

« La réciprocité dans les marchés publics » –
Confrontations Europe – 10/07/2012

Le 10 juillet, Confrontations Europe a organisé une rencontre dans le cadre des groupes de travail « Marché intérieur et services » et « Europe-Monde », portant sur la **proposition de règlement** de la Commission Européenne parue le 21 mars 2012 ([COM\(2012\) 124](#)). Cette proposition a été réalisée conjointement par les **Directions générales marché intérieur et commerce**. La Commission a indiqué que le texte vise à créer un **cadre juridique commun, tant du point de vue réglementaire que stratégique et commercial**. Cette initiative constitue le **pendant extérieur de la modernisation des marchés publics** en cours et s'explique par la nécessité de lutter contre les **poussées protectionnistes** liées en partie à la crise (BRICS et Etat-Unis notamment). Il faut donc trouver une solution aux **déséquilibres** dans l'accès aux marchés de l'UE et des pays tiers, de jure et de facto. L'UE respecte en effet **l'Accord sur les marchés publics de l'OMC**, alors que les autres signataires donnent un accès beaucoup plus limité, et de nombreux pays n'en font pas partie, ce qui complique encore plus l'accès. Les marchés publics de l'UE étant de fait largement ouverts, elle dispose de **peu de leviers dans la négociation**, ce à quoi la proposition vise à remédier. De plus, le cadre juridique européen pour l'accès des biens étrangers est loin d'être complet : il n'y a **pas de Politique commerciale commune pour les marchés publics**. Cette proposition vise aussi à **éviter la fragmentation du marché intérieur** et des distorsions de concurrence dans l'UE.

La proposition de règlement crée 2 instruments et un instrument additionnel.

- 1) **Instrument de l'article 6 (décentralisé)** : si la **règle générale est l'ouverture des marchés**, cet article permet aux **autorités adjudicatrices** de pouvoir **exclure des offres étrangères** comprenant des produits et services non couverts par des accords, pour les marchés supérieurs à 5 000 000 € et si la valeur totale des produits et services en provenance de l'extérieur de l'UE dépasse 50% de la valeur totale des produits et services. L'autorité doit demander **l'autorisation à la CE** d'exclure une offre dans le cas d'un **manque de réciprocité substantiel** ou si des réserves ont été négociées dans un éventuel accord entre l'UE et le pays d'origine concerné. La CE n'a pas souhaité ouvrir cette possibilité aux marchés inférieurs à 5 millions d'euros pour ne pas créer un fardeau administratif inutile.
- 2) **Instrument des articles 8 à 10 (centralisé)** : il permet à la CE d'abord **d'enquêter sur des politiques discriminatoires récurrentes** menées à l'encontre des fournisseurs, des biens ou services de l'UE par des Etats tiers (tant dans le cadre réglementaire que dans la pratique). Ensuite peut s'ouvrir une **phase de consultation et de négociations** avec l'Etat concerné, qui peut durer jusqu'à 15 mois et vise à obtenir l'ouverture des marchés problématiques. Enfin, en cas d'échec, la CE peut adopter des **mesures restrictives proportionnées** à l'encontre de cet Etat tiers (restrictions d'accès au marché ou pénalités sur les prix). Cette étape est envisagée comme un dernier recours, le but étant de l'utiliser comme instrument de dissuasion. Les mesures de restriction doivent être **sectorielles** et bien calibrées pour avoir un effet incitatif.
- 3) **Instrument additionnel sur les offres anormalement basses**, prévu aux articles 69 à 79 des directives de modernisation : en cas d'offre anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation de **demande des explications** à ce prix (non-respect de la législation sociale/environnement, aide d'Etat), sans obligation pour elles de rejeter l'offre.

Le Directeur Général de la **Fédération de l'industrie européenne de la construction**, Ulrich Paetzold, a commenté cette proposition. Aucun instrument de défense commerciale n'est prévu pour les services dont la construction et en créer un prendrait une dizaine d'années, aussi les instruments proposés sont **bienvenus, mais ils ne vont pas assez loin**. Ainsi, il dénonce plusieurs **failles dans les instruments proposés**. Tout d'abord, pour **l'instrument de l'article 6**, il est précisé que les autorités adjudicatrices doivent indiquer **dès l'avis de marché** leur intention de demander l'exclusion de certaines offres. De plus la caractérisation d'un « **manque de réciprocité substantiel** » posera de nombreuses questions d'interprétation. Si l'on compare avec la situation actuelle, cette **possibilité est déjà ouverte pour les autorités adjudicatrices**, sans procédure incluant la CE, et a déjà été

Carole GERMANI : Chargée de mission

41, Avenue des arts bte 7 - 1040 BRUXELLES
Tél : +32.(0)2.223.18.40 – FAX : +32.(0)2.223.18.56 - E-mail : carole.germani@ccipif.be

validée par des tribunaux nationaux, sans qu'aucune **procédure d'infraction** n'ait été ouverte. En ce qui concerne **l'instrument des articles 8 à 10**, aucune **obligation d'investigation** ne pèse sur la CE, qui choisit d'ouvrir une enquête si « elle estime qu'une telle action va **dans le sens des intérêts de l'Union** », un critère que l'on retrouve dans différentes dispositions. De plus, à l'issue des 15 mois d'investigation et de consultation avec l'Etat tiers, la CE **peut** décider d'appliquer des mesures restrictives, sans obligation. Cette **marge d'appréciation de la CE** est problématique pour la FIEC, car elle **ne garantit pas de résultats concrets** : tout dépend de la volonté des autorités adjudicatrices et de la CE.

La **CE** a indiqué que si des procédures d'infraction n'avaient pas été lancées, c'est parce que la CE préfère travailler à mettre en place une **politique commune européenne par la législation** plutôt que par la jurisprudence. Elle a également précisé que **l'équilibre est difficile à trouver entre le caractère dissuasif et l'espace laissé pour la négociation**, ce qui explique qu'un mécanisme trop restrictif ne soit pas possible : la procédure est graduelle pour éviter les représailles. La mention de l'intérêt communautaire comme déclencheur de l'action de la CE vise à éviter qu'elle ne se retrouve prisonnière d'un lobby qui la pousserait à adopter une attitude protectionniste. Les pénalités par les prix visent également à **éviter de bloquer l'accès aux offres étrangères**, ce qui diminuerait la pression concurrentielle. Par ailleurs, la **DG Commerce** est en train de préparer une initiative lui permettant de **tirer les conclusions des violations des engagements** par ses partenaires commerciaux (sans que cela n'implique forcément des sanctions).

La **Représentation Permanente de la France auprès de l'UE**, a indiqué par le biais de son Ministre conseiller pour les affaires économiques, Jean-Paul Thuillier, que le Conseil n'a pour le moment procédé qu'à un tour de table politique sur la proposition. Il a insisté sur la nécessité de **mettre cet instrument en cohérence avec le paquet interne** sur les marchés publics. La France est globalement favorable au texte, et pense qu'un **instrument communautaire est indispensable** : les marchés publics ont un fonctionnement en dérogation des règles de l'OMC, et font l'objet d'un AMP, engagements multilatéraux qui ne sont pas transcrits en droit communautaire. Le **Conseil européen** des 28-29 juin a insisté sur la nécessité pour la politique commerciale de défendre ses intérêts « dans un **esprit de réciprocité et de bénéfice mutuel** ». Le sujet devrait bientôt être abordé en groupe des questions commerciales. Le PE est **codécideur** sur ce dossier, et la notion de réciprocité est plus proche de beaucoup d'eurodéputés que des EM. Le **député allemand Daniel Caspary** (PPE) devrait être nommé **rapporteur** du dossier. Au Conseil, **trois groupes d'Etats** se dessinent : un favorable au projet, piloté par la France, un défavorable, piloté par le Royaume-Uni et un groupe dont la position n'est pas encore définie, incluant l'Allemagne. La **RP luxembourgeoise** était présente, et a indiqué qu'elle **devait encore être convaincue de la pertinence de la proposition**, sur laquelle son industrie est sceptique : elle n'en voit pas les bénéfices potentiels, craint un fardeau administratif accru, de même que la perception d'un protectionnisme européen en expansion. L'**Italie** a indiqué que si la proposition va dans la **bonne direction, elle ne va pas assez loin**. L'**Espagne** a précisé que **l'instrument de l'article 6 ne présentait pas d'intérêt par rapport à la situation actuelle**.

Philippe Herzog, le **Président fondateur de Confrontations**, a exprimé son **scepticisme** sur cette proposition : l'instrument de l'article 6 a de grandes chances, selon lui, d'être abandonné et la procédure des articles 8-10 prendra beaucoup trop de temps. Il craint une **perte de marchés dans l'UE** sans augmenter l'accès aux marchés extérieurs. Par ailleurs, l'instrument de l'article 6, restreint aux marchés supérieurs à 5 millions d'euros, permet une protection de marchés élevés, ce qui paraît contrevvenir à l'objectif dans l'UE de permettre un meilleur **accès des PME** à la commande publique.

Pour la représentante d'**Alstom**, son entreprise **soutient les objectifs** de la proposition, et considère que les **deux instruments (centralisé et décentralisé) sont complémentaires** et découlent de l'interprétation de la CE sur l'ouverture des marchés.

Carole GERMANI : Chargée de mission

41, Avenue des arts bte 7 - 1040 BRUXELLES
Tél : +32.(0)2.223.18.40 – FAX : +32.(0)2.223.18.56 - E-mail : carole.germani@ccpif.be