

N° 355

---

# SÉNAT

TROISIÈME SESSION EXTRAORDINAIRE DE 1994-1995

---

Annexe au procès-verbal de la séance du 5 juillet 1995.

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur la proposition de résolution présentée en application de l'article 73 bis du Règlement, par MM Henri REVOL et Robert LAUCOURNET sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la directive 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et la directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ainsi que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (n° E-404),*

Par M. Henri REVOL,

Sénateur.

---

*(1) Cette commission est composée de : MM. Jean François-Poncet, président ; Philippe François, Henri Revol, Robert Laucournet, Jean Huchon, vice-présidents ; William Chervy, Francisque Collomb, Jean-Paul Emin, François Gerbaud, Louis Minetti, secrétaires ; Henri Bargon, Janine Bardou, Bernard Barraux, Jacques Bellanger, Georges Berchet, Jean Besson, Marcel Bony, Didier Borotra, Jean Boyer, Jacques Braconnier, Robert Calmejane, Louis de Catuelan, Raymond Cayrel, Gérard César, Roland Courteau, Marcel Daunay, Désiré Debavelaere, Jean Delaneau, Jean-Pierre Demerliat, Rodolphe Désiré, Michel Doublet, Pierre Dumas, Mme Josette Durrieu, MM. Bernard Dussaut, Jean Faure, André Fosset, Aubert Garcia, Charles Ginésy, Jean Grandon, Georges Guillot, Mme Anne Heinis, MM. Rémi Herment, Bernard Hugo, Roger Husson, Pierre Lacour, Gérard Larcher, Jean-François Le Grand, Charles-Edmond Lenglet, Félix Leyzour, Maurice Lombard, Michel Manet, René Marqués, François Mathieu, Serge Mathieu, Jacques de Menou, Louis Mercier, Louis Moinard, Joseph Ostermann, Albert Ren, Jean Pépin, Daniel Percheron, Jean Peyrafitte, Alain Pluchet, Jean Pourchet, André Pourny, Henri de Raincourt, Paul Raoult, Jean-Marie Rausch, Roger Rigaudière, Jean-Jacques Robert, Jacques Rocca Serra, Jean Roger, Josselin de Rohan, Raymond Soucaret, Michel Souplet, Jacques Sourdille, Fernand Tardy.*

Voir le numéro :

Sénat : 292 (1994-1995).

---

Union européenne.

## SOMMAIRE

	<b>Pages</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	5
<b>I. UNE DOUBLE ÉVOLUTION VERS LA LIBÉRALISATION DES MARCHÉS PUBLICS</b> .....	7
<b>A. LES NÉGOCIATIONS PLURILATÉRALES</b> .....	7
<b>B. LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE</b> .....	9
1. <i>Le droit existant</i> .....	9
a) Une construction progressive.....	9
b) Des principes constants.....	10
c) Une déclinaison inspirée par un double souci d'exhaustivité et de réalisme.....	11
2. <i>Les nouvelles propositions de directives</i> .....	13
<b>II. LA POSITION DE LA COMMISSION EST JURIDIQUEMENT CONTESTABLE</b> .....	17
<b>A. LES PRINCIPES RETENUS SONT CRITICABLES</b> .....	17
1. <i>La soumission des adjudicateurs de l'Union européenne à un double régime juridique crée une confusion préjudiciable à la sécurité contractuelle des adjudications</i> .....	17
a) Des intentions a priori louables.....	17
b) Des effets redoutablement pervers.....	18
c) Une position juridique difficilement justifiable.....	19
d) La seule solution raisonnable : une transposition globale de l'AMP dans le droit communautaire.....	20
2. <i>La définition du champ d'application de l'AMP est à la fois trop étroite et trop large</i> .....	21
a) Une restriction inadmissible de l'applicabilité de l'AMP aux seules entreprises publiques.....	21
b) Une extension inacceptable des obligations de l'accord AMP à des secteurs qu'il ne vise pas.....	23
<b>B. UNE TRANSPOSITION TROP ZÉLÉE DE L'AMP</b> .....	24
1. <i>Les justifications à apporter aux fournisseurs non retenus</i> .....	24
2. <i>Les modalités de publicité</i> .....	25
<b>III. LA POSITION DE LA COMMISSION EST POLITIQUEMENT ET ÉCONOMIQUEMENT INOCCASIONNELLE</b> .....	27
<b>A. FACE À UNE ATTITUDE AMÉRICAINE TRÈS PRAGMATIQUE...</b> .....	27
1. <i>Une position de principe souple</i> .....	27
2. <i>Une législation souple, voire floue</i> .....	28
a) L'écran de la loi.....	28
b) Le régime juridique applicable.....	28
c) L'exemple de la Tennessee Valley Authority (TVA).....	29
<b>B. LES PROPOSITIONS COMMUNAUTAIRES SONT PAR TROP CONTRAIGNANTES</b> .....	30
1. <i>L'interdiction du dialogue technique</i> .....	30
2. <i>La remise en cause des systèmes de qualification des fournisseurs</i> .....	32

<i>3. Le cas des marchés de travaux complémentaires</i> .....	34
<b>IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION</b> .....	35
<b>A. LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE INTRODUISENT UN DÉSÉQUILIBRE PRÉJUDICIABLE À L'ENSEMBLE DES INDUSTRIES EUROPÉENNES DE RÉSEAUX</b> .....	35
<b>B. LA PROPOSITION DE RÉOLUTION</b> .....	36
<b>PROPOSITION DE RÉOLUTION</b> .....	39
<b>TABLEAU COMPARATIF</b> .....	43
<b>ANNEXES</b> .....	47
<b>ANNEXE N° 1 : QUELQUES DÉFINITIONS</b> .....	49
<b>ANNEXE N° 2 : LA PUBLICITÉ DANS LA DIRECTIVE 93/38, DANS L'ACCORD MARCHÉS PUBLICS DE 1994 ET DANS LA PROPOSITION DE MODIFICATION DE LA DIRECTIVE 93/38</b> .....	51
<b>ANNEXE N° 3 : EXTRAIT DE LA « DÉCLARATION D'ACTION DE L'ADMINISTRATION » FIGURANT DANS LE MESSAGE DU PRÉSIDENT DES ETATS-UNIS ADOPTÉ PAR LE CONGRÈS LE 1ER DÉCEMBRE 1994</b> .....	57
<b>ANNEXE N° 4 : EXEMPLES DE LA LÉGISLATION AMÉRICAINE APPLICABLE AUX MARCHÉS PUBLICS</b> .....	63

**Mesdames, Messieurs,**

**Votre Commission des Affaires économiques et du Plan a été saisie de la proposition de résolution n° 292, présentée conjointement par votre rapporteur et M. Robert Laucournet.**

**Cette proposition de résolution s'inscrit dans la lignée des Résolutions précédemment adoptées par le Sénat sur le projet d'accord bilatéral entre les Etats-Unis et l'Union européenne sur les marchés publics, ainsi que sur le code des marchés publics (AMP)<sup>1</sup>. Elle a pour objet d'inviter le Gouvernement à obtenir du Conseil européen qu'il transpose en droit communautaire cet accord AMP, d'une manière plus réaliste que celle envisagée par la Commission européenne.**

**Après avoir décrit la double évolution -plurilatérale et communautaire- de la réglementation en matière de marchés publics, votre rapporteur analysera la position de la Commission de Bruxelles, non seulement juridiquement contestable, mais aussi politiquement et économiquement inopportune.**

**Il présentera, ensuite, la position de votre Commission des Affaires économiques, qui a adopté la proposition de Résolution n° 292, après l'avoir complétée.**

---

<sup>1</sup> *Annexé à l'accord sur l'organisation mondiale du commerce (OMC) signé le 15 décembre 1994.*

## **I. UNE DOUBLE ÉVOLUTION VERS LA LIBÉRALISATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Les démarches entreprises en faveur d'une libéralisation des marchés publics -au sein de l'Union européenne depuis près de vingt-cinq ans- et dans le cadre du GATT -depuis une quinzaine d'années- ont, par bien des aspects, un caractère parallèle. Ce parallélisme ne doit, toutefois, pas masquer les contrastes qui les opposent.

Face aux directives communautaires, dont l'élaboration lente et prudente a permis la constitution d'un droit affiné et soucieux des réalités, les accords plurilatéraux apparaissent comme le résultat moins achevé de négociations laborieuses, issu de la conciliation de positions très diverses.

Mis en oeuvre plus tardivement et plus hâtivement que le droit communautaire, ces accords sont d'une nature quelque peu différente. Ils consistent, en effet, davantage à fixer des objectifs précis qu'à édicter des règles rigides, applicables telles quelles dans chaque Etat signataire.

### **A. LES NÉGOCIATIONS PLURILATÉRALES**

A en juger d'après l'interprétation qui en a été faite par les Etats-Unis, ceci est particulièrement vrai du nouvel accord sur les marchés publics, signé à la hâte dans la « foulée marathonnienne » des négociations du GATT. On peut considérer qu'il ouvre, par conséquent, un vaste champ d'interprétation et ne saurait être pris à la lettre, comme la Commission européenne le propose.

A l'origine, les pays de l'OCDE ont souhaité faire entrer progressivement les achats des administrations publiques, des collectivités locales et des entreprises publiques dans le champ des négociations multilatérales sur le commerce et fixer des règles du jeu de nature à s'assurer du respect d'une concurrence saine et loyale.

C'est ainsi qu'un premier accord relatif aux marchés publics, issu de la négociation du cycle de Tokyo, a été signé en 1979 et est entré en vigueur en 1981. Ce code, appelé « accord plurilatéral », n'a toutefois pas été signé par l'ensemble des parties contractantes du GATT. Ce code n'engageait que le

petit nombre de pays qui en étaient signataires : les Etats-Unis, le Japon, le Canada, les pays nordiques, l'Autriche, la Suisse, Israël, Singapour et la Communauté européenne.

Le cycle de l'Uruguay Round, qui s'est conclu par l'accord sur l'Organisation mondiale du commerce (OMC) signé à Marrakech le 15 avril 1994, a constitué une nouvelle étape importante vers la libéralisation des échanges mondiaux de biens, mais aussi de services. Il couvre plus largement les marchés publics que les accords précédents.

Le nouveau code sur les marchés publics, dit accord AMP et annexé à l'accord OMC, concerne désormais, outre les signataires de 1979, Hong Kong et la Corée du Sud.

La renégociation des règles plurilatérales régissant les marchés publics n'était pas formellement liée au cycle d'Uruguay. Ce code sera néanmoins rattaché à l'OMC et soumis aux nouvelles procédures de règlement des différends, mais il n'entrera en vigueur qu'au 1er janvier 1996.

Parallèlement, a été signé un projet d'accord bilatéral entre les Etats-Unis et la Communauté européenne, destiné à être intégré à l'accord AMP.

**Cet accord AMP, applicable à compter du 1er janvier 1996, a pour triple objet :**

- d'étendre la portée de l'accord initial aux travaux et services, et non plus seulement aux fournitures ;

- d'élargir le champ d'application de cet accord en y incorporant les départements et agences relevant des autorités gouvernementales, régionales et locales ainsi qu'à des entités qui, dans les secteurs des transports, de l'eau et de l'énergie, opèrent dans un environnement concurrentiel limité ;

- d'améliorer le texte de cet accord et de faire appliquer ses principes de manière plus efficace et systématique.

La négociation a donc porté non seulement sur l'extension du champ d'application de ce code, mais aussi sur l'amélioration des conditions de transparence de l'ouverture des marchés publics (procédure d'ouverture, publicité, obligation d'une large diffusion des cahiers des charges dans les diverses langues accessibles au plus grand nombre d'opérateurs, définition des normes).

La Communauté n'appliquera plus la clause de préférence communautaire pour les secteurs et les entités qui ont fait l'objet d'une

ouverture réciproque de la part des pays tiers. Mais, comme on le verra ultérieurement, la réalité de cette réciprocité n'est pas toujours avérée.

## **B. LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE**

Selon les estimations les plus couramment retenues, les marchés publics représentent environ 15 % du produit intérieur brut de l'Union européenne, soit quelque 5.500 milliards de francs. Ils constituent, par conséquent, des enjeux économiques et financiers considérables.

Ajouté à la diversité des adjudicateurs et des secteurs d'activité concernés, ainsi qu'à la part de souveraineté nationale qui s'attache parfois à la passation de tels marchés, cet élément explique, sans doute, que le droit communautaire des marchés publics ait été élaboré très progressivement et qu'il ne se soit affirmé que tardivement.

Il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui ce droit est clairement établi.

### **1. Le droit existant**

#### *a) Une construction progressive*

Certaines des dispositions générales du Traité de Rome sont applicables aux marchés publics, mais ceux-ci n'y font l'objet d'aucune mention particulière. Ils n'ont fait l'objet de règles communes spécifiques, édictées sous forme de directives, qu'au cours des années 1970. Une partie de ces règles -celle relative aux marchés publics de fournitures- a été modifiée au début des années 1980, suite aux accords du GATT signés en 1979.

Cependant, au vu du bilan mitigé de l'application de ces textes -dressé par la Commission en 1984-, on peut considérer que le droit communautaire des marchés publics n'a réellement commencé à se développer qu'à compter de l'adoption de l'Acte unique en 1985.

De 1988 à 1993, ce ne sont pas moins de neuf directives qui sont successivement intervenues pour encadrer les marchés de fournitures, de

travaux et de services passés par certaines personnes publiques<sup>1</sup> puis, dans un second temps, les marchés souscrits par des entreprises soumises à l'influence dominante des pouvoirs publics et intervenant dans les secteurs de l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications, secteurs qui ont longtemps été dits exclus<sup>2</sup>.

La plupart de ces textes ont, d'ores et déjà, été transposés en droit français<sup>3</sup>. Il reste toutefois à transcrire certaines des dispositions de la directive n° 93-36 ainsi que les directives n°s 92-50 et 93-38, puisque le projet de loi qui avait été déposé à cet effet, au mois d'octobre 1994, n'a pas fait l'objet d'une inscription à l'ordre du jour des Assemblées.

#### *b) Des principes constants*

Toutes les directives précitées se sont inscrites dans la perspective de construction du Marché unique et elles ont poursuivi, de ce fait, un même objectif : assurer aux entreprises de la Communauté, quelle que soit leur origine nationale, l'égalité d'accès aux marchés publics des Etats membres.

A cette fin, elles instituent un ensemble de règles visant à :

- assurer la publicité des appels d'offres dans l'ensemble de l'Union européenne ;
- coordonner les spécifications des produits afin que le plus grand nombre possible d'entreprises puisse, en toute connaissance de cause, s'engager à respecter les cahiers des charges ;
- définir des procédures de passation des marchés permettant effectivement aux entrepreneurs des différents Etats membres de soumissionner ;
- organiser l'attribution des marchés sur la base de critères objectifs fixés à l'avance ;
- garantir le fonctionnement transparent du système pour que les pouvoirs adjudicateurs soient convaincus que l'ouverture des marchés est bien réciproque.

---

<sup>1</sup> Directive n° 88-295 du 22 mars 1988 (marchés de fournitures) ; directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 (marchés de travaux) ; directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 (procédures de recours) ; directive n° 92-50 du 18 juin 1992 (marchés de services) ; directive n° 93-36 du 14 juin 1993 (coordination des procédures de passation des marchés de fournitures) ; directive n° 93-37 du 14 juin 1993 (coordination des procédures de passation des marchés de travaux).

<sup>2</sup> Directive n° 90-531 du 17 septembre 1990 (marchés de fournitures et de travaux dans les secteurs exclus) ; directive n° 92-13 du 25 février 1992 (procédures de recours dans les secteurs exclus) ; directive n° 93-38 du 14 juin 1993 (marchés de services dans les secteurs exclus).

<sup>3</sup> Voir notamment les rapports n°s 15 (1992-1993) et 10 (1993-1994) déposés au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan sur les projets de loi assurant la transcription des directives n°s 90-531 et 92-13.

Ainsi, de manière générale, la réglementation communautaire impose des formalités obligatoires de publicité. De même, elle n'autorise que quatre types de procédure pour la passation des marchés (ouverte, restreinte, négociée et -pour les seuls services- de concours<sup>1</sup>), et oblige, le plus souvent, à motiver les décisions prises.

Elle organise également des moyens de recours dans le cadre desquels les instances compétentes des Etats membres sont habilitées à prendre des mesures provisoires de suspension de la procédure ou de l'exécution des décisions prises par le pouvoir adjudicateur. En outre, lorsque la Commission estime qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires a été commise, elle peut préalablement à la conclusion du contrat intervenir auprès de l'Etat membre et de « l'entité adjudicatrice » pour que cette violation soit corrigée.

Ces différents dispositifs n'interviennent toutefois que pour les marchés d'un montant supérieur à certains seuils appréciés hors TVA et variant selon le type de marché ouvert. Ils connaissent également des modulations très sensibles selon les secteurs auxquels ils s'appliquent.

*c) Une déclinaison inspirée par un double souci d'exhaustivité et de réalisme*

● **Une ambition d'exhaustivité qui conduit à rejeter toute distinction liée au statut juridique de l'adjudicateur**

Les directives communautaires n'ont pas tenté de réaliser une harmonisation générale des diverses règles nationales applicables aux marchés publics et leur champ d'application excède souvent celui des codes nationaux régissant ce domaine.

Comme l'indiquait M. Robert Laucournet dans son rapport n° 15 (1992-1993) précité, « *la logique qui sous-tend l'élaboration du droit communautaire repose, en définitive, sur un critère téléologique...* » : ce droit tend à viser « *tout adjudicateur pouvant être soumis à des pressions politiques pour acheter « national » au détriment de ses intérêts commerciaux* ».

A l'origine, les règles posées par les directives n'ont concerné que les seules commandes des collectivités territoriales (Etat, régions, départements, communes) et de certaines personnes morales de droit public (correspondant,

---

<sup>1</sup> Voir les définitions en annexe I.

en droit français, aux établissements publics n'ayant pas un caractère industriel et commercial). Il faut, en effet, bien comprendre que ce ne sont pas les secteurs économiques dits exclus en tant que tels qui, pendant des années, n'ont pas été soumis à ces règles, mais les organismes exerçant leur activité principale dans ces secteurs. A preuve : les commandes passées, dans lesdits secteurs, par les instances publiques émuniées précédemment se trouvaient, elles, assujetties aux directives en vigueur.

Une telle exclusion se f...ait sur la constatation que certaines personnes morales intervenant, à titre principal, dans les branches considérées, possédaient un caractère public susceptible d'entraîner leur assujettissement au droit communautaire des marchés publics, alors que d'autres ressortissaient du droit privé et n'entraient pas dans le cadre d'application de ce droit. Il aurait, en conséquence, été discriminatoire de soumettre une partie des opérateurs à une réglementation particulière qui ne serait pas imposée à leurs concurrents. D'autant plus qu'une telle distinction aurait pu jouer au détriment de certains Etats membres : ces différences de statut juridique opposant des organismes accomplissant des tâches similaires se trouvant moins souvent relevées au sein d'un même pays qu'entre les différents pays composant la CEE.

La Commission de Bruxelles faisait d'ailleurs, à juste titre, remarquer : *« on ne peut imputer les pratiques nationalistes en matière de passation de marchés aux seules entités qui ont un statut public officiel. Les entités privées, isolées des forces du marché et en relation étroite avec l'Etat et leurs fournisseurs nationaux traditionnels, parfois depuis très longtemps, pratiquent une politique analogue<sup>1</sup> »*. La France, où d'importantes entreprises publiques interviennent dans les secteurs concernés, s'était tout particulièrement attachée à ce que les entreprises privées, titulaires de droits exclusifs ou spéciaux, soient effectivement inscrites dans le champ d'application de la directive malgré les réserves de plusieurs de ses partenaires.

Aussi, pour concilier les impératifs de l'achèvement du Marché unique et l'exigence d'un traitement égal de situations fondamentalement identiques, l'approche communautaire a consisté à dépasser la distinction *« entités publiques/entités privées »* qui constituait la base du système juridique originel. A ainsi été englobé dans le droit communautaire des marchés publics toute entreprise *« sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »*

---

<sup>1</sup> *Communication de la Commission sur le régime communautaire des marchés publics dans les secteurs exclus. Bruxelles, le 11 octobre 1988 : Com. (88) 376 final.*

**(article premier, paragraphe 2 de la directive n° 90-531, et ce quel que soit son statut juridique.**

**C'est là une caractéristique majeure des règles en vigueur dans l'Union européenne.**

### **• Un régime assoupli pour les industries de réseaux**

**Ce choix a eu pour effet d'intégrer dans le nouveau dispositif des sujets de droit différant très sensiblement des organisations couvertes par les directives antérieures. Ceux-ci ont, en effet, beaucoup plus de points communs avec une entreprise ordinaire qu'avec une administration. En outre, ils interviennent dans des industries dites de réseaux dont l'exploitation engendre un certain nombre de contraintes particulières.**

**Pour leur permettre de gérer leurs activités d'une manière appropriée à leur spécificité, les autorités communautaires ont donc préféré ne pas leur imposer l'ensemble des règles dont le respect est exigé des administrations. Elles ont, simplement, édicté un système de garanties minimales assurant que les entreprises communautaires en mesure de concourir pourront répondre aux appels d'offres de ces adjudicateurs d'un type particulier.**

**Au total, les obligations fixées aux organismes intervenant dans les industries de réseaux sont relativement souples. C'est là l'autre caractéristique majeure de l'actuel droit européen.**

**Jusqu'à maintenant, ce dernier constituait, par voie de conséquence, un ensemble de règles très cohérentes reposant sur une unité d'inspiration et de principes englobant un grand nombre de situations mais imposant des niveaux de contraintes adaptés aux différents champs d'activités assujettis. Force est de constater que les nouvelles propositions de directives bouleversent quelque peu, notamment pour les entreprises intervenant dans les secteurs exclus, l'équilibre ainsi obtenu.**

## **2. Les nouvelles propositions de directives**

**Dans le but de transposer l'accord AMP en droit communautaire, la Commission européenne propose -dans un document transmis au Parlement sous le n° E-404- deux avant-projets de directives :**

- le premier tend à modifier la directive n° 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la directive n° 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et la directive n° 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ;

- le second vise à amender la directive n° 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Si les propositions concernant le premier avant-projet ne semblent pas soulever de problème majeur, dans la mesure où les procédures de l'AMP sont tout à fait adaptées à la passation des marchés publics stricto sensu, il n'en est pas de même de celles concernant les industries de réseaux.

En effet, les achats des entreprises industrielles se satisfont mal d'une transposition rigide -et, parfois, à la lettre- de dispositions avant tout destinées aux marchés publics classiques.

La Commission propose de nombreuses modifications à cette directive n° 93/38. Outre de nécessaires adaptations mineures, concernant notamment les seuils<sup>1</sup> au-delà desquels les procédures s'appliquent ainsi que les délais<sup>2</sup>, elle propose des modifications substantielles concernant :

- les spécifications techniques ;
- la publicité et le système de qualification des fournisseurs ;
- les cas de dérogation à la procédure de mise en concurrence (travaux complémentaires) ;
- les informations à fournir aux candidats et soumissionnaires qui n'ont pas été retenus ;
- des obligations statistiques.

La plupart de ces modifications entraîneraient des inconvénients sérieux pour les industries de réseaux si elles étaient adoptées en l'état.

---

<sup>1</sup> S'agissant des seuils, la proposition de modification maintient les seuils existants pour le secteur des télécommunications et elle introduit de nouveaux seuils pour tous les autres secteurs d'activité, basés sur les droits de tirages spéciaux prévus dans l'AMP, à savoir 400.000 DTS pour les marchés de fournitures et de services, 5 milliards de DTS pour les marchés de travaux. Ces nouveaux seuils ne sont que très légèrement supérieurs à ceux existants.

<sup>2</sup> Les délais sont légèrement réduits.

**Ceci a motivé la proposition de résolution dont la Commission des Affaires économiques et du Plan est saisie.**

## **II. LA POSITION DE LA COMMISSION EST JURIDIQUEMENT CONTESTABLE**

Les changements radicaux qu'emporterait pour la législation communautaire, et plus particulièrement pour son volet régissant les marchés des industries de réseaux, l'adoption des propositions de directives qui viennent d'être décrites ne sauraient, bien entendu, qu'être approuvés si ces changements découlaient à l'évidence des obligations instituées par l'accord AMP. En effet, une fois ratifiés par chacun des Etats signataires, les accords internationaux ont une autorité juridique supérieure à celle des directives communautaires.

Or, la conformité des propositions de directives aux exigences de l'AMP apparaît pour le moins douteuse : les principes sur lesquels s'appuient ces propositions se révèlent éminemment criticables et l'étude comparée des textes fait ressortir une traduction trop zélée de l'AMP.

### **A. LES PRINCIPES RETENUS SONT CRITICABLES**

#### **1. La soumission des adjudicateurs de l'Union européenne à un double régime juridique crée une confusion préjudiciable à la sécurité contractuelle des adjudications**

##### *a) Des intentions a priori louables*

Les exposés des motifs des propositions de directives communautaires, notamment leurs points 3 et 4, s'avèrent, à l'analyse, constituer une remarquable illustration du vieil adage populaire selon lequel « *l'enfer est pavé de bonnes intentions* ».

A première vue, l'excellence des intentions exprimées par la Commission pour justifier sa démarche paraît insoupçonnable. Ne s'agit-il pas simplement d'éviter, l'AMP étant « *sur certains points plus favorable que les règles communautaires* », que les « *fournisseurs, entrepreneurs et prestataires de services des pays tiers signataires de l'accord* » bénéficient d'un traitement plus avantageux que celui réservé à ceux de l'Union européenne, lorsqu'un marché est ouvert par un adjudicateur de l'Union ? Aussi, dès lors

que l'AMP « ne nécessite pas, en tant que tel, de modification de l'ordre juridique communautaire », n'est-il pas logique de se limiter à « aligner les dispositions de directives sur celles de l'accord lorsque ces dernières sont plus favorables » ?

Le souci d'équité ne rencontre-t-il pas là celui, tout aussi louable, d'économie de moyens ?

Pourtant cette démarche emporte un inconvénient dirimant puisqu'elle aboutit à ce que « les pouvoirs adjudicateurs visés à la fois par les directives et par l'accord doivent appliquer, à propos du même marché, deux régimes juridiques différents ».

*b) Des effets redoutablement pervers*

A l'évidence, la mise en oeuvre d'une telle règle par les acheteurs serait pour le moins problématique : ceux-ci ne pouvant ni ne devant préjuger de l'origine de leurs fournisseurs potentiels, ne peuvent appliquer qu'un régime unique vis-à-vis de tous leurs soumissionnaires.

De plus, le renvoi *de facto* aux Etats membres de la responsabilité de la transposition de l'AMP va en multiplier les interprétations nationales. Les transpositions risquent d'être effectuées dans le sens des intérêts propres à chaque pays, ce qui ne manquera pas d'introduire des différences dans le traitement des pays tiers et, par là même, des distorsions de concurrence au sein même de l'Union entre les différentes entités adjudicatrices.

Au total, la conjonction de toutes les complications pratiques découlant de ce dualisme juridique risque de conduire à une formidable explosion des contentieux devant les différentes juridictions compétentes (nationales, communautaires, internationales). L'ampleur des perturbations qui en résulterait, avant que la jurisprudence soit définitivement et clairement établie, ne pourrait alors que menacer l'indispensable sécurité juridique des passations de marchés et, par contagion, le bon fonctionnement économique des branches d'activités concernées.

Sans compter que l'espace ainsi ouvert aux procédures judiciaires est de nature à favoriser nombre de détournements occultes. Comment ne pas imaginer que, dans un secteur où le nombre de fournisseurs est limité au plan mondial, ceux-ci n'en viendraient pas à considérer qu'il est plus profitable, pour eux, de s'entendre et de se partager clandestinement les marchés que de s'exposer aux foudres contentieuses d'un concurrent évincé ?

Au nom de l'égalité d'accès des fournisseurs aux marchés d'adjudication, la Commission de Bruxelles permettrait ainsi que les adjudicateurs puissent devenir les « otages juridiques » de leurs soumissionnaires. Bel exploit réglementaire !

*c) Une position juridique difficilement justifiable*

Il va sans dire que de telles perspectives sont gênantes pour tous les adjudicateurs visés par l'AMP, mais elles le sont plus encore pour les entreprises concernées qui interviennent dans les industries de réseaux.

Or, la dualité de régime retenue par la Commission et dont les incidences sont à juste titre redoutées par ces industriels, repose sur un postulat éminemment contestable, à savoir l'effet direct des accords du cycle d'Uruguay en droit interne.

Une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>1</sup> précise en effet que :

*« Les effets dans la Communauté des dispositions d'un accord conclu par celle-ci avec un pays tiers, ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale des dispositions en cause. Conformément aux principes du droit international, les institutions communautaires qui sont compétentes pour négocier et conclure un accord avec un pays tiers, sont libres de convenir avec celui-ci des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes. Ce n'est que si cette question n'a pas été réglée par l'accord qu'il incombe aux juridictions compétentes, et en particulier à la Cour dans le cadre de sa compétence en vertu du Traité, de la trancher au même titre que toute autre question d'interprétation relative à l'application de l'accord dans la Communauté ».*

La position de la Commission est donc d'autant plus injustifiable que l'article XXIV-5 de l'AMP prévoit que chaque signataire de l'accord doit mettre en conformité avec les dispositions de l'accord, ses lois, règlements et procédures appliquées par les entités concernées.

En outre, la décision du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion des accords du cycle d'Uruguay par l'Union européenne précise dans son dernier considérant : *« que par sa nature, l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce (OMC) y compris ses annexes n'est pas*

---

<sup>1</sup> Voir notamment son arrêt du 26 octobre 1982, Kupferberg (aff. 104/81, rec. p. 3641)

*susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et celles des Etats membres ».*

L'AMP ne peut, en conséquence, prendre effet qu'après mise en oeuvre des conditions pour le rendre applicable, c'est-à-dire après adaptation ou déclaration de conformité des législations des parties contractantes par les parties contractantes elles-mêmes.

*d) La seule solution raisonnable : une transposition globale de l'AMP dans le droit communautaire*

L'Union européenne étant partie contractante au GATT, le raisonnement qui précède conduit à conclure -ainsi que le suggère la proposition de résolution n° 282- que c'est à elle que revient entièrement la responsabilité de la mise en oeuvre de l'AMP vis-à-vis des pays tiers.

Une telle solution aurait à la fois le mérite de la simplicité et de la cohérence. Tous les Etats membres auraient à se conformer aux mêmes normes et toutes les entreprises de l'Union, via la transcription dans les législations nationales d'un texte assurant une interprétation unifiée de l'accord international, se verraient soumises aux mêmes conditions de concurrence.

L'acceptation de leurs responsabilités par les instances communautaires présenterait, en outre, l'avantage de renforcer la position de l'Union et de chacun des Etats membres en cas de litige avec un pays tiers.

Elle devrait, enfin, permettre de garantir la compatibilité de la réforme avec le bon déroulement des appels d'offre lancés par des industriels, car la juxtaposition partielle de l'AMP et du droit communautaire entraîne des discriminations pour le moins pénalisantes pour certaines entreprises de l'Union.

**2. La définition du champ d'application de l'AMP est à la fois trop étroite et trop large**

**a) Une restriction inadmissible de l'applicabilité de l'AMP aux seules entreprises publiques**

En vertu du point 10 de l'exposé des motifs de la proposition de directive modifiant la directive n° 93/38, « *ce qui détermine l'applicabilité de l'accord, c'est le statut juridique* ». Avec cette formule, la Commission considère que, dans les industries de réseaux, les entreprises disposant de droits exclusifs ou spéciaux mais relevant du droit privé ne seront pas assujetties au double régime normatif dont les inconvénients viennent d'être démontrés. Ces entreprises seraient soumises aux directives, mais nullement à l'application directe de l'AMP.

En d'autres termes, dans les industries de réseaux, seules les entreprises de droit public auraient à respecter, simultanément l'AMP pour leurs relations avec des fournisseurs de pays tiers et le droit communautaire pour leurs relations avec des soumissionnaires installés sur le territoire de l'Union.

Pour justifier sa position, la Commission semble s'appuyer sur l'annexe III de l'AMP qui précise que les entités visées à l'article 2 de la directive n° 93/38 sont les « *public authorities or public undertakings* », à savoir les autorités publiques et les entreprises publiques. Ce faisant, elle donne un contenu juridique à la notion de « *public undertakings* », alors que cette notion a été initialement présentée comme ayant uniquement un sens économique.

Une telle orientation serait, à l'évidence, contraire à tous les principes qui ont sous-tendu l'évolution de la réglementation européenne et qui ont été rappelés précédemment. Si elle était suivie, elle introduirait une discrimination non justifiée entre des entreprises se trouvant dans des situations fondamentalement identiques au seul prétexte de différences de formes juridiques, ce qui a toujours été refusé jusqu'à maintenant par les instances communautaires.

La proposition de la Commission imposerait également, par voie de conséquence, des contraintes supplémentaires à certains Etats membres qui, tel la France, ont organisé leurs industries de réseaux en grandes entreprises nationales. Elle aboutirait, enfin, à établir un dispositif juridique d'une complexité achevée.

Dans le système préconisé, ce ne seraient, en effet, pas moins de trois ensembles distincts de règles qui auraient vocation à s'appliquer en fonction du statut de l'adjudicateur, du type de marché, du secteur considéré et de l'origine du co-contractant :

● les administrations nationales ou locales auraient à respecter les directives n°s 92/50, 93/36 et 93/37 modifiées pour leurs relations intracommunautaires et l'AMP pour leurs relations avec les pays tiers ;

● pour les entreprises publiques des industries de réseaux, il s'agirait de la directive n° 93/38 modifiée pour leurs relations intracommunautaires et l'AMP pour leurs relations avec les pays tiers ;

● pour les entreprises privées des industries de réseaux disposant de droits exclusifs ou spéciaux, ce serait la directive n°s 93/38 et ceci uniquement pour leurs relations intracommunautaires.

**Il est donc indéniable que la démarche préconisée par la Commission est de nature à ébranler les fondements de la législation communautaire des marchés publics.**

Cependant, au-delà même de cet aspect des choses, ce qui rend inadmissible cette démarche, c'est qu'elle est contraire à l'engagement -ayant valeur interprétative de l'AMP- pris par la Commission d'étendre aux pays tiers l'égalité de traitement entre les entités publiques et privées garantie par le droit communautaire.

Cet engagement figure dans la déclaration de la Commission jointe au procès-verbal du Conseil qui a autorisé la signature de l'Accord marchés publics.

Cette déclaration de la Commission est dotée d'une certaine force juridique, dans la mesure où elle a été faite en présence des Etats membres de l'Union européenne et préalablement à la signature de l'Acte final du cycle d'Uruguay. Elle est un élément indissociable de l'accord qui a été passé à Marrakech. Elle précise notamment que : *« dans la mise en oeuvre de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics dans la Communauté et dans les propositions de décision du Conseil qu'elle présentera concernant l'extension aux pays tiers de l'application des dispositions de la directive n° 93/38/CEE, la Commission veillera à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'égalité de traitement entre les entités des secteurs public et privé garantie par la directive ».*

En outre, dans sa déclaration, la Commission vise expressément l'article 222 du Traité de Rome pour rappeler l'impossibilité que des engagements internationaux affectent, dans leur application, le régime de la propriété dans les Etats membres de l'Union européenne.

C'est pourquoi, au vu de tous ces éléments, il n'apparaît pas légitime à votre Commission des Affaires économiques et du Plan d'introduire sur le territoire de l'Union européenne une distinction de régime juridique fondée sur le statut public ou privé des entités concernées.

***b) Une extension inacceptable des obligations de l'accord AMP à des secteurs qu'il ne vise pas***

Ce n'est pas sans une certaine candeur -dont on peut se demander si elle n'est pas quelque peu déplacée dans un contexte aussi lourd d'enjeux stratégiques- que la Commission estime que ses propositions se justifient *« même si cela conduit à créer quelques obligations supplémentaires pour les pouvoirs adjudicateurs dans l'Union européenne »* (fin du point 4 des exposés des motifs).

*« Quelques obligations supplémentaires... »*, la formule ne manque pas de saveur quand on en mesure la portée...

**L'AMP couvre les secteurs de l'eau, de l'électricité, des transports urbains, des ports et des aéroports. Elle ne concerne donc pas ceux des télécommunications, du gaz et des transports interurbains qui, eux, se trouvent visés, avec les premiers, par les directives communautaires.**

**Or, les avant-projets de directive qui nous sont soumis ne distinguent nullement entre les secteurs couverts par l'AMP et les autres. Cela signifie que les entreprises de l'Union intervenant dans ces autres secteurs -particulièrement sensibles pour certains- se verraient soumises, si l'orientation présentée était acceptée, à des procédures que n'auraient pas à respecter leurs homologues des pays tiers.**

**Pour les télécommunications, l'étrangeté de la proposition prend toute sa dimension quand on se rappelle :**

**- d'une part, que ce domaine a été écarté de l'accord du cycle d'Uruguay et qu'il demeure un élément important des négociations commerciales en cours au plan international ;**

**- et, d'autre part, que l'une des raisons expliquant cette situation est qu'en Europe, les opérateurs de télécommunications sont distincts des industriels, tandis qu'aux Etats-Unis, le principal opérateur -ATT- est aussi un important industriel du secteur, ce qui biaise forcément le libre jeu de la concurrence.**

**Si, comme le propose la Commission, on ouvrait, sans aucune réciprocité, le marché européen des équipements de télécommunications à des entreprises étrangères intégrées « verticalement », l'Union européenne pénaliserait ses industriels puisqu'ils ne pourraient obtenir de compensation sur les marchés des pays tiers ainsi favorisés. Mais, en outre, cette ouverture intempestive à des entreprises à « double usage » (à la fois industrielles et prestataires de services) fragiliserait les positions des plus importantes**

compagnies de téléphone de l'Union qui verraient, sans pouvoir réagir, leurs grands compétiteurs internationaux s'implanter sur leurs territoires et être autorisés à y jeter les bases technologiques d'alliances futures dans le domaines des services.

Or, le secteur des télécommunications -équipements et services confondus- devrait être, en part de valeur ajoutée dans le PIB, la deuxième industrie des économies développées à l'aube du XXIème siècle.

Quand l'on considère cet aspect des choses, l'ouverture sans réciprocité des marchés publics de l'Union dans des secteurs non couverts par l'AMP peut, à maints égards, apparaître non seulement inopportune mais également dangereuse. Pour des observateurs critiques, une telle initiative pourrait même apparaître aussi subtile et aussi judicieuse que celle qui, lors de la guerre de Troie, aurait amené les Troyens à demander aux Grecs de leur construire le Cheval de Troie....

Cet empressement à créer pour les industries de réseaux européennes des obligations que n'impose pas l'AMP n'est, malheureusement, pas sans autres illustrations dans les propositions de la Commission.

## **B. UNE TRANSPOSITION TROP ZÉLÉE DE L'AMP**

De fait, dans la transposition du contenu même de l'AMP en droit communautaire, la Commission retient des dispositions très contraignantes pour les industries concernées, allant, sur certains points, bien au-delà de celles figurant dans l'AMP. Il en va ainsi notamment pour deux aspects essentiels des procédures de marchés publics : les justifications à apporter aux fournisseurs non retenus et les modalités de publicité.

### **1. Les justifications à apporter aux fournisseurs non retenus**

En France et dans l'Union européenne, le droit en vigueur n'oblige en rien les opérateurs à rendre compte aux candidats ou soumissionnaires évincés des motifs de leur choix, sauf action officiellement engagée contre eux.

A l'inverse, l'article XVIII de l'AMP prévoit que les entités communiqueront, sur sa demande, à un « soumissionnaire non retenu, des

*renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire », ceci dans les « moindres délais ».*

Si elle se justifie pour les marchés publics stricto sensu, cette exigence se révèle beaucoup moins adaptée aux achats des entreprises industrielles, dans la mesure où, en renversant la charge de la preuve, elle déséquilibre les relations entre acheteurs et fournisseurs.

Comment s'expliquer, dans de telles conditions, que la Commission outre passe une stricte application de l'accord AMP pour :

- d'une part, fixer un bref délai de quinze jours au respect de cette obligation, là où l'AMP ne demandait qu'une diligence ;

- d'autre part, imposer l'obligation de communiquer les motifs du rejet non seulement aux soumissionnaires (cas des procédures ouvertes), mais également aux candidats, c'est-à-dire dans le cas de procédures restreintes ou négociées, ce que ne prévoit pas l'AMP.

Par ailleurs, la directive prévoit -comme l'AMP- la possibilité pour l'opérateur de ne pas divulguer certaines informations, notamment pour préserver les intérêts commerciaux de ses fournisseurs.

On peut donc penser que cette exception à la règle devra, de fait, être couramment utilisée.

Dans ces conditions, ces dispositions, qui figurent à l'article premier § 18 du projet de modification de la directive n° 93/38, risquent fort d'être à la source d'un contentieux abondant.

Elles ne sauraient donc s'appliquer sans dommage aux industries de réseaux.

## **2. Les modalités de publicité**

Il convient, par ailleurs, de relever que les propositions de la Commission provoqueraient un alourdissement des avis de publicité relatifs à la passation de marchés publics allant bien au-delà de l'accord AMP, alors que le respect de ce dernier n'exigerait que quelques adaptations mineures.

Sans entrer dans le détail d'un dispositif très complexe<sup>1</sup>, précisons simplement que les exigences en matière d'informations à communiquer dans l'avis périodique indicatif pris comme moyen de mise en concurrence (20 rubriques contre 6 aujourd'hui), le rendrait équivalent à un véritable avis de consultation et lui ôterait donc tout intérêt.

En outre, la Commission prévoit la création de deux nouveaux avis portant l'un sur l'avis périodique indicatif pris comme moyen de mise en concurrence et, l'autre, sur l'existence d'un système de qualification pris comme moyen de mise en concurrence.

Or, l'AMP ne prévoit pas la nécessité de disposer de deux avis distincts, pour l'avis de marché programmé et pour l'avis sur l'existence d'un système de qualification.

Lourdes et complexes, ces procédures seraient aussi inopérantes. Dès lors, on comprend mal les motivations de la Commission, qui aurait pu se contenter de compléter, le cas échéant, quelques rubriques des avis existants.

On le voit, la Commission -comme souvent- a voulu faire du zèle, dans un domaine qui ne peut pourtant répondre aux mêmes principes et aux mêmes règles que les marchés publics stricto sensu.

Juridiquement contestable, la position de la Commission s'avère, en outre, politiquement et économiquement inopportune.

---

<sup>1</sup> Voir l'annexe n° 2 qui décrit les conditions de publicité dans la directive n° 93/38, dans l'accord marchés publics de 1994 et dans la proposition de modification de la directive n° 93/38.

### **III. LA POSITION DE LA COMMISSION EST POLITIQUEMENT ET ÉCONOMIQUEMENT INOPPORTUNE**

On pourrait penser que la position défendue par la Commission résulte de son souci de ne pas être en retrait par rapport à l'interprétation qu'auraient pu donner de l'AMP ses autres signataires.

Mais une telle thèse apparaît indéfendable. Si l'on examine la position adoptée par le principal d'entre eux, les Etats-Unis, force est de s'inquiéter, au contraire, du décalage, voire des contradictions existant entre les attitudes américaine et européenne.

Le principe de la réciprocité ayant été accepté par toutes les parties contractantes à l'AMP, la façon dont les Etats-Unis conçoivent l'application de cet accord sur les marchés publics est un cruel révélateur de l'irréalisme de nombre des dispositions figurant dans les avant-projets de directives. Face à l'attitude toujours très pragmatique des Etats-Unis, celle préconisée par la Commission apparaît souvent empreinte d'une grande naïveté et d'une rigidité juridique tellement exacerbée qu'elle peut parfois être perçue comme incongrue. Au total, les obligations que la Commission souhaite imposer aux entreprises européennes se révèlent largement plus contraignantes que celles qu'auront à respecter leurs homologues américaines. Elles s'avèrent, par là même, excessives.

#### **A. FACE À UNE ATTITUDE AMÉRICAINE TRÈS PRAGMATIQUE...**

##### **1. Une position de principe souple**

Dans une « Déclaration d'action de l'administration »<sup>1</sup>, qui fait partie intégrante d'un message du Président des Etats-Unis, voté par le Congrès le 1er décembre 1994 et ayant forte autorité, les Etats-Unis ont estimé que leur législation en matière de marchés publics était en totale conformité avec le code des procédures de l'AMP. Ils se sont contentés d'introduire dans leur législation les seuils prévus par les annexes de l'AMP, seuils au-delà desquels ces procédures s'appliquent.

Mais la conformité de la législation américaine avec l'AMP est-elle aussi évidente que l'affirment les Américains ? On est en droit de s'interroger.

---

<sup>1</sup> Un extrait de cette déclaration figure en annexe n° 3.

## **2. Une législation souple, voire floue**

### *a) L'écran de la loi*

Rappelons, tout d'abord, que si la Constitution américaine pose le principe de la supériorité du Traité sur la loi, celle-ci est tempérée par le fait que le Traité doit être mis en oeuvre par une législation fédérale.

En outre, en vertu de la loi américaine, le Représentant américain chargé du commerce (« Us Trade Representative ») a pour mission de consulter les autorités des Etats fédérés pour les amener à adopter les dispositions nécessaires à la mise en conformité de leur législation aux dispositions du GATT.

Il apparaît donc clairement que l'AMP n'est pas invocable directement aux Etats-Unis, mais par le biais des lois qui sont censées le respecter, sous réserve de modifications très mineures, liées notamment au relèvement des seuils.

### *b) Le régime juridique applicable*

Le code des marchés publics américain est extrêmement touffu et compliqué, le « Federal Acquisition Regulation »<sup>1</sup> (ou FAR) comportant 1.672 pages...

On pourrait presque être amené à douter, après un premier examen, que la Commission ait soumis le FAR à une étude détaillée. Elle en aurait alors tiré de précieux enseignements qui auraient vraisemblablement infléchi dans un sens différent les propositions qu'elle avance. En effet, une première analyse permet déjà de relever que le FAR est un document complexe, voire parfois ambigu, qui énonce des règles, mais en précise également les interprétations possibles en fonction des lois existantes et de diverses considérations pratiques.

Ainsi, à titre d'exemple, il énonce que la concurrence doit être maximale (chapitre 6). Mais dans ce même chapitre, il reconnaît qu'il peut être parfois nécessaire d'en exclure certaines « sources » (6.2.). D'autre part,

---

<sup>1</sup> Le « Federal Acquisition Regulation » (FAR) est un code réglementant les achats de toutes les entités relevant du pouvoir fédéral américain.

il rappelle les exigences de la loi sur les petites et moyennes entreprises et les entreprises désavantagées (chapitre 19), celle sur les entreprises en zone de fort chômage (chapitre 20). Il rappelle aussi la nécessaire prise en compte des programmes socio-économiques (chapitre 26) ou des produits ou services gouvernementaux (chapitre 8).

Enfin, il reconnaît que l'acquisition de systèmes dits « très importants » (« major systems »), c'est-à-dire des gros matériels, peut requérir des règles spécifiques et plus souples et il les admet (chapitre 34).

Cette complexité du code américain doit être appréciée dans le cadre du système juridique des Etats-Unis qui repose sur la « Common Law » et accorde donc une importance primordiale à la jurisprudence. Ceci conduit les autorités américaines à la plus grande prudence et l'amène à changer le moins possible les pratiques des acheteurs concernés par l'AMP.

La « Déclaration d'action de l'administration » affirme même que les entités du secteur électrique, nouvellement visées par l'AMP, n'auront pas besoin de modifier les procédures de passation de leurs marchés publics, puisqu'elles respectent des procédures conformes à celles du FAR.

Or, certaines des pratiques industrielles de ces entités relèvent de chapitres particuliers du FAR ou d'autres textes dont la conformité avec l'AMP n'apparaît pas, loin s'en faut, évidente, ainsi que l'illustre l'annexe n° 4.

### *c) L'exemple de la Tennessee Valley Authority (TVA)*

L'exemple de la Tennessee Valley Authority (TVA) est éclairant à cet égard.

La TVA est un des principaux opérateurs régionaux publics dans le secteur électrique (elle appartient au Gouvernement fédéral), puisque ses achats représentent plus de 50 % des marchés des entités américaines de ce secteur visées par l'AMP.

La TVA n'est tenue d'appliquer le FAR que pour les achats qu'elle finance sur subventions publiques. En revanche, elle peut soit l'appliquer, soit respecter le droit commercial usuel lorsqu'elle finance ses acquisitions au moyen de ses ressources propres, ce qui semble être largement le cas.

Aussi peut-on en déduire que la TVA, principal opérateur électrique américain soumis à l'AMP, ne respectera pas nécessairement l'AMP,

puisque'elle n'est pas toujours tenue de respecter le FAR, déclaré quant à lui conforme à l'AMP !

En outre, la TVA est principalement acquéreur de gros matériels (« major systems »), dont on a vu qu'ils bénéficiaient de procédures plus souples.

## **B. LES PROPOSITIONS COMMUNAUTAIRES SONT PAR TROP CONTRAIGNANTES**

Au regard de la position américaine, les propositions de la Commission européenne imposeraient des contraintes excessives aux entreprises européennes de réseaux.

En effet, sur trois aspects majeurs des procédures de passation de marchés publics : le dialogue technique, la qualification des fournisseurs et les conditions d'un appel d'offre restreint pour les travaux complémentaires, la Commission propose une reprise textuelle du texte de l'AMP, alors même que l'on pourrait en respecter l'esprit sans pour autant s'imposer de le reprendre à la lettre, à l'instar d'autres pays signataires qui se contentent de l'interpréter. On garderait ainsi, comme les Etats-Unis, une certaine souplesse indispensable aux industries de réseaux.

### **1. L'interdiction du dialogue technique**

Reprenant l'article VI-4 de l'AMP, l'article premier § 5 de la proposition de directive n° 93/38 modifiée prévoit que « *les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une entreprise qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché* », au motif que cela pourrait fausser la concurrence.

Une telle disposition rendrait impossible le dialogue technique approfondi qui doit s'instaurer entre des exploitants responsables de systèmes complexes et des fournisseurs mettant en oeuvre les technologies nécessaires à la réalisation des composants le plus souvent sophistiqués de ces systèmes. Elle s'avère donc tout à fait inadaptée à la nature industrielle des achats

effectués par les industries de réseaux, qui amène ces dernières à développer un partenariat avec leurs fournisseurs.

**Quelques exemples sont particulièrement éclairants à cet égard.**

En premier lieu, celui du secteur ferroviaire, où la RATP, pour créer et développer des systèmes nouveaux et performants (matériels roulants, voies et signalisation) développe nécessairement et naturellement un partenariat avec des industriels.

Ce partenariat lui permet de moderniser et de faire progresser son offre de transport. A titre d'exemple, l'ensemble des automatismes de la nouvelle ligne de métro « Météor » ainsi que les spécifications du matériel ferroviaire de cette ligne reposent sur un tel partenariat.

Toujours dans le secteur ferroviaire, il faut avoir conscience que, si la disposition proposée par la Commission avait été appliquée dans le passé, elle aurait freiné les progrès techniques nés du rapprochement entre la SNCF et les industries manufacturières et on peut aller jusqu'à se demander si elle n'aurait pas empêché la construction du train à grande vitesse dans un pays de l'Union européenne.

**Prenons un autre exemple révélateur : celui de l'industrie électro-nucléaire.**

Au moins dix années s'écoulaient entre les premières discussions et la réalisation d'une centrale nucléaire, fruit d'un dialogue technique approfondi. L'interdiction du dialogue technique aurait certainement perturbé la réalisation du programme électro-nucléaire performant dont la France s'est dotée.

Toutes ces industries ont, on le voit, des conditions d'achat spécifiques pour des produits et travaux très élaborés, dont la fabrication s'inscrit dans la durée et pour lesquels la responsabilité de l'exploitant est grande.

Il ne s'agit pas d'essayer de limiter la concurrence, mais de comprendre que la notion de partenariat n'est pas incompatible avec celle de concurrence.

Il faut d'ailleurs relever que la même disposition sur les spécifications techniques figurait à l'article IV du précédent accord relatif aux marchés publics, datant de 1987. La Commission n'avait, à l'époque, pas cru devoir la reprendre textuellement. Elle avait

**simplement interdit les spécifications techniques discriminatoires, à l'article 18-5 de la directive n° 93/38. Pourquoi, dans un contexte identique, n'adopte-t-elle pas la même attitude ? Cela serait à la fois plus sage et plus cohérent.**

**D'autant plus que, selon les commentaires de la Commission, il s'agirait là d'une disposition de caractère général figurant déjà dans le droit communautaire. Dès lors, pourquoi alourdir inutilement la directive et risquer de jeter la suspicion sur toute relation acheteur/fournisseur préalable à la mise en concurrence ?**

**Il conviendrait donc de supprimer l'article premier § 5 de la proposition de directive modifiée, car son maintien en l'état entraînerait des effets pervers :**

- **augmentation du coût des études de définition des spécifications du fait que l'industriel concerné ne pourrait plus être consulté au moment de l'appel d'offre (absence de retour d'investissements). Refus possible d'un industriel de réaliser des études de définition afin de protéger son savoir-faire ;**

- **inadéquation entre les besoins exprimés d'un côté par un donneur d'ordres et les spécifications définies par un industriel de l'autre ;**

- **frein au progrès technique, en empêchant un exploitant de discuter de l'avenir d'une technique avec un fournisseur quelconque puisque, dans un milieu où prédominent les oligopoles, ce dernier sera toujours susceptible d'avoir un intérêt commercial à défendre ;**

- **perte de compétitivité des industriels européens sur les marchés étrangers du fait de l'absence de dialogue technique avec les exploitants de réseaux.**

## **2. La remise en cause des systèmes de qualification des fournisseurs**

**La directive n° 93/38 a instauré un « système de qualification » qui permet de prospecter et d'évaluer les candidatures des fournisseurs potentiels, dans un délai d'au moins six mois, indépendamment de toute consultation immédiate. En outre, l'entité adjudicatrice a la possibilité de limiter dans le temps l'accès au système, ce qui permet de gérer de façon rationnelle les candidatures.**

**Ce système, utilisé largement par les industries de réseaux, permet de réaliser un gain de temps appréciable dans le processus de passation de chaque marché. En outre, il permet de préserver la confidentialité des affaires.**

**Ainsi, par exemple, la RATP gère environ une quinzaine de systèmes de qualification. Les opérations de qualification sont parfois longues (deux années dans certains cas) et ne nécessitent la publication que d'un seul et unique avis au Journal officiel des Communautés européennes, sans qu'une nouvelle publication soit nécessaire au moment de la consultation des entreprises pour un marché déterminé, conformément à la directive n° 93/38.**

**Reprenant les dispositions de l'article VIII de l'AMP, l'article premier § 15 de la proposition de directive n° 93/38 modifiée prévoit que les fournisseurs peuvent avoir accès au système « à tout moment » et que la qualification peut intervenir au cours d'une procédure de passation de marché.**

**Une telle disposition interdirait à l'acheteur de constituer un noyau stable de fournisseurs pendant une certaine période. Appliqué aux industries de réseaux, il viderait de son sens l'intérêt de publier un avis sur un système de qualification plutôt que des avis de consultation pour chaque marché à passer.**

**L'annexe XIII de la proposition comporte deux modèles d'avis sur l'existence d'un système de qualification : l'un servant de moyen à une mise en concurrence (annexe XIII-B) et l'autre ne servant pas comme tel (annexe XIII-A).**

**Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'utilité d'établir et de gérer un système de qualification est complètement annihilée et prive les entreprises de réseaux d'une facilité de gestion de leurs achats que la directive n° 93/38 avait autorisée.**

**Rappelons que la législation américaine ne comporte pas de disposition équivalente.**

**A tout le moins, il conviendrait de préserver les délais de qualification et de sélection des candidats. Il faudrait, par ailleurs, éviter que l'avis sur l'existence d'un système de qualification ne devienne un véritable avis de consultation.**

### **3. Le cas des marchés de travaux complémentaires**

Dans sa rédaction actuelle, l'article 20 § 2, point F de la directive n°93/38, autorise le recours à la procédure sans mise en concurrence (c'est-à-dire de gré à gré), sous certaines conditions. L'entité doit notamment prouver que les travaux complémentaires ne peuvent être économiquement et techniquement séparés du marché principal.

Reprenant l'article XV de l'AMP, l'article premier § 6 de la proposition de directive n° 93/38 modifiée limite le recours à cette procédure sans mise en concurrence, lorsque les marchés de travaux complémentaires ne dépassent pas 50 % du montant du marché principal.

Des travaux complémentaires qui ne peuvent être, par nature, économiquement et techniquement séparables des travaux principaux pourront difficilement être réalisés par un entrepreneur autre que l'entrepreneur initial (notamment pour des raisons de garanties et de calendrier de projet) et cela quel qu'en soit leur montant, même au-delà des 50 %.

Une telle disposition paraît difficilement applicable aux industries de réseaux. Il faut, d'ailleurs, rappeler qu'elle ne semble pas figurer dans la législation américaine.

#### **IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION**

##### **A. LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE INTRODUISENT UN DÉSÉQUILIBRE PRÉJUDICIALE À L'ENSEMBLE DES INDUSTRIES EUROPÉENNES DE RÉSEAUX**

Il résulte des développements précédents que l'adoption, en l'état, de la proposition de modification de la directive n° 93/38 jouerait au détriment des entreprises européennes de réseaux :

- son champ d'application est plus large que celui de l'AMP ;
- l'interprétation littérale de l'accord AMP par la Commission est beaucoup plus défavorable aux entreprises concernées que l'interprétation pragmatique qu'en donnent les autorités américaines.

Non seulement la Commission s'enferme parfois dans un respect à la lettre du texte de l'AMP, mais en plus, on l'a vu, elle préconise des obligations plus contraignantes que celles de l'AMP.

Force est de constater que la Commission est ici prise en flagrant délit de contradiction entre ses déclarations et ses propositions. En effet, à l'article 9 c de l'exposé des motifs de la proposition d'acte communautaire n° E-318 concernant la mise en oeuvre des résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, la Commission avait estimé que la révision de l'accord sur les marchés publics n'exigeait « *pas de modifications majeures de la législation communautaire en vigueur* ».

Confirmant cette position au cours d'une audition organisée par la Commission des relations économiques extérieures du Parlement européen, le 19 avril 1995, M. Hugo Paemen, Directeur général adjoint à la direction générale 1 (relations économiques extérieures) de la Commission a déclaré que les directives européennes ne seraient pas affectées par l'accord sur les marchés publics, en dehors de quelques aspects techniques.

Le déséquilibre en faveur des industriels américains se trouve, d'ailleurs, amplifié par l'organisation des secteurs concernés aux Etats-Unis.

Il a, d'ailleurs, déjà été dénoncé dans deux Résolutions précédemment adoptées par le Sénat, sur la proposition de votre Commission des Affaires économiques et du Plan:

- la Résolution n° 43 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord sous la forme d'un échange de lettres

entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique concernant les marchés publics (n° E-277) ;

- la Résolution n° 171 sur la proposition de décision du Conseil relative à l'entrée en vigueur simultanée des actes mettant en oeuvre les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay (n° E-318).

En outre, cette absence de réciprocité est aggravée par le fait que les industries européennes des secteurs non couverts par l'AMP se verraient imposer des contraintes auxquelles ne seraient pas soumises leurs partenaires des autres pays signataires de l'accord.

Ainsi, la Commission fait-elle une nouvelle fois preuve d'une naïveté désarmante -mais est-ce bien de la naïveté ?- en se privant de marges de manoeuvre dans les négociations ultérieures qui ne manqueront pas de concerner les secteurs jusqu'ici non couverts par l'AMP.

## ***B. LA PROPOSITION DE RÉSOLUTION***

L'importance des enjeux qu'emporte ce dossier justifiait le dépôt de la proposition de Résolution n° 292.

Votre commission en a adopté le dispositif, après l'avoir complété pour tenir compte de l'étude plus approfondie à laquelle votre rapporteur a pu procéder et dont les principaux éléments ont été développés précédemment.

La proposition de Résolution qu'elle a adoptée invite le Gouvernement à demander au Conseil :

- d'appliquer un régime unique de passation des marchés publics, sans discrimination relative au statut juridique des entreprises concernées, en fonction de leur appartenance au secteur public ou secteur privé ;

- de donner une interprétation de l'AMP qui, s'inspirant de celle qui en a été donnée aux Etats-Unis -lesquels ont déclaré leur législation conforme à l'AMP-, n'apporte aux directives, objets de la transposition de cet accord, que des adaptations mineures et non des modifications substantielles comme le propose la Commission ;

- et, en tout état de cause, à défaut du strict respect de cette position, d'exclure du champ d'application des nouvelles directives les secteurs non couverts par l'AMP et, en particulier, les télécommunications.

**En effet, l'extension du champ d'application des directives à ces secteurs serait tout à fait admissible si, comme le souhaite votre Commission des Affaires économiques et du Plan, la transposition consiste uniquement en quelques adaptations techniques mineures desdites directives. En revanche, elle ne peut être acceptée si les modifications portent sur des aspects substantiels des procédures visées.**

## **PROPOSITION DE RÉSOLUTION**

**Le Sénat,**

**Vu l'article 88-4 de la Constitution,**

**Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la directive 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et la directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ainsi que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (n° E-404),**

**Vu l'accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre du cycle d'Uruguay, qui a vocation à s'appliquer aux marchés passés par les autorités publiques, ainsi que par certaines entités sous influence publique, dans les secteurs de l'électricité, des transports urbains, des ports et aéroports,**

**Considérant que ledit accord a été introduit dans l'ordre juridique communautaire par la décision du Conseil de l'Union européenne en date du 22 décembre 1994 mais qu'en vertu de cette décision et des termes mêmes dudit accord, il n'est pas directement applicable dans l'Union européenne sans mesures de transposition,**

**Considérant que la responsabilité de cette transposition incombe à l'Union européenne en sa qualité de partie contractante aux accords du cycle d'Uruguay,**

**Considérant qu'une telle transposition apparaît seule à même d'assurer une mise en oeuvre claire et cohérente de l'accord AMP au sein de l'Union européenne puisque, en application de dispositions édictées par l'Union, des règles communes de passation des marchés publics existent déjà dans les différents Etats membres,**

**Considérant que les propositions de directives susvisées ne répondent pas à ces exigences puisque, d'une part, elles affirment que l'accord AMP fait partie de l'ordre juridique communautaire sans qu'un acte de transposition soit nécessaire et que, d'autre part et par voie de conséquence, elles posent le principe que deux régimes juridiques distincts peuvent s'appliquer à un même marché**

public ouvert au sein de l'Union européenne, selon que les fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services susceptibles d'être intéressés sont ou non originaires de l'Union,

Considérant que de telles orientations sont de nature à créer entre les pays de l'Union des divergences juridiques pouvant être source de distorsion de concurrence et d'insécurité contractuelle, notamment pour les industries dites de réseaux,

Considérant, par ailleurs, que les propositions de directives précitées pour aligner certaines dispositions du droit communautaire sur celles de l'accord AMP apparaissent excéder les exigences dudit accord, en ce qui concerne d'une part leur champ d'application, puisqu'elles s'appliqueraient à des secteurs non couverts par l'AMP, en particulier au secteur des télécommunications, et d'autre part, leur contenu, dans la mesure où elles imposent -sur certains aspects essentiels des procédures- des contraintes supérieures à celles posées par l'AMP,

Considérant, en outre, que la mise en oeuvre d'un accord international tel que l'AMP s'entend toujours dans le respect du principe de réciprocité et que les Etats-Unis, partie signataire de l'AMP et principal partenaire économique de l'Union européenne ont considéré que leur législation en matière de marchés publics était conforme à l'AMP, sous réserve de quelques adaptations mineures,

Considérant, à cet égard, que par bien des aspects le droit communautaire en vigueur est d'ores et déjà plus fidèle à l'esprit de l'AMP que la législation américaine, qui n'a fait l'objet que de modifications mineures,

Considérant, enfin, l'importance des intérêts économiques et financiers en jeu,

S'interroge sur le bien-fondé des propositions présentées par la Commission,

Invite le Gouvernement à demander au Conseil :

- qu'une transposition communautaire de l'accord plurilatéral sur les marchés publics soit assurée de manière à ce qu'au sein de l'Union européenne soit garantie, sans aucune discrimination relative au statut juridique des entreprises concernées, l'application d'un régime unique de passation des marchés publics quelle que soit l'origine géographique des fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services pouvant y répondre,

- que l'interprétation de l'AMP devant présider à sa transposition en droit communautaire s'inspire, en vertu du principe de réciprocité, de l'interprétation qui en a été donnée par les Etats-Unis dans la « Déclaration

**d'action de l'administration » adoptée par le Congrès américain le 1er décembre 1994,**

**- que, par voie de conséquence, les modifications à apporter aux directives précitées ne portent que sur les seuils de déclenchement des procédures et les délais impartis à ces dernières et, en aucun cas, sur des aspects majeurs, tels que les justifications à apporter aux fournisseurs non retenus, les modalités de publicité, le dialogue technique, le système de qualification des fournisseurs et les marchés de travaux complémentaires,**

**- qu'à défaut du strict respect de la position définie précédemment, soient exclus du champ d'application des nouvelles directives les secteurs non couverts par l'AMP, et en particulier, le secteur des télécommunications eu égard à son caractère stratégique.**

## TABLEAU COMPARATIF

**Proposition de résolution n° 292 (1994-1995)  
de MM. Henri REVOL et Robert LAUCOURNET**

*Le Sénat,*

*Vu l'article 88-4 de la Constitution,*

*Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la directive 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et la directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ainsi que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications,*

*Considérant que l'accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre du cycle d'Uruguay a été introduit dans l'ordre communautaire par la décision du Conseil de l'Union européenne en date du 22 décembre 1994 mais qu'en vertu de cette décision et des termes mêmes dudit accord, il n'est pas directement applicable dans l'Union européenne sans mesures de transposition,*

*Considérant que la responsabilité de cette transposition incombe à l'Union européenne en sa qualité de partie contractante aux accords du cycle d'Uruguay,*

**Proposition de résolution de la Commission**

*Le Sénat,*

*Vu l'article 88-4 de la Constitution,*

**Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la directive 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et la directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ainsi que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (n° E-404),**

**Vu l'accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre du cycle d'Uruguay, qui a vocation à s'appliquer aux marchés passés par les autorités publiques, ainsi que par certaines entités sous influence publique, dans les secteurs de l'électricité, des transports urbains, des ports et aéroports,**

**Considérant que ledit accord a été introduit dans l'ordre juridique communautaire par la décision du Conseil de l'Union européenne en date du 22 décembre 1994 mais qu'en vertu de cette décision et des termes mêmes dudit accord, il n'est pas directement applicable dans l'Union européenne sans mesures de transposition,**

**Considérant que la responsabilité de cette transposition incombe à l'Union européenne en sa qualité de partie contractante aux accords du cycle d'Uruguay,**

**Proposition de résolution n° 292 (1994-1995)  
de MM. Henri REVOL et Robert LAUCOURNET**

*Considérant qu'une telle transposition apparaît seule à même d'assurer une mise en oeuvre claire et cohérente de l'accord AMP au sein de l'Union européenne puisque, en application de dispositions édictées par l'Union, des règles communes de passation des marchés publics existent déjà dans les différents Etats-membres,*

*Considérant que les propositions de directive sus-visées ne répondent pas à ces exigences puisque, d'une part, elles affirment que l'accord AMP fait partie de l'ordre juridique communautaire sans qu'un acte de transposition soit nécessaire et que, d'autre part et par voie de conséquence, elles posent le principe que deux régimes juridiques distincts peuvent s'appliquer à un même marché public ouvert au sein de l'Union européenne, selon que les fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services susceptibles d'être intéressés soient ou non originaires de l'Union,*

*Considérant que de telles orientations sont de nature à créer entre les pays de l'Union des divergences juridiques pouvant être source de distorsion de concurrence, notamment pour les industries dites de réseau,*

*Considérant, en outre, que les mesures avancées par les propositions de directive précitées pour aligner certaines dispositions du droit communautaire sur celles de l'accord AMP apparaissent excéder les exigences dudit accord, tout particulièrement pour ce qui concerne son application à certains secteurs tel celui des télécommunications,*

**Proposition de résolution de la Commission**

**Considérant qu'une telle transposition apparaît seule à même d'assurer une mise en oeuvre claire et cohérente de l'accord AMP au sein de l'Union européenne puisque, en application de dispositions édictées par l'Union, des règles communes de passation des marchés publics existent déjà dans les différents Etats membres,**

**Considérant que les propositions de directives susvisées ne répondent pas à ces exigences puisque, d'une part, elles affirment que l'accord AMP fait partie de l'ordre juridique communautaire sans qu'un acte de transposition soit nécessaire et que, d'autre part et par voie de conséquence, elles posent le principe que deux régimes juridiques distincts peuvent s'appliquer à un même marché public ouvert au sein de l'Union européenne, selon que les fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services susceptibles d'être intéressés sont ou non originaires de l'Union,**

**Considérant que de telles orientations sont de nature à créer entre les pays de l'Union des divergences juridiques pouvant être source de distorsion de concurrence et d'insécurité contractuelle, notamment pour les industries dites de réseaux,**

**Considérant, par ailleurs, que les propositions de directives précitées pour aligner certaines dispositions du droit communautaire sur celles de l'accord AMP apparaissent excéder les exigences dudit accord, en ce qui concerne d'une part leur champ d'application, puisqu'elles s'appliqueraient à des secteurs non couverts par l'AMP, en particulier au secteur des télécommunications, et d'autre part, leur contenu, dans la mesure où elles imposent -sur certains aspects essentiels des procédures- des contraintes supérieures à celles posées par l'AMP,**

**Proposition de résolution n° 292 (1994-1995)  
de MM. Henri REVOL et Robert LAUCOURNET**

*Considérant, enfin, l'importance des intérêts économiques et financiers en jeu,*

*Invite le Gouvernement :*

*- à demander au Conseil qu'une transposition communautaire de l'accord plurilatéral sur les marchés publics soit assurée de manière à ce qu'au sein de l'Union européenne soit garantie, sans aucune discrimination relative au statut juridique des entreprises concernées, l'application d'un régime unique de passation des marchés publics quelle que soit l'origine géographique des fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services pouvant y répondre,*

*- et à veiller à ce que cette transposition se limite au respect des seules exigences dudit accord plurilatéral.*

**Proposition de résolution de la Commission**

**- Considérant, en outre, que la mise en oeuvre d'un accord international tel que l'AMP s'entend toujours dans le respect du principe de réciprocité et que les Etats-Unis, partie signataire de l'AMP et principal partenaire économique de l'Union européenne ont considéré que leur législation en matière de marchés publics était conforme à l'AMP, sous réserve de quelques adaptations mineures,**

**Considérant, à cet égard, que par bien des aspects le droit communautaire en vigueur est d'ores et déjà plus fidèle à l'esprit de l'AMP que la législation américaine, qui n'a fait l'objet que de modifications mineures,**

**Considérant, enfin, l'importance des intérêts économiques et financiers en jeu,**

**S'interroge sur le bien-fondé des propositions présentées par la Commission,**

**Invite le Gouvernement à demander au Conseil**

**- qu'une transposition communautaire de l'accord plurilatéral sur les marchés publics soit assurée de manière à ce qu'au sein de l'Union européenne soit garantie, sans aucune discrimination relative au statut juridique des entreprises concernées, l'application d'un régime unique de passation des marchés publics quelle que soit l'origine géographique des fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services pouvant y répondre,**

**- que l'interprétation de l'AMP devant présider à sa transposition en droit communautaire s'inspire, en vertu du principe de réciprocité, de l'interprétation qui en a été donnée par les Etats-Unis dans la « Déclaration d'action de l'administration » adoptée par le Congrès américain le 1er décembre 1994,**

**Proposition de résolution n° 292 (1994-1995)**  
**de MM. Henri REVOL et Robert LAUCOURNET**

---

**Proposition de résolution de la Commission**

---

- que, par voie de conséquence, les modifications à apporter aux directives précitées ne portent que sur les seuils de déclenchement des procédures et les délais impartis à ces dernières et, en aucun cas, sur des aspects majeurs, tels que les justifications à apporter aux fournisseurs non retenus, les modalités de publicité, le dialogue technique, le système de qualification des fournisseurs et les marchés de travaux complémentaires,

- qu'à défaut du strict respect de la position définie précédemment, soient exclus du champ d'application des nouvelles directives les secteurs non couverts par l'AMP, et en particulier, le secteur des télécommunications eu égard à son caractère stratégique.

**ANNEXES**

## ANNEXE N° 1

### QUELQUES DÉFINITIONS <sup>1</sup>

#### *Les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices :*

- dans les procédures ouvertes : tout fournisseur, tout entrepreneur ou tout prestataire de services intéressé peut soumissionner ;

- dans les procédures restreintes : seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent soumissionner ;

- dans les procédures négociées : l'entité adjudicatrice consulte les fournisseurs, les entrepreneurs ou les prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

#### *Les procédures par « concours » :*

Il s'agit de procédures nationales qui permettent à l'entité adjudicatrice d'acquérir, principalement dans le domaine 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.

---

<sup>1</sup> Extraits de l'article premier 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.

## **ANNEXE N° 2**

### **LA PUBLICITÉ DANS LA DIRECTIVE 93/38, DANS L'ACCORD MARCHÉS PUBLICS DE 1994 ET DANS LA PROPOSITION DE MODIFICATION DE LA DIRECTIVE 93/38**

#### **I. LA PUBLICITÉ DANS LA DIRECTIVE 93/38**

Il existe huit avis de publicité dans la directive 93/98 qui ont tous une fonction particulière.

##### **A. L'AVIS PÉRIODIQUE INDICATIF (API)**

**Cet avis a une double fonction.**

● Il peut servir d'information sur les marchés de travaux, fournitures ou de services, que l'entité adjudicatrice envisage de passer au cours des douze mois à venir. Il est obligatoire dès lors que :

- les marchés de fournitures, par groupe de produits, dépassent 750.000 écus ;

- les marchés de travaux dépassent 5.000.000 écus ;

- les marchés de services dépassent pour chacune des catégories de services 750.000 écus.

L'avis périodique indicatif ne constitue pas en tant que tel un moyen de mise en concurrence. Il a uniquement pour rôle d'informer les fournisseurs, entrepreneurs, prestataires de services potentiels des achats futurs de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, il devra obligatoirement être suivi d'un moyen de mise en concurrence au moment de la consultation.

● Il peut servir de moyen de mise en concurrence, dans ce cas il devient un APIC : avis périodique indicatif pris comme moyen de mise en concurrence. L'opération de publicité est ici simplifiée, étant donné qu'un seul avis de publicité est effectué au lieu de deux (API, suivi d'un moyen de mise en concurrence au moment de la consultation). Cet avis est rapide et relativement simple à remplir puisqu'il ne comporte que six rubriques d'informations à fournir pour les marchés de fournitures ou services et sept rubriques pour les marchés de travaux. Cependant, il doit respecter deux conditions :

- faire spécifiquement référence aux travaux, fournitures, services qui feront l'objet du marché à passer ;

- mentionner que ce marché sera passé par procédure restreinte ou négociée, et qu'il constitue un moyen de mise en concurrence.

En outre, les entités adjudicatrices devront inviter ultérieurement tous les candidats à confirmer leur intérêt sur la base d'informations détaillées relatives au marché en question.

## **B. LES MOYENS DE MISE EN CONCURRENCE**

L'entité adjudicatrice a, en vertu de la directive 93/38, le choix entre plusieurs moyens de mise en concurrence :

● Les avis de consultations, qui diffèrent selon la période choisie :

- le modèle A de l'annexe XVII concerne la procédure ouverte et comporte vingt et une rubriques à renseigner ;

- le modèle B de l'annexe XII concerne la procédure restreinte et comporte dix-neuf rubriques à renseigner ;

- le modèle C de la même annexe concerne la procédure négociée et comporte dix-huit rubriques à renseigner.

Ces avis ont été parfaitement assimilés aujourd'hui par les praticiens des achats et présentent une relative complexité.

● L'avis de concours, qui concerne uniquement la mise en concurrence sur concours et comporte quinze rubriques à renseigner.

● L'avis périodique indicatif pris comme moyen de mise en concurrence, exposé précédemment.

● **L'avis sur l'existence d'un système de qualification, qui comporte quatre rubriques. Il s'agit donc d'un moyen de mise en concurrence allégé. Il permet de porter à la connaissance des fournisseurs potentiels l'existence d'un système de qualification et d'être également un moyen de mise en concurrence. Il rend donc non nécessaire la publication ultérieure d'un avis de consultation. Le principe de cet avis est extrêmement libéral du fait qu'une fois la liste des fournisseurs qualifiés constituée selon les critères objectifs de qualification, l'entité adjudicatrice n'a plus qu'à sélectionner parmi les candidats qualifiés ceux qui participeront à la consultation proprement dite.**

### **C. LES AVIS CONCERNANT LES MARCHÉS PASSÉS**

**Il est obligatoire dans les deux mois qui suivent l'attribution du marché et comporte vingt rubriques. Les rubriques de 1 à 11 concernent les informations pour la publication au Journal Officiel des Communautés européennes. Les rubriques de 12 à 20 concernent des informations non destinées à être publiées.**

## **II. LA PUBLICITÉ DANS L'AMP**

**Les obligations de publicité sont prévues à l'article 9 de l'AMP. Aux termes de cet article, les entités doivent faire paraître une invitation à soumissionner qui équivaut au moyen de mise en concurrence de la directive 93/98.**

**Celle-ci peut prendre la forme d'un avis de projet de marché, d'un avis de marché programmé ou d'un avis concernant un système de qualification.**

### **A. L'AVIS DE PROJET DE MARCHÉ**

**Celui-ci comporte huit rubriques. On y retrouve les principales rubriques de l'annexe XII A, B, C de la directive 93/38.**

## **B. L'AVIS DE MARCHÉ PROGRAMMÉ**

Il comporte dix rubriques, dont une grande partie sont identiques à celles de l'avis de projet de marché, auxquelles s'ajoutent deux rubriques spécifiques :

- la mention du fait que les fournisseurs intéressés doivent faire part à l'entité de leur intérêt pour le marché ;

- la mention de la personne ou du service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements additionnels peuvent être obtenus. Cet avis est l'équivalent de l'APIC dans la directive 93/38.

## **C. L'AVIS CONCERNANT UN SYSTÈME DE QUALIFICATION**

Il comporte cinq rubriques. Les trois premières concernent la gestion du système avec l'objet de la qualification, les conditions à remplir par le fournisseur pour être inscrit sur les listes de qualifiés et la durée du système. Les dernières rubriques spécifient la nature des produits ou services et le fait qu'il s'agit d'un moyen de mise en concurrence.

Il peut, en outre, comporter d'autres renseignements à fournir, pour autant qu'ils soient disponibles au moment du lancement de l'avis et dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public ou ne portent pas préjudice aux intérêts commerciaux. Ces renseignements sont équivalents à ceux du projet d'avis de marché.

Le système de l'AMP est donc très libéral. Il ne prévoit pas de modèles d'avis et laisse beaucoup d'initiative à l'entité adjudicatrice dans l'utilisation des rubriques des différents moyens de mise en concurrence.

Il est clair que le système de la directive 93/38 qui prévoit la publication d'un API en tant que programme d'achat suivi d'un ou plusieurs avis de consultation n'a pas d'équivalent dans l'AMP. Enfin, l'avis sur l'existence d'un système de qualification ne fait pas l'objet de deux avis distincts, le même avis comportant deux types d'information : sur la gestion du système ; sur les marchés futurs concernant les produits objets de la qualification. Elles sont à donner, le cas échéant, si elles sont disponibles au moment du lancement de l'avis.

### **III. LA PUBLICITÉ DANS LA PROPOSITION DE MODIFICATION DE LA DIRECTIVE 93/38**

**La proposition de modification de la directive complexifie davantage le système de publicité existant : on passerait ainsi de huit avis de publicité à dix.**

**Elle prévoit de scinder l'avis périodique indicatif en deux avis : l'un concernerait le programme d'achat futur, l'autre serait relatif à la mise en concurrence. Dans ce dernier cas, l'avis périodique indicatif pris comme moyen de mise en concurrence équivaldrait à un véritable avis de consultation. Par conséquent, l'intérêt d'utiliser l'APIC, qui comporte actuellement six rubriques, serait totalement annulé.**

**Il en va de même pour l'avis sur l'existence d'un système de qualification. Il peut être considéré comme un moyen de mise en concurrence ou pas. Lorsqu'il n'est pas utilisé comme un moyen de mise en concurrence, il permet d'établir une liste des fournisseurs qualifiés. Cela suppose qu'ultérieurement, au moment de la consultation proprement dite, il faut publier un avis de consultation.**

**Si cet avis est pris comme moyen de mise en concurrence, il est équivalent à un avis de consultation.**

**Le système de publicité prévu par la proposition de modification de directive est érigé en un véritable système administratif qui nie l'aspect industriel des achats des industries de réseaux et empêche une nécessaire flexibilité de la procédure.**

**Ces changements, qui ne trouvent pas d'équivalent dans l'AMP, peuvent comporter de réels inconvénients :**

**- il n'y aurait aucune réciprocité entre la publicité imposée par la directive et la publicité imposée dans l'AMP. A titre d'exemple, les avis de consultations dans la directive actuelle comporte vingt rubriques contre seulement huit rubriques peu explicites dans l'avis de projet de marché dans l'AMP, permettant de donner des informations a minima. Il y aurait donc un déséquilibre entre un acheteur américain devant renseigner très peu de rubriques et un acheteur européen devant renseigner beaucoup de rubriques très précises ;**

**- les manquements aux obligations relatives aux renseignements à fournir dans les avis par un acheteur européen pourront fournir des moyens d'ester en justice judiciaires pour un fournisseur de pays tiers partie à l'AMP, ceci sans réciprocité.**

**En conclusion, les principales modifications proposées au titre de la publicité ne se justifient pas.**

**ANNEXE N° 3**

**EXTRAIT DE LA  
« DÉCLARATION D'ACTION DE L'ADMINISTRATION »**

**FIGURANT DANS LE MESSAGE DU PRÉSIDENT  
DES ETATS-UNIS  
ADOPTÉ PAR LE CONGRÈS LE 1ER DÉCEMBRE 1994**

**URUGUAY ROUND TRADE AGREEMENTS, TEXTS OF  
AGREEMENTS, IMPLEMENTING BILL, STATEMENT  
OF ADMINISTRATIVE ACTION, AND REQUIRED SUB-  
PORTING STATEMENTS**

**MESSAGE**

**FROM**

**THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES**

**TRANSMITTING**

**THE URUGUAY ROUND TRADE AGREEMENTS, TEXTS OF AGREE-  
MENTS IMPLEMENTING BILL, STATEMENT OF ADMINISTRATIVE  
ACTION AND REQUIRED SUPPORTING STATEMENTS**



**SEPTEMBER 27, 1994.**—Message and accompanying papers referred to the  
Committees on Ways and Means, Agriculture, Education and Labor, En-  
ergy and Commerce, Foreign Affairs, Government Operations, the Judici-  
ary, and Rules and ordered to be printed.

656

## **THE URUGUAY ROUND AGREEMENTS ACT**

### **STATEMENT OF ADMINISTRATIVE ACTION**

**This Statement of Administrative Action is submitted to the Congress in compliance with section 1103 of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (1988 Act) and accompanies the implementing bill for the Agreement Establishing the World Trade Agreement and the agreements annexed to that Agreement (the Uruguay Round agreements). The bill approves and makes statutory changes required or appropriate to implement the Uruguay Round agreements, which the United States Trade Representative (Trade Representative) signed on April 15, 1994, on behalf of the United States under the authority of section 1102 of the 1988 Act.**

**This Statement describes significant administrative actions proposed to implement the Uruguay Round agreements. In addition, incorporated into this Statement are two other statements required under section 1103: (1) an explanation of how the implementing bill and proposed administrative action will change or affect existing law; and (2) a statement setting forth the reasons why the implementing bill and proposed administrative action are necessary or appropriate to carry out the Uruguay Round agreements.**

**As is the case with earlier Statements of Administrative Action submitted to the Congress in connection with fast-track trade bills, this Statement represents an authoritative expression by the Administration concerning its views regarding the interpretation and application of the Uruguay Round agreements, both for purposes of U.S. international obligations and domestic law. Furthermore, the Administration understands that it is the expectation of the Congress that future Administrations will observe and apply the interpretations and commitments set out in this Statement. Moreover, since this Statement will be approved by the Congress at the time it implements the Uruguay Round agreements, the interpretations of those agreements included in this Statement carry particular authority.**

**For ease of reference, this Statement generally follows the organization of the Uruguay Round agreements. The Statement begins with the Agreement Establishing the World Trade Organization, addresses in order each multilateral agreement contained in annexes 1 and 2 of that Agreement, and, finally, addresses the two "plurilateral" agreements that the United States will join when it enters the WTO.**

**In each case, the Statement first briefly summarizes the most important provisions of the particular agreement. Next, the Statement describes the pertinent provisions of the implementing bill, explaining how the bill changes or affects existing law and stating why those provisions are required or appropriate to implement the agreement. Finally, the Statement describes the administrative action proposed to implement the particular agreement, explaining how the proposed action changes existing administrative practice and stating why the changes are required or appropriate to implement the agreement.**

1087

## AGREEMENT ON GOVERNMENT PROCUREMENT

### A. SUMMARY OF PROVISIONS

The renegotiated GATT Government Procurement Agreement (1996 Code) represents a substantial improvement over the 1979 Tokyo Round Government Procurement Agreement (1979 Code), which requires central government agencies in member countries to observe non-discriminatory, fair, and transparent procedures when they purchase certain goods. The 1996 Code covers the procurement of both goods and services, including construction services, and applies to purchases by subcentral governments and government-owned enterprises, as well as by central governments.

The 1996 Code requires members to follow significantly improved procurement procedures. It prohibits the use of offsets, unless a country specifically negotiates an exception in its schedule to the agreement. The 1996 Code also requires the establishment of a domestic bid challenge system to enhance enforcement of the non-discriminatory, transparent, and open procurement procedures mandated by it. Finally, the 1996 Code introduces added flexibility to accommodate advances in procurement techniques, such as electronic tendering, and to provide for the particular procurement requirements of subcentral governments and government-owned enterprises.

The 1996 Code allows each signatory to negotiate coverage on a reciprocal, bilateral basis with the other members of the Code. The United States concluded comprehensive coverage packages with several countries but will not automatically extend this coverage to all other signatories. Rather, the United States offered to apply the 1996 Code to our subcentral governments and government-owned entities only for those countries that were willing to open their government procurement markets in sectors of high priority to the United States. The United States left open the possibility of expanding coverage with other signatories in the future.

Signatories to the 1996 Code include the following members of the 1979 Code -- Austria, Canada, the member states of the European Union, Finland, Israel, Japan, Norway, Sweden, Switzerland, and the United States -- plus one new member, the Republic of Korea. The 1996 Code will enter into force on January 1, 1996 for all members, except that Korea will delay implementation for one year. The United States will terminate its participation in the 1979 Code on the entry into force of the 1996 Code.

#### 1. Scope and Coverage

##### a. Central Government Entities

Subject to limited exceptions, each signatory will apply the 1996 Code's rules to all central government entities (generally executive branch but in some cases judicial and

1044

commitments that particular states voluntarily undertook to be covered by the 1996 Code. Title I of the bill requires the President to consult with the states for the purpose of achieving conformity of state laws and practices with the 1996 Code. In addition, the bill requires the Trade Representative to establish a Federal-state consultation process to keep the states informed on matters under the Code that directly relate to, or potentially have an impact on, the states.

2. Administrative Action

The Administration remains committed to achieving non-discriminatory access for U.S. products and services in the telecommunications procurement market in the EU. In this connection, the Administration intends to re-engage the EU on telecommunications procurement in the next few months and to conclude an agreement as soon as possible. The Administration is also evaluating other options in light of continued EU refusal to open this market. The Trade Representative will consult closely with the relevant Congressional committees on this matter as well.

Under the authority of 19 U.S.C. 2514, the President will waive application of the Buy American Act (41 U.S.C. 10a and 10b) for procurement by executive branch agencies that are subject to the 1996 Code and lower the threshold for executive branch purchases of goods and services from Israel if a reciprocal agreement is reached with Israel. Part 25 of the Federal Acquisition Regulations (FAR) will be changed to reflect waivers in executive branch Buy American restrictions. The President will also issue instructions to the Federally-owned utilities and other entities covered by the 1996 Code to comply with the procurement procedures contained in the Code. Finally, the Trade Representative will designate as eligible countries for purposes of waiving the relevant sectoral buy national requirements of the Rural Electrification Act of 1938 (7 U.S.C. 93 note) those countries that provide reciprocal access to their power generation or telecommunications utilities to U.S. goods and services and suppliers.

The 1996 Code will apply to a number of government agencies that are not subject to the 1979 Code. These include the Departments of Energy and Transportation, the Army Corps of Engineers (Department of Defense), and the Bureau of Reclamation of the Department of the Interior. However, procurement by all executive branch agencies is already subject to the procurement provisions of the FAR, which are consistent with those specified in the 1996 Code. As a result, the 1996 Code will not require any change in executive branch procurement procedures.

The 1996 Code will also apply to several government-controlled enterprises not subject to the 1979 Code -- the Tennessee Valley Authority, the St. Lawrence Seaway Development Corporation, and the five power marketing administrations of the Department of Energy. These entities currently follow procedures similar to those in the FAR and thus will not need to change their procurement procedures.

## **A N N E X E   N ° 4**

### **EXEMPLES DE LA LÉGISLATION AMÉRICAINE APPLICABLE AUX MARCHÉS PUBLICS**

#### **1. Le dialogue technique**

Outre le « Federal Acquisition Regulation » (FAR), on peut également citer d'autres textes, tels ceux de l'Office américain de la politique fédérale des marchés publics qui posent pour principe l'interdiction de donner un avantage indu à un soumissionnaire en terme d'accès à l'information. D'un esprit proche de l'article VI-4 de l'AMP qui tend à interdire tout véritable dialogue technique, ce principe compte cependant des exceptions, en cas « d'intérêt public » et précise que la règle devra tenir compte de la nécessité :

- ① d'encourager la participation de personnes et d'entreprises hautement qualifiées dans les programmes fédéraux de marchés publics ;
- ② de promouvoir et de sauvegarder l'industrie nationale de base ;
- ③ de promouvoir la concurrence pleine et entière ;
- ④ et d'améliorer l'efficacité des programmes fédéraux de marchés publics.

L'ordre dans lequel ces intérêts sont énoncés peut, sans doute, préfigurer le poids respectif qui sera donné à chacun d'entre eux en cas de contestation.

#### **2. La motivation du refus de candidature**

La législation américaine pose pour principe que le fournisseur malchanceux doit pouvoir disposer des motifs du refus qui lui aurait été opposé par l'acheteur. L'article XVIII de l'AMP semble donc respecté.

On peut cependant relever l'existence de deux dispositions du FAR qui semblent tempérer cette exigence.

Il s'agit, d'une part, du souci général de maintenir un haut niveau de confidentialité (« business security »), de façon à préserver le processus d'acquisition ; d'autre part, du fait que, lorsque l'information sur le prix suffit à justifier la décision de l'acheteur, il est alors inutile de communiquer au fournisseur la raison pour laquelle son offre n'a pas été retenue.

### **3. Les travaux complémentaires**

Rappelons que l'article XV de l'AMP autorise le recours à un appel d'offres limité pour des travaux complémentaires à un marché principal, à la condition qu'ils ne dépassent pas 50 % de ce dernier.

A première vue, la législation américaine ne semble pas comporter une telle limitation.

### **4. Qualification des fournisseurs**

Une première analyse permet également de penser que, contrairement à l'article VIII de l'AMP, la législation américaine ne pose pas pour principe l'obligation de qualifier les fournisseurs à tout moment.