

4 Sur la faculté d'exclure de la commande publique les offres en provenance d'États tiers à l'Union européenne



Philippe TERNEYRE,
professeur de droit public, université de Pau et des Pays
de l'Adour

Le droit de la commande publique offre aux acheteurs publics les moyens juridiques sécurisés de limiter ou d'exclure les entreprises ou les offres en provenance d'États tiers à l'Union européenne où les normes environnementales et les coûts de production sont très bas et de nature à porter atteinte à l'égalité de concurrence des candidats. Il serait dommage de se priver de tels outils.

1 - Le Gouvernement français est actuellement sensibilisé, notamment par des collectivités territoriales ou des entreprises¹, sur la question de savoir si, d'ores et déjà, le droit positif des marchés publics permet à un acheteur public (sans qu'il s'agisse d'une obligation) et en toute sécurité juridique (c'est-à-dire, sans risquer de voir le marché attribué invalidé par le juge administratif ou le juge civil et/ou voir l'acheteur public poursuivi pour délit de favoritisme) d'exclure d'une procédure de marché public des entreprises ou des produits pour le seul motif qu'ils ne sont pas européens.

2 - Pour des motifs politiques que l'on peut comprendre, le Gouvernement est assez réticent à répondre par l'affirmative et par écrit à cette question. Certains de ses services (la Direction des affaires juridiques des ministères en charge de l'économie, notamment) avancent parfois des arguments de droit pour indiquer que, parce que la mise en œuvre de l'article L. 2153-1 du CCP « n'est pas sans poser des difficultés pratiques et juridiques », il est plus prudent pour les acheteurs publics de ne tout simplement pas appliquer cet article².

Ces services en sont même arrivés à la conclusion que, puisque le marché européen des marchés publics est totalement ouvert à la concurrence et que les acheteurs publics français sont soumis, dès le premier euro, « au respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics »³, exclure une entreprise chinoise ou des produits chinois pour ce seul motif de nationalité pourrait conduire l'acheteur public à prendre le risque de commettre une discrimination illégale.

3 - Malgré ces hésitations et interrogations, il nous semble possible de démontrer que, aujourd'hui, un acheteur public peut légalement exclure d'une procédure de marché public, et pour la seule raison de leur nationalité, des produits ou des opérateurs en provenance d'États tiers à l'Union européenne (UE).

1. Sur le champ d'application territoriale du droit de l'UE (rappel de quelques principes de base)

4 - Il est acquis depuis la fin des années 1980 que le droit des marchés publics applicable en France prend quasi-exclusivement sa source, pour les marchés au-delà de certains seuils, dans le droit de l'Union européenne (Traités et directives). Et ce droit tend clairement, dans la perspective de la création du marché intérieur, à ouvrir totalement à la concurrence les marchés publics de tous les États membres de l'UE.

Mais cette ouverture doit-elle bénéficier à toutes les entreprises du monde entier quelle que soit leur nationalité, en particulier les entreprises tierces par rapport aux entreprises européennes ?

À cette question, la réponse a toujours été non.

5 - Comme il est dit en effet à l'article 52 du Traité instituant l'Union européenne⁴, les traités européens ne s'appliquent qu'aux États limitativement listés à cet article, c'est-à-dire aux seuls États ayant adhéré à l'UE, soit 27 États depuis la sortie du Royaume-Uni de l'UE le 31 janvier 2020.

Par voie de conséquence, les droits qui découlent de ces traités et du droit dérivé – par exemple le libre accès aux marchés publics dans tous les États membres – ne bénéficient qu'aux personnes physiques et morales ayant la nationalité de ces États membres.

6 - En revanche, les personnes (physiques ou morales) étrangères à ces États – et qui exercent par exemple une activité économique sur le territoire de l'Union – n'ont de droits qu'autant que les traités, le droit dérivé et les traités internationaux conclus par l'UE leur en reconnaissent expressément.

Parallèlement, les entreprises non-européennes qui ont une activité économique sur le territoire de l'Union sont pleinement soumises aux obligations du droit de l'UE, par exemple la prohibition des ententes et des abus de position dominante⁵.

En d'autres termes, si l'UE a bien réalisé un marché intérieur où règne la libre et l'égalité de concurrence entre les entreprises relevant des États membres de l'UE, l'Europe n'a jamais été et ne sera jamais

1. Cet article est la version académique d'une réflexion menée à la suite d'une demande d'avis formée par des entreprises françaises concernées par le sujet.
2. V. par ex., une réponse du bureau du conseil aux acheteurs de la DAJ en date du 11 mars 2020 à une question posée par un acheteur local.
3. V. par ex., Cons. const., 3 déc. 2020, n° 2020-807 DC.

4. V. aussi TFUE, art. 355.

5. V. pour une entreprise américaine, CJCE, 21 févr. 1973, aff. C-6/72, *Continental Can*.

en droit une zone de libre-échange ouverte à toutes les entreprises non européennes.

2. Sur les accords internationaux en matière de marchés publics

A. - L'accord sur les marchés publics

7 - Dans le cadre des négociations GATT, indépendantes des accords ayant créé l'OMC, a été conclu un « accord sur les marchés publics » (AMP) par, à ce jour, 19 États (Arménie, Aruba, Australie, Canada, Corée du Sud, États-Unis, Hong-Kong, Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Moldavie, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Singapour, Suisse, Taïwan, Ukraine,) et l'Union européenne (27 États) qui dispose, en vertu des traités, d'une compétence exclusive en matière de commerce international, soit un total de 46 États.

S'agissant du Royaume-Uni, celui-ci devait être assimilé à un État membre de l'UE à partir du 1^{er} janvier 2021 sous réserve que cet État adhère à titre individuel à l'AMP (nous ne savons pas à ce jour si c'est ce qu'il a fait ; si tel n'est pas le cas, le Royaume-Uni. doit être considéré, par rapport à l'UE, comme un État tiers).

En tant qu'adhérente à l'AMP, l'UE a totalement ouvert à la concurrence ses marchés publics aux pays partenaires à cet accord, alors que certains d'entre ces derniers ont adhéré à l'accord AMP en insérant des clauses restrictives pour certains secteurs jugés stratégiques (par exemple, les transports urbains pour le Canada, les transports ferroviaires, la construction et les marchés locaux pour le Japon). Quant aux USA, le Buy American Act de 1933, plusieurs fois modifié et complété par d'autres « Acts », institue un système général de préférence nationale qui se traduit par des mesures discriminatoires en matière de marchés publics fédéraux⁶.

Cela signifie que les marchés publics européens sont largement ouverts à la concurrence (entre 85 et 90 %) et que les marchés publics américains ne le sont qu'à 32 %, les marchés japonais à 28 % et les marchés canadiens à 16 %, trois pays pourtant adhérents à l'AMP⁷.

8 - En droit, si l'accord AMP a été intégré dans l'ordre juridique communautaire par décision du conseil des ministres 94/800/CE du 22 décembre 1994⁸, cette décision précise clairement que, « par sa nature, l'accord instituant l'OMC, y compris ses annexes (l'accord AMP) n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et celles des États membres ».

Telle est également l'analyse que fait la CJUE qui dénie aux accords GATT ou OMC tout effet direct en droit interne des États membres⁹.

Dit autrement, si l'accord AMP lie l'UE, il n'a pas d'effet juridique direct à l'égard des États membres de l'UE ni de leurs sujets de droit. Il n'a d'effet direct qu'autant que les institutions de l'UE le « transposent » en droit de l'UE¹⁰.

B. - Les accords de libre-échange

9 - L'UE est par ailleurs liée à d'autres États par des accords de libre-échange – quelquefois avec les mêmes États que ceux qui ont adhéré à l'AMP – qui donnent aux entreprises des deux parties un meilleur accès à leurs marchés publics ; tel est le cas par exemple de certains pays d'Amérique centrale, de la communauté Andine et de la Suisse.

10 - Par voie de conséquence, et au regard de la question posée initialement, cela signifie en creux que de très nombreux États « tiers » à l'UE, puissants économiquement et très intéressés par les marchés publics européens, n'ont aucune relation juridique avec l'UE (et donc avec la France) en matière de marchés publics. Tel est notamment le cas de la Chine, de l'Inde, du Brésil, de la Turquie, de la Russie, de l'Indonésie et de tous les États africains.

3. Les actes de transposition des accords internationaux en droit de l'UE

11 - Comme les accords signés par l'UE en matière de marchés publics n'ont pas d'effet direct en droit interne des États membres (la France, par exemple), il fallait qu'ils fassent l'objet d'actes de transposition en droit de l'UE ; c'est ce qui a été fait dans les directives marchés publics de 2004 et de 2014.

12 - Pour celles de 2014 aujourd'hui en vigueur, il est dit de façon similaire à l'article 25 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et à l'article 43 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés passé par des entités opérant dans les secteurs des réseaux – sous l'intitulé « dispositions découlant de l'AMP et d'autres conventions internationales » – que les acheteurs publics européens « accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union ».

En d'autres termes, pour ces produits et pour ces opérateurs en provenance de pays tiers signataires des accords internationaux auxquels l'UE est partie, les acheteurs publics européens doivent appliquer les deux directives marchés publics dans les mêmes conditions que pour les produits et les opérateurs européens.

13 - Par ailleurs, dans la seule directive précitée 2014/25/UE (secteurs de réseaux), il est organisé à l'article 85 un mécanisme d'examen des « offres contenant des produits originaires des pays tiers » et permettant aux acheteurs publics, mais pour les seuls marchés de fournitures, de rejeter toute offre présentée pour l'attribution d'un tel marché lorsque la part des produits originaires des pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre et que l'Union n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord avec le pays tiers « assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers » (quant à l'article 86, il traite des relations institutionnelles entre l'Union et les pays tiers en matière de marchés de travaux, de fournitures et de services).

Il ne faut pas se méprendre sur le sens et la portée de ce dispositif spécifique applicable aux marchés publics des secteurs de réseaux :

- tout d'abord, alors que ce dispositif apparaissait, avec exactement la même rédaction, comme le seul renvoi aux accords avec les États tiers dans les directives de 2004¹¹, il constitue aujourd'hui un dispositif spécial et provisoire par rapport au droit commun applicable aux marchés publics intéressant les États tiers et fixé aux articles 25 et 43 précités des directives marchés publics de 2014. C'est ce qu'exprime très bien le point 111 de l'exposé des motifs de la directive 2014/25/UE en indiquant que « eu égard aux travaux en cours sur les dispositions horizontales régissant les relations avec les pays tiers dans le contexte des marchés publics, il convient de maintenir dans une période transitoire le statu quo du régime qui s'applique au secteur des services d'utilité publique conformément aux articles 58 et 59 de la directive 2004/17 ».

En d'autres termes, pour le droit commun et pérenne applicable aux marchés publics où interviennent des opérateurs et des

6. V. AN, rapp. d'information n° 589, 16 janv. 2013, sur « l'instrument de réciprocité sur les marchés publics au sein de l'UE ».

7. AN, rapp. d'information, 16 janv. 2013, préc.

8. JOCE 23 déc. 1994, et publié en France au JO 26 nov. 1995.

9. CJCE, 12 déc. 1972, aff. C-21/72, International Fruit. – CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-149/96, Portugal c/ Conseil.

10. V. infra, pt 3.

11. V. not. le point 14 de l'exposé des motifs de la directive 2004/17/CE.

produits en provenance d'États tiers, ce sont les dispositions générales des articles 25¹² et 43¹³ « *découlant de l'AMP et d'autres conventions internationales* » qu'il faut désormais appliquer ; en revanche, pour le cas particulier des « *offres contenant des produits originaires des pays tiers* » dans le cadre de marchés publics relatif à des réseaux, c'est l'article 85 de la directive 2014/25/UE que l'on peut éventuellement et également appliquer (tant que n'ont pas abouti les négociations commerciales internationales conduites par la Commission et le Conseil sur le sujet) si ses conditions de mise en œuvre sont réunies.

Dit encore autrement, il faut comprendre que les directives de 2014 sont en rupture avec celles de 2004 : désormais, pour tous les types de marchés publics (travaux, fournitures, services), la question du traitement des offres présentées par des entreprises tierces ou contenant des produits en provenance d'États tiers obéit aux seuls articles 25¹⁴ et 43¹⁵ de ces directives.

C'est d'ailleurs cette analyse des nouvelles directives européennes de 2014 que fait, par exemple, l'Autorité nationale anti-corruption italienne – confortée par plusieurs jugements de tribunaux administratifs italiens cités dans la décision – en affirmant que leurs dispositions ne s'appliquent pas « *uniquement aux contrats de fourniture* » mais à tous les types de marchés (travaux, fournitures, services) afin que les acheteurs publics italiens puissent « *poursuivre des objectifs de protection de la concurrence et le principe de réciprocité* » en excluant les offres en provenance de pays tiers « *où les coûts de production sont très bas* »¹⁶ ;

- ensuite, l'article 85 ne s'applique « *qu'aux offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels l'Union n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral et bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers. Il est sans préjudice des obligations de l'Union ou de ses États membres à l'égard des pays tiers* ».

Une lecture rapide de cet article pourrait laisser penser qu'il ne vise que les hypothèses où l'UE n'est liée par aucun accord international en matière de marchés publics avec des États tiers. Cette lecture pourrait alors expliquer pourquoi les services de l'État français pensent qu'elle ne permet aux acheteurs publics français de discriminer les États tiers que pour ceux n'ayant conclu aucune convention internationale avec l'UE et que pour les marchés de fournitures dans les secteurs de réseaux.

Il n'en est en fait rien. Si l'article 85 de la directive 2014/25/UE s'applique en effet aux États tiers qui n'ont conclu avec l'UE aucun accord international d'ouverture de leurs marchés publics, il concerne également les États tiers ayant conclu de tels accords mais qui « *n'assurent pas un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers* », ce qui est par exemple le cas, comme on l'a relevé ci-dessus, de très nombreux États signataires de l'accord AMP (États-Unis, Canada, Japon...).

D'où un mécanisme très complexe (et facteur d'une certaine insécurité juridique) de mise en œuvre de cet article et le souhait de l'UE qu'il soit provisoire.

14 - On comprendra alors, en définitive, la volonté de l'UE, dans les nouvelles directives de 2014, de rompre avec le texte obscur de la directive 2004/17/CE et d'afficher dans les deux directives marchés publics de 2014, aux articles 25 et 43 précités, un dispositif simple et clair « *découlant de l'AMP et d'autres conventions internationales* » indiquant que les acheteurs publics « *accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union* ».

4. La transposition en droit français des articles « AMP » des directives marchés publics

15 - Les articles 25 et 43, et 85 et 86 des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ont été transposés en France par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. À l'article 2-I de cette ordonnance pour les articles 25 et 43 des directives ; à l'article 54 de l'ordonnance pour l'article 85 de la directive 2014/25/UE ; l'article 86 n'a pas été transposé car il n'impose aucune obligation aux États membres.

Ces dispositions de valeur législative ont fait l'objet de mesures réglementaires d'application dans le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 aux articles 3 et 61.

16 - L'ensemble de ces dispositions a été codifié, à droit exactement constant, dans le Code de la commande publique (en vigueur depuis le 1^{er} avril 2019) aux articles L. 2153-1 et L. 2153-2 et aux articles R. 2153-1 à R. 2153-5.

17 - L'article L. 2153-1 dispose ainsi notamment que

« L'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.

Dans les autres cas, les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre. Les modalités d'application du présent alinéa sont précisées par voie réglementaire.

Pour l'application du présent livre, les États parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des États membres de l'Union européenne. ».

Ainsi, les autorités normatives françaises de transposition des directives marchés publics de 2014 ont compris, comme nous, que le nouveau dispositif européen concernant les candidatures et les produits en provenance d'États tiers envisage deux cas de figure :

- pour les opérateurs et produits des États parties à l'AMP ou à un autre accord international équivalent, les acheteurs publics français doivent « *garantir* » un « *traitement équivalent* » à celui garanti aux opérateurs et produits issus de l'UE ;

- en revanche, pour les opérateurs et produits des États non-parties à l'AMP ou à un autre accord international, les acheteurs publics français « *peuvent* » (ce n'est en aucun cas une obligation) « *introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre* ».

Comme on le voit clairement, cette faculté de restriction voire d'exclusion fondée uniquement sur l'origine des produits ou la « *nationalité* » des candidats, peut être utilisée :

- par toutes les catégories d'acheteurs publics, pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ;

- et pour toutes catégories de marchés publics, marchés de travaux, de fournitures ou de services et ce, quels que soient leurs montants.

La seule condition, c'est que les produits ou les candidats soient issus d'États tiers à l'UE et non liés à elle par des accords internationaux en matière de marchés publics.

18 - Pour le Gouvernement français (la DA) des ministères économiques et financiers), ce dispositif « *n'est pas sans poser des diffi-*

12. Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014.

13. Dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014.

14. Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014.

15. Dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014.

16. Délib. n° 696, 3 juill. 2019, à propos de l'attribution d'un marché pour la construction d'un collecteur d'assainissement.

cultés pratiques et juridiques »¹⁷. L'article L. 2153-1 du CCP « *procède à une transposition extensive et a contrario* » des dispositions précitées des directives marchés publics de 2014¹⁸. « *Aucune jurisprudence n'a confirmé ou infirmé la possibilité pour un acheteur* » de pratiquer de telles exclusions. En admettant que cela soit possible, poursuit la DAJ, la mise en œuvre de cet article « *suppose une parfaite connaissance du champ d'application matériel des accords internationaux* » en question.

D'où le conseil donné par la DAJ aux acheteurs publics de ne pas appliquer l'article L. 2153-1 du CCP et de ne mettre en œuvre que les dispositions de l'article L. 2153-2, en s'appuyant sur la fiche pratique rédigée par la DAJ le 21 septembre 2020 relative au « *dispositif « États-tiers » applicables aux marchés de fournitures des entités adjudicatrices* »¹⁹.

5. Sur les raisons pour lesquelles le second alinéa de l'article L. 2153-1 du CCP peut être utilisé par les acheteurs publics français en toute sécurité juridique

19 - Par-delà le caractère assez insolite de voir un service de l'État de très grande qualité conseiller aux acheteurs publics de ne pas appliquer la loi alors que c'est ce service qui a rédigé le texte²⁰, il est possible de démontrer que ce conseil n'est pas juridiquement fondé et que le second alinéa de l'article L. 2153-1 du CCP peut être utilisé par les acheteurs publics français, sous réserve du respect de certaines précautions, en toute sécurité juridique.

20 - En premier lieu, on indiquera que le texte ici discuté est issu d'une ordonnance (23 juillet 2015) qui a fait l'objet, comme l'exige la Constitution, d'un examen attentif préalable du Conseil d'État. Or, à notre connaissance, ce dernier n'a relevé aucune contrariété ou incompatibilité de ce texte au droit de l'UE.

Ensuite, ce même texte a été codifié à droit constant dans le Code de la commande publique qui a été soumis à la Commission supérieure de codification et, une fois encore, au Conseil d'État. Aucune de ces institutions n'a fait d'objection juridique au dispositif ici discuté.

Comment la DAJ des ministères en charge de l'économie peut-elle alors aujourd'hui conseiller de ne pas appliquer l'article L. 2153-1 alors que le Conseil d'État n'a relevé aucune non-conformité de cet article au droit de l'UE ? D'ailleurs, pourquoi la DAJ n'a-t-elle pas alerté le Conseil d'État sur cette question au moment de l'examen de l'ordonnance de 2015 ? Pourquoi a-t-elle maintenu dans le projet de code le texte de l'ordonnance de 2015 alors qu'elle avait manifestement un doute sur sa conformité au droit de l'UE ? On avoue notre perplexité sauf à croire que cette position de la DAJ n'est pas juridique mais exclusivement « *politique* » *lato sensu* : dès lors que les marchés publics français sont ouverts à la concurrence, tous les opérateurs économiques en provenance du monde entier doivent pouvoir y accéder.

21 - En deuxième lieu, l'État avance parfois l'argument que le texte de l'article L. 2153-1 du CCP n'est pas applicable tant qu'il n'aura pas fait l'objet de toutes ses mesures d'application réglementaires.

Cela est évidemment erroné. Comme on l'a relevé plus haut, les mesures décrétales ont été prises dès l'adoption de l'ordonnance de 2015 dans le décret d'application du 25 mars 2016 (examiné

aussi par le Conseil d'État, sans qu'il y trouve à redire). Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles R. 2153-1 et suivants du CCP.

Quant aux arrêtés ministériels évoqués dans ces textes – qui n'ont effectivement pas été pris –, la fiche technique de la DAJ relative à l'article L. 2153-2 indique « *qu'en aucun cas la mise en œuvre de ce dispositif n'est conditionnée par l'adoption de l'arrêté mentionné* ». Quant à la mise en œuvre de l'alinéa 2 de l'article L. 2153-1, il ne nécessite que la lecture de la liste des États liés à l'UE en matière de marchés publics²¹ et la mise en œuvre d'une méthodologie pour déterminer l'origine d'un produit que l'on retrouve dans la fiche technique précitée de la DAJ du 21 septembre 2020.

À cet égard, cette fiche technique de la DAJ conseille aux acheteurs publics :

- d'informer les candidats dans les documents de la consultation qu'ils vont procéder à de telles exclusions ;
- de demander aux candidats qu'ils produisent, soit un « *RCO* » (renseignement tarifaire contraignant) délivré par la direction des douanes et qui donne des informations utiles relatives à l'origine des produits, soit une déclaration sur l'honneur présentant les renseignements nécessaires à la détermination des produits ;
- de prévoir une phase contradictoire en cas de rejet envisagé de l'offre ;
- de prévoir une clause d'exécution du marché relative au maintien de l'origine européenne (ou en provenance d'États tiers adhérents à l'AMP) des produits.

22 - En troisième lieu, l'État avance l'argument que, en écrivant l'article L. 2153-1, la France a réalisé une transposition « *a contrario* » des directives marchés publics de 2014 – sous-entendant que le texte de la directive ne dit pas ce que le texte français affirme – et que, d'ailleurs, « *la question fait l'objet de débats, y compris au sein de la Commission* »²².

Outre le fait qu'il n'a jamais été discuté que l'on pouvait interpréter un texte *a contrario* (et ce, sans discontinuité, depuis l'époque romaine...) et que l'on aimerait bien connaître quelle est la nature de ces « *débats* », cet argument n'est pas non plus pertinent.

Dans le rapport précité de 2021 des deux parlementaires fait à la demande du Premier ministre, il est suggéré – même si le rapport affirme que « *l'article L. 2153-1 paraît conforme à l'esprit de l'article 25 de la directive 2014/24* » – « *qu'il conviendrait d'obtenir une position non-équivoque de la Commission européenne sur le sens à donner à l'article 25* » et, « *forte de cette déclaration, la DAJ devrait ensuite en faire la promotion et l'expliquer largement pas des guides pédagogiques* ».

Sauf que cette position très claire de la Commission existe déjà depuis 2019.

De fait, le 13 août 2019, le JOUE a publié une « *communication de la Commission* » relative aux « *orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE* »²³.

Certes adoptée avant le 31 janvier 2020, date officielle de sortie du Royaume-Uni de l'UE, il est important de noter que cette communication est l'une des premières qui n'a pas été élaborée sous l'influence idéologique des Anglais pour lesquels, en matière de marchés publics, le concept de réciprocité était un signal protectionniste négatif adressé aux partenaires commerciaux de l'Union qu'il fallait bannir.

Or, qu'est-il dit dans cette communication de la Commission en fin d'introduction du point 1 consacré justement à l'interprétation de l'article 25 de la directive 2014/24/UE ?

17. Réponse précitée en date du 11 mars 2020 du bureau du conseil aux acheteurs de la DAJ à une question posée par un acheteur local.

18. Analyse rapportée par les parlementaires M^{mes} Beaudouin-Hubière et Navet dans un rapport à la demande du Gouvernement « *pour une commande publique sociale et environnementale* », rendu le 20 oct. 2021, pt n° 4-6-2 : Contrats-Marchés publ. 2021, alerte 53, obs. S. Doutheaud.

19. V. site de la DAJ.

20. Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015.

21. Ci-dessus reproduite au point n° 7.

22. V. une fois encore, la réponse de la DAJ du 11 mars 2020 à un acheteur public local.

23. Comm. UE, communication 2019/C 271/02 : JOUE n° C 271, 13 août 2019, p. 43.

Il est dit tout d'abord, par pure paraphrase de l'article 25, que « les directives sur les marchés publics disposent que les acheteurs publics de l'Union accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union, dans la mesure où ces conventions le prévoient ».

Mais, tout de suite après et là, sans s'appuyer sur un texte mais par lecture a contrario de l'article 25, la Commission affirme sans aucune ambiguïté que, « au-delà de cette obligation les opérateurs économiques des pays tiers qui n'ont pas signé de convention leur ouvrant les marchés publics de l'Union, ou dont les biens, services et travaux ne sont pas visés par une telle convention, n'ont pas un accès garanti aux marchés publics de l'Union et peuvent en être exclus ».

« Peuvent en être exclus » ! On ne peut pas être plus clair et on remarquera que le paragraphe ci-dessus reproduit est quasiment, au mot près, le texte du second alinéa de l'article L. 2153-1 du CCP français.

L'alinéa 2 de l'article L. 2153-1 du CCP est-il alors toujours trop « extensif » ? Est-il non-conforme au droit de l'UE ? On croit avoir démontré le contraire.

On peut d'ailleurs se demander si la position de la DAJ des ministères économiques, plusieurs fois rappelée ci-dessus, est toujours aussi différente de la nôtre, dès lors que l'on trouve dans l'introduction d'un document édicté par plusieurs directions de ces ministères, et notamment la DAJ, consacré à un guide des marchés publics de fourniture dans les industries de réseau de juillet 2021²⁴, la phrase suivante : « toutefois, l'entité adjudicatrice devra, lorsqu'elle envisage de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 2153-2, s'interroger également sur l'opportunité d'appliquer celles de l'article L. 2153-1, afin d'opposer les exclusions et les restrictions prévues à cet article ». Ne faut-il pas voir là une évolution sensible de la position de la DAJ ? On croit pouvoir l'affirmer.

6. Sur les modalités de restrictions ou d'exclusions de certains opérateurs ou produits en provenance d'États tiers —

23 - Une fois démontré que, dans son principe, tous les acheteurs publics français (États, collectivités locales, établissements publics) peuvent légalement utiliser, sans risques juridiques, les articles L. 2153-1 et L. 2153-2 du CCP, selon quelles modalités ces restrictions et exclusions peuvent-elles jouer ?

A. - Pour les opérateurs et les produits en provenance d'États tiers ayant conclu des accords internationaux avec l'UE en matière de marchés publics

24 - Pour ce type d'opérateurs économiques ou de produits, le premier alinéa de l'article L. 2153-1 du CCP dispose que les acheteurs publics français doivent accorder un traitement équivalent (un « traitement non moins favorable » disent les directives) à celui garanti aux opérateurs et aux produits issus de l'UE.

Et cette garantie joue quand bien même les États tiers dont sont issus les opérateurs ou les produits n'accordent pas aux opérateurs ou aux produits issus de l'Union un traitement équivalent dans certains secteurs ou pour certains produits. Tant que les institutions de l'UE n'auront pas amendé leur adhésion à l'AMP vers plus de restrictions, les marchés publics européens resteront donc totalement ouverts à la concurrence en faveur des opérateurs ou des

produits en provenance des États tiers ayant conclu des accords internationaux avec l'UE en matière de marchés publics.

25 - Il existe toutefois un tempérament à cette ouverture totale des marchés publics en faveur des États tiers lorsque, comme l'indique l'article L. 2153-2 du CCP, les pays tiers n'ont pas conclu d'accords internationaux avec l'UE ou ont conclu un tel accord mais que celui-ci n'assure pas « un accès comparable et effectif des entreprises de l'UE aux marchés publics de ces pays ».

Dans ce cas, pour les seuls marchés de fournitures et pour le secteur des réseaux, les acheteurs publics français, agissant en tant qu'entités adjudicatrices, peuvent rejeter les offres des candidats lorsque les produits originaires de ces pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre.

Il ne faut pas cacher que la mise en œuvre de cette option est délicate pour les acheteurs publics dès lors qu'il leur faut déterminer, d'abord si l'État en question accorde un « accès comparable et effectif des entreprises européennes » à celui de leurs propres entreprises (ce qui suppose une analyse diplomatique de la condition de réciprocité pour les États tiers ayant conclu un accord international marchés publics) et, ensuite, qu'il leur faut déployer une méthodologie douanière pour déterminer l'origine réelle des produits et comment calculer le seuil de 50 %. À cet effet, la fiche pratique précitée de la DAJ du 21 septembre 2020 est opérationnelle, même si elle peut rebuter plus d'une collectivité territoriale aux moyens réduits.

B. - Pour les opérateurs et les produits en provenance d'États tiers n'ayant conclu aucun accord international avec l'UE en matière de marchés publics

26 - Pour ce type d'opérateurs économiques ou de produits – qui visent quand même des États économiquement très importants comme la Chine, la Turquie, l'Inde, le Brésil ou la Russie – les acheteurs publics français peuvent pour tous les types de marchés (travaux, fournitures et services) et dès le premier euro, introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions – pouvant aller jusqu'à l'interdiction de concourir – fondée sur la nationalité de l'opérateur ou du produit (dès lors que celle-ci est celle d'un État n'ayant conclu aucun accord international avec l'UE en matière de marchés publics).

Concrètement, cela signifie que l'avis de publicité et/ou le règlement de consultation des entreprises d'un marché public de travaux, de fourniture ou de services d'une collectivité territoriale peut légalement indiquer, par exemple :

- que seront exclues (le cas échéant) les offres présentées par des opérateurs économiques dont la nationalité est celle d'États non parties à l'AMP de l'OMC ou à un accord international équivalent auquel l'UE est partie ;

- que seront exclues les offres présentées par des opérateurs économiques français ou européens comportant des produits ou des services issus en totalité ou en majorité d'États non parties à l'AMP ou à un accord international équivalent auquel l'UE est partie.

À vrai dire, ce dernier cas de figure pourrait même viser une offre contenant seulement 1 % de produits en provenance d'États tiers non parties à l'accord AMP. Mais, comme l'article L. 2153-1 du CCP laisse aux acheteurs publics la faculté de l'utiliser ou pas et qu'il n'est pas exclu que l'exécution de certains marchés publics nécessite une part minimale de fournitures et de services en provenance de ces États tiers, il nous semble raisonnable d'estimer que l'exclusion ne devrait viser que les offres contenant un pourcentage clairement défini (dans les documents de la consultation) de produits ou services en provenance d'États tiers non parties à l'accord AMP.

27 - Par ailleurs, il semble juridiquement difficile à l'acheteur public – au regard du principe d'égalité – d'admettre certains États tiers et d'en exclure d'autres. Si l'acheteur fait le choix – ce qui, rappelons-le encore une fois n'est qu'une faculté et non une obli-

24. Contrats-Marchés publ. 2021, alerte 46, obs. S. Douteaud ; Contrats-Marchés publ. 2021, alerte 45, focus F. Linditch.

gation imposée par le droit de l'UE – de réserver le marché aux opérateurs en provenance de l'UE et des États adhérant à l'AMP (ou à l'EEE), il doit, selon nous, expressément exclure tous les États tiers non-adhérents de conventions internationales communes avec l'UE et non pas en désigner certains.

28 - Enfin, cette analyse ne vaut naturellement que pour les entreprises candidates dont la nationalité est celle d'un État tiers ou pour les candidats français ou européens dont les fournitures proviennent majoritairement d'États tiers n'ayant pas conclu d'accords en matière de marchés publics avec l'UE. Elle ne vaut évidemment pas si l'entreprise soumissionnaire est de nationalité française ou européenne (même détenue à 100 % par des capitaux en provenance d'États tiers) et si les fournitures et services de cette entreprise sont fabriqués en France ou en Europe.

29 - Ainsi, si l'on doit résumer en quelques mots l'état du droit positif de la commande publique applicable aux candidats ou aux produits en provenance d'États tiers à l'UE, on peut dire :

- que si ces candidatures ou produits sont en provenance d'États tiers ayant passé des accords en matière de marchés publics aux côtés ou avec l'UE, les acheteurs publics français doivent les traiter comme des candidatures ou des produits en provenance d'États membres de l'UE.

La seule discrimination envisageable pour ces candidats et produits concerne les marchés de fournitures dans le secteur des réseaux lorsque les États tiers n'assurent pas « *un accès comparable et effectif des entreprises de l'UE aux marchés publics de ces pays* » ;

- que si ces candidatures ou produits sont en provenance d'États tiers n'ayant passé aucun accord en matière de marchés publics avec l'UE, les acheteurs publics français peuvent légalement, soit limiter, soit exclure ces candidatures ou ces produits de leurs commandes publiques.

30 - Ces conclusions générales peuvent apparaître vertigineuses et presque irréelles dans le monde contemporain des marchés publics français où règnent, en vertu du droit communautaire et du droit constitutionnel, l'égalité de traitement des candidats et la liberté d'accès et la transparence des procédures, mais elles sont pourtant conformes au droit positif et ne surprendront pas les opérateurs économiques en provenance de ces États où les marchés publics restent très largement, voire totalement, fermés à la concurrence européenne.

31 - Si l'acheteur public a donc inscrit dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions permettant de limiter ou d'exclure certains opérateurs ou produits en provenance des pays tiers ici en question, il pourra, à la réception des candidatures ou des offres (et selon une méthodologie qu'il aura établie pour apprécier l'origine du candidat ou du produit), interroger le candidat sur sa nationalité ou l'origine des produits composant l'offre et décider, si les explications du candidat ne sont pas convaincantes, du caractère irrégulier de l'offre au sens de l'article L. 2152-2 du CCP et éliminer celle-ci dans les conditions des articles R. 2152-1 et R. 2152-2 du CCP. ■

Essentiel à retenir

- Sur la base des traités sur l'Union européenne et des directives marchés publics de 2014, les marchés publics sont ouverts à la concurrence au sein de l'UE. Cette ouverture concerne les entreprises européennes et les produits fabriqués en Europe. Elle vise également les entreprises et les produits en provenance d'États tiers à l'UE, ayant conclu des accords internationaux en matière de marchés publics avec l'UE.

- En revanche, le droit européen des marchés publics (*transposé en France à CCP, art. L. 2153-1*) permet à tous les acheteurs publics d'exclure ou de limiter les candidatures d'entreprises ou les produits en provenance d'États tiers n'ayant conclu aucun accord international avec l'UE en matière de marchés publics.

En effet, l'état du droit positif de la commande publique applicable aux candidats ou aux produits en provenance d'États tiers à l'UE distingue deux cas de figure :

- les candidatures ou produits en provenance d'États tiers ayant passé des accords en matière de marchés publics aux côtés ou avec l'UE : les acheteurs publics français doivent les traiter comme des candidatures ou des produits en provenance d'États membres de l'UE. La seule discrimination envisageable pour ces candidats et produits concerne les marchés de fournitures dans le secteur des réseaux lorsque les États tiers n'assurent pas « *un accès comparable et effectif des entreprises de l'UE aux marchés publics de ces pays* » ;

- les candidatures ou produits en provenance d'États tiers n'ayant passé aucun accord en matière de marchés publics avec l'UE : les acheteurs publics français peuvent légalement, soit limiter, soit exclure ces candidatures ou ces produits de leurs commandes publiques.

Cette faculté d'exclusion ou de limitation, applicable aux marchés de travaux, de services et de fournitures, n'expose pas l'acheteur public à voir la procédure annulée par le juge administratif ou civil, ou à voir sa responsabilité pénale engagée.

Mots-Clés : Commande publique - États tiers

JurisClasseur : Contrats et marchés publics, fasc. 14