spending some 17% of the EU's gross domestic product (a sum equivalent to half the GDP of Germany). Therefore, by using their purchasing power to opt for goods and services that also deliver good social outcomes, they can make a major contribution to sustainable development.

The legal basis for public procurement in the European Union is provided by Directives 2004/17/EC<sup>1</sup> and 2004/18/EC<sup>2</sup> (the 'Procurement Directives')<sup>3</sup>, which offer scope for taking account of social considerations, provided in particular they are linked to the subject-matter of the contract<sup>4</sup> and are proportionate to its requirements and as long as the principles of value for money and equal access for all EU suppliers are observed.

This subject has been developed over the years by Court of Justice of the European Union (CJEU) case-law, by a European Commission Communication in 2001<sup>5</sup> and by a study published by the Commission in 2003 on diversity and equality in public procurement ([http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/public/arc\\_en.htm#Leaflets](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/arc_en.htm#Leaflets)).

The purpose of this Guide is (a) to raise contracting authorities' awareness of the potential benefits of SRPP and (b) to explain in a practical way the opportunities offered by the existing EU legal framework for public authorities to take into account social considerations in their public procurement, thus paying attention not only to price but also to the best value for money. When drafting this Guide, the Commission widely consulted public authorities in the Member States and many other interested parties and stakeholders.

This Guide has been produced chiefly for public authorities, but also in the hope that it will inspire private-sector purchasers too.

For practical reasons, this Guide follows the procurement procedure step by step.

---

<sup>1</sup> Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (hereafter the "**Directive 2004/17/EC**");

<sup>2</sup> Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts(hereafter the '**Directive 2004/18/EC**');.

<sup>3</sup> The Procurement Directives are based on the principles of the Treaty and "*in particular the principle of freedom of movement of goods, the principle of freedom of establishment and the principle of freedom to provide services and the principles deriving therefrom, such as the principle of equal treatment, the principle of non-discrimination, the principle of mutual recognition, the principle of proportionality and the principle of transparency*". The provisions of the Procurement Directives should be interpreted in accordance with both the aforementioned rules and principles and other rules of the Treaty (see Recital 2 of Directive 2004/18/EC and Recital 9 of Directive 2004/17/EC);

<sup>4</sup> Or, alternatively, with performance of the contract, in cases where social considerations are included in the contract performance clauses.

<sup>5</sup> COM(2001) 566 on the EU law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement.



## I. BUYING SOCIAL: KEY ISSUES

### 1. Socially responsible public procurement (SRPP): a definition

1.1 ‘SRPP’ means procurement operations that take into account one or more of the following social considerations: employment opportunities, decent work, compliance with social and labour rights, social inclusion (including persons with disabilities), equal opportunities, accessibility design for all, taking account of sustainability criteria, including ethical trade issues<sup>6</sup> and wider voluntary compliance with corporate social responsibility (CSR), while observing the principles enshrined in the Treaty for the European Union (TFEU) and the Procurement Directives. SRPP can be a powerful tool both for advancing sustainable development and for achieving the EU’s (and Member States’) social objectives. SRPP covers a wide spectrum of social considerations, which may be taken into account by contracting authorities at the appropriate stage of the procurement procedure. Social considerations can be combined with green considerations in an integrated approach to sustainability in public procurement<sup>7</sup>.

1.2 To support their social policies, contracting authorities have many ways of taking account of social considerations in public procurement. A **non-exhaustive list of examples** of social considerations potentially relevant to public procurement, **subject to compliance with the Procurement Directives and the fundamental principles of the TFEU, is set out below. However, many social considerations, depending on their nature, can be included only at certain stages of the procurement procedure<sup>8</sup>. In addition, contracting authorities should decide case by case which social considerations are relevant to their procurement, depending on the subject-matter of their contract and on their objectives.** The following social considerations could be relevant for procurement:

- Promoting ‘*employment opportunities*’, for example:
  - promotion of youth employment;
  - promotion of gender balance<sup>9</sup> (e.g. work/life balance, fighting against sectoral and occupational segregation, etc.);
  - promotion of employment opportunities for the long-term unemployed and for older workers;

---

<sup>6</sup> For further details, see Section 4 of Chapter IV (‘Social labels and the implications for ethical trade’).

<sup>7</sup> As regards green considerations in public procurement, see Commission Communication COM(2008) 400/2 ‘Public procurement for a better environment’ ([http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com\\_2008\\_400.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf)) and the Commission services’ document ‘Buying Green — Handbook on Green Public Procurement’ ([http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm)). However, the Handbook on Green Public Procurement was published in 2004 and does not take into account the developments in EU law since then.

<sup>8</sup> For example, social considerations regarding labour conditions are generally more appropriate to be included in the contract performance clauses, as in general they do not qualify as technical specifications or selection criteria, within the meaning of the Procurement Directives. On the other hand, it is generally more appropriate to include accessibility considerations in the technical specifications.

<sup>9</sup> The concept of gender balance covers not only the under-representation of women in certain sectors, but also the under-representation of men in “feminised” sectors such as childcare and basic school education.

- diversity policies and employment opportunities for persons from disadvantaged groups (e.g. migrant workers, ethnic minorities, religious minorities, people with low educational attainment, etc.);
- promotion of employment opportunities for people with disabilities, including through inclusive and accessible work environments.
- Promoting ‘*decent work*’<sup>10</sup>:

This universally endorsed concept is based on the conviction that people have the right to productive employment in conditions of freedom, equity, security and human dignity. Four equally important and interdependent items make up the Decent Work Agenda: the right to productive and freely chosen work, fundamental principles and rights at work, employment providing a decent income and social protection and social dialogue. Gender equality and non-discrimination are considered cross-cutting issues on the Decent Work Agenda. In the context of SRPP, a number of issues can play an important role, such as:

- compliance with core labour standards<sup>11</sup>;
- decent pay;
- occupational health and safety;
- social dialogue;
- access to training;
- gender equality and non-discrimination;
- access to basic social protection.
- Promoting compliance with ‘*social and labour rights*’, such as:
  - compliance with national laws and collective agreements that comply with EU law;
  - compliance with the principle of equal treatment between women and men, including the principle of equal pay for work of equal value, and promotion of gender equality;
  - compliance with occupational health and safety laws;

---

<sup>10</sup> European Commission, COM(2006) 249 of 24 May 2006, p. 2: ‘Combining economic competitiveness and social justice in this way is at the heart of the European model of development. Playing an active part in promoting decent work forms an integral part of the European Social Agenda and of the EU’s efforts to promote its values and share its experience and its model of integrated economic and social development.’ See also the renewed commitment to the decent work agenda in the Commission Staff Working Document ‘Report on the EU contribution to the promotion of decent work in the world’, SEC(2008) 2184, based on COM(2008) 412 final.

<sup>11</sup> ILO core labour standards ban forced labour (Conventions 29 and 105) and child labour (Conventions 138 and 182) and establish the right to freedom of association and collective bargaining (Conventions 87 and 98) and to non-discrimination in terms of employment and occupation (Conventions 100 and 111). The legal bases for the Core Labour Standards are the eight above-mentioned core ILO Conventions that have been ratified by all 27 EU Member States.

- fighting discrimination on other grounds (age, disability, race, religion and belief, sexual orientation, etc.) and creating equal opportunities.
- Supporting ‘*social inclusion*’ and promoting social economy organisations, such as:
  - equal access to procurement opportunities for firms owned by or employing persons from ethnic/minority groups - cooperatives, social enterprises and non-profit organisations, for example;
  - promoting supportive employment for persons with disabilities, including on the open labour market.
- Promoting ‘*accessibility and design for all*’<sup>12</sup>, such as:
  - mandatory provisions in technical specifications to secure access for persons with disabilities to, for example, public services, public buildings, public transport, public information and ICT goods and services, including web-based applications. The key issue is to buy goods and services that are accessible to all.
- Taking into account ‘*ethical trade*’<sup>13</sup> issues, such as:
  - the possibility, under certain conditions<sup>14</sup>, to take into account ethical trade issues in tender specifications and conditions of contracts.
- Seeking to achieve wider voluntary commitment to ‘*corporate social responsibility*’ (CSR), i.e. companies acting voluntarily and going beyond the law to pursue environmental and social objectives in their daily business, such as:
  - working with contractors to enhance commitment to CSR values.
- Protecting against *human rights* abuse and encouraging respect for human rights.
- Promoting ‘*SMEs*’ in so far as they can be connected with the considerations set out above:

---

<sup>12</sup> The UN Convention on Rights of Persons with Disabilities recognises accessibility as one of the general principles enshrined in Article 3 (the “Convention”). Furthermore, Article 9 of the Convention sets out the obligations of States Parties to ensure access to the physical environment, to transportation, to information and communications, including information and communications technologies and systems, and to other facilities and services open or provided to the public, both in urban and in rural areas. Furthermore, the Convention also calls for measures to implement ‘universal design’. In Europe this concept is often known as ‘design for all’.

The Convention has been signed by a significant number of UN members (including the European Community and all the Member States) and is currently being ratified by the signatories. In August 2008 the Commission submitted two proposals for Council decisions to conclude the UN Convention and its Optional Protocol. On 26 November 2009 the Council adopted a Decision concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st15/st15540.en09.pdf>.

<sup>13</sup> Taking ethical trade considerations into account in public procurement was addressed in Communication COM(2009) 215 of 5 May 2009 ‘Contributing to sustainable development: The role of *Fair Trade* and non-governmental trade-related sustainability assurance schemes.’

<sup>14</sup> For these conditions, see Chapter IVA on ‘Defining the Requirements of the Contract’, in particular Section 4 (‘Social labels and the implications for ethical trade’).

- provisions giving SMEs greater access to public procurement by reducing the cost and/or burden of participating in SRPP opportunities. This can be achieved, for example, by ensuring, where possible, that the size of the contract is not an obstacle in itself to participation by SMEs, by giving sufficient time to prepare bids, by ensuring payment on time, by setting proportionate qualification and economic requirements, etc.;
- equal opportunities by making subcontracting opportunities more visible.

The status of these social policy objectives differs markedly both in EU law and in different Member States. For example, in some sectors there are mandatory provisions regarding accessibility that go beyond the requirements of EU law in some Member States, but not in others.

## **2. The potential benefits of SRPP**

### *2.1 Assisting compliance with social and labour law, including related national and international policy commitments/agendas*

SRPP can contribute to enhancing compliance with national or international commitments to social development goals, as there is growing concern in many countries that traditional mechanisms for encouraging social justice and social cohesion are not adequate. SRPP can illustrate how social and economic considerations can be mutually reinforcing.

### *2.2 Stimulating socially conscious markets*

SRPP can contribute to developing a market in socially beneficial products by expanding existing markets or creating new markets for goods and services that support achievement of social objectives and serve as a model for other consumers by offering them standards and information. Indeed, social public procurement can help create a level playing field in Europe and economies of scale. Market innovation can be stimulated, as can competition at European level, through for example, purchasing information technologies that are accessible for persons with disabilities, which will bring better and more affordable such products onto the market.

### *2.3 Demonstrating socially responsive governance*

SRPP can contribute to enhancing compliance with community values and needs, as it responds to the growing public demand for governments to be socially responsible in their actions. For instance, by making sure that a social service contract takes into account the needs of all the users (such as including persons with disabilities or persons from different ethnic backgrounds), a contracting authority can meet the needs of the diverse community it serves.

### *2.4 Stimulating integration*

Public intervention is sometimes desirable to encourage integration of significant groups in society (for example, people with disabilities, small businesses, women or minorities) in key market activities in order for an effective market to develop.

## 2.5 *Ensuring more effective public expenditure*

The volume of public procurement and the limits placed on direct social intervention by budgetary stringency could make procurement an attractive area for promoting social inclusion.

### **3. SRPP and the EU social model**

3.1 One of the major benefits of SRPP, as already seen, is that it can be used by public authorities to further the European social model. The European social model is a vision of society that combines sustainable economic growth with improved living and working conditions. This has been seen to involve creation of a successful economy in which a particular set of social standards are progressively achieved: good-quality jobs, equal opportunities, non-discrimination, social protection for all, social inclusion, social dialogue, high-quality industrial relations and involvement of individuals in the decisions that affect them. These standards are not only intrinsically important but are also crucial factors in promoting best value for money and innovation.

3.2 Social standards have come to play a central role in building Europe's economic strength, by developing what has been described by EU institutions as a 'unique social model'<sup>15</sup>. Economic progress and social cohesion have come to be regarded as complementary pillars of sustainable development and are both at the heart of the process of European integration.

3.3. There has been increasing emphasis in the EU on social rights and equality, particularly in the workplace. As sustainable development moved beyond environmental issues into social issues, social standards were increasingly identified as one factor in the growing movement for corporate social responsibility. Taking gender equality as an example, at both European and national levels gender equality has become increasingly 'mainstreamed', meaning that the gender perspective has been progressively integrated into every stage of institutional policies, processes and practices, from design to implementation, monitoring or evaluation.

### **4. The legal and policy approach to SRPP in the EU**

#### *4.1 Developing the social dimension of EU policies and legislation*

Over the last twenty years, the EU has developed its social dimension to a significant degree, embodied in 2008 by the renewed Social Agenda<sup>16</sup>. The important thing about these developments is that SRPP can now increasingly further policy at EU level, including its interaction with international policy. In some areas the EU has adopted legislation – notably on gender equality and non-discrimination on grounds of race, age, sexual orientation, disability and religious and other beliefs, and also on health and safety at work, working time, working conditions and information and consultation. Based on a number of provisions in the TFEU, there is now extensive EU legislation dealing with equal treatment, as well as Community level promotion of working conditions. In addition to legislation, the EU is also developing its social dimension by other means, such as by promoting social dialogue, the open method of coordination for employment, social protection and social inclusion policies, along with financial support from the European Social Fund. Further raising of social standards is a key objective of the EU in several respects, particularly where social standards are also fundamental rights.

In addition, at different times over the last few years, some social partner organizations have produced handbooks for organizations and public authorities on awarding contracts in specific

---

<sup>15</sup> See, for example, the preface to the Communication on the Social Policy Agenda.

<sup>16</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Renewed social agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe', COM(2008) 412 final of 2 July 2008.

sectors (catering, cleaning, private security and textiles), based on the legal framework applicable at the time of writing<sup>17</sup>. These sectoral handbooks are the result of independent work by social partners within the European social dialogue process and they highlight the importance of technical guidance on the use of SRPP in those specific sectors. The EU legal framework has evolved in the mean time and more comprehensive and up-to-date guidance is now needed in order to make sure that procurement practice fully complies with the current EU public procurement law. That is the aim of this Guide.

#### 4.2 *The legal and policy approach to SRPP in the EU*

The European Commission developed a strategy for clarification of the scope of SRPP. In its interpretative Communication of 15th October 2001, the European Commission set out the possibilities offered by Community law to integrate social considerations into public procurement procedures.<sup>18</sup> The aim of this Communication was 'to clarify the range of possibilities under the existing Community legal framework for integrating social considerations into public procurement. It seeks in particular to provide a dynamic and positive interaction between economic, social and employment policies, which mutually reinforce one another.' Both before and after publication of the Communication, the CJEU further clarified those possibilities in a series of landmark cases<sup>19</sup>.

The Procurement Directives adopted on 31 March 2004 consolidated the legal framework. They specifically mention ways of incorporating social considerations into technical specifications, selection criteria, award criteria and contract performance clauses. A new provision regarding workshops for workers with disabilities was introduced.

The Procurement Directives do not apply to all public contracts. Some contracting authorities have adopted SRPP policies that specifically apply to contracts that are not covered by the Procurement Directives (such as contracts below the thresholds for application of the Directives) or are only partly covered (such as contracts for services that exceed the thresholds for application of the Procurement Directives listed in Annex II B to Directive 2004/18/EC and in Annex XVII B to Directive 2004/17/EC).

This Guide focuses on taking account of social considerations in public contracts that are fully covered by the Procurement Directives. It does not address in detail the TFEU rules applicable to inclusion of social considerations in contracts that are not covered or are only partly covered by the Procurement Directives (such as those mentioned in the previous paragraph).

However, it should be added that, in the case of such contracts, contracting authorities remain free (without prejudice to the national legislation in the field) to take considerations of a social nature into account (or not) in their procurement procedures, provided they comply with the general rules and principles of TFEU. Indeed, CJEU case-law has confirmed that the internal market rules in **TFEU also apply to contracts falling outside the scope of the Procurement**

---

<sup>17</sup> Catering: 'Guide to most economically advantageous offering in contract catering' (2006); Cleaning: 'Selecting best value — A manual for organisations awarding contracts for cleaning services' (2004); Private security: 'Selecting best value — A manual for organisations awarding contracts for private guarding services' (1999); Textiles: 'Public procurement awarding guide for the clothing-textile sector' (2005).

<sup>18</sup> Interpretative Communication of the Commission on the Community Law Applicable to Public Procurement and the Possibilities for Integrating Social Considerations into Public Procurement, COM (2001) 566 final, 15.10.2001.

<sup>19</sup> For example, CJEU judgments of 17 September 2002 in case C-513/99 (Concordia Bus) and of 4 December 2003 in case C-448/01 (Wienstrom).

**Directives**<sup>20</sup>. The CJEU has ruled that the TFEU principles of equal treatment and transparency, free movement of goods, freedom of establishment and freedom to provide services also apply to contracts under the thresholds set in the Procurement Directives.

Consequently, social considerations that are legally acceptable in procurement contracts fully covered by the Procurement Directives may, *a fortiori*, be included in procurement contracts not covered or only partly covered by the Directives.

#### 4.3 *Social services of general economic interest*

This Guide does not specifically address the legal issues related to procurement of social services of general economic interest.

In November 2007 the Commission adopted a Communication on services of general interest, including social services of general interest<sup>21</sup>, which highlights the importance of taking into account tailor-made qualitative criteria in the delivery of social services. It aims to provide practical guidance on application of the EU rules to these services. The Communication was accompanied by two Staff Working Papers replying to a series of questions relating to application of the rules on State aid and on public procurement to services of general interest<sup>22</sup>. Most of these questions were gathered during broad consultations in 2006-2007 on social services. To follow up the Communication, an interactive information service (IIS) was also set up in January 2008 to provide answers to other questions from citizens, public authorities and service-providers regarding application of the EU rules<sup>23</sup>.

#### 4.4 *Small and medium-sized enterprises*<sup>24</sup>

Several issues need to be taken into consideration when it comes to SMEs (whether profit or not-for-profit). One particularly important issue relates to the potential burdens<sup>25</sup> that adopting SRPP approaches could place on SMEs directly (if they are the main contractors) or indirectly (if they are subcontractors to whom SRPP obligations have been transferred by the main contractor). Public authorities contemplating introducing SRPP should be aware of these direct and indirect costs and should take them into account when deciding how or whether to incorporate social considerations<sup>26</sup> into their procurement operations. Contracting authorities also need to be aware that introduction of SRPP is unlikely to affect every SME in the same way. Some may be more able than others to reap the benefits of SRPP and seize opportunities to compete on the social standards aspects of the contract.

---

<sup>20</sup> See, for example, the CJEU judgment of 7 December 2000 in case C-324/98 (Teleaustria).

<sup>21</sup> See Communication on 'Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment': COM(2007) 725 final of 20 November 2007.

<sup>22</sup> [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/faq\\_en.htm](http://ec.europa.eu/services_general_interest/faq_en.htm). The Staff Working Paper regarding application of public procurement rules to social services of general interest contains useful guidance about the application of public procurement rules to social services of general interest.

<sup>23</sup> [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/registration/form\\_en.html](http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_en.html).

<sup>24</sup> SMEs have been defined at EU level by Recommendation 2003/361/EC concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises: [http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise\\_policy/sme\\_definition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/sme_definition/index_en.htm).

<sup>25</sup> For practical guidelines on how to make public procurement practices more friendly and accessible for small and medium-sized enterprises (SMEs) in general, see Commission Staff Working Document SEC(2008) 2193 'Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts' available at:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/sme\\_code\\_of\\_best\\_practices\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_en.pdf).

<sup>26</sup> Which must, of course, be linked to the subject-matter of the contract (or with performance of the contract, in cases where they are included in the contract performance clauses).



## II. AN ORGANISATIONAL STRATEGY FOR BUYING SOCIAL

Public authorities that wish to achieve social objectives via SRPP will need to establish a strategy for implementing SRPP, focusing on their specific objectives.

### 1. Setting the objectives of socially responsible public procurement

Organisational strategies for SRPP may reflect the national, regional and/or local social priorities<sup>27</sup> and at the same time explicitly acknowledge the role that procurement plays in contributing to achieving them.

#### **Example:**

**France:** A ‘Stratégie nationale du développement durable’ was launched in 2003, followed by a ‘Plan national d’action pour des achats publics durables’ in 2007. The French government has engaged in major consultations with the social partners — the ‘Grenelle de l’environnement’ and ‘Grenelle de l’insertion’ – covering different measures with an impact on social integration, including public procurement. The aim is to build around the central idea of the ‘État exemplaire’, i.e. the State, and more generally all public entities, are expected to show the way forward to sustainable development.

### 2. Providing high-level political commitment and leadership for SRPP

Leadership is one of the keys to success for any SRPP strategy. This involves identifying the management structure and the (human and financial) resources necessary to carry out SRPP. SRPP needs leadership from the very top of the organisation and calls for political commitment and leadership through the management structures.

In principle, it should be fairly easy for all public authorities to take the political decision to buy social. Indeed, they should be encouraged to do so, as it will benefit not only society but also the contracting authority by improving its public image. In practice, a social purchasing policy does not normally require any structural changes on the part of the contracting authority.

---

<sup>27</sup> Obviously, this does not mean that contracting authorities could give preference to local, regional or national products in order to favour the local labour market.

**Example:**

**UK:** The Gender Duty imposed on public authorities came into force in April 2007 under the Equality Act (2006). This is a new legal tool with the potential to deliver significant progress on gender equality in the public sector, with some impact on the private sector too via their procurement.

The public-sector gender duty includes the requirement to ensure compliance with the Equal Pay Law. Gender equality schemes place an obligation on public authorities to adopt objectives that address the causes of the gender pay gap and consider ways of dealing with them, e.g. by changing recruitment methods, introducing flexible working and conducting equal pay reviews.

The gender duty has triggered initiatives in many parts of the public sector and reaches out to the terms of employment applied by private-sector contractors. To this end, procurement guidelines have been drafted to encourage the public sector to promote good practice on diversity and equal pay among contractors. Guidance on promoting gender equality in public-sector procurement was published in February 2006. This set out various positive measures public authorities should take to comply with the requirements of the gender duty in procurement functions. A code of practice for this Gender Equality Duty was published in 2007.

### **3. Measuring the risks and prioritising organisational spend categories to enhance social outcomes**

Contracting authorities need to assess the social risks and impact of their purchasing activity and supply chain. This helps to focus their efforts on the most important spend categories and on those which can contribute to achieving their social targets.

Here are a few suggestions contracting authorities should consider when prioritising their approach to SRPP:

- Adopt a step-by-step approach. Start with a small range of products and services with a clear social impact or where socially responsible alternatives are easily available and not more expensive. For example, select products (e.g. vehicles) or services (e.g. cleaning) that have a high proportion of vulnerable workers (from ethnic minorities, persons with disabilities, etc.) or of female workers.
- Also start by making sure that contract specifications have no negative impact on social conditions (e.g. by assessing the impact of privatising delivery of services on vulnerable groups) or by reserving suitable procurement for sheltered workshops or sheltered employment programmes<sup>28</sup>, taking into account their current production capacity.

---

<sup>28</sup> Based on Article 19 of Directive 2004/18/EC and Article 28 of Directive 2004/17/EC.

**Example:**

**Sweden:** To facilitate access to public procurement opportunities for SMEs, social-economy and voluntary organisations who work with socially disadvantaged groups, the Swedish Social Insurance Agency sometimes includes participation by these groups in its initial study on procurement, in order to take fuller account of their specific problems when drafting the tender documents.

To identify the risk of non-compliance with social standards, the Agency analyses the risks at the beginning of procurement. For example, in the case of procurement of cleaning services, the risk of non-compliance with legislation on working conditions is regarded as high.

- Focus initially on one or more social problems, such as fair wages or health and safety.
- Consider the availability and cost of socially superior alternatives and make sure they are in line with the applicable public procurement rules and principles. Are there more socially responsible ways of achieving the aims of the procurement strategy than the contracting authority has adopted? Will they meet the contracting authority's requirements and can it afford them? Consider what extra costs (if any) inclusion of social considerations could add and the potential effects of restricting competition.
- Consider the availability of data. Can the contracting authority find the social data it needs to establish a more socially responsible procurement strategy? How complicated will it be to decide what the contracting authority wants technically and to express it in a call for tenders?
- Consider the capacity of the contracting authority to put into action a workable, effective and efficient programme of action regarding SRPP.
- Consider alternative ways of delivering the social policy in question. Is delivering this social policy (partly) through public procurement an appropriate use of resources or is there a more effective way to deliver this policy, using other tools at the disposal of the contracting authority?
- Seek visibility. How visible will the socially responsible policy be to the public and to the staff? High-profile changes, like switching to sustainably produced/ethical trade coffee in the cafeteria, can help raise awareness of the policy and link it to other social projects.
- Consider the potential for future development. Socially responsible purchasing targeting services at an early stage of their development and marketing could be more successful than trying to change the social characteristics of mature sectors.

**Examples:**

**France:** The municipality of Angers designated an internal focal point (specialised legal advisor) for eco-responsible procurement in 2005, in charge of developing socially responsible public procurement practices with the objective of making them fully established practice in the procurement operations of the municipality. The advisor provided in-house training on sustainable procurement. Awareness-raising and tutoring was offered on both the technical and legal sides at the time of identifying needs, of preparing and launching the tender and of analysing and evaluating the offers received, in close cooperation with enterprises. As regards the social aspects, the municipality of Angers generally considers public works and services to be priority sectors, in particular construction of buildings, public roads and public parks and gardens.

**UK:** The Sustainable Procurement Task Force (SPTF) dealing with both social and environmental issues was set up in May 2005 and published its Action Plan in June 2006. The Action Plan presented the business case for sustainable procurement, recommended action across six broad areas and provided two tools that can help organisations to make progress: the Prioritisation Methodology and the Flexible Framework. The Prioritisation Methodology is a risk-based approach that helps organisations focus their efforts and resources appropriately. Instead of using just expenditure data, the method allows organisations to take account of the environmental and socio-economic risk, the potential that they have to influence suppliers and the actual scope to improve sustainability. The Flexible Framework is designed to help organisations understand the steps needed at organisational and process level to improve procurement practice and make sustainable procurement happen.

Putting an SRPP policy into practice will thus require strategic planning, i.e. setting priorities when choosing the contracts most suitable for SRPP. Some contracting authorities have chosen to adopt a coordinated and holistic approach to integrating social considerations.

**4. Raising awareness of SRPP and involving key stakeholders**

SRPP is of interest to a wide range of stakeholders, who need to be involved in the process of developing an SRPP approach in order to gain confidence in it and to build up commitment to achieving its objectives. Key stakeholders in SRPP include central, regional and local governments, potential suppliers or contractors, civil society, employers' organisations and trade unions. Workshops, seminars and conferences should be organised to gather views on the approach to SRPP. They should be organised at various stages of the development process, i.e. at the very start of the process when ideas are formulated, during drafting of the approach and towards the end when a final draft can be made available.

Finally, effective communication about the benefits of SRPP, good practice and success stories also play a key role in making progress. It is very important that all these stakeholders understand the nature of the challenge and their role. Better results will be achieved by means of an imaginative and committed partnership between purchasers and contractors.

**Examples:**

**Sweden:** The regional administration for South-West Sweden holds pre-bid meetings open to all potential bidders to explain any ‘design-for-all’ requirements included in the technical specifications.

**UK:** To come up with recommendations on how public-sector procurement in the UK could engage better with SMEs, HM Treasury and the Department for Business Enterprise and Regulatory Reform launched an on-line consultation on key questions exploring the barriers to SMEs bidding for contracts. The consultation was made available on a website and invited responses from procurers, stakeholder groups and suppliers. Subsequently, to implement the resulting recommendations, a stakeholder group has been established which keeps in regular contact with the project teams responsible for implementation and can provide comments on the approach to be taken.

Cooperation between purchasing authorities is another way of increasing access to social expertise and know-how and of communicating the policy to the outside world.

**Example:**

**Denmark:** SRPP is one of the topics covered in the market analysis carried out by National Procurement Ltd before each call for tenders. The organisation runs training programmes and workshops for all suppliers. It tries to make the tender documentation as simple as possible so that SMEs also have the resources to submit a bid. Framework contracts are often split into several lots (e.g. on a geographical basis), without infringing the thresholds set by the Procurement Directives<sup>29</sup>, in order to give suppliers a chance to submit a bid.

## 5. Implementing the SRPP strategy

The SRPP strategy will need to give details of how SRPP will be implemented and of the steps which need to be taken to make progress. The strategy will need to take into consideration factors such as:

- the legal and regulatory framework;
- the institutional framework;
- the management structure;

---

<sup>29</sup> Article 9(3) of Directive 2004/18/EC and Article 16(2) of Directive 2004/17/EC.

- the availability of professional capacity and resources;
- a differentiated approach by sector, taking into account the particular characteristics of each field;
- the involvement of stakeholders.

As for how to implement the strategy, details will need to be given of responsibilities, targets with a realistic timescale for achieving them, the management structure for implementing them, the professional and financial resources needed, and measures to monitor and report on progress.

The steps that need to be taken could include setting up a social procurement task force, designing an action plan, including SRPP in policies and procedures, or developing simplified guidelines for budget-holders and procurement officers at all levels.

Capacity-building could involve training programmes for executives, managers and staff. It might also involve sharing good practice, making available the skills to implement SRPP, including SRPP skills in candidates' selection criteria, and making information on SRPP initiatives available at EU and/or government level.

The staff making the purchases should be given the legal, financial and social knowledge they need to decide to what extent and where social factors can or can best be introduced in the procurement procedure, whether they are set at the right level to get best value for money, and whether they match the social priorities of the contracting authority.

## **6. Measuring effective implementation**

Measuring effective implementation of the SRPP strategy and its outcome involves setting up internal and external controls, which should assess outcomes against stated targets and standards of performance.

Internal measures need to be linked to existing reporting systems, which will have to be adapted in order to take into consideration SRPP objectives. They also need to be linked to internal audit procedures and could incorporate sanctions for non-compliance with SRPP objectives.

External measures should include independent auditing of SRPP performance. They could also include benchmarking against past performance or the performance of other organisations.

The outcome of audits of SRPP performance should be made available to the general public and should contribute to reviewing and updating policies, objectives and procedures for SRPP.

## **7. Overview of the procurement process**

In taking account of the social considerations in public procurement, it is suggested that procurers act in relation to two main issues:

- getting the best value for money;

- acting fairly.

*Best value for money:* Contracting authorities are responsible for obtaining the best value for taxpayers' money for everything they procure. Best value for money does not necessarily mean accepting only the cheapest offer. It means the contracting authority has to secure the best deal within the parameters it sets. Best value for money could be defined as the optimum combination of whole-life cost and quality to meet the end-user's requirements. Value for money may also include social considerations.

*Acting fairly:* Acting fairly means following the principles of the internal market, which form the basis for the Procurement Directives and the national legislation based on them. The most important of these is the principle of equal treatment, which dictates that all competitors should have an equal opportunity to compete for the contract. To ensure this level playing field, the principle of transparency must also be applied.

- Examples of provisions applying the principle of equal treatment in the Procurement Directives are the time limits set for receipt of tenders and requests for participation, the common rules on technical specifications and the ban on discrimination against contractors from other Member States.
- Examples of application of the principle of transparency can be found in the different provisions on publication of notices and the obligation for contracting authorities to inform the tenderers concerned why their tenders were rejected.

### 7.1 *The importance of legal advice*

EC procurement rules stipulate how to handle the procurement process to safeguard the principles of fairness, non-discrimination and transparency. These rules permit taking account of sustainability and equal opportunity under certain conditions. Early expert legal advice on establishment of an SRPP action plan is likely to save difficulties later.

### 7.2 *Preparing the procurement procedure*

The preparatory stage of any procurement procedure is crucial, as each stage builds on those that have gone before. Therefore, before starting a tendering procedure, the contracting authority should set aside enough time to define the subject-matter of the contract and the means to be used to achieve the end result. The preparatory stage is also the best opportunity to identify which social considerations are relevant and appropriate to be taken into account in that particular procedure.

## **8. Stages of the procurement procedure and approaches to SRPP**

Following the logic of this process, there are now at least four basic approaches to how social issues are currently addressed in public procurement.

The *first* arises when the purchaser decides to include social criteria in the subject matter of the contract itself and/or in the technical specifications that must be met by successful

contractors in a way that includes social criteria<sup>30</sup>. One example is specifying that computer equipment must comply with certain accessibility criteria.

In the *second* approach, bidders are prohibited, under certain conditions<sup>31</sup>, from obtaining government contracts if they have been found guilty of previous wrongdoing in order to prevent public bodies contracting with bidders who have failed to achieve a particular standard of social behaviour.

The *third* approach attempts to persuade tenderers to commit to certain social standards and takes account of their success in doing so when it comes to awarding the contract. One form which this can take in practice is where the public body takes certain social issues into account in the award criteria<sup>32</sup>.

The *fourth* approach focuses on the stage after the contract has been awarded. It requires whoever is awarded the contract to comply with certain conditions when carrying out the contract once it has been awarded<sup>33</sup>. This model requires all contractors to sign up to the same requirement, although there is no assessment of the ability of the contractor to comply with certain conditions.

These four basic approaches are not necessarily alternatives, but are frequently combined in the same public procurement procedure.

**Example:**

**Spain:** The Basque Country Government has issued an ‘instruction’ on incorporation of social, environmental and other public policy criteria in public procurement by its administration. This lays down which social and environmental criteria must be taken into account in all public procurement in the region and how.

*Main goal of the instruction:* To take account of social and environmental considerations (both of which are part of the sustainability approach) along with other aspects related to other public policies in public procurement by the administration and public entities in the Basque Country.

*Assessment and monitoring:* The Basque government departments for employment, social inclusion, social affairs and the environment periodically assess performance in contracting. The assessment includes the wording of the specifications, how they are applied in the award process and performance of the contract.

*Technical specifications:* The instruction recommends incorporating Accessibility and

---

<sup>30</sup> The conditions under which social considerations can be taken into account in the subject-matter of the contract and/or the technical specifications are explained later in the sections ‘Defining the subject-matter’ and ‘Defining the requirements of the contract’.

<sup>31</sup> The conditions under which contracting authorities may (or, in some cases, are under an obligation to) exclude a tenderer from the procurement procedure are explained later in the section ‘Exclusion criteria’.

<sup>32</sup> The conditions under which social considerations can be taken into account as an award criterion are explained later in the section ‘Awarding the contract’.

<sup>33</sup> The conditions under which social considerations can be taken into account in the contract performance clauses are explained later in the section ‘Contract performance’.



Design for All requirements in the technical specifications.

*Award criteria:* Whenever there is more than one award criterion, these criteria have to include that the products and services must be well-suited for people with disabilities (whenever this adaptation is above the legal mandatory minimum). Whenever disadvantaged groups are amongst the beneficiaries of the services defined in the subject-matter of the contract, the characteristics related to the fulfilment of their social needs will be included in the award criteria.

*Contract performance clauses:* The Instruction calls for the contract to include special performance clauses: environmental, social and related to other public policies. The aims of the special contract performance clauses are to protect the environment, health and safety, to promote employment of disadvantaged groups, to remove gender inequality from the labour market and to fight unemployment.

*Examples of contract performance clauses in the Basque Country:*

1. Labour inclusion of unemployed people that are difficult to employ: For this purpose, the instruction states that the staff performing the contract must include a set percentage of disadvantaged persons, such as unemployed people, people with disabilities, long-term unemployed women over 30, victims of household violence, persons with mental illness, unemployed single parents, immigrants unemployed for at least six months, long-term unemployed (more than one year) and unemployed young persons.
2. Employment quality and basic labour rights: The contractor must guarantee compliance with the ILO Core Labour Standards during performance of the contract in relation to the workers who make the products (the subject-matter of the contract) along the supply chain.
3. Health and safety in performance of contracts for building works and services.

## **Strategic development and prioritisation of SRPP initiatives —**

### **IN A NUTSHELL**

Identify national and local priorities relevant to SRPP.

Review organisations' procurement strategy and identify how SRPP links to overarching objectives and approaches. Identify how SRPP can help achieve these objectives and deliver value for money for the organisation.

Provide high-level political commitment and leadership for SRPP.

Identify the products and services the contracting authority procures that pose the greatest social risk and/or have the greatest capacity to enhance the social outcome.

Develop objectives and an action plan to address social issues in procurement.

Raise awareness of SRPP among stakeholders.

Ensure that procurement practices are open to bodies like small and medium-sized enterprises, social economy enterprises and the voluntary and community sector, whatever legal form they take.

### III. IDENTIFYING THE NEEDS AND PLANNING PROCUREMENT

#### 1. The importance of assessing actual needs

One crucial step that the contracting authority needs to take at this preparatory stage, even before defining the subject of the contract, is to assess its actual needs.

For example, the contracting authority might have decided that it needs to disseminate information to the public. Whenever possible, this should include a more socially inclusive solution, such as dissemination of information in accessible formats that can also be used by members of the public with disabilities.

This is the stage at which the public sector can best identify the social standards that procurement can help deliver. It requires those involved on the ‘client side’, from policy-makers to practitioners, to:

- actively seek out opportunities to promote social standards;
- ensure that the opportunities are linked to the subject-matter of the contract and are cost-effective;
- focus on the outcomes required;
- build in flexibility to accommodate changing requirements over the life of the project<sup>34</sup>;
- identify the needs of all categories of users of the services, works or supplies to be procured.

Therefore, in order to be effective, the contracting authority should consider its needs in a functional manner, so as not to exclude any social effects.

#### 2. Defining the subject-matter

Once the contracting authority has assessed its needs, it can determine more easily the subject-matter of the contract. The **‘subject matter’ of a contract is about the product, service or work the contracting authority wants to procure**. When defining the subject-matter of a contract, contracting authorities have great freedom to choose what they wish to procure, including goods or services that meet social standards, provided such social

---

<sup>34</sup> Provided such changes to the initial conditions of the procurement contract were envisaged in the initial tender contract or are justified by one of the circumstances listed in the Procurement Directives (in particular, Articles 31 and 61 of Directive 2004/18/EC relating to the award of additional supplies, services or works) and comply with any additional national rules that may exist on this issue.

standards are linked to the actual supplies, services or works to be purchased (which form the subject-matter of the contract).

Accessibility, for example, is often incorporated as a feature of the goods or services being purchased. Such purchases should be made without distorting the market, i.e. without limiting or hindering access to it. The process of determining what the subject-matter of the contract is will generally result in a basic description of the product, service or work, but can also take the form of a performance-based definition.

On the other hand, aspects that are not linked to the actual supplies, works or services the contracting authorities want to buy cannot be included in the subject-matter of the contract.

#### **Examples:**

Accessibility standards for persons with disabilities can be part of the subject-matter of a works contract for building a school, as they can be part of the description of the works the contracting authority wants to buy and linked to them.

- On the other hand, the labour conditions of the workers building the school cannot be part of the subject-matter of the contract, as they are not linked to the object of the contract, but only to the way in which the procurement contract will be performed. However, requirements relating to labour conditions could be included, under certain circumstances<sup>35</sup>, in the contract performance clauses.
- In contracts for services, the contracting authority can specify in the subject-matter that the services provided must meet the needs of all categories of users, including the socially disadvantaged or excluded.

In principle, the contracting authority **is free to define the subject of the contract in any way that meets its needs**. Public procurement legislation is concerned not so much with what contracting authorities buy, but mainly with how they buy it. For that reason, neither of the Procurement Directives restricts the subject-matter of contracts as such.

However, **freedom to define the contract is not unlimited**. In some cases the choice of a specific product, service or work could distort the level playing-field in public procurement for companies throughout the EU. **There have to be some safeguards**. These safeguards lie, first of all, in the fact that the provisions of the TFEU on non-discrimination, freedom to provide services and free movement of goods apply in all cases and, therefore, also to public procurement contracts under the thresholds set in the Procurement Directives or to certain aspects of contracts which are not explicitly covered by these Directives.

In practice, this means that in all cases the contracting authority has to ensure that the contract will not affect access to its national market by other EU operators or operators from countries with equivalent rights<sup>36</sup>. For contracts covered by the Procurement Directives, the principle of

---

<sup>35</sup> All contract performance clauses, including those relating to labour conditions need in particular to be linked with the execution of the contract and, for transparency reasons, to be published in advance in the tender notice. For further details, see the section 'Rules governing contract performance clauses'.

<sup>36</sup> For example, operators from countries that are bound by the WTO Government Procurement Agreement.

non-discrimination goes beyond nationality and requires strict equality of treatment between all candidates/tenderers in respect to all aspects of the procedure.

A second safeguard, considered in the next chapter, is that, in accordance with the public procurement rules, the technical specifications used to define the contract must not be worded in a discriminatory way and must be linked to the subject-matter of the contract.

In addition, existing EU legislation and national legislation that is compatible with EU law on social or other matters could well also limit or influence the freedom of choice over the subject-matter of the contract.

### **3. Increasing access to procurement opportunities**

#### *3.1 Improving access to procurement opportunities*

However, some classes of tenderers may find it more difficult than others to gain access to the public procurement market (e.g. SMEs). Purchasers may address these difficulties, but are not permitted to prefer specific classes of tenderers. EU law permits positive action by purchasers, but not positive discrimination<sup>37</sup>.

#### **What's not permitted — examples**

With the exception of the special provisions relating to sheltered workshops<sup>38</sup> and sheltered employment programmes, purchasers are not permitted to reserve performance of contracts for particular classes of firm, as that would breach the equal treatment requirements of EU law.

In the field of social services, however, it is possible, in exceptional cases when certain specific conditions are met, to reserve performance of certain contracts for non-profit operators<sup>39</sup>. This requires the existence of a national law regulating this particular activity and providing for restricted access to certain services for the benefit of non-profit operators. Nevertheless, any such national law would constitute a restriction of Articles 49 and 56 of the TFEU on freedom of establishment and the free movement of services and would have to be justified case by case. On the basis of the case-law of the CJEU, such a restriction could be justified, in particular, if it is necessary and proportionate for attainment of certain social objectives pursued by the national social welfare system.

The contracting authority cannot limit competition to bidders that already have an office within a certain geographical area, but the contract performance clauses may require the successful bidder to open a branch or office in a certain area, if this is justified for the purposes of successful performance of the contract (for instance, for coordinating a complex building contract on site).

---

<sup>37</sup> With the exception provided for in Article 28 of Directive 2004/17/EC and Article 19 of Directive 2004/18/EC which allow, under certain conditions, contracts to be reserved for sheltered workshops or provide for such contracts to be performed in the context of sheltered employment programmes.

<sup>38</sup> Which, due to their characteristics, might not be able to obtain contracts under normal conditions of competition (see Chapter III, Section 3.2, "*Set-asides for sheltered workshops*").

---

<sup>39</sup> See judgment of the Court of 17 June 1997 in case C-70/95 (Sodemare) [1997] ECR I-3395. See also the answer to question 2.7 in the Commission Staff Working Document 'Frequently asked questions concerning application of public procurement rules to social services of general interest', available at: [//ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/docs/sec\\_2007\\_1514\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/sec_2007_1514_en.pdf).

Instead, the purpose is to guarantee a level playing field, so that purchasers offer under-represented businesses the same opportunities to compete for public contracts as other qualified suppliers. In this way, competition can be encouraged, drawing more companies into the tendering process. Various measures can be taken, within these limits:

- encouraging large organisations to address supplier diversity on a voluntary basis by providing equal opportunities to diverse suppliers as subcontractors and by promoting equality and diversity<sup>40</sup>;
- stimulating participation by diverse suppliers by publishing a forward plan for major procurement activities, identifying large contracts that are due to be put out to tender over the next 12 months;
- organising ‘meet the buyer’ events open to all potential candidates in order to increase their awareness of the contracting authority’s needs and policy priorities and thus improve the transparency and accessibility of the procurement process;
- developing business support programmes to improve the capacity of small and diverse suppliers and to provide guidance on the public procurement process.

#### **Examples:**

**UK:** The Greater London Authority (GLA) has adopted a policy of promoting greater diversity amongst its suppliers from the private sector. The purpose is to ‘level the playing field’, so that ‘we offer under-represented businesses the same opportunities to compete for GLA group contracts as other qualified suppliers<sup>41</sup>.’ The GLA draws a distinction between positive action (which it adopts) and positive discrimination (which it rejects). The GLA Group has embarked on a review of its procurement procedures to remove barriers to SMEs and diverse suppliers competing for its contracts. Procurement procedures have been developed for large contracts to address supplier diversity by providing equal opportunities to diverse suppliers as subcontractors and by promoting equality and diversity. The GLA Group regularly monitors its expenditure with SMEs and other diverse businesses to identify trends and provide further input for activities to improve its procurement procedures.

A review of procurement procedures to identify the potential for SMEs to bid for contracts has commenced and existing suppliers have been asked for feedback on the GLA’s procurement procedures to help identify action to make them more accessible.

In addition, via the London Development Agency (LDA), the GLA Group is actively linking its procurement procedures to business support programmes which improve the capability of small and diverse suppliers to bid for public-sector contracts. This process can improve businesses’ chances of winning GLA Group contracts and give the GLA Group a more competitive base of suppliers bidding for work.

---

<sup>40</sup> However, given that positive discrimination is not permitted, contracting authorities cannot favour, at the award stage, tenderers that use a specific class of supplier or subcontractor (e.g. SMEs). Similarly, contracting authorities cannot require, in the contract performance clauses, that a certain percentage of the contractors’ suppliers or subcontractors be SMEs or other specific classes.

<sup>41</sup> ITC-ILO ‘Study on the incorporation of social considerations in public procurement in the EU’, 21 July 2008.

**Ireland:** The aim of InterTrade Ireland's Go-Tender Programme was 'to create cross-border business opportunities for SMEs in the all-island public procurement market through the provision of carefully targeted regional workshops'. The objectives of the Programme were to increase awareness amongst suppliers, particularly regarding cross-border contracts and to create cross-border opportunities for SMEs on the all-island public procurement market, provide knowledge for SMEs regarding the public-sector market throughout the island, develop the skills required to win public-sector work in both remits, and provide experienced one-to-one support in the process of bidding for work. Over the last three years presentations were made at 30 workshops attended by over 400 SME suppliers. Many of these suppliers went on to compete successfully for public-sector contracts in Ireland, Northern Ireland and across Europe.

- Subdividing contracts into lots clearly facilitates access by SMEs, both quantitatively (the size may correspond better to the production capacity of SMEs) and qualitatively (the content of the lots may correspond more closely to the specialities of SMEs). This is possible, provided contracts are not subdivided with the aim of avoiding application of the Procurement Directives<sup>42</sup>.

**Example:**

**France:** In order to attract the widest possible competition, the general rule is to award contracts in the form of separate lots. However, contracting authorities are free to award global contracts if they consider that subdivision into lots would restrict competition or risk making performance of the contract technically difficult or expensive, or if the contracting authority is not in a position to coordinate performance of the contract.

### 3.2 *Set-asides for sheltered workshops*

The Procurement Directives<sup>43</sup> include, however, an explicit provision permitting Member States 'to reserve the right to participate in award procedures for public contracts' for sheltered workshops or 'provide for such contracts to be performed in the context of sheltered employment programmes'.

The explanation is that 'sheltered workshops and sheltered employment programmes contribute efficiently towards the integration or reintegration of people with disabilities in the labour market. However, such workshops might not be able to obtain contracts under normal conditions of competition<sup>44</sup>.' Consequently, it is appropriate to allow Member States to grant

---

<sup>42</sup> Article 9(3) and (5) of Directive 2004/18/EC and Article 17(2) and (6) of Directive 2004/17/EC.

<sup>43</sup> Article 28 of Directive 2004/17/EC and Article 19 of Directive 2004/18/EC refer to 'sheltered workshops' and 'sheltered employment programmes' 'where most of the employees concerned are handicapped persons'. Such entities may be known by different names in different Member States. It is to be noted that Article 28 of Directive 2004/17/EC and Article 19 of Directive 2004/18/EC cover **all similar entities (no matter what they are called)** provided (a) at least 50% of the staff employed are disabled persons and (b) they comply with the other conditions set by the above-mentioned articles.

<sup>44</sup> Recital 28 of Directive 2004/18/EC and recital 39 of Directive 2004/17/EC.

preferences to enable such workshops to exist without having to compete with other economic operators.

Under the above-mentioned provisions of the Procurement Directives, such reservation is allowed only under certain conditions:

- any such reservation must be initiated by Member States by means of legislation and may not be adopted *ad hoc* by public bodies, in the absence of national legislation permitting such reservation;
- at least 50% of the employees of such sheltered workshops or sheltered employment programmes must be persons with disabilities;
- given the nature and seriousness of their disabilities, the employees concerned cannot carry out occupations under normal conditions.

#### **Examples:**

**Germany:** The Federal Decree of 10 May 2005 on contracts for workshops for the disabled requires Federal procurement agencies to reserve part of their budget for contracts which can be awarded to workshops for workers with disabilities. This might even involve large supply and services contracts. Participation is limited to workshops for workers with disabilities<sup>45</sup>. Nevertheless, these workshops have to compete in the award procedures and submit economically sound tenders. Moreover, contracting authorities have to meet the general transparency requirements of the Procurement Order. Many municipalities appear to have a procurement policy in favour of workers with disabilities. These workshops are often partly or fully owned by the municipalities which award the contracts.

**France:** Article L323-1 of the French *Code du travail* (Labour Code) requires private and public employers (with more than 25 employees) to give at least 6% of their jobs to disabled persons. Under Article L323-8 of the Code, employers, in particular procurement agencies, can partly fulfil this obligation by awarding contracts to companies supporting work for persons with disabilities. In the context of public procurement, this will consist of reserving certain contracts for entities where more than 50% of the staff employed are disabled persons in accordance with Article 19 of Directive 2004/18.

Where Member States avail themselves of these provisions, the contract notice must mention it and the scope of the preferences must be included in the prior information notices (PIN) and contract notices<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> The conditions under which contracting authorities may reserve contracts for workshops with disabilities are set out in Article 19 of Directive 2004/18/EC and Article 28 of Directive 2004/17/EC.

<sup>46</sup> Directive 2004/18/EC, Annex VII and Directive 2004/17/EC, Annex XIII: PIN and contract notices must indicate, where appropriate, 'whether the public contract is restricted to sheltered workshops or whether its execution is restricted to the framework of protected job programmes.'



## **Identifying the needs and planning procurement —**

### **IN A NUTSHELL**

In individual procurement procedures:

Identify the contracting authority's needs and express them appropriately.

Consider how, and to what extent, possible social policy objectives or obligations fit in with this procurement.

Apply the affordability and cost-effectiveness tests, including assessing the benefits and costs of using procurement to deliver social objectives.

Identify the subject-matter of the contract and to what extent the social objectives should or can be specified as part of the subject-matter of the contract.

Improve access to procurement opportunities by levelling the playing field, so that suppliers from under-represented businesses have the same opportunities to compete for public contracts as other qualified suppliers (provided this does not lead to 'positive discrimination').

Consider how best to communicate the contracting authority's policy to the outside world, ensuring optimum transparency for potential suppliers or service-providers and for the citizens the contracting authority is serving.

## IV. THE CONTRACT

### A) DEFINING THE REQUIREMENTS OF THE CONTRACT

#### 1. Drawing up the technical specifications

Once the contracting authority has defined the subject of the contract, it has to translate this into detailed measurable technical specifications that can be applied directly in a public procurement procedure.

Technical specifications therefore have three functions:

- They describe the procurement requirements so that companies can decide whether they are interested. In this way, they determine the level of competition.
- They provide measurable requirements against which tenders can be evaluated.
- They constitute minimum compliance criteria. If they are not clear and correct, they will inevitably lead to unsuitable offers. Offers not complying with the technical specifications need to be rejected.

Under EU public procurement rules, the contracting authority can only evaluate or compare bidders' proposals against requirements in the technical specifications. Similarly, the contracting authority can only assess bidders' competence to deliver what is mentioned in the specifications. The specifications are issued early in the tendering process, which is why authorities have to get their requirements right first time.

Technical specifications must be **linked to the subject-matter of the contract**. Requirements that bear no relation to the product or the service itself, such as a requirement relating to the way in which an undertaking is managed, are not technical specifications within the meaning of the Procurement Directives. Thus requirements regarding, for instance, recruitment of staff from certain groups (disabled persons, women, etc.) would not qualify as technical specifications. Nor can a label relating to the 'social capacity' of an undertaking be considered a 'technical specification' within the meaning of the Procurement Directives.

In addition, the Procurement Directives stipulate that technical specifications must **not reduce competition**<sup>47</sup>, must be **transparent**<sup>48</sup> and must **not discriminate** against possible contractors from outside the Member State of the contracting authority<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Article 23(2) of Directive 2004/18/EC.

<sup>48</sup> Article 23(1) of Directive 2004/18/EC.

<sup>49</sup> Article 23(3) of Directive 2004/18/EC.

### **What's permitted — some examples**

- Requiring, in a contract for works, measures to avoid accidents at work and specific conditions for storage of dangerous products in order to safeguard the health and safety of workers.
- Requiring compliance with certain ergonomic characteristics for products in order to ensure access for all categories of users, including disabled people<sup>50</sup>.

### **What's not permitted — some examples**

- Requiring an outsourced contact centre delivering online and telephone support (which could legitimately be provided from any location) to be located in a particular town.
- Issuing specifications for a housing management contract but then selecting bidders on the basis that they might also be able to purchase the houses in future, if the authority were to decide to privatise the housing.

## **2. Using performance-based or functional specifications**

The Procurement Directives explicitly allow contracting authorities to choose between specifications based on technical standards or on performance/functional requirements<sup>51</sup>. A performance-based/functional approach usually allows greater scope for market creativity and, in some cases, will challenge the market to develop innovative technical solutions. If the contracting authority opts for this approach, it does not need to go into too much detail in the technical specifications.

Having the possibility to define technical specifications in terms of performance or functional requirements enables contracting authorities to seek innovative solutions better suited to their needs. For example, accessibility requirements of a product may be defined either by setting very detailed technical standards or by setting standards based on functional accessibility requirements. The second option can act as a stimulus for economic operators to propose innovative solutions in their tenders.

As the options available on the market concerning performance-based specifications can vary considerably, the contracting authority should make sure its specifications are clear enough to allow it to make a proper and justifiable evaluation.

There may be more scope to take account of social issues in larger or complex projects, but regardless of the size of the project, the specifications must be:

---

<sup>50</sup> See Article 23 of Directive 2004/18/EC and Article 34 of Directive 2004/17/EC.

<sup>51</sup> Article 23(3) of Directive 2004/18/EC.

- specific about the outcomes and output required and encourage bidders to use their skills and experience to devise solutions;
- sufficiently broad to allow bidders to add value, but not so broad that they feel exposed to risks that are difficult to quantify and therefore inflate their prices;
- linked to the subject-matter of the contract, while taking account of appropriate policy goals, including cross-cutting policies and legal obligations, and of market soundings about what industry can supply.

### 3. Use of variants

Dialogue with potential bidders before finalising the specifications can help to identify opportunities to promote equal opportunities and sustainability. These discussions can establish the best scope for requirements so that they are commercially viable, by making sensible arrangements for allocating and managing risk. Comparing current services with what is provided elsewhere could also help. When using these techniques, care should be taken to avoid putting any particular supplier at an advantage.

Even after such market research, it is possible that the contracting authority still might not be sure how best to integrate social standards into specific technical specifications. If this is the case, it might be useful to ask potential bidders to submit socially responsible variants. This means that the contracting authority should establish a minimum set of technical specifications for the product it wants to purchase, which will apply to both the neutral offer and to its socially responsible variant. For the latter, the contracting authority will add a social dimension to the technical specifications<sup>52</sup>.

When the bids are sent in, the contracting authority can then compare them all (both the neutral and the socially responsible bids) on the basis of the same set of award criteria. Hence, the contracting authority can use variants to support social standards by allowing comparison between standard solutions and social options (based on the same standard technical requirements). Companies are free to make offers based either on the standard solution or on the variant, unless indicated otherwise by the contracting authority.

Before the contracting authority can accept variants in a public procurement procedure<sup>53</sup>, it needs to indicate in advance in the tender documents:

- that variants will be accepted;
- the minimum social specifications which the variants have to meet (e.g. better social performance);
- specific requirements for presenting variants in bids (such as requiring a separate envelope indicating the variant or indicating that a variant can be submitted only in combination with a neutral bid).

---

<sup>52</sup> This social dimension must, of course, be linked to the subject-matter of the contract (meaning the actual supplies, services or works which the contracting authority wants to buy) and comply with all EU rules and principles applicable to technical specifications in public procurement.

<sup>53</sup> See Article 24 of Directive 2004/18/EC and Article 36 of Directive 2004/17/EC.

Purchasers who allow variants can compare the neutral offers with the socially responsible variants — on the basis of the same award criteria — and evaluate bidders' proposals for additional gains in achieving social standards and decide if these are affordable.

**Example:**

One example is procurement of catering services for a public administration, where the contracting authority could invite suppliers to present, in addition to the neutral (standard) offer, a variant which will include a social dimension (preparation of low-calorie, unsalted and kosher food in order to meet the medical or religious needs of all categories of users).

#### **4. Social labels and the implications for ethical trade**

A contracting authority might want to purchase goods which make a contribution to sustainable development (hereafter referred to as "ethical trade goods"). In this case, it can take appropriate considerations into account in the tender specifications, but it cannot require the products to bear a specific ethical trade label/certification<sup>54</sup>, because this would limit access to the contract for products which are not certified but meet similar sustainable trade standards. This is a general principle that applies not only to ethical trade labels, but to all labels which require prior certification of the economic operators or of their products. Likewise, a contracting authority that wishes to purchase 'bio' products cannot require a specific eco-label, but can ask, in the tender documents, for compliance with specific criteria for biological agriculture.

- (a) Sustainability requirements may be incorporated in the technical specifications of a public tender, provided these criteria are linked to the subject-matter of the contract in question<sup>55</sup> and ensure compliance with the other relevant EU public procurement rules<sup>56</sup> and with the principles of equal treatment and transparency.

A contracting authority that wants to purchase ethical trade goods can do so by defining the relevant sustainability criteria in its technical specifications for the goods. Once a contracting authority has decided on the subject-matter of the procurement contract (what generic type of products to buy), it is free to define the technical specifications of those products<sup>57</sup>. The requirements must, however, relate to the characteristics or performance of the products (e.g. recycled material) or the production process of the products (e.g. organically grown).

Requirements relating to the labour conditions of the workers involved in the production process of the supplies to be procured cannot be taken into account in the technical specifications, as they are not technical specifications within the meaning of the Procurement Directives. Under certain conditions, they may, however, be included in the contract performance clauses<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> For the purposes of this Guide, 'ethical trade label/certification' means any non-governmental trade-related sustainability assurance scheme (for example, Fair Trade, Fairtrade, Max Havelaar, Utz, Rainforest Alliance, etc.). For further details on Fair Trade and other trade-related sustainability assurance schemes, see Commission Communication COM(2009) 215 final of 5 May 2009 'Contributing to sustainable development: The role of *Fair Trade* and nongovernmental trade-related sustainability assurance schemes' available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/may/tradoc\\_143089.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/may/tradoc_143089.pdf).

<sup>55</sup> In accordance with Article 53 of Directive 2004/18/EC and Article 55 of Directive 2004/17/EC.

<sup>56</sup> For further details, see the section 'Defining the requirements of the contract'.

<sup>57</sup> It being understood that technical specifications must be defined in a non-discriminatory way.

<sup>58</sup> See paragraph (b) below on contract performance clauses in procurement of sustainability assurance goods along with the general section 'Rules governing contract performance clauses'.

Contracting authorities that intend to purchase ethical trade goods should not simply ‘cut and paste’ all the technical specifications for an ethical trade label/certification<sup>59</sup> into the technical specifications for their purchases nor, even less so, designate a specific ethical trade label or certification. Instead, they should look at each of the sub-criteria underlying the ethical trade label or certification and must use only those which are linked to the subject-matter of their purchase. Contracting authorities may stipulate which ethical trade labels/certifications are deemed to fulfil these criteria, but they must always also allow other means of proof. Bidders should have the choice to prove compliance with the requirements defined either by using appropriate ethical trade labels/certifications or by other means.

- (b) Sustainability criteria (including social criteria) may also be incorporated **in the contract performance conditions**, provided they are linked to performance of the contract in question<sup>60</sup> (e.g. minimum salary and decent labour conditions for the workers involved in performance of the contract) and comply *mutatis mutandis* with the other requirements mentioned in paragraph (a) above and, more generally, with the conditions set out in the section of this Guide on ‘Rules governing contract performance clauses’.

#### **Examples:**

If a contracting authority wants to buy ethical trade coffee or fruits, it can, for example, insert in the contract performance conditions of the procurement contract a clause requesting the supplier to pay the producers a price permitting them to cover their costs of sustainable production, such as decent salaries and labour conditions for the workers concerned, environmentally friendly production methods and improvements of the production process and working conditions..

#### **Germany: City of Düsseldorf**

Point 7.3 of the Public Procurement Order for the city of Düsseldorf in North Rhine-Westphalia (*Vergabeordnung für die Stadtverwaltung Düsseldorf*) on execution of contracts stipulates that: ‘no products of exploitation of child labour are to be procured. Independent certification (for example, a Transfair seal or Rugmark seal) may prove this. If no such certification exists for the product in question, a declaration in the form of acceptance of the additional contract provisions for execution of the works and acceptance of the additional contract provisions of the Procurement Order for Supplies and Services Contracts is acceptable.’

<sup>59</sup> Because certain specifications of these ethical trade labels/certifications may not be linked to the subject-matter of the contract. Therefore inserting them in the tender specifications would be contrary to the principles of the Procurement Directives.

<sup>60</sup> Conditions included in the contract performance clauses do not necessarily need to be linked to the subject-matter of the contract, but only to performance of the contract.

## 5. Taking into account social concerns in production and process methods

What a product is made of, and how it is made, can play a significant part in its social impact. Under the Procurement Directives, production methods can be taken explicitly into account when defining the technical specifications<sup>61</sup>.

### Example:

Public works contracts may include in the technical specifications technical requirements aiming to avoid accidents on the construction site. Such measures (which could include, for example, signposting, conditions for storage of dangerous products or routes for transport of equipment) are part of the project which is put out to tender.

In a contract for procuring catering services for a hospital, in order to improve the well-being of patients, the contracting authority may require in the technical specifications that food should be prepared in accordance to certain methods that meet the diet and medical requirements of specific categories of patients.

However, since all technical specifications must be linked to the subject-matter of the contract, the contracting authority can only include social requirements which are also linked to the subject-matter of the contract.

## 6. Disability and technical specifications

The Procurement Directives<sup>62</sup> stipulate that technical specifications set out in the contract documentation should address the issue of accessibility of the works, supplies or services which are the subject of the contract. Article 23(1) of Directive 2004/18/EC states that ‘Whenever possible ... technical specifications should be defined so as to take into account accessibility criteria for people with disabilities or design for all users.’ As explained earlier, compulsory national requirements specified in relevant legislation for ‘accessibility for all’ must be reflected in the subject-matter of the contract. It is imperative that procurement managers are made aware of these specific national regulatory requirements on accessibility and design for all and that these are fully incorporated in the tender documents, primarily in the form of technical specifications.

### Example:

**Italy:** The Stanca Law makes it compulsory that all public websites should be accessible. The Law lays down a set of requirements to be used in public procurement of websites. The ‘Decree establishing Technical Rules for Law 4/2004’ is made up mainly of annexes which contain the technical web accessibility requirements, the methodology for evaluation of websites and the requirements for accessible hardware and software. The primary sources of inspiration for these groups were the W3C’s Web Accessibility Initiative and the positive experience with Section 508 of the US Rehabilitation Act. CNIPA (the National Centre for Informatics in Public Administration) is responsible for

<sup>61</sup> Annex VI to Directive 2004/18/EC and Annex XXI to Directive 2004/17/EC.

<sup>62</sup> Article 23(1) of Directive 2004/18/EC and Article 34(1) of Directive 2004/17/EC.

assessing high-impact public ICT procurement tenders to see that they also include the accessibility requirements agreed in the legislation. Law 4/2004 assigns responsibility for monitoring enforcement of the Law to the Presidency of the Council of Ministers (Department for Innovation and Technology) and to CNIPA. During 2006, fifteen major procurement projects (worth €71 million) were assessed to evaluate or improve their compliance with the Laws on Accessibility. Most of these projects, carried out by 10 different central administrations, focused on websites and hardware procurement.

It is difficult for all contracting authorities to be experts in every social domain. It is important for contracting authorities to bear in mind that practices in some countries outside the EU could facilitate their work on developing accessibility standards. In the USA, Section 508 of the Rehabilitation Act requires Federal contracting authorities to use accessibility standards in their public procurement and this has had repercussions in various EU Member States as well and has influenced industrial practice. In the EU, the European Commission has issued two standardisation mandates to support European accessibility requirements for public procurement of products and services in the area of information and communication technologies (ICT)<sup>63</sup> and the built environment<sup>64</sup> respectively. The results of the first phase of Mandate 376 are available and identify a set of standards on accessibility along with various methods to assess conformity with those standards when purchasing ICT<sup>65</sup>.

### **Defining the requirements of the contract in the technical specifications — IN A NUTSHELL**

Draw up clear and precise technical specifications. Make sure that specifications are linked to the subject-matter of the contract, reflect all appropriate social requirements and are transparent and non-discriminatory.

Build on the ‘best practices’ of other contracting authorities. Use networking as a way of obtaining and spreading information.

Use performance-based or functional specifications to encourage innovative socially responsible offers. Consider taking social concerns into account in production and process methods.

If you are uncertain about the actual existence, price or quality of socially responsible products or services, you may ask for socially responsible variants.

Where appropriate, consider reserving the contract for sheltered workshops or provide for the

---

<sup>63</sup> European Commission, Standardisation Mandate to CEN, CENELEC and ETSI in support of European accessibility requirements for public procurement in the ICT domain, M/376 EN, 7 December 2005.

<sup>64</sup> European Commission, Standardisation Mandate to CEN, CENELEC and ETSI in support of European accessibility requirements for public procurement in the built environment, M/420 EN, 21 December 2007.

<sup>65</sup> European accessibility requirements for public procurement for products and services in the ICT domain (European Commission Mandate M 376, phase 1); CEN/BT WG 185 and CLC/BT WG 101-5, Report on ‘Conformity assessment systems and schemes for accessibility requirements’.



contract to be performed in the context of sheltered employment programmes.

Make sure that all intended outcomes are included — they cannot be added later in the process.

## **B) SELECTING SUPPLIERS, SERVICE-PROVIDERS AND CONTRACTORS**

Selection criteria focus on companies' ability to perform the contract they are tendering for. The Procurement Directives contain two sets of rules on selection: exclusion criteria and rules regarding technical and economic capacity.

### **1. Exclusion criteria**

The Procurement Directives contain an exhaustive list of cases where the personal situation of a candidate or tenderer may lead to its exclusion from the procurement procedure<sup>66</sup>. Some of these shortcomings may be of a social nature. For instance, candidates or tenderers may be excluded:

- for failure to pay social contributions<sup>67</sup>; or
- where the economic operator 'has been convicted by a final judgment (which has the force of *res judicata* in accordance with the legal provisions of the country) of any offence affecting his professional conduct'<sup>68</sup> or 'has been guilty of grave professional misconduct (proven by any means which the contracting authorities can demonstrate)<sup>69</sup> based on the concept of "grave professional misconduct" is defined in national legislation<sup>70</sup>;

---

<sup>66</sup> Article 45 of Directive 2004/18/EC and Articles 53(3) and 54(4) of Directive 2008/17/EC. In some particularly serious criminal cases, it may even be mandatory to exclude tenderers.

<sup>67</sup> Article 45(2)(e) of Directive 2004/18/EC.

<sup>68</sup> Article 45(2)(c) of Directive 2004/18/EC.

<sup>69</sup> Article 45(2)(d) of Directive 2004/18/EC.

<sup>70</sup> 'Grave professional misconduct' is not yet defined by European legislation or EU case-law. It is therefore up to the Member States to define this concept in their national legislation and to determine whether non-compliance with certain social obligations constitutes grave professional misconduct.

### What's permitted — examples

- Exclusion of a tenderer who has been convicted by a judgment that has the force of *res judicata* for failure to comply with national legislation prohibiting clandestine employment, with national rules regarding health and safety at work or with national rules prohibiting discrimination on various grounds (race, gender, disability, age, sex, religious belief, etc.).
- Exclusion of a tenderer who has not introduced an equal opportunities policy, as required by the national legislation of the Member State where the contracting authority is established, provided that non-compliance with the legislation is classified as grave professional misconduct in the Member State in question.

### What's not permitted — an example

- Exclusion of a potential tenderer on the basis of political or personal beliefs of the tenderer that don't relate to professional conduct.

## 2. Technical capacity<sup>71</sup>

The selection process enables the contracting authorities to assess candidates' ability to deliver the requirements specified in the contract. The Procurement Directives contain an exhaustive list of technical capacity selection criteria, which can be applied to justify the choice of candidates. Selection criteria differing from those set out in the Procurement Directives would therefore not comply with the Directives.

### Example:

In the Beentjes case<sup>72</sup> the Court found that a condition calling for employing long-term unemployed bore no relation to checking tenderers' suitability on the basis of their economic and financial standing and their technical knowledge and ability (clause 28 of the judgment)<sup>73</sup>.

In addition, selection criteria must be non-discriminatory, proportionate and linked to the subject-matter of the contract.

In order to establish such a link, social considerations may be included in the technical selection criteria **only if** the achievement of the contract requires specific 'know-how' in the social field. Depending on the subject-matter of the contract, the contracting authority may investigate different aspects of candidates' technical capacity:

---

<sup>71</sup> This Guide will not analyse the economic and financial standing selection criteria, given that in view of the nature of the references required in order to assess the economic and financial standing of tenderers, it is not possible to include social considerations in them.

<sup>72</sup> CJEU judgment of 20 September 1988 in case 31/87.

<sup>73</sup> However, a condition calling for employment of long-term unemployed could be inserted in the contract performance clauses, provided this is in line with the EU rules applicable at the performance stage (for further details, see the section 'Contract performance').

- Does the tendering company employ or have access to personnel with the knowledge and experience required to deal with the social issues of the contract (e.g. the need to have trained personnel and specific management experience in a contract for a crèche or engineers and architects qualified in accessibility matters for constructing a public building)?
- Does the tendering company own or have access to the technical equipment necessary for social protection (e.g. the need to have equipment suitable for elderly persons in a contract to run a retirement home)?
- Does the tendering company have the relevant specialist technical facilities available to cover the social aspects (e.g. in a contract for purchase of computer hardware, including accessibility requirements for disabled persons)?

Evidence of the economic operators' technical abilities may be provided by one or more of the exhaustive means specified in the Directives<sup>74</sup>, such as:

- evidence of previous contracts completed, indicating the technicians or technical bodies to be involved;
- a description of the technical facilities used and related measures taken by the contractor;
- the educational and professional qualifications of the contractor's personnel (these are especially important in contracts that can only achieve their social objectives subject to proper training of the personnel);
- details of the manpower of the service-provider and numbers of managerial staff;
- details of the proportion of the contract that may be subcontracted.

A balance must be struck between the need for the contracting authority to have sufficient proof that the contractor will have the capacity to perform the contract and the need to avoid placing excessive burdens on the contractors.

---

<sup>74</sup> Article 48 of Directive 2004/18/EC.

## **Selecting suppliers, contractors and service-providers —**

### **IN A NUTSHELL**

Consider potential contractors' ability to deliver the particular contract in question. Establish selection criteria based on the exhaustive list set out in the Procurement Directives.

Does the contract require social capability or capacity (e.g. particular skills, training or adequate equipment to deal with the social aspects of the contract)? If so, include social criteria to demonstrate technical capacity to perform the contract.

The assessment of technical capacity must relate to the candidate's ability to deliver the contract.

Where relevant, consider suppliers' track record for delivering on similar contracts in relation to required social standards. Consider the possibility of excluding tenderers if the conditions of the Procurement Directives permitting such exclusion are met.

## c) AWARDING THE CONTRACT

### 1. General rules for drafting award criteria and on awarding contracts

Social award criteria may be applied, provided they<sup>75</sup>:

- are linked to the subject-matter of the contract;
- do not confer unrestricted freedom of choice on the contracting authority;
- are expressly mentioned in the contract notice and tender documents; and
- comply with the fundamental principles of EU law.

When the contracting authority evaluates the quality of tenders, it uses predetermined award criteria, published in advance, to decide which tender is the best. Under the Procurement Directives, the contracting authority has two options: it can either compare offers on the basis of price alone<sup>76</sup> or choose to award the contract to the ‘most economically advantageous’ or best-value tender, which means that other award criteria will be taken into account in addition to the price.

Since the ‘most economically advantageous tender’ (MEAT) or best-value tender always combines two or more sub-criteria, these can include social criteria. Indeed, the non-exclusive list of examples in the Procurement Directives<sup>77</sup> allowing contracting authorities to determine the most economically advantageous tender include quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, social characteristics, running costs, cost-effectiveness, after-sales service, technical assistance, delivery date, delivery period and time to completion.

As the best offer will be determined on the basis of several different sub-criteria, the contracting authority can use several techniques for comparing and weighing up the different sub-criteria. These include matrix comparisons, relative weightings and ‘bonus/malus’ systems. It is the responsibility of contracting authorities to specify and publish the criteria for awarding the contract and the relative weighting given to each of those criteria in time for tenderers to be aware of them when preparing their tenders.

The individual criteria that will determine the most economically advantageous or best-value tender will need to be formulated in such a way that:

- They are linked to the subject-matter of the contract to be purchased (as described in the technical specifications).

The technical specifications define the level of performance required (e.g. accessibility standards in the technical specifications). But the contracting authority can decide that any product/service performing better than the minimum level can be granted extra points at the award stage. For example, when a reference is made to a standard on accessibility, for example to the web as in the case of standard **UNE 139803**

---

<sup>75</sup> For further details of the conditions set out below, see the next section ‘Conditions applicable to award criteria in tender evaluation’ Please see also Recitals 1 and 2 of the Directive 2004/18/EC and Recitals 1 and 9 of the Directive 2004/17/EC;

<sup>76</sup> For contracts awarded on the basis of the lowest price, the failure to take into account other award criteria (such as quality or social considerations) can to a certain extent be compensated by including high quality standards in the technical specifications for the contract (so that only offers complying with all the qualitative standards in the technical specifications will be taken into consideration at the award stage) or by including social considerations (depending on their nature) in the technical specifications (if such considerations are linked to the subject-matter of the contract) or in the contract performance clauses (if they are only linked to performance of the contract).

<sup>77</sup> Recital 46 and Article 53 of Directive 2004/18/EC.

‘Requisitos de accesibilidad para contenidos Web’ (Spain), it is possible to comply at three levels — A, AA or AAA. Extra points could be given to the bid achieving the highest level.

- They allow the tenders to be assessed on the basis of their economic and qualitative criteria as a whole in order to determine which offers the best value for money<sup>78</sup>. In practice, this means that it is not necessary for each individual award criterion to give an economic advantage to the contracting authority, but that taken together the award criteria (i.e. economic plus social) must allow the authority to identify the bid offering the best value for money.

---

<sup>78</sup>

See recital 46 of Directive 2004/18/EC and recital 55 of Directive 2004/17/EC.

### **What's permitted — examples**

- In a contract for the procurement of care for persons with disabilities, the award criteria may take into account requirements relating to meeting the specific needs of each category of user (e.g. personalisation of the service depending on the age, gender or social difficulties of the users, etc.).
- In a contract for the procurement of recruitment tests and services for the public sector, the contracting authority can ask the tenderers to ensure that recruitment tests and services are designed and carried out in a way that ensures equal opportunities for all participants, irrespective of their age, gender and ethnic or religious background.
- In a contract for the procurement of software or hardware, an award criterion may be included that relates the number of points awarded to the levels of accessibility or specific accessibility features proposed for various groups of persons with disabilities. This includes, for example, whether the product or service is accessible for partially-sighted persons or blind people, for the hard of hearing or deaf, for persons with intellectual disabilities, or those with mobility and dexterity impairments, etc.

### **What's not permitted — examples**

- Using award criteria relating to local purchases of equipment by the contractor (for example, in a contract for construction of a hospital) in order to stimulate creation of new jobs on the local market. First of all, any such criterion is not linked to the subject-matter of the contract (construction of the hospital). Secondly, this criterion is also discriminatory, because it gives tenderers that buy their equipment on the local market an undue advantage over other tenderers who buy from elsewhere.
- Using award criteria introduced at the last moment and not included in the tender documents.
- Using award criteria that may grant undue discretion to the contracting authority. For example, in a contract for IT equipment, an award criterion specifying that tenderers may receive between 1 and 20 points for the technical merits of the accessibility of the proposed products, without indicating the parameters or characteristics that the contracting authority will take into account to determine the exact number of points to be granted in each case, may give the contracting authority undue discretion for evaluation of the technical merits of the tenders.

#### *1.1. Conditions applicable to award criteria in tender evaluation*

The Procurement Directives explicitly allow social considerations to be included in award criteria. This legislation builds on CJEU case-law. The basic rule on social award criteria is derived from cases C-513/99 (Concordia Bus) and C-448/01 (Wienstrom) and from the

Procurement Directives, which specifically refer to this ruling in their first recital. All award criteria should meet the four conditions mentioned at the start of section C 1 above<sup>79</sup>.

(a) *Award criteria must be linked to the subject-matter of the contract*

This is essential. It ensures that award criteria relate to the needs of the contracting authority, as defined in the subject-matter of the contract. In its judgment in the ‘Wienstrom case’<sup>80</sup> the CJEU provided further information on how the link with the subject of the contract should be interpreted.

**Examples:**

**Wienstrom case:** In this case the CJEU ruled that in a tender for energy supply, a criterion relating solely to the amount of electricity produced from renewable sources in excess of the expected consumption of the contracting authority (which was the subject of the contract) could not be considered to be linked to the subject-matter of the contract. To establish such a link to the subject-matter of the contract, the criterion relating to the amount of electricity produced from renewable sources should have concerned only the electricity effectively supplied to the contracting authority.

**Works contract:** In the case of a contract incorporating social considerations, in a construction contract where the subject-matter of the contract consists of building a school, an award criterion based on how much money the contractor would transfer to the local community outside the contract is not legally permissible, as it would not be linked to the subject-matter of the contract.

(b) *Award criteria must be specific and objectively quantifiable*

The CJEU ruled that, based on its previous judgments, award criteria must never confer unrestricted freedom of choice on contracting authorities. They must restrict this freedom of choice by setting specific, product-related and measurable criteria or, as the CJEU put it, ‘adequately specific and objectively quantifiable’ criteria. The CJEU provided further clarification in the Wienstrom and Concordia Bus cases<sup>81</sup>.

**Examples:**

**The lack of clarity and objectivity of the award criteria in the Wienstrom case:**

In the Wienstrom case the CJEU found that, in order to give tenderers equal

<sup>79</sup> CJEU judgment in case C-513/99. This judgement concerns environmental award criteria, but the same principles may be applied, *mutatis mutandis* to social award criteria in public procurement.

<sup>80</sup> CJEU judgment in case C-448/01.

<sup>81</sup> Both these cases concern environmental award criteria, but the principles deriving from these judgments may be applied *mutatis mutandis* to social award criteria.



opportunities when formulating the terms of their tenders, the contracting authority has to formulate its award criteria in such a way that ‘all reasonably well-informed tenderers of normal diligence interpret them in the same way’<sup>82</sup>. Another aspect of the necessary clarity and measurability of the award criteria, as formulated by the CJEU, was that the contracting authority can only set criteria against which the information provided by the tenderers can actually be verified.

**The specificity and measurability of the award criteria in the Concordia Bus case:**

In the Concordia Bus case, before evaluation of the tenders, the Community of Helsinki had decided and published a system for awarding extra points for certain noise and emission levels<sup>83</sup>. The CJEU considered this system CJEU adequately specific and measurable.

(c) *Award criteria must have been publicised previously*

The Procurement Directives stipulate that contract notices must mention whether the contracting authority will award the contract on the basis of the ‘lowest price’ or the ‘most economically advantageous tender’. The criteria used to identify the most economically advantageous tender must be mentioned in the notice or, at least, in the tender documents.

(d) *Award criteria must comply with EU law (including the fundamental principles of the TFEU)*

The last condition derived from the TFEU and the Procurement Directives is that award criteria must comply with all the fundamental principles of EU law.

The CJEU has explicitly stressed the importance of the principle of non-discrimination, which is the basis of other principles, such as the freedom to provide services and freedom of establishment. The issue of discrimination was expressly raised in the Concordia Bus case<sup>84</sup>.

**Example:**

One of the objections of Concordia Bus was that the criteria set by the Community of Helsinki were discriminatory because the Community’s own bus company HKL was the only company with gas-powered vehicles that could comply with the emission levels set. The CJEU ruled that the fact that one of a set of various award criteria imposed by the contracting authority could only be met by a small number of companies did not in itself make this discriminatory. Therefore, when determining whether there has been

<sup>82</sup> In this case, the contracting authority did not determine the specific period for which the tenderers should state the amount that they could supply.

<sup>83</sup> In this case, extra points were awarded, among other things, for ‘use of buses with nitrogen oxide emissions below 4 g/kWh (+ 2.5 points/bus) or below 2 g/kWh (+ 3.5 points/bus) and with external noise levels below 77 dB (+1 point/bus)’.

<sup>84</sup> CJEU judgment in case C-513/99.

discrimination, all the facts of the case must be taken into account.

### 1.2 The 'additional criterion'

In case C-225/98 the CJEU held that contracting authorities can award a contract on the basis of a condition related to eg combating unemployment, provided this condition is in line with all the fundamental principles of EU law, **but only where the authorities had to consider two or more equivalent tenders**. The Member State in question regarded this condition as **an additional, non-determining criterion** and considered it only after tenders had been compared on the basis of the other award criteria. Finally, the CJEU stated that application of the award criterion regarding combating unemployment must have no direct or indirect impact on those submitting bids from other EU Member States and must be explicitly mentioned in the contract notice, so that potential contractors were able to know that such a condition existed.

Therefore, a criterion regarding combating unemployment (and other criteria which are not linked to the subject-matter of the contract) can be taken into account at the award stage only as 'an additional criterion' in order to choose between two equivalent tenders. All other award criteria (other than the additional criterion) must be linked to the subject-matter of the contract, as the CJEU ruled in 2001 in the 'Wienstrom case'<sup>85</sup> (see above).

## 2. Dealing with 'abnormally low bids'

Under the Procurement Directives, if contracting authorities consider a tender to be abnormally low, they must ask for explanations before they can reject it. The Directives state that these explanations may also refer (amongst other factors) to compliance with the 'provisions relating to employment protection and working conditions in force at the place where the work, service or supply is to be performed'<sup>86</sup>. Thus, the Procurement Directives specifically link the issue of abnormally low tenders with the issues of employment protection and working conditions. Some practices, including ignoring working conditions that are legally required, may give rise to *unfair* competition.

### Examples:

**France:** The Ville d'Angers noticed that in the cleaning sector workers have tough work schedules. Thus an offer which is economically extremely attractive because it proposes a lower number of workers than is appropriate to the surface area to be cleaned, based on average ratios, will be considered abnormally low and rejected if the bidder is unable to explain how he will be able to guarantee such a low price without infringing any applicable laws (such as laws regarding the maximum number of working hours per day).

The Procurement Directives set out the procedures that the contracting authority must adopt before rejecting a tender on the ground that it is abnormally low<sup>87</sup>. Each case should be treated

<sup>85</sup> CJEU judgment in case C-448/01.

<sup>86</sup> Article 55(1)(d) of Directive 2004/18/EC and Article 57(1)(d) of Directive 2004/17/EC.

<sup>87</sup> Article 55 of Directive 2004/18/EC and Article 57 of Directive 2004/17/EC.

on its merits; there should be no automatic exclusion; tenderers should have an opportunity to rebut the case against them; and the condition of non-discrimination must be complied with.

#### **What's permitted — an example**

A tenderer may be excluded if the enquiry carried out in accordance with the above-mentioned rules of the Procurement Directives<sup>88</sup> finds the tender abnormally low as a consequence of non-compliance by the tenderer with the applicable rules regarding employment protection, payment of social contributions or of additional working hours, safety at work or prohibition of clandestine employment.

#### **What's not permitted — an example**

The contracting authority may not impose complete and automatic exclusion of any tender that falls below a specified proportion (e.g. 80%) of the average price of all tenders received.

The contracting authority can ask in writing for details that it considers relevant to being able to assess an abnormally low bid. These can relate to employment protection and working conditions. This does not appear to be restricted to requesting such details from the tenderer alone. In the case of working conditions, for example, it might be appropriate to request information from trade unions. Where the contracting authority does obtain information from other sources, however, the Procurement Directives require the contracting authority to 'verify those constituent elements by consulting the tenderer, taking account of the evidence supplied.' The practical rules regarding such verification by the contracting authority are governed by national law, it being understood that such rules must permit the tenderer to present his position.

If the enquiry finds that the offer appears abnormally low, the contracting authority may reject it (although the Procurement Directives place no obligation on it to do so). However, in Member States that have adopted legislation to this effect, contracting authorities can nevertheless be under an obligation to reject such tenders.

### **3. Debriefing unsuccessful bidders**

The contracting authority must provide feedback to bidders once the contract has been awarded. This can be a useful opportunity to engage with unsuccessful bidders in general and concerning the policies of the contracting authority regarding social issues in particular. If the bidder was unsuccessful in part because of failure to meet social criteria, details can be given of what the bidder might do in order to be more successful in future.

---

<sup>88</sup> Article 55 of Directive 2004/18/EC and Article 57 of Directive 2004/17/EC.

## **Awarding the contract: tender evaluation —**

### **IN A NUTSHELL**

Establish award criteria: where the criterion of the ‘most economically advantageous tender’ is chosen, relevant social criteria may be inserted either as a benchmark to compare socially responsible offers with each other or as a way of introducing a social element and giving it a certain weighting.

Social (and also economic or environmental) award criteria must:

- be linked to the subject-matter of the contract;
- not confer unrestricted freedom of choice on the contracting authority;
- be expressly mentioned in the contract notice and tender documents;
- be consistent with EU law (including the fundamental principles of the TFEU: transparency, equal treatment and non-discrimination);
- help identify the bid offering the best value for money for the contracting authority; and
- be consistent with the relevant rules of the Procurement Directives.

Consider whether the bid is ‘abnormally low’ because the tenderer is breaching social standards.

## D) CONTRACT PERFORMANCE

The first thing which must be said is that public procurement contracts must always be performed in compliance with all the mandatory rules which are applicable, including the social and health regulations. If, in addition, the contracting authority wishes a contractor to achieve additional social objectives<sup>89</sup>, it can use contract performance clauses to this end.

Contract performance clauses set out how the contract should be performed. Social considerations may be included in the contract performance clauses, provided (i) they are linked to performance of the contract, (ii) they are published in the contract notice and (iii) they comply with EU law (including the general principles of the TFEU).

### 1. Rules governing contract performance clauses

Contract performance clauses are obligations which must be accepted by the successful tenderer and which relate to the performance of the contract. It is therefore sufficient, in principle, for tenderers to undertake, when submitting their bids, to meet such conditions if the contract is awarded to them. Bids from tenderers who have not accepted any such conditions would not comply with the contract documents and could not therefore be accepted<sup>90</sup>. However, the conditions of contract need not be met at the time of submitting the tender.

Writing the required social standards into the contract will make the public authority's expectations clear. A rigorous approach during the planning and tendering phases will make it easier to state these intentions in specific terms, which can influence performance management.

Although contract performance clauses should neither play a role in determining which tenderer gets the contract nor be disguised technical specifications, award criteria or selection criteria, it is permissible to set additional conditions of contract, which are separate from the specifications, selection criteria and award criteria<sup>91</sup>. These can include social and environmental conditions. So, if the contracting authority wishes a contractor to achieve social goals that are not related to the specifications, it can set additional conditions of contract. These relate to performance of the contract only.

Tenderers must prove that their bids meet the technical specifications, but proof of compliance with contract performance clauses should not be requested during the procurement procedure.

In addition, contract performance clauses must:

- be linked to performance of the contract

This means that the contract performance clauses must be linked to the tasks which are necessary to produce the goods/provide the services/execute the works put out to

---

<sup>89</sup> i.e. objectives that go beyond those set by the applicable mandatory legislation and that do not relate to the technical specifications, the selection criteria or the award criteria.

<sup>90</sup> The CJEU judgment of 22 June 1992 in case C-243/89 (Storebaelt) stated that a contracting authority must reject bids which do not comply with the tender conditions to avoid infringing the principle of equal treatment of tenderers, which lies at the heart of the Procurement Directives.

<sup>91</sup> Beentjes case, CJEU judgment in case 31/87.

tender. A condition would not be linked to ‘performance’ of the contract if, for example:

- it requires the contractor to hire a set proportion of workers with disabilities on another contract<sup>92</sup> or would restrict what the contractor is allowed to do on another contract;
- it requires the contractor to contribute financially to eg building a centre for disadvantaged people;
- it requires the contractor in a works contract to provide crèche services for staff’s children. Such services are not related to tasks necessary for the performance of the works. If the contracting authority wishes to procure such services, it should also put them out to tender.

– be published in the contract notice

Even though contract performance clauses are considered to be outside the procedure for awarding contracts, they still need to be set out clearly in the call for tenders. Tenderers should be aware of all the obligations laid down in the contract and be able to reflect this in their prices<sup>93</sup>. The winning bidder must honour the commitments made in his bid on meeting the conditions of contract.

– comply with EU law (including the fundamental principles of the TFEU)

For instance, the conditions of contract must not put at an unfair disadvantage potential contractors from another state or, more generally, lead to unequal treatment between potential bidders. It is equally important, however, that the conditions of contract also comply with EU law in general, including EU social law.

Finally, public procurement contracts should, in any event, be performed in compliance with all applicable rules, including social, labour and health regulations.

## **2. Examples of social considerations that may be included in the contract performance clauses**

The recitals in Directive 2004/18/EC (with minor differences in Directive 2004/17/EC)<sup>94</sup> give examples of social considerations that may be included in contract performance clauses:

*‘They may, in particular, be intended to favour on-site vocational training, the employment of people experiencing particular difficulty in achieving integration, the fight against unemployment .... to recruit long-term job-seekers or to implement training measures for the unemployed or young persons, to comply in substance with the provisions of the basic International Labour Organisation (ILO) Conventions<sup>95</sup> ... and to recruit more handicapped persons ....’*

---

<sup>92</sup> However, a requirement to hire a set proportion of workers with disabilities for performance of the contract in question (and not for another contract) would be linked to performance of the contract in question.

<sup>93</sup> Article 26 of Directive 2004/18/EC and Article 38 of Directive 2004/17/EC.

<sup>94</sup> Recital 33 of Directive 2004/18/EC and recital 44 of Directive 2004/17/EC.

<sup>95</sup> The basic ILO Conventions referred to in the Procurement Directives are the eight core ILO Conventions which have been ratified by all Member States (see footnote 11 for further details).

Contract performance clauses are generally the most appropriate stage of the procedure to include social considerations relating to employment and labour conditions of the workers involved in performance of the contract<sup>96</sup>.

The Commission's interpretative Communication of 2001 states that 'Contracting authorities have a wide range of possibilities for determining the contractual clauses on social considerations' and lists 'some examples of additional specific conditions which a contracting authority might impose on the successful tenderer'. These are:

- 'The obligation to recruit unemployed persons, or to set up training programmes for the execution of the contract;
- The obligation to implement, during the execution of the contract, measures that are designed to promote equality between men and women or ethnic or racial diversity, or provide equal access to persons with disabilities;
- The obligation to comply, during the execution of the contract, with fundamental human rights (such as the prohibition of forced and child labour) guaranteed by the ILO core conventions, in so far as these provisions have not already been implemented in national law;
- The obligation to recruit, for the execution of the contract, a number of persons with disabilities over and above what is laid down by the national legislation in the Member State where the contract is executed or in the Member State of the successful tenderer.'

Public contracts for works and services, in which it is possible to lay down the manner in which the contract is to be performed, provide the best opportunity for a contracting authority to take account of social concerns in the contract performance clauses. It would appear more difficult to envisage contractual clauses relating to the manner in which supply contracts are performed, since imposition of clauses requiring changes to the organisation, structure or policy of an undertaking established on the territory of another Member State might be considered discriminatory or to constitute an unjustified restriction of trade.

---

<sup>96</sup>

As pointed out in the previous sections, labour conditions of the workers involved in performance of the contract are not technical specifications or selection criteria within the meaning of the Procurement Directives. In addition, given that such social considerations are difficult to link to the subject-matter of the contract, it would generally not be possible to include them in the award criteria for the contract (except as an 'additional criterion' to make the difference between two equal tenders, as accepted by the CJEU in case C-225/98 and as explained in the section 'Awarding the contract').

### **Other examples:**

**Sweden:** Construction contracts awarded by the National Road Administration contain a standard clause placing an obligation on the contractors to comply with certain (core ILO) conventions when performing contracts in Sweden. The same clause requires the contractor to comply with certain reporting requirements designed to verify that goods and products used in performance of the contract have been produced in a safe environment in accordance with the rules of the conventions mentioned. Goods found to be in conflict with this provision must be replaced at the contractor's expense. The contractor must ensure that subcontractors abide by the same obligations. A penalty is payable for any breach of these social obligations of the contractor.

**UK:** In 2004 Transport for London (TfL) put together a five-year £10 billion investment programme to fund large-scale construction projects in London, including an extension to the East London Line railway. Equality and inclusion were regarded as being at the heart of that programme and integral to procurement contracts. The East London Line Project (ELLP) was valued at £500 million for the main works and £350 million for the rolling stock and train servicing.

The strategy for the project set an objective of using the improved transport links to stimulate economic regeneration in areas surrounding the extension, which include some of the most deprived areas of London. These areas are home to a number of culturally and economically diverse communities, facing high levels of unemployment and social exclusion. There was also a need to foster positive community relations during the construction phase to minimise the impact of construction activity and create a positive environment for operation of the new railway. In the light of these circumstances, equality and inclusion were identified as two key social objectives. TfL therefore introduced a set of requirements for bidders to be implemented during the execution of the project: an equality policy for the project, a diversity training plan for staff working on the project and a supplier diversity plan (in order to ensure that diverse suppliers were able to bid for subcontracting opportunities arising from the project). These requirements were incorporated in the invitation to tender and in the conditions of contract.

Incorporation of social requirements into terms and conditions of contract should be balanced against the possibility, in practice, of monitoring compliance with these requirements during performance of the contract, in order not to add extra requirements which cannot (or will not) be monitored effectively. This implies contract management and compliance monitoring.

### **3. Compliance with national employment legal framework**

Both Procurement Directives<sup>97</sup> make it clear that 'the laws, regulations and collective agreements, at both national and EU level, which are in force in the areas of employment conditions and safety at work apply during performance of a public contract, providing such rules, and the way they are applied, comply with EU law<sup>98</sup>.'

<sup>97</sup> Recital 34 of Directive 2004/18/EC and recital 45 of Directive 2004/17/EC.

<sup>98</sup> One example of such compliance with EU law is the need to comply with the requirements of Directive 96/71/EC, on posting of workers, in public procurement involving cross-border situations, where workers from one Member State provide services in another Member State for the purpose of performing a public contract.



Some examples of the way that Member States have approached this issue have been controversial internally in Member States. One example is the Rüffert case<sup>99</sup>.

It must be pointed out that, although this judgment was rendered in the context of a public procurement contract, it has no implications for the possibilities offered by the Procurement Directives to take account of social considerations in public procurement. It only clarifies that social considerations (in public procurement) regarding posted workers must also comply with EU law, in particular with the Directive on the posting of workers<sup>100</sup>.

### **Example:**

#### **Posted workers in the EU: the Rüffert case**

The Law of Niedersachsen (the *Land* of Lower Saxony) on the award of public contracts stated, amongst other things, that public works contracts may be awarded only to contractors who undertake in writing to pay their employees at least the remuneration stipulated by the applicable (regional) collective agreement. The contractor must also undertake to impose the same obligation on subcontractors and to check that they comply with it. Non-compliance with that undertaking was triggering the payment of a contractual penalty.

The legality of these provisions was challenged before a regional German court in relation to the execution of a works contract between a German contracting authority and the company Objekt und Bauregie (O&B) to build the Göttingen-Rosdorf prison. The contracting authority had terminated the contract and sued O&B for payment of a contractual penalty, because it was found that the Polish subcontractor of O&B was paying its workers employed on the building site in Germany only 46.57% of the minimum wage stipulated by the applicable collective agreement.

Uncertain as to the lawfulness of the provision laying down a contractual penalty, the German regional court referred the issue to the CJEU for a preliminary ruling on interpretation of the EU law aspects relevant to this case.

The CJEU stated that the collective agreement had not been declared universally applicable (although Germany had a system for declaring collective agreements to be of universal application) and covered only part of the construction sector, since the relevant law making the ‘Buildings and public works’ collective agreement binding applied only to public contracts and not to private contracts. Therefore, the minimum wage provided for by the ‘Buildings and public works’ collective agreement was not set in accordance with one of the procedures laid down by Article 3 of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers (“**Directive on the Posting of Workers**”)<sup>101</sup>.

In conclusion, the Court of Justice’s judgment on the Rüffert case found the provisions in question incompatible with the Directive on Posting of Workers.

<sup>99</sup> CJEU judgment in case C-346/06 (Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen).

<sup>100</sup> Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

<sup>101</sup> Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

The Procurement Directives provide that contracting authorities may address employment protection in the tendering process in two specific ways:

Firstly, contracting authorities may state in the contract documents where tenderers may obtain information on the obligations relating to employment protection and working conditions which are in force in the Member State, region or locality where the works are to be carried out or the service is to be provided<sup>102</sup>.

Secondly, any contracting authority that supplies this information should request the tenderers to indicate that they have taken account, when drawing up their tender, of the obligations relating to employment protection<sup>103</sup> and working conditions which are in force in the place where the works are to be carried out or the service is to be provided<sup>104</sup>. The purpose of this is linked to the fear that contractors might seek to reduce their levels of employment protection in order to be able to submit a lower bid.

#### 4. Supply-chain management

Contracting authorities may also include in the contract performance clauses social considerations for subcontractors regarding, for example, prohibition of child and forced labour, health and safety requirements, minimum wage obligations, social security requirements and more generally decent work standards. Some contracting authorities have also begun to include clauses requiring subcontractors to comply with prohibitions on child and forced labour, in cases where the supply chain is likely to involve production or processing where these problems occur.

##### **Example:**

**Ville de Paris:** The clothing office of Paris city council has to provide clothing for its 29 000 employees. This office manages 300 000 articles of clothing and 300 orders per year. It has integrated social and environmental considerations into its purchasing procedures. In line with its social commitments, Paris city council asks its suppliers to sign a declaration committing themselves to respect certain fundamental rights at work (which include an explicit reference to the minimum age of workers), such as those defined by the International Labour Organisation, during performance of the contract. Paris city council also requires its suppliers to be subject to checks by an independent body designated by the city council and to implement any recommendations made as a result of these checks.

This has particular implications for dealings in and with countries outside the EU. For instance, public procurement authorities are increasingly concerned about the legality and sustainability of timber, especially when it is imported from third countries facing particular difficulties in this area. It is increasingly recognised that legal and sustainable forestry includes not only economic and environmental criteria, but also social criteria (such as decent wages and working, health and safety conditions, and respect for the tenure and use rights of local and indigenous communities).

---

<sup>102</sup> Article 27(1) of Directive 2004/18/EC.

<sup>103</sup> Including that such provisions must comply with all relevant EU law.

<sup>104</sup> Article 27(2) of Directive 2004/18/EC.

When such requirements are also imposed on subcontractors, contracting authorities should ask the main contractor to provide proof of compliance, either by reference to specific certification schemes (where such schemes exist) or by any other reliable means<sup>105</sup>.

For example, in the field of forestry, several certification schemes have been developed to provide independent verification that a timber source meets a certain standard of sustainability (including environmental and social criteria). Nevertheless, such schemes are not to be considered the exclusive means of proof for sustainable timber as other equivalent forms of evidence have to be accepted too.

**5. Contract management and compliance monitoring**

The performance management system will set the terms for assessing performance and taking action. This could mean rewarding contractors for good performance, addressing under-performance or working together to enhance delivery. Key performance indicators translate objectives into measurable targets and stipulate what would constitute an acceptable performance level. Monitoring arrangements should ensure that the right performance data are gathered and that they are analysed effectively. The payment conditions (which should be specified in the contract) provide the basis for ensuring that the contractor delivers to the required standard. They can provide financial disincentives for poor performance and incentives for exceeding baseline targets. These financial conditions must have been published in the contract notice.

The impetus for service improvement could come from poor key performance indicator results or from a sense that, while targets are being achieved, there is scope to do even better. Either way, the contractor and client should understand what is creating the current performance levels and agree on how to improve results. Persistent failure by the contractor should lead to invoking the breach of contract conditions, though any action taken must be reasonable. Equally, the analysis might lead to contractual variations, redesign of the service or innovation.

**Example:**

**UK:** To improve hospital catering services for the Northern Ireland Health Authority, the caterer contracted conducts an annual patient satisfaction survey and analyses the data by age, ethnic origin and gender. The Authority has also initiated an assessment of the meals service following press reports of malnutrition in geriatric wards. The combined evidence triggered contractual variations to improve the service to the geriatric ward by helping to feed patients.

A ‘partnering culture’ should underpin contract management. Clients and contractors can manage risks and achieve the best outcomes only with the aid of imaginative and committed teamwork. In general, the best contractors respond well in such relationships, voluntarily

---

<sup>105</sup> Contracting authorities should always permit contractors to submit alternative means of proof (such as certificates issued by a public authority or by third parties, third-party audit reports, copies of the employment contracts, copies of all relevant documents, evidence of monitoring visits, etc.). However, the contracting authority may require additional proof if the initial evidence submitted by the contractor appears (in the circumstances of the case) insufficient or unreliable.

taking on additional commitments, such as: basic skills programmes, environmental innovation, or supporting small firms along their supply chain.

**Example:**

**France:** Public institutions responsible for social inclusion have been instrumental in implementing the social clauses in procurement contracts, for example by providing facilitators helping successful bidders to manage the workforce involved in an insertion path, and can also act as certifiers of social compliance. For instance, the *Agglomération de Rouen* used money from the EU Social Fund to co-finance hiring a project manager responsible for implementation of the social insertion clauses in the different procurement contracts concluded. The Municipality of Arles chose to hire a specialised legal adviser to draft and manage procurement documents containing social clauses.

## **Contract conditions, contract management and contract monitoring — IN A NUTSHELL**

Contract performance clauses are generally the most appropriate stage of the procedure for including social considerations relating to employment and the labour conditions of the workers involved in performance of the contract.

Make sure the contract performance clauses are:

- linked to performance of the contract;
- consistent with achieving the best value for money;
- included in the tender documentation; and
- compatible with EU law (including the fundamental principles of the TFEU).

Ensure that compliance with the conditions of contract can be monitored effectively.

Work in partnership with the supplier to manage performance and maximise achievement of objectives and compliance with conditions of contract.

Maintain appropriate records on the performance of suppliers, contractors and service-providers.

Use variance clauses to envisage changes that may be required to the contract over time, provided these are compatible with the provisions of the Procurement Directives and with the principle of transparency.

Work with suppliers for continuous improvement — on a voluntary basis — and keep up to date with developments on the market generally. In particular, work with suppliers to facilitate compliance with the principles of decent work and corporate social responsibility all along the supply chain.



## RÈGLEMENT (CE) N° 2204/2002 DE LA COMMISSION

du 12 décembre 2002

## concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement (CE) n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales<sup>(1)</sup>, et notamment son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, points a) iv) et b),

après publication du projet du présent règlement<sup>(2)</sup>,

après consultation du comité consultatif en matière d'aides d'État,

considérant ce qui suit:

- (1) Le règlement (CE) n° 994/98 confère à la Commission le pouvoir de déclarer, conformément à l'article 87 du traité, que les aides à l'emploi sont, sous certaines conditions, compatibles avec le marché commun et ne sont pas soumises à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité.
- (2) Le règlement (CE) n° 994/98 confère également à la Commission le pouvoir de déclarer, conformément à l'article 87 du traité, que les aides respectant la carte approuvée par la Commission pour chaque État membre pour l'octroi des aides à finalité régionale sont compatibles avec le marché commun et ne sont pas soumises à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité.
- (3) La Commission a, dans de nombreuses décisions, appliqué les articles 87 et 88 du traité aux aides à l'emploi aussi bien dans des régions assistées qu'en dehors de celles-ci. Elle a également exposé sa politique en la matière dans les lignes directrices concernant les aides à l'emploi<sup>(3)</sup>, la communication concernant le contrôle des aides d'État et la réduction du coût du travail<sup>(4)</sup>, les lignes directrices concernant les aides à finalité régionale<sup>(5)</sup> et le règlement (CE) n° 70/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises<sup>(6)</sup>. À la lumière de l'expérience acquise dans l'application de ces dispositions, il convient, afin de garantir un contrôle efficace et de simplifier les procédures administratives, sans affaiblir le contrôle qu'elle exerce, que la Commission fasse usage des pouvoirs que lui confère le règlement (CE) n° 994/98.
- (4) Le présent règlement est sans préjudice de la possibilité des États membres de notifier des aides à l'emploi. La Commission procédera à l'appréciation de ces notifica-

tions, notamment à la lumière des critères définis dans le présent règlement et dans le règlement (CE) n° 70/2001, ou conformément aux lignes directrices ou aux encadrements communautaires applicables. Tel est actuellement le cas pour le secteur du transport maritime. Les lignes directrices concernant les aides à l'emploi<sup>(7)</sup> ne seront plus applicables à compter de la date de l'entrée en vigueur du présent règlement, de même que la communication concernant le contrôle des aides d'État et la réduction du coût du travail et la communication relative à la procédure accélérée pour le traitement des notifications d'aides à l'emploi<sup>(8)</sup>. Les notifications pendantes à la date de l'entrée en vigueur du présent règlement seront appréciées conformément à ses dispositions. Il convient d'établir des dispositions transitoires aux fins de son application aux aides à l'emploi octroyées avant son entrée en vigueur et en violation de l'obligation prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité.

- (5) La promotion de l'emploi constitue un objectif essentiel des politiques économique et sociale de la Communauté et de celles de ses membres. La Communauté a défini une stratégie européenne en faveur de l'emploi afin de promouvoir cet objectif. Le chômage reste un problème préoccupant dans certaines parties de la Communauté et certaines catégories de travailleurs ont toujours beaucoup de difficultés à entrer sur le marché du travail. C'est pourquoi il est justifié que les pouvoirs publics prennent des mesures en vue d'inciter les entreprises à augmenter leur niveau d'emploi, en particulier de travailleurs de ces catégories défavorisées.
- (6) Le présent règlement n'est applicable qu'aux mesures en faveur de l'emploi qui remplissent toutes les conditions prévues à l'article 87, paragraphe 1, du traité et constituent par conséquent des aides d'État. Un certain nombre de mesures en faveur de l'emploi ne constituent pas des aides d'État au sens de cette disposition parce qu'il s'agit d'aides à la personne qui ne favorisent pas certaines entreprises ou certaines productions, parce qu'elles n'affectent pas les échanges entre États membres ou encore parce qu'il s'agit de mesures générales en faveur de l'emploi qui ne faussent pas ni ne menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Le présent règlement n'affecte donc pas ces mesures générales, qui peuvent consister à appliquer une réduction générale des coûts du travail et des coûts sociaux, à encourager les investissements dans des mesures générales d'éducation et de formation, à

<sup>(1)</sup> JO L 142 du 14.5.1998, p. 1.<sup>(2)</sup> JO C 88 du 12.4.2002, p. 2.<sup>(3)</sup> JO C 334 du 12.12.1995, p. 4.<sup>(4)</sup> JO C 1 du 3.1.1997, p. 10.<sup>(5)</sup> JO C 74 du 10.3.1998, p. 9.<sup>(6)</sup> JO L 10 du 13.1.2001, p. 33.<sup>(7)</sup> JO C 371 du 23.12.2000, p. 12.<sup>(8)</sup> JO C 218 du 27.7.1996, p. 4.

- fournir des conseils ainsi qu'une assistance et une formation d'ordre général aux chômeurs et à améliorer le droit du travail. C'est également le cas des mesures réputées remplir l'ensemble des critères énoncés à l'article 87, paragraphe 1, du traité, qui ne sont donc pas soumises à l'obligation de notification prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité en vertu du règlement (CE) n° 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis* <sup>(1)</sup>.
- (7) Eu égard à ces considérations, les aides exemptées par le présent règlement doivent avoir pour objet et pour effet de promouvoir l'emploi conformément à la stratégie européenne pour l'emploi, notamment des travailleurs des catégories défavorisées, sans affecter les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Les aides à l'emploi accordées à une entreprise à titre individuel peuvent avoir une incidence considérable sur la concurrence dans le marché en cause, car elles favorisent cette entreprise par rapport aux autres qui n'en ont pas bénéficié. En n'étant accordées qu'à une seule entreprise, ces aides sont susceptibles de n'avoir qu'un effet limité sur l'emploi. C'est pourquoi les aides individuelles à l'emploi doivent toujours être notifiées à la Commission et le présent règlement ne doit exempter que les aides accordées au titre d'un régime d'aides.
- (8) Le présent règlement doit exempter les aides accordées au titre d'un régime d'aides qui remplissent toutes les conditions qu'il prévoit. Afin de garantir un contrôle efficace et de simplifier les procédures administratives sans affaiblir le contrôle exercé par la Commission, les régimes d'aides doivent faire expressément référence au présent règlement.
- (9) Le présent règlement n'exempte pas de notification les aides d'État dans les secteurs de la construction navale et de l'industrie charbonnière, qui font l'objet de règles particulières fixées respectivement par le règlement (CE) n° 1540/98 du Conseil <sup>(2)</sup> et le règlement (CE) n° 1407/2002 du Conseil <sup>(3)</sup>.
- (10) Le présent règlement est applicable au secteur des transports. Toutefois, vu les caractéristiques particulières de la concurrence dans ce secteur, il ne convient pas d'exempter les aides en faveur de la création d'emplois.
- (11) La Commission est toujours moins favorable aux aides destinées à des secteurs particuliers, et notamment, mais non exclusivement, lorsqu'il s'agit de secteurs sensibles en situation de surcapacité ou de crise. Les régimes d'aides visant des secteurs précis ne bénéficient donc pas de l'exemption de notification prévue par le présent règlement.
- (12) Selon la pratique établie de la Commission et afin de mieux faire en sorte que les aides soient proportionnées et limitées au montant nécessaire, les seuils doivent être exprimés en intensité des aides par rapport à une série de coûts admissibles, et non en montant d'aide maximal.
- (13) Pour déterminer si des aides sont compatibles avec le marché commun au regard du présent règlement, il convient de prendre en considération leur intensité et, partant, leur montant exprimé en équivalent-subvention. Le calcul de l'équivalent-subvention des aides payables en plusieurs tranches et des aides accordées sous forme de prêt bonifié nécessite l'utilisation des taux d'intérêt du marché en vigueur au moment de leur octroi. En vue d'une application uniforme, transparente et simple des règles relatives aux aides d'État, il y a lieu de considérer que les taux du marché applicables aux fins du présent règlement sont les taux de référence, pour autant que, dans le cas d'un prêt bonifié, le prêt soit assorti de sûretés normales et ne comporte pas de risque anormal. Les taux de référence doivent être ceux qui sont fixés périodiquement par la Commission sur la base de critères objectifs et qui sont publiés au *Journal officiel des Communautés européennes* et sur l'Internet.
- (14) Vu les disparités qui existent entre des entreprises de tailles différentes, il convient de fixer des plafonds différents d'intensité des aides à la création d'emplois, d'une part pour les petites et moyennes entreprises et d'autre part pour les grandes entreprises. Afin d'éliminer ces disparités qui pourraient entraîner des distorsions de concurrence et de faciliter la coordination entre les différentes initiatives communautaires et nationales, ainsi que par souci de clarté administrative et de sécurité juridique, la définition des «petites et moyennes entreprises» (PME) utilisée dans le présent règlement est celle de la recommandation 96/280/CE de la Commission du 3 avril 1996 concernant la définition des petites et moyennes entreprises <sup>(4)</sup>. Cette définition a également été utilisée dans le règlement (CE) n° 70/2001.
- (15) Les plafonds d'intensité d'aide doivent être fixés, à la lumière de l'expérience acquise par la Commission, à un niveau qui réponde à la fois à la nécessité de réduire au minimum les distorsions de concurrence et à l'objectif consistant à promouvoir l'emploi. Par souci de cohérence, il convient d'harmoniser ces plafonds avec ceux qui sont fixés dans les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale et dans le règlement (CE) n° 70/2001, qui autorise le calcul de ces aides par rapport à la création d'emplois liés à la réalisation de projets d'investissement.

<sup>(1)</sup> JO L 10 du 13.1.2001, p. 30.

<sup>(2)</sup> JO L 202 du 18.7.1998, p. 1.

<sup>(3)</sup> JO L 205 du 2.8.2002, p. 1.

<sup>(4)</sup> JO L 107 du 30.4.1996, p. 4.



- (16) Les charges salariales font partie des coûts d'exploitation normaux de toute entreprise. Il est donc particulièrement important que les aides exercent un effet positif sur l'emploi et ne permettent pas simplement aux entreprises de réduire les coûts qu'elles devraient autrement supporter.
- (17) Faute de contrôles rigoureux et de limites strictes, les aides à l'emploi peuvent produire des effets néfastes annihilant leurs effets immédiats sur la création d'emplois. Dans la mesure où elles sont utilisées pour protéger les entreprises exposées à la concurrence intra-communautaire, les aides à l'emploi peuvent entraîner des retards dans les ajustements nécessaires à la compétitivité de l'industrie communautaire. Faute de contrôles rigoureux, ces aides peuvent être concentrées dans les régions les plus prospères, contrairement à l'objectif de cohésion économique et sociale. Dans le marché unique, les aides octroyées pour réduire les charges salariales peuvent fausser la concurrence intracommunautaire et mener à des distorsions dans l'affectation des ressources et des investissements mobiles, au déplacement du chômage d'un pays vers un autre et à la délocalisation.
- (18) Les aides à la création d'emplois doivent être subordonnées à la condition que l'emploi créé soit maintenu pour une période minimale donnée. La période prévue dans le présent règlement prime la règle des cinq ans fixée au point 4.14 des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale.
- (19) Les aides au maintien d'emplois, consistant en un soutien financier accordé à une entreprise afin de la dissuader de licencier ses salariés, sont équivalentes à des aides au fonctionnement. Sous réserve des règles sectorielles, telles que celles qui existent dans le secteur des transports maritimes, elles ne doivent donc être autorisées que dans certaines circonstances et pour une durée limitée. Elles doivent toujours être notifiées à la Commission et ne bénéficient pas de l'exemption de notification prévue par le présent règlement. Les circonstances limitées dans lesquelles elles peuvent être autorisées comprennent d'abord les cas dans lesquels, conformément à l'article 87, paragraphe 2, point b), du traité CE, elles sont destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires. Les aides peuvent aussi être autorisées, sous les conditions applicables aux aides au fonctionnement énoncées dans les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale, dans les régions pouvant bénéficier de la dérogation prévue à l'article 87, paragraphe 3, point a), du traité relative au développement économique des régions connaissant un niveau de vie anormalement bas ou un grave sous-emploi, et notamment dans les régions ultrapériphériques. Elles peuvent également être autorisées dans le cadre du sauvetage et de la restructuration d'une entreprise en difficulté, conformément aux lignes directrices communautaires correspondantes (<sup>1</sup>).
- (20) Une forme particulière d'aide est accordée aux employeurs pour la conversion de contrats d'emploi temporaire ou à durée déterminée en contrats à durée indéterminée. Ces mesures ne sont pas couvertes par l'exemption de notification prévue par le présent règlement. Elles doivent être notifiées afin de permettre à la Commission de déterminer si elles ont des effets positifs sur l'emploi. Il convient de veiller en particulier à ce que ces aides à l'emploi ne soient pas accordées à la fois à la création du poste de travail et à la conversion du contrat, en dépassant le plafond des aides à l'investissement initial ou à la création d'emplois.
- (21) Les petites et moyennes entreprises jouent un rôle décisif dans la création d'emplois. Cependant, leur taille peut constituer un handicap en matière de création d'emplois en raison des risques et des contraintes administratives liés au recrutement de nouveaux salariés. De même, la création d'emplois peut contribuer au développement économique des régions moins favorisées de la Communauté et renforcer ainsi la cohésion économique et sociale. Les entreprises de ces régions souffrent du désavantage structurel lié à leur localisation. Il convient donc que les petites et moyennes entreprises ainsi que les entreprises établies dans des régions assistées puissent bénéficier d'aides à la création d'emplois.
- (22) Les grandes entreprises établies dans des régions non assistées ne rencontrent pas de difficultés particulières et les charges salariales font partie de leurs coûts d'exploitation normaux. Par conséquent, si l'on veut porter à son maximum l'effet d'incitation des aides à la création d'emplois dans les PME et dans les régions pouvant bénéficier des dérogations prévues à l'article 87, paragraphe 3, points a) et c), du traité, les grandes entreprises établies dans des régions ne pouvant pas bénéficier de ces dérogations ne doivent pas pouvoir obtenir ce type d'aides.
- (23) Certaines catégories de travailleurs ont de grandes difficultés à trouver un emploi, car les employeurs les considèrent comme moins productifs, soit parce qu'ils n'ont pas d'expérience professionnelle récente (par exemple, les jeunes et les chômeurs de longue durée), soit parce qu'ils souffrent d'un handicap permanent. Les aides à l'emploi destinées à inciter l'ensemble des entreprises à

(<sup>1</sup>) JO C 288 du 9.10.1999, p. 2.

- recruter ce type de travailleurs sont justifiées par le fait que la productivité moindre de ces derniers réduit l'avantage financier de l'entreprise et par le fait qu'ils tirent également profit de l'aide et risqueraient de rester exclus du marché du travail si ces mesures incitatives n'étaient pas offertes aux employeurs. Il convient par conséquent d'autoriser les régimes prévoyant ce type d'aides, quels que soient la taille ou le lieu d'établissement du bénéficiaire.
- (24) Les catégories de travailleurs considérés comme défavorisés doivent être définies, mais il doit être loisible aux États membres de notifier, en les motivant, des aides visant à favoriser le recrutement d'autres catégories qu'ils considèrent comme défavorisés.
- (25) Pour pouvoir rester sur le marché du travail, les travailleurs atteints d'un handicap peuvent avoir besoin d'une aide permanente, allant au-delà de l'aide initiale à l'embauche, éventuellement dans le cadre d'un emploi protégé. Les régimes qui prévoient des aides à cet effet doivent être exemptés de notification à condition de démontrer que les aides n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour compenser la productivité moindre de ces travailleurs, les coûts annexes liés à leur embauche ou les coûts de la création ou du maintien de l'emploi protégé. Cette condition vise à éviter que les entreprises bénéficiaires de ces aides ne pratiquent des prix inférieurs aux prix concurrentiels sur les marchés où sont également présentes d'autres entreprises.
- (26) Le présent règlement ne doit pas empêcher le cumul d'aides à l'embauche de travailleurs défavorisés ou d'aides à l'embauche ou à l'emploi de travailleurs handicapés avec d'autres aides liées aux charges salariales, car il est légitime dans ce type de cas d'inciter les entreprises à employer des travailleurs de ces catégories de préférence à d'autres.
- (27) Afin que les aides soient vraiment nécessaires et favorisent véritablement la création d'emplois, le présent règlement ne doit pas exempter les aides en faveur de la création d'emplois ou d'embauches que le bénéficiaire réaliserait déjà dans les conditions normales du marché.
- (28) Le présent règlement ne doit pas exempter les aides à la création d'emplois qui sont cumulées avec d'autres aides d'État octroyées au niveau national, régional ou local, ou avec une aide communautaire liée aux mêmes coûts admissibles ou aux coûts d'investissement imputables aux emplois en question, lorsque le montant cumulé excède les seuils fixés dans le présent règlement ou dans les règles communautaires applicables aux aides d'État à l'investissement, notamment les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale et le règlement (CE) n° 70/2001. Les seules exceptions à ce principe concernent les aides à l'embauche de travailleurs défavorisés ou les aides à l'embauche ou à l'emploi de travailleurs handicapés.
- (29) La Commission doit continuer d'apprécier individuellement les aides d'un montant élevé avant leur octroi. Par conséquent, les aides en faveur d'une entreprise ou d'un établissement qui dépassent un montant déterminé, au cours d'une période donnée, ne sauraient bénéficier de l'exemption prévue dans le présent règlement et restent soumises aux obligations visées à l'article 88, paragraphe 3, du traité.
- (30) Les aides destinées à promouvoir l'emploi ou d'autres aides visant des objectifs liés aux marchés de l'emploi et du travail peuvent être d'une autre nature que les aides exemptées par le présent règlement. Ces aides doivent être notifiées en application de l'article 88, paragraphe 3.
- (31) Conformément à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les subventions et les mesures compensatoires, le présent règlement ne doit pas exempter les aides à l'exportation ou les aides privilégiant les produits nationaux par rapport aux produits importés. Ces aides seraient incompatibles avec les obligations internationales incombant à la Communauté en vertu de cet accord et ne devraient donc pas être exemptées de notification ni être autorisées si elles sont notifiées.
- (32) Afin de garantir la transparence et un contrôle efficace conformément à l'article 3 du règlement (CE) n° 994/98, il convient d'établir un formulaire type au moyen duquel les États membres doivent fournir à la Commission une fiche de renseignements dès que, conformément au présent règlement, un régime d'aides est mis en œuvre, en vue d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes*. Pour les mêmes raisons, il convient d'établir des règles concernant les dossiers que les États membres doivent conserver au sujet des aides exemptées par le présent règlement. Il convient, aux fins du rapport annuel que chaque État membre devra soumettre à la Commission, que celle-ci définit précisément les renseignements qui devront lui être communiqués. Afin d'en faciliter le traitement administratif et compte tenu de la large diffusion des technologies nécessaires, la fiche de renseignements et le rapport annuel doivent être fournis sous forme électronique.
- (33) À la lumière de l'expérience acquise par la Commission, et eu égard notamment à la fréquence avec laquelle il est généralement nécessaire de réviser sa politique en matière d'aides d'État, il convient de limiter la durée de validité du présent règlement. Conformément à l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 994/98, il y a lieu de prévoir des dispositions transitoires selon lesquelles les régimes d'aides déjà exemptés par le présent règlement seront encore exemptés pendant six mois à compter de son expiration,

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

*Article premier*

**Champ d'application**

1. Le présent règlement s'applique aux régimes qui constituent des aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité et qui prévoient des aides à la création d'emplois, à l'embauche de travailleurs défavorisés et handicapés ou qui prévoient des aides pour couvrir le surcoût lié à l'emploi de travailleurs handicapés.

2. Le présent règlement s'applique aux aides accordées dans tous les secteurs, et notamment les activités liées à la production, à la transformation ou à la commercialisation des produits énumérés à l'annexe I du traité.

Il ne s'applique pas aux aides accordées dans l'industrie charbonnière ou la construction navale, ni aux aides à la création d'emplois, au sens de l'article 4, accordées dans le secteur des transports. Ces aides restent soumises à l'obligation de notification préalable à la Commission conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité.

3. Le présent règlement ne s'applique pas:

- a) aux aides à l'exportation, à savoir aux aides directement liées aux quantités exportées, à l'établissement et à l'exploitation d'un réseau de distribution ou aux autres dépenses courantes liées à l'activité d'exportation;
- b) aux aides favorisant la production intérieure par rapport aux produits importés.

*Article 2*

**Définitions**

Aux fins du présent règlement, on entend par:

- a) «aide», toute mesure remplissant tous les critères énoncés à l'article 87, paragraphe 1, du traité;
- b) «petites et moyennes entreprises», les entreprises définies à l'annexe I du règlement (CE) n° 70/2001;
- c) «intensité brute de l'aide», le montant de l'aide exprimé en pourcentage des coûts en cause. Tous les chiffres utilisés sont des montants avant impôts directs. Lorsqu'une aide est accordée sous une forme autre qu'une subvention, le montant de l'aide est son équivalent-subvention. Les aides payables en plusieurs tranches sont actualisées à leur valeur au moment de l'octroi. Le taux d'intérêt qui doit être utilisé à des fins d'actualisation et pour calculer le montant de l'aide dans le cas d'un prêt bonifié est le taux de référence applicable au moment de l'octroi;
- d) «intensité nette de l'aide», le montant de l'aide net d'impôts exprimé en pourcentage des coûts en cause;

e) «nombre de salariés», le nombre d'unités de travail par année (UTA), c'est-à-dire le nombre de salariés employés à temps plein pendant une année, le travail à temps partiel et le travail saisonnier représentant des fractions d'UTA;

f) «travailleur défavorisé», toute personne appartenant à une catégorie qui éprouve des difficultés à entrer sur le marché du travail sans assistance, à savoir toute personne remplissant au moins l'un des critères suivants:

- i) toute personne de moins de 25 ans ou qui a terminé sa formation à temps plein depuis un maximum de deux ans et qui n'a pas encore trouvé de première activité régulière rémunérée;
- ii) tout travailleur migrant qui se déplace ou s'est déplacé à l'intérieur de la Communauté ou séjourne dans la Communauté pour y trouver un emploi;
- iii) tout membre d'une minorité ethnique d'un État membre, qui a besoin de renforcer sa formation linguistique, sa formation professionnelle ou son expérience professionnelle pour augmenter ses chances d'obtenir un emploi stable;
- iv) toute personne qui souhaite entrer ou rentrer sur le marché du travail et qui n'a pas travaillé ni suivi d'études pendant au moins deux ans, et notamment toute personne qui a cessé de travailler en raison des difficultés auxquelles elle se heurtait pour concilier sa vie professionnelle et sa vie de famille;
- v) tout adulte vivant seul et s'occupant d'un ou de plusieurs enfants;
- vi) toute personne n'ayant pas atteint le niveau du deuxième cycle de l'enseignement secondaire ou un niveau équivalent, qui est sans emploi ou sur le point de perdre son emploi;
- vii) toute personne de plus de 50 ans sans emploi ou sur le point de perdre son emploi;
- viii) tout chômeur de longue durée, c'est-à-dire toute personne sans emploi pendant douze des seize mois précédents, ou pendant six des huit mois précédents dans le cas des personnes de moins de 25 ans;
- ix) toute personne reconnue comme étant ou ayant été toxicomane conformément à la législation nationale;
- x) toute personne n'ayant pas trouvé de première activité régulière rémunérée depuis le début d'une peine privative de liberté ou autre mesure pénale;
- xi) toute femme d'une région géographique NUTS II où le chômage moyen dépasse 100 % de la moyenne communautaire depuis au moins deux années civiles et où le chômage féminin dépasse 150 % du taux de chômage masculin moyen dans la région considérée depuis au moins trois années civiles;

g) «travailleur handicapé», toute personne:

- i) soit reconnue comme telle par la législation nationale,
- ii) soit atteinte d'un handicap physique, mental ou psychologique reconnu;

- h) «emploi protégé», un emploi dans un établissement où au moins 50 % des salariés sont des travailleurs handicapés incapables de trouver du travail sur le marché du travail ouvert;
- i) «charges salariales», les éléments suivants qui sont effectivement à la charge du bénéficiaire de l'aide d'Etat pour l'emploi considéré:
- i) le salaire brut, c'est-à-dire avant impôts,
  - ii) les cotisations de sécurité sociale obligatoires;
- j) un emploi est «lié à la réalisation d'un projet d'investissement» dès lors qu'il concerne l'activité à laquelle se rapporte l'investissement et qu'il est créé au cours des trois premières années qui suivent la réalisation intégrale de l'investissement. Pendant cette période, sont aussi liés à l'investissement les emplois créés à la suite d'une augmentation du taux d'utilisation de la capacité créée par cet investissement;
- k) «investissement dans des immobilisations corporelles», tout investissement en capital fixe se rapportant à la création d'un nouvel établissement, à l'extension d'un établissement existant ou au démarrage d'une activité impliquant un changement fondamental dans le produit ou le procédé de production d'un établissement existant (en particulier par voie de rationalisation, de diversification ou de modernisation). Un investissement en capital fixe réalisé par la reprise d'un établissement qui a fermé ou qui aurait fermé sans cette reprise doit également être considéré comme un investissement dans des immobilisations corporelles;
- l) «investissement dans des immobilisations incorporelles»: tout investissement dans un transfert de technologie par l'acquisition de droits de brevet, de licences, de savoir-faire ou de connaissances techniques non brevetées.

### Article 3

#### Conditions d'exemption

1. Sous réserve de l'article 9, les régimes d'aides qui remplissent l'ensemble des conditions fixées dans le présent règlement sont compatibles avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphe 3, du traité et sont exemptés de l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité, dès lors que:
- a) toute aide pouvant être accordée au titre de ces régimes remplit l'ensemble des conditions fixées dans le présent règlement;
  - b) ces régimes renvoient expressément au présent règlement en citant son titre et sa référence de publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.
2. Les aides accordées au titre des régimes visés au paragraphe 1 sont compatibles avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphe 3, du traité et sont exemptées de l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité, dès lors qu'elles remplissent l'ensemble des conditions fixées par le présent règlement.

### Article 4

#### Création d'emplois

1. Les régimes d'aides à la création d'emplois et toute aide pouvant être accordée au titre de ces régimes remplissent les conditions fixées aux paragraphes 2, 3 et 4.
2. Lorsque les emplois sont créés dans des régions et des secteurs ne pouvant pas bénéficier d'aides à finalité régionale en vertu de l'article 87, paragraphe 3, points a) et c), à la date d'octroi de l'aide, l'intensité brute de l'aide n'excède pas:
- a) 15 % pour les petites entreprises;
  - b) 7,5 % pour les entreprises de taille moyenne.
3. Lorsque les emplois sont créés dans des régions et des secteurs pouvant bénéficier d'aides à finalité régionale en vertu de l'article 87, paragraphe 3, points a) et c), à la date de l'octroi de l'aide, l'intensité nette de l'aide ne dépasse pas le plafond correspondant applicable aux aides régionales à l'investissement selon la carte en vigueur à la date d'octroi de l'aide approuvée par la Commission pour chaque État membre; il est tenu compte, à cet égard, de l'encadrement multisectoriel des aides à finalité régionale en faveur de grands projets d'investissement<sup>(1)</sup>.
- Dans le cas des petites et moyennes entreprises, sous réserve de dispositions contraires prévues par la carte, le plafond est majoré de:
- a) 10 points de pourcentage brut dans les régions couvertes par l'article 87, paragraphe 3, point c), pour autant que l'intensité nette totale de l'aide n'excède pas 30 %;
  - b) 15 points de pourcentage brut dans les régions couvertes par l'article 87, paragraphe 3, point a), pour autant que l'intensité nette totale de l'aide n'excède pas 75 %.

Les plafonds supérieurs prévus pour les aides à finalité régionale ne sont applicables qu'à la condition que le bénéficiaire contribue au financement à raison d'au moins 25 % et que l'emploi soit maintenu dans la région considérée.

En ce qui concerne les emplois créés dans la production, la transformation et la commercialisation des produits visés à l'annexe I dans les régions considérées comme des zones défavorisées au sens du règlement (CE) n° 1257/1999<sup>(2)</sup>, ce sont ces plafonds ou, le cas échéant, les plafonds plus élevés prévus par ledit règlement qui s'appliquent.

4. Les plafonds fixés aux paragraphes 2 et 3 sont applicables à l'intensité de l'aide exprimée en pourcentage des charges salariales afférentes aux emplois créés pendant une période de deux ans conformément aux conditions suivantes:

- a) les emplois créés doivent représenter une augmentation nette du nombre de salariés, à la fois dans l'établissement et dans l'entreprise considérés, par rapport à la moyenne des douze derniers mois;

<sup>(1)</sup> JO C 70 du 19.3.2002, p. 8.

<sup>(2)</sup> JO L 160 du 26.6.1999, p. 80.



- b) les emplois créés sont maintenus pendant une période minimale de trois ans, ou de deux ans dans le cas des PME, et
- c) les travailleurs bénéficiant de ces emplois doivent ne jamais avoir travaillé ou doivent avoir perdu ou être sur le point de perdre leur emploi précédent.

5. Dans le cas des aides à la création d'emplois accordées au titre d'un régime exempté en vertu du présent article, une aide supplémentaire peut être octroyée à l'embauche de travailleurs défavorisés ou handicapés, conformément aux articles 5 ou 6.

#### Article 5

##### **Embauche de travailleurs défavorisés et handicapés**

1. Les régimes d'aides à l'embauche de travailleurs défavorisés et handicapés par tout type d'entreprises et toute aide pouvant être accordée au titre de l'un de ces régimes remplissent les conditions fixées aux paragraphes 2 et 3.

2. L'intensité brute de la totalité des aides afférentes à l'emploi du ou des travailleurs défavorisés ou handicapés considérés, exprimée en pourcentage des charges salariales pendant une période d'une année à compter de l'embauche, n'excède pas 50 % pour les travailleurs défavorisés ou 60 % pour les travailleurs handicapés.

3. Les conditions suivantes s'appliquent:

- a) lorsque l'embauche ne représente pas une augmentation nette du nombre de salariés de l'établissement considéré, le ou les postes doivent être devenus vacants en raison de départs volontaires, de départs à la retraite pour des raisons d'âge, d'une réduction volontaire du temps de travail ou de licenciements légaux pour faute, et non en raison d'une suppression de postes, et
- b) sauf dans le cas de licenciements légaux pour faute, le ou les travailleurs intéressés doivent pouvoir bénéficier d'un emploi continu pendant un minimum de douze mois.

#### Article 6

##### **Surcoût lié à l'emploi de travailleurs handicapés**

1. Les régimes d'aides à l'emploi de travailleurs handicapés et toute aide pouvant être octroyée au titre de l'un de ces régimes remplissent les conditions fixées aux paragraphes 2 et 3.

2. L'aide, cumulée à toute aide accordée en vertu de l'article 5, n'excède pas le montant nécessaire pour compenser toute baisse de productivité résultant des handicaps du ou des travailleurs et l'ensemble des coûts liés:

- a) à l'adaptation des locaux;
- b) à l'emploi de personnes chargées uniquement d'assister le ou les travailleurs handicapés;

- c) à l'adaptation des équipements existants ou à l'acquisition de nouveaux équipements afin qu'ils puissent être utilisés par ces travailleurs,

qui s'ajoutent à ceux que le bénéficiaire de l'aide aurait supportés s'il avait employé des travailleurs ne souffrant pas d'un handicap, au cours de la période pendant laquelle le ou les travailleurs handicapés ont été effectivement employés.

Lorsque le bénéficiaire de l'aide fournit un emploi protégé, l'aide peut en outre couvrir, sans les dépasser, les coûts de la construction, de l'installation ou de l'extension de l'établissement en question, ainsi que les coûts d'administration et de transport résultant de l'emploi de travailleurs handicapés.

3. Les régimes exemptés par le présent article prévoient que l'aide est subordonnée à la condition que le bénéficiaire conserve des dossiers permettant de vérifier que l'aide qui lui a été accordée est conforme aux dispositions du présent article et de l'article 8, paragraphe 4.

#### Article 7

##### **Nécessité de l'aide**

1. Le présent règlement n'exempte les aides visées à l'article 4 que si l'une des conditions suivantes est remplie avant la création des emplois en question:

- a) une demande d'aide a été présentée à l'État membre par le bénéficiaire;
- b) l'État membre a adopté des dispositions légales instituant un droit aux aides selon des critères objectifs et sans autre exercice d'un pouvoir discrétionnaire de sa part.

2. Dans les cas où:

- a) la création d'emplois est liée à l'exécution d'un projet d'investissement dans des immobilisations corporelles ou incorporelles, et où
- b) les emplois sont créés dans un délai de trois ans à compter de l'achèvement de l'investissement,

les aides ne bénéficient de l'exemption prévue à l'article 4 qu'à la condition que la demande visée au paragraphe 1, point a), ou l'adoption visée au paragraphe 1, point b), soit intervenue avant le début de l'exécution du projet.

#### Article 8

##### **Cumul**

1. Les plafonds d'aide fixés aux articles 4, 5 et 6 s'appliquent indépendamment du fait que l'aide à l'emploi ou à l'embauche soit financée exclusivement au moyen de ressources d'État ou en partie au moyen de ressources communautaires.

2. Les aides accordées au titre de régimes exemptés par l'article 4 du présent règlement ne peuvent être cumulées avec d'autres aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité ni avec d'autres mesures de soutien communautaires liées aux mêmes charges salariales si ce cumul aboutit à une intensité d'aide excédant le niveau fixé par le présent règlement.

3. Les aides accordées au titre de régimes exemptés par l'article 4 du présent règlement ne peuvent être cumulées:

- a) avec aucune autre aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité, ni avec aucune autre mesure de soutien communautaire relative aux coûts d'un investissement auquel sont liés les emplois créés et qui n'avait pas été achevé à la date de création de ces emplois ou qui avait été achevé au cours des trois années qui ont précédé leur création, ni
- b) avec aucune aide ou mesure de soutien de ce type relative aux mêmes charges salariales ou à d'autres emplois liés au même investissement,

si ce cumul aboutit à une intensité d'aide excédant le plafond applicable aux aides régionales à l'investissement fixé dans les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale et dans la carte approuvée par la Commission pour chaque État membre ou le plafond prévu dans le règlement (CE) n° 70/2001. Lorsque le plafond applicable a été adapté dans un cas donné, notamment sur la base des règles en matière d'aides d'État concernant un secteur déterminé ou d'un instrument applicable aux grands projets d'investissement, tel que l'encadrement multisectoriel des aides à finalité régionale en faveur de grands projets d'investissement, c'est le plafond adapté qui s'applique aux fins du présent paragraphe.

4. Par dérogation aux paragraphes 2 et 3, les aides accordées au titre de régimes exemptés par les articles 5 et 6 peuvent être cumulées avec d'autres aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité ou avec d'autres mesures de soutien communautaires liées aux mêmes coûts, et notamment les aides accordées au titre de régimes exemptés par l'article 4 du présent règlement qui respectent les paragraphes 2 et 3, pour autant que ce cumul ne donne pas une intensité d'aide brute dépassant 100 % des charges salariales pendant toute période d'emploi du ou des travailleurs considérés.

Le premier alinéa est sans préjudice des limites inférieures d'intensité fixées en vertu de l'encadrement des aides d'État à la recherche et au développement <sup>(1)</sup>.

#### Article 9

#### **Aides restant soumises à l'obligation de notification préalable à la Commission**

1. Les régimes d'aides visant des secteurs particuliers ne sont pas exemptés de notification par le présent règlement et restent soumis à l'obligation de notification préalable énoncée à l'article 88, paragraphe 3, du traité.

<sup>(1)</sup> JO C 45 du 17.2.1996, p. 5.

2. Le présent règlement n'exempte pas de notification l'octroi à une entreprise ou à un établissement d'une aide excédant un montant d'aide brut de 15 millions d'euros pendant une période de trois ans. Si l'aide est accordée au titre d'un régime qui, sans cela, serait exempté par le présent règlement, la Commission examine l'aide uniquement sur la base des critères du présent règlement.

3. Le présent règlement est sans préjudice de l'obligation incombant à un État membre de notifier les aides individuelles conformément aux obligations contractées dans le cadre d'autres instruments d'aide d'État, et notamment à l'obligation de notifier à la Commission les aides accordées à une entreprise bénéficiant d'aides à la restructuration au sens des lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté et à l'obligation de notifier les aides régionales dans le cas des grands projets d'investissement conformément à l'encadrement multisectoriel applicable.

4. Les régimes d'aides visant à encourager l'embauche des catégories de travailleurs qui ne sont pas défavorisées au sens de l'article 2, point f), restent soumis à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité, sauf s'ils sont exemptés en vertu de l'article 4. Lors de la notification, les États membres soumettent à l'appréciation de la Commission les arguments visant à établir que les travailleurs considérés sont défavorisés. À cet égard, l'article 5 s'applique.

5. Les aides au maintien d'emplois, consistant en un soutien financier accordé à une entreprise pour garder des travailleurs qu'elle devrait sinon licencier, restent soumises à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité. Sous réserve des règles sectorielles applicables, ces aides ne peuvent être autorisées par la Commission que lorsque, conformément à l'article 87, paragraphe 2, point b), du traité, elles sont destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, ou que, conformément aux conditions applicables aux aides au fonctionnement énoncées dans les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale, elles sont destinées aux régions pouvant bénéficier de la dérogation prévue à l'article 87, paragraphe 3, point a), concernant le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi.

6. Les aides à la conversion de contrats d'emploi temporaires ou à durée déterminée en contrats à durée indéterminée restent soumises à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité.

7. Les régimes d'aides en faveur du partage du travail, des parents qui travaillent et de mesures similaires visant à favoriser l'emploi, mais qui n'aboutissent pas à une augmentation nette du nombre d'emplois, à l'embauche de travailleurs défavorisés ou à l'embauche ou l'emploi de travailleurs handicapés, restent soumis à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité et sont appréciés par la Commission au regard de l'article 87.

8. Les autres aides dont les objectifs sont liés aux marchés de l'emploi et du travail, telles que les mesures destinées à favoriser les départs en préretraite, restent également soumises à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité et sont appréciées par la Commission au regard de l'article 87.

9. Les cas d'aides individuelles à l'emploi accordées indépendamment de tout régime restent soumis à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité. Ces aides sont appréciées à la lumière du présent règlement et ne peuvent être autorisées par la Commission qu'à la condition qu'elles soient compatibles avec les règles spécifiques adoptées à l'égard du secteur d'activité du bénéficiaire et qu'il puisse être démontré que leurs effets sur l'emploi l'emportent sur leur incidence sur la concurrence régnant sur le marché en cause.

#### Article 10

##### Transparence et contrôle

1. Lors de la mise en œuvre d'un régime d'aides exempté par le présent règlement, les États membres adressent à la Commission, dans un délai de vingt jours ouvrables, en vue de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, une fiche de renseignements relatifs à ce régime d'aides selon le modèle figurant à l'annexe I. Cette fiche est communiquée sous forme électronique.

2. Les États membres conservent des dossiers détaillés concernant les régimes d'aides exemptés par le présent règlement et les aides individuelles accordées en application de ces régimes. Ces dossiers contiennent toutes les informations nécessaires pour établir si les conditions d'exemption énoncées dans le présent règlement sont remplies, notamment des informations sur le statut de toute entreprise dont le droit de recevoir des aides est fondé sur sa qualité de PME. Les États membres conservent un dossier relatif à un régime d'aides pendant dix ans à compter de la date à laquelle la dernière aide individuelle a été accordée au titre de ce régime. Sur demande écrite de la Commission, les États membres concernés lui communiquent,

dans un délai de vingt jours ouvrables ou tout autre délai plus long fixé dans cette demande, toutes les informations que la Commission considère comme nécessaires pour déterminer si les conditions du présent règlement ont été respectées.

3. Les États membres établissent un rapport sur l'application du présent règlement pour chaque année civile complète ou partielle pendant laquelle il s'applique, selon le modèle figurant à l'annexe II, sous forme électronique. Les États membres communiquent ce rapport à la Commission au plus tard trois mois après l'expiration de la période à laquelle il se rapporte.

#### Article 11

##### Entrée en vigueur, durée de validité et dispositions transitoires

1. Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Il est applicable jusqu'au 31 décembre 2006.

2. Les notifications pendantes à la date de l'entrée en vigueur du présent règlement sont appréciées au regard de ses dispositions.

Les régimes d'aide mis à exécution et les aides octroyées avant l'entrée en vigueur du présent règlement sans l'autorisation de la Commission et en violation de l'obligation prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité sont compatibles avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphe 3, du traité et sont exemptés en vertu du présent règlement s'ils remplissent les conditions fixées à l'article 3, paragraphe 1, point a), et à l'article 3, paragraphe 2. Les aides qui ne remplissent pas ces conditions sont appréciées au regard des encadrements, lignes directrices et communications applicables.

3. À l'expiration de la durée de validité du présent règlement, les régimes d'aides qu'il exempte continuent de bénéficier de cette exemption pendant une période d'adaptation de six mois.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 12 décembre 2002.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

## ANNEXE I

**Renseignements communiqués par les États membres sur les aides d'État accordées conformément au règlement (CE) n° 2204/2002 de la Commission concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi**

(à transmettre sous forme électronique à l'adresse [stateaidgreffe@cec.eu.int](mailto:stateaidgreffe@cec.eu.int))

**Numéro de l'aide**

(Remarque: à remplir par la DG COMP.)

**État membre****Région**

(Commentaire: veuillez indiquer le nom de la région si l'aide est octroyée par une autorité régionale ou locale.)

**Intitulé du régime d'aides**

(Commentaire: veuillez indiquer le nom du régime d'aides.)

**Base juridique**

(Commentaire: veuillez indiquer la référence juridique nationale précise de l'aide ainsi qu'une référence de publication.)

**Dépenses annuelles prévues dans le cadre du régime d'aides**

(Commentaire: les montants doivent être exprimés en euros ou, le cas échéant, en monnaie nationale. Veuillez indiquer le montant annuel total du ou des crédits budgétaires ou donner une estimation des pertes fiscales par an pour tous les instruments d'aide contenus dans ce régime.)

Pour les garanties, veuillez indiquer le montant (maximum) des prêts garantis.

**Intensité maximale des aides relevant de**

- l'article 4: création d'emplois,
- l'article 5: embauche de travailleurs défavorisés et handicapés,
- de l'article 6: surcoût lié à l'emploi de travailleurs handicapés.

(Commentaire: veuillez indiquer l'intensité maximale des aides selon qu'elles relèvent de l'article 4, de l'article 5 ou de l'article 6 du règlement.)

**Date de mise en œuvre**

(Commentaire: veuillez indiquer la date à partir de laquelle des aides peuvent être accordées au titre du régime considéré.)

**Durée du régime d'aides**

Commentaire: veuillez indiquer jusqu'à quelle date (année et mois) des aides peuvent être octroyées au titre du régime considéré.)

**Objectif de l'aide**

- article 4: création d'emplois,
- article 5: embauche de travailleurs défavorisés et handicapés,
- article 6: embauche de travailleurs handicapés.

(Commentaire: veuillez préciser le ou les objectifs premiers de la mesure parmi ces trois options. Cette rubrique donne également la possibilité d'indiquer les autres objectifs (secondaires) poursuivis.)

**Secteurs économiques considérés**

- tous secteurs de la Communauté européenne <sup>(1)</sup>,
- tous secteurs manufacturiers <sup>(1)</sup>,
- tous services <sup>(1)</sup>,
- autres (à préciser).

(Commentaire: veuillez choisir le ou les secteurs concernés dans la liste. Les régimes d'aides visant des secteurs précis ne bénéficient pas de l'exemption de notification prévue par le présent règlement.)

**Nom et adresse de l'autorité responsable**

(Commentaire: veuillez préciser son numéro de téléphone et, dans la mesure du possible, son adresse électronique.)

<sup>(1)</sup> À l'exception du secteur de la construction navale et des autres secteurs faisant l'objet de règles spécifiques dans les règlements ou directives régissant l'ensemble des aides d'État dont ils bénéficient respectivement.



**Autres renseignements**

Commentaires: Si le régime d'aides est cofinancé par des fonds communautaires, veuillez ajouter la phrase suivante:

«Le régime d'aides est cofinancé au titre de [référence]».

Si la durée du régime d'aides va au-delà de la date d'expiration du présent règlement, veuillez ajouter la phrase suivante:

«Le règlement d'exemption expire le 31 décembre 2006 et sera prorogé pour une période de transition de six mois.»

## ANNEXE II

**Modèle de rapport périodique à présenter à la Commission****Formulaire de rapport annuel sur les régimes d'aides exemptés par un règlement d'exemption par catégorie arrêté en application de l'article 1<sup>er</sup> du règlement (CE) n° 994/98**

Les États membres sont invités à utiliser le formulaire suivant pour s'acquitter de l'obligation qui leur incombe de présenter des rapports à la Commission en application des règlements d'exemption par catégorie adoptés sur la base du règlement (CE) n° 994/98 du Conseil.

Les rapports doivent être transmis sous forme électronique à l'adresse:  
stateaidgreffe@cec.eu.int.

**Informations à fournir pour tous les régimes d'aides exemptés par un règlement d'exemption par catégorie arrêté en application de l'article 1<sup>er</sup> du règlement (CE) n° 994/98**

1. Intitulé et numéro du régime d'aides
2. Règlement d'exemption de la Commission applicable
3. Dépenses

Il convient de fournir des données séparées pour chaque instrument d'aide contenu dans le régime d'aides (par exemple, subvention, prêt à taux réduit, etc.). Les chiffres doivent être exprimés en euros ou, le cas échéant, en monnaie nationale. Dans le cas de dépenses fiscales, les pertes fiscales annuelles doivent être indiquées. Si aucun chiffre précis n'est disponible, il est permis de fournir des estimations de ces pertes.

Ces dépenses doivent être indiquées comme suit:

Pour chaque année considérée, veuillez chiffrer séparément pour chaque instrument d'aide contenu dans le régime (par exemple, subvention, prêt à taux réduit, garantie, etc.).

  - 3.1. Les engagements, les pertes de recettes (estimées) et autres recettes non perçues, les garanties, etc. pour les nouveaux projets aidés. Dans le cas de régimes de garanties, le montant total des nouvelles garanties octroyées doit être indiqué.
  - 3.2. Les paiements effectués, les pertes de recettes (estimées) et autres recettes non perçues, les garanties, etc. pour les nouveaux projets et les projets en cours. Dans le cas de régimes de garanties, les informations suivantes doivent être communiquées: montant total des garanties non encore remboursées, primes, sommes récupérées, indemnités versées, excédent ou déficit du régime pour l'année considérée.
  - 3.3. Le nombre de nouveaux projets aidés.
  - 3.4. Une estimation du nombre total d'emplois créés ou de travailleurs défavorisés ou handicapés embauchés ou employés grâce aux nouveaux projets (s'il y a lieu). Les aides à l'embauche de travailleurs défavorisés doivent être ventilées suivant les catégories visées à l'article 2, point f).
  - 3.5.
  - 3.6. Une ventilation régionale des montants visés au point 3.1 soit par région au niveau 2 de la NUTS <sup>(1)</sup> ou à un niveau inférieur, soit par région relevant de l'article 87, paragraphe 3, point a), région relevant de l'article 87, paragraphe 3, point c), et région non assistée.
  - 3.7. Une ventilation sectorielle des montants visés au point 3.1 par secteur d'activité des bénéficiaires (s'il s'agit de plusieurs secteurs, veuillez indiquer le montant de chacun):
    - Industrie charbonnière.
    - Secteur manufacturier dont:
      - Sidérurgie
      - Construction navale
      - Fibres synthétiques
      - Industrie automobile
      - Autres secteurs manufacturiers.
    - Services dont:
      - Services de transport
      - Services financiers
      - Autres services.
    - Autres secteurs (à préciser).
4. Autres informations et remarques.

<sup>(1)</sup> La NUTS est la nomenclature des unités territoriales statistiques dans la Communauté.

In this list, the items in blue are still proposals, the ones marked with a "+" are instruments implementing the main legislation.

Dans cette liste, les entrées en bleu sont encore à l'état de proposition, celles marquées avec un "+" sont des instruments qui mettent en œuvre la législation principale.

Bei den blau markierten Einträgen dieser Liste handelt es sich noch um Vorschläge. Die Instrumente zur Politikumsetzung sind mit einem "+" gekennzeichnet.

### **List of secondary legislation relevant to "disability"**

- 1) **Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation**
- 2) **Directive 2001/85/EC (relating to special provisions for vehicles used for the carriage of passengers comprising more than eight seats in addition to the driver's seat)**
- 3) **Directive 1999/5/EC (on radio equipment and telecommunications terminal equipment and the mutual recognition of their conformity)**
- 4) **Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and the free movement of such data**
- 5) **Directive 95/16/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 1995 on the approximation of the laws of the Member States relating to lifts (OJ L 312, 7.9.1995, p.1)**
- 6) **Commission Regulation (EC) No 2204/2002 of 12 December 2002 on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid for employment**
- 7) **Regulation (EC) No 1107/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air Text with EEA relevance. OJ L 204, 26.7.2006 p.1-9**
- 8) **Regulation of the European Parliament and of the Council on rail passengers' rights and obligations**
- 9) **Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive)**
- 10) **Regulation (EC) N° 1177/2003 of the EP and Council of 16 June 2003 concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC)**

+ Commission Regulation (EC) N° 1981/2003 of 21 October 2003 implementing Regulation (EC) 1177/2003 of the EP and Council concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC) as regards definitions and updated definitions.

+ Commission Regulation (EC) N° 1982/2003 of 21 October 2003 implementing Regulation (EC) 1177/2003 of the EP and Council concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC) as regards the sampling and tracing rules.

+ Commission Regulation (EC) N° 1983/2003 of 7 November 2003 implementing Regulation (EC) 1177/2003 of the EP and Council concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC) as regards the list of target primary variables.

+ Commission regulation (EC) N° 28/2004 of 5 January 2004 implementing Regulation (EC) 1177/2003 of the EP and Council concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC) as regards the detailed content of intermediate and final quality reports.

+ Regulation (EC) N° 1553/2005 of the EP and Council of 7 September 2005 amending Regulation (EC) N° 1177/2003 of the EP and Council of 16 June 2003 concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC).

+ Commission Regulation (EC) N° 698/2006 of 5 May 2006 amending Commission Regulation (EC) N° 1981/2003 implementing Regulation (EC) 1177/2003 of the EP and Council concerning Community statistics on income and living conditions (EU-SILC) as regards definitions and updated definitions.

#### **11) Council Regulation (EC) 577/98 of 9 March on the organisation of the Labour Force Sample Survey in the Community (LFS):**

**+ Commission Regulation (EC) N° 1571/98 of 20 July 1998 implementing Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community (OJ L 205, 22.7.98, p.40)**

+ Commission Regulation (EC) N° 1924/1999 of 8 September 1999 implementing Council Regulation (EC) 577/98 as regards the 2000 to 2002 programme of ad hoc modules to the LFS

**+ Commission Regulation (EC) N° 1566/2001 of 12 July 2001 implementing Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community concerning the specification of the 2002 ad hoc module on employment of disabled people \***

**+ Commission Regulation (EC) N° 1575/2000 of 19 July 2000 implementing Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community concerning the codification to be used for data transmission from 2001 onwards (OJ L 181, 20.7.2000, p.16)**

+ Commission Regulation (EC) N° 1626/2000 of 24 July 2000 implementing Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community as regards the 2001 to 2004 program of ad hoc modules to the labour force survey.

+ Regulation (EC) N° 1991/2002 of the EP and of the Council of 8 October 2002 amending Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community.

+ Regulation (EC) N° 2257/2003 of the EP and of the Council of 25 November 2003 amending Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community to adapt the list of survey characteristics.

+ **Commission Regulation (EC) N° 430/2005 of 15 March 2005 implementing Council Regulation (EC) N° 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community concerning the codification to be used for data transmission from 2006 onwards and the use of a sub-sample for collection of data on structural variables (OJ L 71, 17.3.2006, p.36).**

**12) Regulation (EC) No 458/2007 of the European Parliament and of the Council of 25 April 2007 on the European system of integrated social protection statistics (ESSPROS)**

**13) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Community statistics on public health and health and safety at work – COM(2007) 46 final**

**14) Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax**

**15) Council Regulation (EEC) No 918/83 of 28 March 1983 setting up a Community system of reliefs from customs duty**

**16) Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes" (as amended by "Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes")**

**17) Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)**

**18) Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors**

**19) Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts**

**20) Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use, as amended by Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 (OJ L 136, 30.4.2004, p.34)**

**21) Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (OJ L 149, 11.6.2005, p. 22 )**

- 22) Directive 2003/24/EC of the European Parliament and of the Council of 14 April 2003 amending Council Directive 98/18/EC on safety rules and standards for passenger ships - OJ L 123, 17.5.2003, p. 18-21)
- 23) Directive 96/48/EC on the interoperability of the trans-European high-speed rail system (O J L 235, 17.09.1996, p. 6-24) as amended by Directive 2004/50/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 (O J L 164, 30.4.2004, p. 114-163 )
- 24) Directive 2001/16/EC of the European Parliament and of the Council on the interoperability of the trans European conventional rail system (O J L 110, 20.04.2001, p. 1-27) -as amended by Directive 2004/50/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 (O J L 164, 30.4.2004, p. 114-163 )
- 25) Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles (Framework Directive) (Text with EEA relevance)(O J L 263, 9.10.2007, p 1)
- 26) Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (Text with EEA relevance) (OJ L 332, 18.12.2007, p. 27)
- 27) Council Regulation (EC) No 1083/2006 of 11 July 2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund and repealing Regulation (EC) No 1260/1999
- 28) Decision 1720/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 15 November 2007 establishing an action programme in the field of lifelong learning
- 29) Council Regulation (EC) No 1698/2005 of 20 September 2005 on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD)
- 30) Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services ("Framework Directive").
- 31) Council Decision 2005/600/EC of 12 July 2006 on guidelines for the employment policies of the Member States
- + Council Decision 2006/544/EC of 18 July 2006 on guidelines for the employment policies of the Member States
- 32) Regulation (EC) No 1889/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on establishing a financing instrument for the promotion of democracy and human rights worldwide
- 33) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

- 34) **Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use**
- 35) **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the production and development of statistics on education and lifelong learning – COM(2005)625 final.**
- 36) **Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of services(OJ L15 of 21.01.1998), page 14) as amended by Directive 2002/39/EC of the European Parliament and of the Council of 10 June 2002 amending Directive 97/67/EC with regard to the further opening to competition of Community postal services (OJ, L176 of 05.07.2002, page 21).**
- 37) **Decision No 1982/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Seventh Framework Programme of the European Community for research, technological development and demonstration activities (2007 -2013)**
- 38) **Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin**
- 39) **Decision 2119/98 of the European Parliament and of the Council of 24 September 1998 setting up a network for the epidemiological surveillance and control of communicable diseases in the Community**
- 40) **Directive 2004/23/EC of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissue and cells**
- 41) **Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood components and amending Directive 2001/83/EC**





# Notes personnelles



