

N° 140

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2012-2013

Enregistré à la Présidence du Sénat le 21 novembre 2012

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des affaires économiques (1) sur la proposition de résolution européenne de M. Simon SUTOUR, présentée au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur la **réciprocité dans l'ouverture des marchés publics** (E 7237),*

Par M. Daniel RAOUL,

Sénateur

et TEXTE DE LA COMMISSION

(1) Cette commission est composée de : M. Daniel Raoul, président ; MM. Martial Bourquin, Claude Bérít-Débat, Gérard César, Alain Chatillon, Daniel Dubois, Pierre Hérisson, Joël Labbé, Mme Élisabeth Lamure, M. Gérard Le Cam, Mme Renée Nicoux, M. Robert Tropeano, vice-présidents ; MM. Jean-Jacques Mirassou, Bruno Retailleau, Bruno Sido, secrétaires ; M. Gérard Bailly, Mme Delphine Bataille, MM. Michel Bécot, Alain Bertrand, Mme Bernadette Bourzai, MM. François Calvet, Roland Courteau, Marc Daunis, Claude Dilain, Alain Fauconnier, Didier Guillaume, Michel Houel, Serge Larcher, Jean-Jacques Lasserre, Jean-Claude Lenoir, Philippe Leroy, Mmes Valérie Létard, Marie-Noëlle Lienemann, MM. Michel Magras, Jean-Claude Merceron, Jackie Pierre, Ladislav Poniatowski, Mme Mireille Schurch, M. Yannick Vaugrenard.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 106 (2012-2013)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	5
I. LES MARCHÉS PUBLICS EUROPÉENS SONT BEAUCOUP PLUS OUVERTS À LA CONCURRENCE INTERNATIONALE QUE CEUX DES PAYS TIERS	7
A. L'EXCEPTION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS	7
1. <i>Les engagements internationaux de l'Europe prévoient une large ouverture de ses marchés publics</i>	7
2. <i>Le droit interne européen va au-delà des engagements internationaux de l'Union</i>	9
B. LES ENJEUX ÉCONOMIQUES D'UNE RÉCIPROCITÉ DANS L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS	11
II. UNE PROPOSITION DE RÈGLEMENT QUI CONTIENT DES DISPOSITIONS MESURÉES MAIS UTILES	12
A. UN TEXTE AUX AMBITIONS MESURÉES	12
1. <i>La réciprocité de l'ouverture des marchés publics ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe</i>	12
2. <i>Les marges de négociations de l'Europe sont réduites</i>	13
B. ...QUI PERMET CEPENDANT UN PROGRÈS VERS UNE CONCURRENCE PLUS ÉQUITABLE	14
1. <i>La mise en place d'un régime d'ouverture conditionnelle</i>	14
a) <i>Un mécanisme d'exclusion ponctuelle à l'initiative des entités adjudicatrices</i>	14
b) <i>Un mécanisme d'exclusion général</i>	15
c) <i>Un mécanisme pour encadrer les offres anormalement basses</i>	16
2. <i>Un outil au service de la diplomatie économique de l'Union européenne</i>	16
III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION	17
ANNEXE : PROPOSITION DE RÉOLUTION EUROPÉENNE RELATIVE À LA RÉCIPROCITÉ DANS L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS (E 7237) TEXTE DE LA COMMISSION	19
TABLEAU COMPARATIF	21

Mesdames, Messieurs

Le 26 mars 2012, la Commission européenne a rendu publique la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil (E 7237) concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers.

En application de l'article 88-4 de la Constitution et de l'article 73 *quater* du Règlement du Sénat, cette initiative a fait l'objet d'une proposition de résolution européenne présentée au nom de la commission des Affaires européennes par le sénateur Simon Sutour, président de ladite commission.

Comme le prévoit l'article 75 *quinquies* de ce Règlement, la Commission des affaires économiques du Sénat a été saisie au fond de cette proposition de résolution.

Le présent rapport, après avoir rappelé les conditions dans lesquelles est organisée actuellement l'ouverture à la concurrence internationale des marchés publics de l'Union européenne, présente les dispositions contenues dans la proposition de règlement E 7237 et, au terme de cet examen, **appelle sans réserve, et dans une rédaction conforme, à l'adoption par le Sénat de la proposition de résolution de la commission des Affaires européennes.**

I. LES MARCHÉS PUBLICS EUROPÉENS SONT BEAUCOUP PLUS OUVERTS À LA CONCURRENCE INTERNATIONALE QUE CEUX DES PAYS TIERS

A. L'EXCEPTION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS

L'ouverture à la concurrence internationale des marchés publics d'un pays est déterminée par deux types de normes :

– celles contenues dans des accords pluri ou bilatéraux¹, aux termes desquels ce pays s'engage à ouvrir certains de ses marchés aux autres pays signataires ;

– celles, déterminées librement au niveau national, qui régissent l'ouverture des marchés publics non couverts par les engagements internationaux souscrits par ce pays. Ces normes nationales peuvent, au choix, restreindre ou ouvrir l'accès des marchés non couverts.

L'originalité de l'Union européenne est qu'elle a organisé une très large ouverture de ses marchés publics : d'une part en prenant des engagements d'ouverture particulièrement généreux dans le cadre des accords internationaux (1) ; d'autre part, en se refusant, comme elle en aurait pourtant le droit, à prendre des mesures de restriction d'accès pour ses marchés non couverts (2).

1. Les engagements internationaux de l'Europe prévoient une large ouverture de ses marchés publics

L'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale est organisée au sein de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) de l'organisation mondiale du commerce (OMC), ainsi que par des accords bilatéraux.

L'ACCORD SUR LES MARCHÉS PUBLICS

L'AMP fait partie des accords signés au terme de l'Uruguay round en 1994. C'est un accord juridiquement contraignant de l'OMC², qui porte spécifiquement sur les marchés publics. Les différends éventuels entre États signataires sont assujettis au système de règlement des différends de l'OMC.

¹ Normes qui deviennent ensuite effectives via une transposition dans le droit interne.

² L'accord est contraignant pour les États, mais n'a pas d'effet direct dans la législation des États.

L'AMP établit un principe de non-discrimination. Pour les marchés visés par l'Accord, chaque pays signataire est tenu d'accorder aux produits et services des autres Parties et à leurs fournisseurs un traitement « qui ne sera pas moins favorable » que celui qu'elles accordent à leurs produits, services et fournisseurs nationaux. Les Parties ne peuvent pas non plus établir de discrimination entre des produits, des services et des fournisseurs des autres Parties.

Tous les marchés publics des signataires ne sont pas forcément couverts par l'accord. Le champ d'application de ce dernier est en effet déterminé, pour chaque signataire, dans les annexes de l'Appendice I. Ces annexes indiquent notamment :

– quels sont les acteurs publics pour lesquels chaque partie s'est engagée à se conformer à l'accord (entités du gouvernement central, entités des gouvernements sous-centraux, autres entités publiques) ;

– la valeur des seuils au-delà desquels les marchés sont visés par l'accord ;

– les domaines qui, par exception, sont fermés à la concurrence (par exemple, le Canada est partie à l'accord mais a décidé de ne pas l'appliquer pour la construction navale et la réparation de navires, les chemins de fer urbains et le matériel de transport urbain, ou encore les marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités).

La liste des parties à l'AMP est la suivante : Arménie, Canada, Union européenne, Corée, États-Unis, Hong-Kong, Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Norvège, Singapour, Suisse, Taipei.

Le taux d'ouverture des marchés publics d'un pays à la compétition internationale désigne le taux d'ouverture *tel qu'il résulte de l'application des engagements internationaux souscrits*¹. Ce taux comprend donc :

– au numérateur, le montant des marchés ayant fait l'objet d'un engagement d'ouverture aux entreprises des pays tiers signataires des accords ;

– au dénominateur, le montant des marchés publics potentiellement contestables, à savoir les marchés publics qui dépassent les montants planchers fixés par l'AMP. Ces marchés potentiellement contestables représentent, par exemple, 370 milliards d'euros en Europe, 559 milliards d'euros aux États-Unis ou encore 83 milliards d'euros en Chine.

Les marchés publics que l'Europe s'est engagée à ouvrir aux États Parties de l'AMP ou aux signataires d'accords bilatéraux représentent un montant de 352 milliards d'euros, soit 95 % des marchés potentiellement contestables de l'UE. C'est de très loin le taux d'ouverture le plus élevé du monde. En effet, certains pays, comme la Chine, n'ont pris aucun engagement international en matière de marchés publics. Leur taux d'ouverture est donc nul. D'autres États, bien qu'ils aient signé l'AMP, ont décidé de ne pas soumettre à la concurrence internationale les marchés publics des entités sous-centrales (c'est le cas des États-Unis et du Canada) ou ont choisi d'appliquer des règles d'exclusion sectorielle (c'est le cas par exemple du Japon ou des

¹ Le taux d'ouverture effectif prend aussi en compte l'effet des normes internes applicables aux marchés publics n'entrant pas dans le champ des accords internationaux. Il est généralement plus important que le taux d'ouverture théorique.

États-Unis dans le domaine des chemins de fer et des travaux publics). Ces pays ont ainsi des taux d'ouverture 3 à 4 fois plus faibles que l'Europe.

Tableau 1 : Part des marchés publics ayant fait l'objet d'un engagement d'ouverture

	Montants des marchés publics contestables (en milliards d'euros)	Part (et montant) des marchés publics contestables ayant fait l'objet d'un engagement d'ouverture
UE	370	95% (352)
États-Unis	559	32% (179)
Japon	96	28% (27)
Canada	59	16% (9)
Corée	25	65% (16)
Chine	83	0% (0)
Russie	18	0% (0)
Inde	19	0% (0)
Brésil	42	0% (0)
Turquie	24	0% (0)
Australie	20	0% (0)

Source : étude d'impact de la proposition de règlement

2. Le droit interne européen va au-delà des engagements internationaux de l'Union

Un État est libre de déterminer les conditions dans lesquelles les entreprises des pays tiers peuvent accéder aux marchés publics non couverts par des accords internationaux d'ouverture. Ainsi, l'UE, qui s'est engagée à ouvrir 70 % de ses marchés publics au Japon, pourrait, si elle le souhaitait, prendre des dispositions juridiques pour fermer l'accès des 30 % restants aux entreprises nipponnes sans contrevenir à des règles internationales.

Un État est également libre de déterminer les conditions dans lesquelles les entreprises des pays non signataires peuvent accéder à l'ensemble de ses marchés contestables. Ainsi, la Chine n'étant signataire ni de l'AMP ni d'un accord bilatéral avec l'UE dans le domaine des marchés publics, l'Europe pourrait, si elle le souhaitait, interdire aux entreprises chinoises de soumissionner à l'ensemble des marchés publics européens.

Cependant l'Europe n'a pas adopté de mesure interne lui permettant de restreindre l'accès à ses marchés publics dans ces deux cas de figure. Tous ses marchés, qu'ils fassent ou non l'objet d'une obligation internationale d'ouverture, sont donc ouverts à toutes les entreprises, quelle que soit leur origine. **On ne saurait être plus libéral en la matière.**

UN DROIT INTERNE NON DISCRIMINANT POUR LES FOURNISSEURS DES PAYS TIERS

Le droit européen, transposant les engagements internationaux de l'UE, interdit expressément toute discrimination à l'encontre des fournisseurs de pays tiers signataires d'accords d'ouverture des marchés publics. Ces dispositions placent donc explicitement les entreprises de ces pays sur un pied d'égalité avec les entreprises des États membres.

Cependant, comme il n'édicte aucune norme visant spécifiquement les marchés non couverts par ces accords, le droit européen place aussi, de facto, les pays tiers non signataires d'accords d'ouverture sous le même régime que les États membres et que les États tiers signataires. Bref, il organise l'ouverture généralisée des marchés publics de l'Union aux soumissionnaires de tous les pays tiers !

Cette ouverture généralisée fait toutefois l'objet d'une exception prévue par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 relative aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux :

– l'article 58 concerne des offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels la Communauté n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux marchés de ces pays tiers. Il prévoit que **toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre ;**

– l'article 59 prévoit que les États membres informent la Commission de toute difficulté d'ordre général rencontrée et signalée par leurs entreprises en fait ou en droit, lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers. **La Commission peut, à tout moment, proposer au Conseil de décider à la majorité qualifiée de suspendre ou de restreindre momentanément l'attribution de marchés de services aux entreprises du pays incriminé.** La Commission peut proposer ces mesures de sa propre initiative ou à la demande d'un État membre.

La portée de ces deux articles est cependant très réduite du fait de leur champ d'application. La directive 2004/17/CE concerne en effet uniquement les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, soit 20% des marchés publics européens. De surcroît, au sein des marchés publics de ces secteurs, l'article 58 porte uniquement sur les marchés de fournitures et l'article 59, uniquement sur les marchés de services.

Leur portée est également limitée du fait des procédures de rétorsion retenues. Ainsi, l'article 58 n'instaure pas une procédure d'exclusion de portée générale, par laquelle l'UE se donnerait les moyens de répondre de façon cohérente à une politique restrictive de ses partenaires : il donne seulement la faculté ponctuelle au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de l'instruction d'un appel d'offre, de rejeter telle ou telle offre. L'article 59 semble plus ambitieux puisqu'il prévoit une possibilité de rétorsion de portée générale, qui permet d'exclure sur tout le territoire de l'Union toutes les entreprises d'un pays non coopératif. Cette procédure fait cependant l'objet d'un double filtre : l'initiative de la mettre en œuvre appartient exclusivement à la Commission, qui décide souverainement en la matière ; cette initiative doit ensuite être confirmée par un vote à la majorité qualifiée du Conseil. Dans les faits, elle n'est donc jamais mise en œuvre.

À l'inverse de l'UE, les pays tiers ont non seulement des engagements internationaux d'ouverture beaucoup plus limités, mais, de surcroît, il est fréquent qu'ils édictent des règles qui empêchent les concurrents étrangers de prendre pied sur les marchés non couverts par les accords. Ainsi, au niveau mondial, 25 % des marchés publics font l'objet d'un

engagement international d'ouverture ; quant aux 75 % restants, les deux tiers font l'objet de mesures expresses de protection nationale. Autrement dit, **la moitié du total des marchés publics potentiellement contestables sont aujourd'hui fermés par des règles restrictives fondées sur la législation nationale des pays concernés.**

B. LES ENJEUX ÉCONOMIQUES D'UNE RÉCIPROCITÉ DANS L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS

La faible réciprocité des partenaires commerciaux de l'UE dans le domaine des marchés publics a **des effets économiques négatifs sur l'économie européenne** (et plus spécifiquement sur les pays européens qui ont des entreprises leaders dans le domaine de la commande publique, comme c'est le cas en France). Ces effets négatifs sont :

– **une perte d'opportunités d'exportations.** Actuellement, les exportations européennes liées à des marchés publics représentent un montant annuel de 10 milliards d'euros. On estime que ces exportations pourraient être portées à 22 milliards d'euros si certaines des restrictions en vigueur étaient levées. Par ailleurs, parmi les 10 milliards d'euros d'exportation européennes actuelles, la moitié correspondent à des marchés ouverts de facto, en-dehors de toute clause internationale d'engagement. Ces marchés sont donc révocables à tout instant. L'extension du champ des accords internationaux sur les marchés publics ne vise donc pas seulement à accroître les exportations, mais aussi à sécuriser juridiquement celles qui existent déjà ;

– **une perte de parts de marché domestique pour les fournisseurs et les prestataires de services européens.** On n'a qu'une connaissance approximative du taux de pénétration des entreprises des pays tiers sur le marché de la commande publique européenne. D'après les chiffres fournis par la Commission européenne, les importations dans ce domaine se situent dans une fourchette comprise entre 10 et 15 milliards d'euros ;

– **un risque de concurrence déloyale des pays tiers sur les marchés publics européens.** L'absence de concurrence internationale sur les marchés publics des pays tiers permet aux entreprises de ces pays de pratiquer sur leur territoire des prix plus élevés que les prix qu'ils devraient pratiquer en situation de concurrence. Ils dégagent donc une rente domestique qui leur permet, dans un deuxième temps, de soumissionner les marchés publics en Europe en pratiquant des prix anormalement bas et de remporter ainsi des marchés au détriment des entreprises européennes.

Ces pertes de parts de marché sur les marchés extérieurs et sur le marché domestique représentent une perte d'activité pour les entreprises européennes et donc une perte d'emploi pour les salariés du continent. En termes absolus, l'impact sur l'économie de l'UE n'est certes pas considérable, puisqu'on estime que les 12 milliards d'euros de marchés publics

annuellement perdus par les entreprises européennes du fait des protections mises en œuvre par les pays tiers représentent 0,1 % du PIB de l'UE.

Cependant, il faut garder à l'esprit que **les marchés publics sont des marchés en forte croissance dans les pays émergents, puisque le poids de la commande publique est une fonction croissante du niveau de revenu par tête**. Le développement des biens collectifs dans le domaine des transports, de la gestion des déchets, de l'eau ou de la santé vont donc prendre une place de plus en plus grande dans le PIB des pays tiers.

Par ailleurs, les marchés publics représentent souvent une part importante de l'activité pour **des entreprises qui appartiennent à des secteurs stratégiques-clé pour l'économie européenne**, telles que les industries aérospatiales et de défense, les industries de transport collectif, les travaux publics, les médicaments et les équipements médicaux, la gestion de l'eau ou encore la gestion des déchets. Une ouverture asymétrique des marchés publics pourrait donc menacer le modèle économique de ces entreprises essentielles pour la compétitivité européenne, avec, à terme, des conséquences macroéconomiques importantes.

II. UNE PROPOSITION DE RÈGLEMENT QUI CONTIENT DES DISPOSITIONS MESURÉES MAIS UTILES

A. UN TEXTE AUX AMBITIONS MESURÉES...

1. La réciprocité de l'ouverture des marchés publics ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe

Si la France défend la réciprocité, ce n'est pas le cas de tous ses partenaires, ce qui s'explique par plusieurs raisons :

– **d'un point de vue doctrinal**, l'Europe est attachée à l'idée qu'une large ouverture à la concurrence des marchés publics, y compris pour les entreprises des pays qui mettent en œuvre chez eux des mesures protectionnistes, constitue intrinsèquement un facteur de compétitivité pour l'Union, car cela diminue la dépense publique. Il y aurait un intérêt à ouvrir les marchés publics européens même en l'absence de réciprocité. Donc il n'est pas question pour l'Union de bâtir un texte qui pourrait aboutir à refermer de façon significative l'accès à ses marchés publics ;

– **d'un point de vue tactique**, pour nombre de pays européens, l'ouverture des marchés publics des pays tiers ne constitue pas ce qu'on pourrait appeler un « intérêt offensif ». Si la France possède de grands groupes exportateurs dans le domaine de la commande publique, ce n'est pas le cas de tous ses partenaires. Par ailleurs, compte tenu du faible montant global des exportations européennes dans le domaine des marchés publics (10 milliards d'euros), certains pays, comme l'Allemagne, craignent qu'une politique

offensive dans ce domaine ne les pénalise par ricochet dans des domaines où ils ont des intérêts bien plus importants (par exemple dans le domaine des exportations industrielles).

2. Les marges de négociations de l'Europe sont réduites

En outre, les marges de négociation de l'Union Européenne pour conduire ses partenaires à ouvrir significativement leurs marchés publics apparaissent limitées :

– **dans le cadre plurilatéral de l'AMP**, les États tiers signataires ont déjà obtenu de l'Europe des engagements d'ouverture significatifs dans la plupart des secteurs où ils ont des intérêts offensifs. Comme ils ont la garantie de pouvoir exporter vers l'Europe tout ce qu'ils souhaitent y exporter, l'Europe n'a plus rien à leur promettre de significatif en échange d'une ouverture de leurs propres marchés publics. C'est d'autant plus vrai que les marchés publics qui intéressent l'Europe sont des secteurs hautement sensibles pour ses partenaires (par exemple les transports au Japon) ;

– **dans le cadre multilatéral des négociations du cycle de Doha**, les marchés publics ne font pas partie des enjeux dans la balance. L'Europe ne peut donc pas négocier une ouverture des marchés publics des pays tiers en échange d'une ouverture dans d'autres domaines. Elle est enfermée dans une négociation « marchés publics contre marchés publics » ;

- **dans le cadre bilatéral**, les grands émergents considèrent que l'ouverture de leurs marchés publics constitue un intérêt offensif pour les pays les plus développés. Ils ne sont donc prêts à troquer cette ouverture qu'en échange d'une ouverture dans ce qu'ils considèrent comme des sujets majeurs pour eux (agriculture pour le Brésil, services pour l'Inde,...). Comme on l'a souligné plus haut cependant, la position des pays riches est très différenciée : si l'ouverture des marchés publics mobilise la France, l'Allemagne ou le Royaume-Uni (et donc l'Europe dans son ensemble) sont beaucoup plus en retrait sur ce thème. L'UE n'est donc pas prête à consentir des concessions dans des domaines hautement sensibles comme les services et l'agriculture en contrepartie d'une ouverture des marchés publics tiers qui ne profitera véritablement qu'à la France.

Au total, la France n'a guère de chances de rallier ses partenaires européens sur une proposition de règlement vraiment offensive. Faire aboutir l'actuelle proposition de règlement de la Commission européenne et, ainsi, doter l'U.E d'une politique extérieure globale en matière de marchés publics serait déjà en soi une victoire.

B. ...QUI PERMET CEPENDANT UN PROGRÈS VERS UNE CONCURRENCE PLUS ÉQUITABLE

1. La mise en place d'un régime d'ouverture conditionnelle

Comme on l'a indiqué plus haut, les marchés publics non couverts par des accords internationaux n'étaient jusqu'à présent pas visés de manière spécifique dans le droit européen, sinon à travers les dispositions parcellaires des articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE. La nouvelle proposition de règlement remédie à cette lacune en permettant de distinguer :

– d'un côté, les produits et services étrangers qui sont traités comme ceux des États membres (désignés par l'expression : « produits et services couverts »). Ce sont ceux qui proviennent de pays bénéficiant d'engagements de l'UE en matière d'accès au marché ou qui sont originaires des pays les moins développés ;

– de l'autre, les « produits et services non couverts », qui pourront faire l'objet de mesure permettant de rétablir la symétrie des engagements en utilisant trois procédures, présentées ci-dessous.

L'instrument ainsi créé est, il faut le souligner, **un instrument global dans la mesure où il s'applique aux marchés publics de fournitures, de travaux et de services, quel que soit le secteur.**

a) Un mécanisme d'exclusion ponctuelle à l'initiative des entités adjudicatrices

Les articles 5 et 6 de la proposition de règlement disposent que, **à la demande des pouvoirs adjudicateurs, la Commission peut approuver l'exclusion des offres dans lesquelles la valeur des produits et services non couverts par des engagements internationaux représente plus de 50 % de la valeur totale des produits et services inclus dans l'offre.**

La procédure prévue est très encadrée :

– le pouvoir adjudicateur doit avoir informé les soumissionnaires potentiels, via l'appel d'offre, de son intention d'exclure les offres comportant plus de 50% de produits ou services non couverts ;

– il doit ensuite notifier à la Commission sa volonté d'exclusion au moment de la réception des offres ;

– la Commission donne enfin son approbation dans un délai de deux mois si elle estime qu'en termes d'ouverture du marché, il existe **un manque substantiel de réciprocité entre l'UE et le pays dont les produits et services sont originaires.** Elle peut aussi approuver l'exclusion lorsque les produits et services concernés tombent sous le coup d'une réserve exprimée par l'UE dans le cadre d'un accord international concernant l'accès au marché.

UNE NOTION NOUVELLE : L'ABSENCE DE RÉCIPROCITÉ SUBSTANTIELLE

Aux termes de l'article 6, l'absence de réciprocité substantielle est présumée lorsque les mesures restrictives en matière de passation de marchés se traduisent par des discriminations graves et persistantes à l'égard des opérateurs économiques, des produits et des services de l'Union. Afin de déterminer s'il existe une absence de réciprocité substantielle, la Commission évalue :

(a) dans quelle mesure les lois en matière de marchés publics du pays concerné garantissent la transparence, conformément aux normes internationales relatives aux marchés publics, et préviennent toute discrimination à l'égard des opérateurs économiques, des produits et des services de l'Union;

(b) dans quelle mesure les pouvoirs publics et les entités adjudicatrices à titre individuel appliquent ou adoptent des pratiques discriminatoires à l'égard des opérateurs économiques, des produits et des services de l'Union.

On voit que le mécanisme d'exclusion ainsi proposé reprend la logique de l'actuel article 58 de la directive 2004/17/CE avec une double adaptation : d'un côté, le champ d'application du mécanisme est fortement étendu ; de l'autre, le rôle de la Commission est renforcé (notification à la Commission, qui décide).

b) Un mécanisme d'exclusion général

L'article 8 confère à la Commission **un pouvoir d'enquête sur l'accès des entreprises de l'UE aux marchés publics de pays tiers**¹. Par auto saisine, à la demande d'un État membre ou à la demande des parties dites intéressées², la Commission peut décider d'ouvrir une enquête *dès lors du moins qu'elle estime qu'une telle action va dans le sens des intérêts de l'Union*.

Aux termes de l'article 9, lorsqu'il est établi, à la suite de cette enquête, qu'un pays tiers applique des mesures restrictives en matière de passation de marchés, *et si elle estime que l'intérêt de l'Union le justifie*, la Commission invite ce pays à engager une **concertation en vue de trouver une solution au problème**.

Si l'État concerné refuse la concertation ou si, quinze mois après son début, la concertation ne donne pas de résultats satisfaisants, la Commission peut adopter des actes d'exécution **pour limiter provisoirement l'accès de produits et de services non couverts** provenant du pays tiers. Ces mesures de rétorsion peuvent consister en :

¹ Sont visés les pays tiers non signataires d'accords d'ouverture des marchés publics, mais aussi les pays signataires qui ne respecteraient pas leurs accords.

² L'expression désigne les sociétés des États membres directement concernées par la production de produits ou la fourniture de services faisant l'objet de mesures de pays tiers restreignant l'accès aux marchés publics.

- l'exclusion des offres en provenance des entreprises de ce pays, autrement dit en une interdiction de soumissionner les appels d'offre ;
- une pénalité de prix obligatoire.

c) Un mécanisme pour encadrer les offres anormalement basses

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur prévoit d'accepter, après avoir vérifié les explications du soumissionnaire, une offre anormalement basse comprenant des produits ou services ne provenant pas de l'Union, il en informe les autres soumissionnaires par écrit en expliquant pourquoi le prix ou les coûts proposés sont anormalement bas.

Cette disposition peut sembler peu contraignante, cependant elle soumet la personne accordant le marché public à une obligation de transparence et de motivation de sa décision, qui pourra être retenue contre elle en cas de contestation de la régularité du marché public par les entreprises évincées.

2. Un outil au service de la diplomatie économique de l'Union européenne

Cette proposition de règlement a été conçue non pas comme un outil administratif de contrôle et d'exclusion de l'accès des entreprises des pays tiers aux marchés publics de l'Union, mais comme **un outil diplomatique destiné à faire pression sur les partenaires commerciaux pour les inciter à ouvrir leurs marchés publics**. Sont ciblés tout particulièrement les pays très nombreux, notamment les grands émergents, qui n'ont pas signé d'accords en matière d'ouverture des marchés publics.

Conformément à sa compétence exclusive en matière de politique commerciale extérieure, la Commission disposera de l'entière maîtrise des procédures de rétorsion créées et sera seule juge de l'opportunité de les mettre en œuvre. La répétition à plusieurs reprises de la formule « *dès lors qu'elle estime qu'une telle action va dans le sens des intérêts de l'Union* » indique clairement qu'il n'y a pas d'automatisme des sanctions. Celles-ci sont un levier pour peser dans le rapport de forces des négociations commerciales internationales.

Par la souplesse qu'elle autorise dans la mise en œuvre des mesures de rétorsion à l'égard des partenaires commerciaux non coopératifs, cette proposition de règlement est de nature à rassurer les pays, comme l'Allemagne, qui craignent que l'exigence d'ouverture réciproque des marchés publics ne soit à l'origine d'une guerre commerciale pénalisant le commerce extérieur européen. En même temps, cette souplesse porte en elle un risque :

celui que l'application des mécanismes instaurés se fasse de manière édulcorée, sinon pusillanime, par la Commission.

Finalement, en tant qu'outil de pression diplomatique, ce règlement aura une portée qui dépendra uniquement de la volonté politique de l'Union européenne de mettre effectivement en œuvre ses potentialités.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

La proposition de résolution européenne présentée au nom de la Commission des affaires européennes en application de l'article 73 *quater* du Règlement du Sénat par le sénateur Simon Sutour, président de ladite commission :

– souligne que les marchés publics constituent un enjeu majeur pour l'Union européenne dans le contexte des échanges internationaux. **L'importance de cet enjeu est confirmée par le présent rapport ;**

– juge indispensable que l'ouverture des marchés publics de l'Union européenne aux produits et services des pays tiers ne soit opérée que sous réserve d'une ouverture réciproque dans ces pays. Elle accueille, en conséquence, très positivement le dispositif prévu par la proposition de la Commission européenne et demande au Gouvernement de soutenir ce texte. **En créant un instrument juridique permettant de discriminer les entreprises soumissionnaires en fonction des engagements pris par le pays dont elles sont originaires, la proposition de règlement européenne E7237 va effectivement dans la bonne direction et justifie que le Parlement et le Gouvernement français l'appuient vigoureusement ;**

– juge nécessaire qu'à compter de son entrée en vigueur, ce dispositif fasse l'objet d'une mise en œuvre effective et complète par la Commission européenne et souhaite que le Gouvernement invite la Commission européenne à exiger une réciprocité effective pour l'accès aux marchés publics dans le cadre de la révision de l'Accord sur les Marchés publics et de la négociation d'accords bilatéraux ou multilatéraux. **C'est là un point important. La proposition de règlement européen dote en effet l'UE d'un outil de pression, mais son utilisation effective et donc ses effets positifs dépendront de manière cruciale de la volonté politique de s'en saisir. Il faut donc appeler la Commission à faire preuve de détermination et de fermeté dans ce domaine.**

En conséquence, votre commission approuve sans réserve le texte de la proposition de résolution européenne n° 106.

*

* *

Réunie le mercredi 21 novembre 2012, la commission des affaires économiques a examiné le rapport de M. Daniel Raoul sur la proposition de résolution européenne relative à la réciprocité de l'ouverture des marchés publics.

Elle a adopté à l'unanimité et sans modification la proposition de résolution dont le texte figure ci-après.

ANNEXE :
PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE
SUR LA RÉCIPROCITÉ DANS L'OUVERTURE DES
MARCHÉS PUBLICS (E 7237)

TEXTE DE LA COMMISSION

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers (texte E 7237),
- ④ Souligne que les marchés publics constituent un enjeu majeur pour l'Union européenne dans le contexte des échanges internationaux ;
- ⑤ Juge indispensable que l'ouverture des marchés publics de l'Union européenne aux produits et services des pays tiers ne soit opérée que sous réserve d'une ouverture réciproque dans ces pays à l'égard des produits et services d'entreprises de l'Union européenne ;
- ⑥ Accueille, en conséquence, très positivement le dispositif prévu par la proposition de la Commission européenne pour veiller à une réciprocité en matière d'accès aux marchés publics et demande au Gouvernement de soutenir ce texte ;
- ⑦ Juge nécessaire qu'à compter de son entrée en vigueur, ce dispositif fasse l'objet d'une mise en oeuvre effective et complète par la Commission européenne lorsqu'il est établi qu'un pays tiers applique des mesures restrictives en matière de passation de marchés publics ;
- ⑧ Souhaite que le Gouvernement invite la Commission européenne à exiger une réciprocité effective pour l'accès aux marchés publics dans le cadre de la révision de l'Accord sur les Marchés publics et de la négociation d'accords bilatéraux ou multilatéraux.

TABLEAU COMPARATIF

Texte de la commission des affaires européennes	Texte de la commission des affaires économiques
<p>Proposition de résolution européenne sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics (E 7237)</p>	<p>Proposition de résolution européenne sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics (E 7237)</p>
<p>Le Sénat,</p>	<p><i>La commission a adopté sans modification la proposition de résolution de la commission des affaires européennes</i></p>
<p>Vu l'article 88-4 de la Constitution,</p>	
<p>Vu la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers (texte E 7237),</p>	
<p>Souligne que les marchés publics constituent un enjeu majeur pour l'Union européenne dans le contexte des échanges internationaux ;</p>	
<p>Juge indispensable que l'ouverture des marchés publics de l'Union européenne aux produits et services des pays tiers ne soit opérée que sous réserve d'une ouverture réciproque dans ces pays à l'égard des produits et services d'entreprises de l'Union européenne ;</p>	
<p>Accueille, en conséquence, très positivement le dispositif prévu par la proposition de la Commission européenne pour veiller à une réciprocité en matière d'accès aux marchés publics et demande au Gouvernement de soutenir ce texte ;</p>	
<p>Juge nécessaire qu'à compter de son entrée en vigueur, ce dispositif fasse l'objet d'une mise en oeuvre effective et complète par la Commission européenne lorsqu'il est établi qu'un pays tiers applique des mesures restrictives en matière de passation de marchés publics ;</p>	

**Texte de la commission des affaires
européennes**

—

Souhaite que le Gouvernement invite la Commission européenne à exiger une réciprocité effective pour l'accès aux marchés publics dans le cadre de la révision de l'Accord sur les Marchés publics et de la négociation d'accords bilatéraux ou multilatéraux.

**Texte de la commission des affaires
économiques**

—