COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 30.11.2006
COM(2006) 748 final

2006/0249 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

abrogeant la directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales

(présentée par la Commission)

EXPOSÉ DES MOTIFS

1) CONTEXTE DE LA PROPOSITION

- **Motivations et objectifs de la proposition**

La présente proposition vise à contribuer à la simplification de l'acquis communautaire par l'abrogation d'une directive devenue obsolète.

- **Contexte général**

Suite à l'adoption de sa Communication concernant la mise à jour et la simplification de l'acquis communautaire[1], la Commission a intensifié l'examen de l'acquis communautaire afin de vérifier si des actes législatifs seraient devenus obsolètes et pourraient, partant, être abrogés dans l'intérêt de la simplification. Un des actes examinés dans ce contexte est la directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales[2].

La directive 71/304/CEE, qui est exclusivement applicable dans le domaine des travaux[3], oblige d'abord les Etats membres à supprimer les restrictions "… concernant l'accès, l'attribution, l'exécution ou la participation à l'exécution des marchés de travaux pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et des personnes morales de droit public". Ces suppressions se font au bénéfice des opérateurs économiques agissant - directement ou par le biais d'agences ou de succursales - comme prestataires de services. Parmi les restrictions à éliminer, la directive en cite un certain nombre telles que des clauses obligeant les entités attributaires d'un marché de travaux ou d'un contrat de concession de service ou de travaux à discriminer lorsqu'elles effectuent le choix de leurs sous-traitants[4] ou encore l'exemple des spécifications techniques ayant un effet discriminatoire. Elle impose également aux Etats membres d'assurer que les entrepreneurs non-nationaux aient le même accès aux crédits, aides et subventions que les nationaux et que les entrepreneurs non-nationaux "jouissent sans restriction et en tout cas dans les mêmes conditions que les nationaux des possibilités d'approvisionnement, sur lesquelles l'État est à même d'exercer son contrôle, et qui leur sont nécessaires pour pouvoir exécuter leur marché."[5].

Cette directive comporte donc deux volets: Un concernant la procédure des marchés publics, telle qu'abordée actuellement par les directives 2004/18 et 2004/17[6], et un autre relatif à l'accès non-discriminatoire aux travaux en général, qui vise directement l'application des articles 43 et 49 CE et se situe en amont ou en aval du déroulement de

---

1 COM(2003) 71 final du 11.2.2003

2 JO L 185 du 16/08/1971.

3 Avec quelques exceptions listées à son article 2, paragraphe 2.

4 Article 3, paragraphe 1, lettre a

5 Article 3, paragraphe 2, lettre b).

6 directives 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 et 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, respectivement p. 1 et p. 114.

la procédure d'appel d'offre.

Le premier volet a été dépassé par la législation marchés publics qui a suivi cette directive de 1971, en dernier lieu les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Quant au deuxième volet, il convient de remarquer que depuis l'entrée en vigueur de la directive 71/304/CEE la jurisprudence de la Cour en matière de libre prestation des services a sensiblement évolué[7]. De cette manière, il est clair que l'article 49 CE interdit les mesures indistinctement applicables susceptibles de gêner l'exercice de la libre prestation des services[8]. Désormais, l'article 49 CE a un champ d'application plus large que celui de l'article 3 de la directive 71/304/CEE.

On peut donc conclure que la directive 71/304/CEE a perdu sa raison d'être et peut, par conséquent, être abrogée sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux droits des opérateurs économiques.

- **Dispositions en vigueur dans le domaine de la proposition**

Outre le fait qu'il est régi par le Traité (notamment les articles 43 et 49), ce domaine est actuellement régi par les directives 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[9] et 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[10].

- **Cohérence avec les autres politiques et les objectifs de l'Union**

Non applicable.

2) CONSULTATION DES PARTIES INTERESSEES ET ANALYSE D'IMPACT

- **Consultation des parties intéressées**

Sans objet étant donné que les droits des opérateurs économiques et les obligations des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices restent inchangés.

- **Obtention et utilisation d'expertise**

Le recours à une expertise externe n'a pas été nécessaire.

---

7 Ainsi, dans son arrêt du 25 juillet 1991 dans l'affaire C-76/90 *Säger*, Rec. I-4221 au paragraphe 12 des motifs : « Il y a lieu de relever d' abord que l' article 59 [devenu article 49] du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l' encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues. »

8 Voir également, l'arrêt de la Cour du 25 juillet 1991 dans l'affaire C-288/89 *Gouda*, Rec. I-4007 paragraphes 12 & 13.

9 JO L 134 du 30.4.2004, respectivement p. 1

10 JO L 134 du 30.4.2004, respectivement p. 114

- **Analyse d'impact**

Sans objet étant donné que:

les droits des opérateurs économiques et les obligations des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices restent inchangés.

3) ELEMENTS JURIDIQUES DE LA PROPOSITION

- **Résumé des mesures proposées**

La proposition abroge la directive 71/304/CEE, devenue obsolète de par le développement de la jurisprudence et de la législation dans le domaine des marchés publics.

- **Base juridique**

Article 47, paragraphe 2, et articles 55 et 95 du Traité.

- **Principe de subsidiarité**

La proposition porte sur un domaine qui relève de la compétence exclusive de la Communauté. Le principe de subsidiarité ne s'applique donc pas.

- **Principe de proportionnalité**

La proposition est conforme au principe de proportionnalité pour les raisons suivantes:

l'abrogation formelle d'une directive qui n'est pas elle-même limitée dans le temps, ne peut se faire que par l'adoption d'un acte législatif;

l'abrogation n'aura pas d'impact financier.

- **Choix des instruments**

Instrument(s) proposé(s): directive.

D'autres instruments n'auraient pas été adéquats pour les raisons suivantes:

Mutatis mutandis, la proposition se fonde sur les mêmes dispositions du traité que la directive à abroger. Ces bases juridiques imposent le choix d'une directive.

4) INCIDENCE BUDGETAIRE

La proposition n'a pas d'incidence pour le budget de la Communauté.

5) INFORMATION SUPPLEMENTAIRE

- **Simplification**

La proposition introduit une simplification du cadre législatif.

L'acquis communautaire ne contiendra plus un acte devenu superfétatoire.

- **Espace Economique Européen**

Ce projet d'acte relève d'un domaine couvert par l'accord EEE et il y a donc lieu de l'étendre à l'Espace Economique Européen.

2006/0249 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

abrogeant la directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales

(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 47, paragraphe 2, et ses articles 55 et 95,

vu la proposition de la Commission[11],

vu l'avis du Comité économique et social européen [12],

vu l'avis du Comité des régions[13],

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité[14],

considérant ce qui suit:

(1) Dans sa Communication concernant la mise à jour et la simplification de l'acquis communautaire[15], la Commission annonçait entre autre qu'elle procéderait à un examen de l'acquis afin de vérifier si celui-ci peut être simplifié, par exemple par l'abrogation d'actes devenus obsolètes.

(2) L'adoption de différents actes de nature législatif dans le domaine des marchés publics, en dernier lieu les directives 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[16] et 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[17], ainsi que l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice, notamment

---

11 JO C […] du […], p. […].
12 JO C […] du […], p. […].
13 JO C […] du […], p. […].
14 JO C […] du […], p. […].
15 COM(2003) 71 final du 11.2.2003
16 JO L 134 du 30.4.2004, p. 1
17 JO L 134 du 30.4.2004, p. 114

dans son arrêt du 25 juillet 1991 dans l'affaire C-76/90 Säger[18], permet d'atteindre un niveau de protection égal ou supérieur à celui offert sur base des disposition de la Directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales[19]. Par conséquent, il convient d'abroger la directive 71/304/CEE afin de simplifier l'acquis communautaire sans porter préjudice aux droits des opérateurs économiques.

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

La directive 71/304/CEE est abrogée.

Article 2

Transposition

Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le […]. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

Lorsque les Etats 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 Etats membres.

Article 3

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 4

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le […]

Par le Parlement européen	*Par le Conseil*
Le Président	*Le Président*
[…]	*[…]*

[18] Rec. I-4221.
[19] JO L 185 du 16.8.1971, p. 1