THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

SciencesPo. | Chaire M.A.D.P. | Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Nº 02 – Dezembro de 2013

# LA RECIPROCITE DANS LES MARCHES PUBLICS: INSTRUMENT JURIDIQUE DU JUSTE ECHANGE?

## (RECIPROCITY IN PUBLIC PROCUREMENTS: A LEGAL INSTRUMENT FOR A FAIR EXCHANGE?)

***Paul Lignières***
*Docteur en droit*
*Avocat à la Cour (Paris), Associé,*
*Responsable droit public,*
*Linklaters*

***Céline Gagey***
*Avocat à la Cour (Paris)*
*Linklaters*

**Abstract :** European institutions are under attack launched by European companies and politicians, for their alleged naivety and lack of reciprocity vis-à-vis other continents, as well as their incapacity to address the discrepancy between the European open market and the relatively closed markets of other continents. The European Commission has decided to address the issue by proposing a directive for public procurements aimed at introducing the principle of reciprocity. This proposal is subject to heated debates. Is it likely to open Pandora's box of protectionism?

**1.** L'Union européenne, dans une optique libérale de libre-échange, a longtemps été et reste attachée à ouvrir ses marchés. Elle l'a fait quel que soit le comportement de ses partenaires commerciaux. Aujourd'hui, la donne a changé : en Europe, les velléités de protectionnisme sont omniprésentes. Le débat s'ouvre donc sur la nécessité d'introduire le concept de réciprocité, notamment dans le cadre des marchés publics. L'Union européenne serait-elle prête à changer de paradigme ? L'objet de notre étude est de comprendre l'état du droit actuel ainsi que la genèse et l'avenir de la proposition de la Commission européenne[1].

[1] *Avertissements :*
1. La présente étude ne prétend pas donner une analyse exhaustive de la doctrine européenne ou internationale sur le sujet de la réciprocité dans les marchés publics. Le sujet est très récent en France, il n'est pas encore analysé par les juristes français à de très rares exceptions près. Il était donc important pour nous d'y consacrer cette première étude afin de contribuer, du point de vue français et européen, à l'importante réflexion juridique de la réciprocité dans les échanges internationaux (notre analyse est basée sur, et elle développe, le chapitre co-rédigé par Céline Gagey et Paul Lignières *« La prise en compte de la réciprocité dans les échanges »*, *in* Paul Lignières, Le

**2.** Le principe de réciprocité en matière de marchés publics est fondé sur le principe d'un échange équitable : il s'agirait pour l'Union européenne de n'ouvrir ses marchés publics à un pays étranger que dans la mesure où ce dernier agit de la même manière à l'égard des entreprises européennes. Il s'agit d'introduire de faire en sorte qu'il y ait une équivalence dans les conditions juridique de compétitivité pour les marchés publics, le « *level playing field* »[2].

**3.** En mars 2012, la Commission européenne a proposé un règlement introduisant le principe de réciprocité dans les marchés publics[3]. Cette proposition constitue la première étape d'un long et incertain processus législatif qui pourrait aboutir à faire rentrer le principe de réciprocité dans le droit positif de l'Union européenne.

**4.** Il est nécessaire de bien comprendre ce que recouvrent les marchés publics au sens de la proposition de règlement introduite par la Commission européenne. La proposition vise les marchés publics, au sens large. En effet, elle regroupe l'ensemble des contrats de la commande publique, c'est-à-dire les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices en vue de réaliser des ouvrages ou des travaux ou encore de fournir des produits ou des services. Elle inclue donc les marchés publics au sens strict mais également les contrats de concession et les contrats de partenariat.

**5.** Le débat sur l'introduction de la notion de réciprocité dans les marchés publics est progressivement entré sur la scène politique. En France, Nicolas Sarkozy en avait fait un thème de campagne lors de l'élection présidentielle de 2012. Ainsi, il affirmait que « *tous les marchés publics sont ouverts depuis 1994 sur notre continent. Au Japon, le seul marché ouvert est celui de l'eau. En Chine, aucun marché public n'est ouvert. Je dis simplement, faites la réciprocité* »[4]. Il avait même menacé d'agir unilatéralement si aucun accord n'était trouvé au niveau des instances européennes : « *Si dans les douze mois qui viennent aucun progrès sérieux sur l'exigence de la réciprocité avec nos principaux partenaires n'était enregistré, alors la France appliquera unilatéralement cette règle jusqu'à ce que les négociations aboutissent* »[5].

**6.** La nouvelle majorité en France a poursuivi sur cette ligne. Ainsi, Laurent Fabius déclarait que: « *Notre ligne directrice sera de faire entrer dans les faits la notion de réciprocité car l'Europe a été trop naïve par le passé* »[6]. L'actuel président

---

Temps des Juristes, contribution juridique à la croissance européenne, LexisNexis, préface de Jean-Bernard Auby, 2012).

2. Par ailleurs, nous tenons à souligner que nous sommes tout à fait conscients que le point de vue présenté dans cette étude est celui d'avocats européens qui porte donc sa part de subjectivité, en particulier sur les rapports entre l'Europe et les autres continents.

[2] *European Commission levels the playing field for European business in international procurement markets*; press release, European Commission, 21 March 2012.

[3] 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, article 1er.

[4] Journal du Dimanche, interview du 7 avril 2012.

[5] Discours de Villepinte, 11 mars 2012.

[6] Les Échos, 24 août 2012, Commerce : Fabius tente de raviver la question récurrente de la réciprocité.

de la République a également récemment insisté sur la nécessité de réciprocité dans les marchés publics[7].

**7.** Ce débat sur l'introduction de la réciprocité dans les marchés publics présente un enjeu économique considérable. Il est ainsi nécessaire de rappeler le poids des marchés publics dans l'économie. Ils représenteraient 19% du PIB de l'Union européenne et 17 % du PIB mondial.

**8.** Moins d'un tiers des marchés publics aux États-Unis serait ouvert aux entreprises étrangères. Au Japon, l'ouverture est limitée à 28% environ. Plus précisément, le marché des transports ferroviaires japonais qui, selon la Commission européenne, s'élève à 600 millions d'euros par an, est entièrement fermé aux entreprises européennes[8]. Or, des fleurons de l'industrie européenne comme Alstom et Siemens pourraient prétendre à se développer sur ces marchés. Quant à l'Inde, la Chine ou encore la Russie, leurs marchés publics sont presque entièrement fermés à la concurrence étrangère[9].

**9.** Cette fermeture des partenaires commerciaux de l'Union européenne est un frein aux exportations de l'Union européenne. Ainsi, seuls 10 milliards d'exportations en provenance de l'Union européenne - soit moins de 1% de son PIB - trouvent actuellement un débouché dans les marchés publics internationaux. Les exportations qui ne se réalisent pas en raison des restrictions appliquées sont estimées à 12 milliards d'euros, ce qui pourrait représenter 180 000 emplois.

**10.** Par ailleurs, ces marchés sur fonds publics concernent des secteurs clés de l'économie comme l'énergie, les transports notamment le transport ferroviaire, ou encore le Bâtiment et Travaux Publics (BTP).

**11.** Ainsi placée au cœur des débats sur la politique économique de l'Union, la réciprocité est présentée comme une réponse possible à une Europe non seulement ouverte mais également en proie à une concurrence non régulée.

**12.** La proposition de règlement de la Commission européenne sur la réciprocité est toutefois source de divisions entre les États-membres. De nombreux États-membres ont déjà fait savoir qu'ils s'opposeraient à cette proposition. Ce débat est d'autant plus intense qu'il s'inscrit dans les discussions plus générales sur la question de l'équité dans les échanges internationaux, discussions qui ont traditionnellement tendance à diviser les États européens.

**13.** Le cas des panneaux solaires chinois en atteste et montre la difficulté qu'il peut y avoir à tenter d'introduire des modifications de réglementation. Il faut rappeler que l'industrie photovoltaïque européenne est fortement subventionnée, notamment via la fixation d'un tarif préférentiel de rachat de l'électricité issue de l'énergie photovoltaïque. Toutefois, ces subventions n'ont pas suffi à permettre le

---

7 Libération, 16 mai 2013, extraits de la conférence de presse de F. Hollande.

8 Étude d'impact de la Commission européenne (SWD (2012) 57 final) du 21 mars 2012 accompagnant la Proposition de règlement 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, p. 10.

9 Intervention de Nicole Bricq, ministre du commerce extérieur lors de la discussion de la proposition de résolution européenne sur l'instrument de réciprocité sur les marchés publics, Assemblée nationale, 28février 2013.

développement d'une filière industrielle européenne, notamment du fait de l'importation massive de panneaux photovoltaïques chinois à bas prix. Dans ce contexte, en juillet 2012, un groupement d'industriels européens du secteur solaire, mené par l'entreprise allemande Solar World a déposé une plainte devant la Commission européenne. Ces industriels souhaitaient l'ouverture d'une enquête anti-dumping concernant les pratiques des fabricants de panneaux solaires chinois, soupçonnés d'exporter leur marchandise à un prix inférieur à leur coût de production. L'enquête a été ouverte par la Commission européenne le 6 septembre 2012[10]. Le 4 juin 2013, la Commission européenne, à l'instar des États-Unis qui ont déjà imposé à la Chine des mesures de rétorsions concernant l'industrie photovoltaïque[11], a institué des droits antidumping provisoires sur les importations de panneaux solaires en provenance de Chine. Le taux du droit sera fixé à 11,8% jusqu'au 6 août 2013. A partir de cette date, il sera porté à 47,6%, niveau permettant, selon la Commission européenne, de mettre fin au préjudice causé à l'industrie européenne.

**14.** L'Allemagne, comme d'autres États-membres, s'est vivement opposée à cette décision. En effet, la décision de la Commission peut être rejetée par le Conseil statuant à la majorité qualifiée[12]. Par conséquent, eu égard au nombre d'États-membres opposés à la taxation des panneaux solaires importés de Chine, il est probable que la Commission se heurte à un vote négatif du Conseil empêchant l'entrée en vigueur de la décision[13]. Pour pallier la résistance des Etas membres, la Commission a indiqué qu'elle entendait poursuivre les discussions avec les exportateurs chinois. En effet, un accord satisfaisant avec ceux-ci permettrait à la Commission de suspendre les mesures provisoires et d'aboutir à une solution négociée[14].

**15.** Dans ce contexte, il s'agit d'abord de bien comprendre et mesurer le vide juridique qui existe aujourd'hui dans le dispositif des marchés publics européens (**1**) et ses conséquences (**2**). Il s'agit ensuite d'explorer les voies possibles du rétablissement d'une situation équitable pour les entreprises européennes (**3**). Cela impliquerait toutefois un changement de paradigme dans la politique de l'Union européenne qui suscite de nombreuses oppositions (**4**).

## 1 L'ordonnancement juridique actuel

**16.** En droit du commerce international, l'Union européenne a posé le principe de réciprocité dans les marchés publics, stipulant, tant dans l'accord multilatéral sur les marchés publics dans le cadre de l'OMC (1.1) que dans les accords bilatéraux (1.2), qu'elle n'ouvrait ses marchés publics qu'à condition que ses partenaires n'ouvrent les leurs aux entreprises européennes. Restent cependant un grand nombre de pays pour lesquels il n'existe pas d'accord sur la question (1.3). Pourtant, ce principe de réciprocité n'a pas été transposé en droit de l'Union européenne, ce qui entraine une ouverture unilatérale des marchés publics (1.4).

10 Communiqué de presse de la Commission européenne, 6 septembre 2012.

11 U.S. International Trade Commission, Crystalline Silicon Photovoltaic Cells and Modules from China, Investigations n°701 and 731-TA-1190, December 2011.

12 Règlement (CE) n°1225/2009 du Conseil du 30 novembre 2009 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, article 7.

13 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 290 paragraphe 2 b).

14 Règlement (CE) n°1225/2009, *op. cit.*, article 8, paragraphe 1.

### 1.1 Le principe des accords AMP et leurs exceptions

**17.** Dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), un accord sur les marchés publics (AMP) a été signé en 1994 à Marrakech. Entré en vigueur en 1996, il prévoit l'ouverture des marchés publics entre une douzaine de pays signataires parmi lesquels se trouvent les principaux partenaires commerciaux de l'Union européenne, dont les États-Unis, le Canada et le Japon.

**18.** Mais derrière ce principe de l'ouverture des marchés publics aux différents signataires, les négociateurs ont introduit une kyrielle d'exceptions. Ainsi, les « notes générales » par pays et leurs annexes comportent des « réserves ». Celles-ci portent tantôt sur les marchés passés par certaines personnes publiques, tantôt sur des secteurs spécifiques de l'économie, ou ont pour objet de différencier le traitement appliqué à tel ou tel pays.

**19.** À titre d'exemple, les États-Unis et le Canada n'ont que très peu ouvert les marchés publics passés par les collectivités locales ou régionales. Les États-Unis ont, en outre, exclu de l'accord AMP les marchés réservés aux PME (*Small Business Act*, 1953). Ils ont également introduit des exceptions afin de protéger spécifiquement le secteur du BTP et du transport ferroviaire (*Buy American Act*, 1933).

**20.** Quant à l'Union européenne, la principale réserve théorique posée dans ses notes générales concerne la réciprocité[15]. En effet, une clause stipule que l'Union européenne n'étendra pas l'ouverture de ses marchés publics tant que les pays parties à l'accord AMP n'assurent pas aux entreprises de l'Union un accès comparable et effectif aux marchés publics. D'ailleurs, une telle clause de réciprocité est considérée comme un principe constitutif du droit de l'OMC[16].

### 1.2 Les accords bilatéraux

**21.** En plus de l'accord AMP, un certain nombre d'accords bilatéraux ont été passés avec des pays non parties à l'accord afin d'assurer l'ouverture respective à la concurrence des marchés publics[17]. Toutefois, ces accords ne représentent que des parts assez faibles du commerce international.

**22.** Il convient également de souligner qu'un certain nombre d'accords bilatéraux ont d'ailleurs pour objectif de lever des réserves à l'accord AMP. Ainsi, après d'âpres négociations concernant l'actualisation de l'accord AMP, le Canada a finalement décidé d'ouvrir l'accès à ses marchés concernant ses provinces et ses territoires en 2011[18].

### 1.3 Les pays avec lesquels il n'y a pas d'accord

**23.** Il faut également souligner l'absence d'accord commercial sur les marchés publics avec un certain nombre de pays, en particulier au sein des BRICs (Brésil, Russie, Inde, Chine) ou encore avec la Turquie et l'Australie. Des négociations

---

15 Notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III ; il faut également noter une exception générale qui concerne toutes les parties à l'AMP en matière de sécurité nationale et de défense nationale (article 23 § 1 de l'AMP).

16 Viviane de Beaufort, professeur à l'ESSEC, expert auprès de l'UE, co-directeur du Centre européen de droit et d'économie, Revue de l'Union européenne, *à paraître*.

17 Accord commercial entre l'Union européenne et la Colombie et le Pérou signé le 26 juin 2012.

18 Communiqué de presse n°378 du Ministère des affaires étrangères et du commerce international du Canada, 15 décembre 2011.

difficiles sont en cours entre l'Union européenne et la Chine, l'Inde et les pays du Mercosur (dont le Brésil). A ce jour, les discussions n'ont pas abouti et sont bien loin de satisfaire aux attentes de l'Union.

### 1.4 L'absence de transposition en Europe

**24.** Initialement, l'Europe souhaitait être forte et se protéger tout en s'ouvrant au commerce international. Ainsi, Jacques Delors, ancien président de la Commission européenne de 1985 à 1994, disait : « *L'Europe aura la générosité seigneuriale. Elle sera un château fort, puissant, très puissant, avec le pont-levis levé* »[19]. Dans cette optique, les négociateurs européens à l'OMC, empreints de réalisme, ont bien pris soin d'introduire le principe de réciprocité dans l'accord AMP via une réserve.

**25.** Force est pourtant de constater que celui-ci n'a, dans les faits, qu'une portée très limitée. L'écueil tient à l'absence de transposition adéquate du principe de réciprocité en droit de l'Union européenne.

**26.** En effet, la seule disposition contenue dans les directives relatives aux marchés publics qui permette la réciprocité n'a qu'une portée très restreinte. En effet, les articles 58 et 59 de la directive dite « secteurs spéciaux »[20] autorisent les États à rejeter des offres provenant de candidats dont les pays n'ouvrent pas leurs marchés aux entreprises européennes. En pratique, cette disposition, méconnue, est très peu utilisée. De plus, les marchés dans les secteurs spéciaux ne représentent au plus que 20 % des marchés publics passés dans l'Union européenne.

**27.** Les directives relatives aux marchés publics visent expressément l'accord AMP. Le mécanisme de réciprocité posé par l'AMP n'est cependant pas transposé dans les directives. En pratique, elles ne permettent donc pas d'exclure les offres des candidats de pays étrangers qui ferment leurs marchés publics aux entreprises européennes. *In fine*, le principe de réciprocité posé par l'AMP et par certains accords bilatéraux n'est pas matérialisé en droit de l'Union européenne, faute d'une transposition adéquate dans les directives européennes qui s'imposent aux États membres. L'Europe est donc allée au-delà de ses engagements internationaux en matière d'ouverture, accueillant les compétiteurs étrangers sans rien exiger en retour.

**28.** Si l'Union européenne s'est dispensée d'exiger l'ouverture des marchés publics de la part de ses partenaires, cela n'a rien d'une omission. Le principe de réciprocité était simplement contraire à sa philosophie de l'époque, c'est-à-dire un libre-échangisme qui considérait que l'Europe devait ouvrir son marché car elle était compétitive. D'autres soutiennent que cette idée reposait aussi sur le présupposé, qui s'est révélé empreint d'une certaine naïveté, selon lequel l'ouverture du marché européen conduirait nécessairement à une ouverture globale des marchés à travers le monde.

## 2 Les problématiques liées à l'absence de réciprocité

**29.** L'absence de transposition du principe de réciprocité en droit de l'Union européenne soulève plusieurs difficultés. Tout d'abord, cela crée un déséquilibre en

19 Bernard Maris, *Jacques Delors artiste et martyr*, Albin Michel, 1992 page 230.

20 Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

droit au détriment des entreprises européennes. Ainsi, celles-ci se voient juridiquement fermer des marchés publics étrangers alors qu'elles doivent jouer le complet jeu de la concurrence sur les marchés publics européens (2.1). A cette problématique d'ordre économique s'ajoute un problème politique au sein de l'Union européenne : certains États-membres appliquent le principe de réciprocité pour leurs marchés publics, alors même qu'il n'est pas prévu par le droit de l'Union européenne (2.2). Enfin, au niveau international, le pouvoir de négociation est réduit et l'Union européenne peine à inciter ses partenaires à ouvrir leurs marchés (2.3)

### 2.1 Un déséquilibre au détriment des entreprises européennes

**30.** L'absence d'accord, les réserves multiples et autres mesures protectionnistes verrouillent l'accès des entreprises européennes aux marchés publics étrangers.

**31.** La pratique des « offsets » est, à cet égard, révélatrice. Cette pratique consiste à déclarer officiellement les appels d'offres ouverts aux candidats étrangers mais dans des conditions telles que les entreprises européennes doivent, pour être compétitives, accepter des transferts de technologies, une part de contenu local induisant des délocalisations[21].

**32.** Par exemple, la Chine, la Russie et le Brésil ont récemment introduit ou renforcé des mesures protectionnistes imposant, soit l'exclusion des biens originaires de pays tiers, soit une forte préférence pour les biens nationaux[22]. D'autres mesures consistent à permettre la concurrence d'entreprises de pays tiers mais seulement à des conditions différenciées par rapport aux entreprises nationales.

**33.** Ainsi les entreprises européennes sont, par exemple, souvent obligées de mettre en place des joint-ventures avec un partenaire chinois afin d'être admises à déposer une offre à un marché public. De même, un transfert de technologie est parfois exigé comme corollaire à l'accès aux marchés publics[23].

**34.** Dans le même temps, aucun obstacle juridique ne restreint l'accès des entreprises étrangères aux marchés publics européens. Au contraire, s'applique le principe général d'égalité et de non-discrimination des candidats, qui ne connaît pas d'exception pour les pays tiers (c'est-à-dire non membres de l'Union européenne). Les entreprises des pays tiers sont donc mises sur un total pied d'égalité dans les procédures de mise en concurrence pour l'octroi des marchés publics en Europe.

**35.** Il résulte de cette asymétrie l'apparition de situations de concurrence déloyale où de grandes entreprises étrangères sont en mesure de pratiquer des prix prédateurs dans un appel d'offres dans l'Union européenne et de remporter le marché, et ce grâce aux prix élevés qu'elles peuvent pratiquer sur leur marché national où la concurrence étrangère est absente ou simplement via des aides d'État.

---

21 Viviane de Beaufort, professeur à l'ESSEC, expert auprès de l'UE, co-directeur du Centre européen de droit et d'économie, Revue de l'Union européenne, *à paraître*.

22 Étude d'impact de la Commission européenne (SWD (2012) 57 final) du 21 mars 2012 accompagnant la Proposition de règlement 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, page 12.

23 V. l'exemple de l'éolien chinois, in Lénaïc Vaudin d'Imécourt et Sophie Mosca, L'Europe riposte pour défendre ses intérêts stratégiques, Europolitique, 13 mars 2012.

Plusieurs entreprises européennes ont alerté la Commission de ce type de pratiques[24].

**36.** A cet égard, il faut rappeler que, selon les estimations de la Commission européenne, seuls 10 milliards d'exportations en provenance de l'Union européenne - soit moins de 1% de son PIB - trouvent actuellement un débouché dans les marchés publics internationaux. Et les exportations qui ne se réalisent pas en raison des restrictions appliquées sont estimées à 12 milliards.

### 2.2 Les mesures unilatérales des États-membres

**37.** Plusieurs États membres - Autriche, Hongrie, Royaume-Uni, Espagne - ont, isolément, pris des mesures pour réguler l'accès des entreprises non-européennes à leurs marchés publics[25]. La Commission européenne mentionne également des cas de législations nationales et de décisions de justice fondées sur le concept de « stricte réciprocité ». Elle cite, à titre d'exemple, l'existence de clauses de stricte réciprocité dans le secteur du BTP[26].

**38.** Ces divergences entre les États membres soulèvent plusieurs difficultés juridiques. Tout d'abord, la conformité de ces dispositions avec le droit de l'Union européenne est très incertaine. En effet, la Commission considère que les États membres ne sont pas habilités à légiférer par eux-mêmes sur cette question relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne, et les personnes publiques ne peuvent selon elle prendre des décisions d'exclusion de candidats de pays qui n'ouvrent pas leurs marchés sans autorisation au niveau de l'Union européenne.

**39.** Ensuite, ces mesures prises au niveau national pourraient ne pas être compatibles avec les engagements internationaux de l'Union européenne. Toutefois, cette question reste discutée. Il semble que la Commission refuserait de communiquer une note interne sur cette question (ce qu'elle est d'ailleurs tout à fait de droit de faire[27]).

**40.** La France, qui défend ardemment l'introduction du principe de réciprocité, avait cependant fait savoir que, si aucune mesure n'était prise, elle envisagerait d'agir unilatéralement, malgré les risques juridiques auxquels elle s'expose[28].

**41.** Cette « polyphonie juridique » peut entamer la crédibilité de l'Union européenne dans les négociations internationales. En effet, les pays tiers, conscients que les règles ne s'appliquent pas de manière uniforme en Europe pourraient être réticents à prendre des engagements avec elle. Par ailleurs, très au fait des dissensions au sein de l'Union européenne, ils sont prompts à les exploiter en négociant avec certains pays pour éviter un accord global au sein de l'Union européenne, comme en atteste l'exemple précité des négociations sino-allemandes sur les panneaux solaires.

---

24 V. l'Étude d'impact de la Commission européenne du 21 mars 2012, *op. cit.*

25 V. l'Étude d'impact de la Commission européenne du 21 mars 2012, *op. cit.*, p. 16.

26 *Ibid.*

27 Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, article 4, paragraphe 3.

28 Rapport d'activité 2010 de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, p. 67 ; Réponse ministérielle à la question n°83329, Assemblée nationale, JO du 21 septembre 2010 ; voir également en ce sens le discours prononcé par le président Sarkozy à Villepinte le 11 mars 2012.

### 2.3 Le pouvoir de négociation de l'Union

**42.** La dernière conséquence de l'absence de mise en place du principe de réciprocité est de priver l'Union européenne de tout levier de négociation vis-à-vis des États tiers. Ayant déjà tout donné, elle n'a plus rien à offrir.

**43.** Afin de promouvoir l'ouverture des marchés publics à l'international, notamment au sein de l'OMC, l'Europe aurait besoin d'avoir un instrument juridique de droit interne pour la négociation, un moyen de pression suffisamment fort. De ce point de vue, la mise en œuvre de la réciprocité lui permettrait d'être à armes égales pour promouvoir l'ouverture généralisée des marchés publics, du moins de retrouver un pouvoir de négociation en rapport avec son poids commercial et politique.

## 3 Proposition de la Commission

**44.** La proposition de règlement de la Commission sur l'introduction du principe de réciprocité dans les marchés publics, parue en mars 2012, est le résultat d'une longue campagne de promotion de ce concept, lancé d'abord par des entreprises européennes (3.1) puis reprise par certaines personnalités politiques (3.2).

### 3.1 Historique de la proposition

**45.** La première prise de conscience de l'asymétrie dans l'accès aux marchés publics a eu lieu en 2006. Le constructeur canadien Bombardier a en effet remporté à cette époque un marché public d'un montant de quatre milliards d'euros pour la modernisation du réseau Transilien (trains de transports publics en Ile-de-France). L'affaire s'est envenimée lorsqu'Alstom, candidat malheureux à l'appel d'offres lancé par la SNCF, a révélé que le marché du secteur ferroviaire au Canada était fermé aux entreprises européennes[29].

**46.** Bien que l'affaire se soit réglée de manière pragmatique - Bombardier a co-traité la production avec Alstom - cette affaire a en quelque sorte mis en lumière la nécessité d'introduire rapidement une notion de réciprocité dans les marchés publics internationaux. Associé à quatorze autres entreprises, Alstom a adressé un courrier au gouvernement français militant pour l'adoption rapide de mesures de réciprocité[30].

**47.** Devenu commissaire européen au marché intérieur en 2009, Michel Barnier s'est alors emparé du problème. Au terme d'une difficile lutte d'influences, à l'automne 2011, le Conseil européen a demandé à la Commission européenne d'examiner des instruments pour introduire le concept de réciprocité dans les marchés publics dans le droit de l'Union européenne.

### 3.2 La proposition de règlement

**48.** Le 21 mars 2012, ces démarches aboutissent à une proposition de règlement de la Commission. La proposition de la Commission s'articule autour de trois mesures principales : (i) permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure des offres incluant une large part de biens et de services en provenance de pays qui ferme leur

[29] Aux termes de réserves figurant dans les annexes à la note générale de l'accord AMP relative au Canada.

[30] Réciprocité et commerce international, *Comment restaurer des conditions de concurrence loyales ?*, Chambre du commerce et de l'industrie de Paris, rapport de Jean-Michel Delisle, 8 mars 2012.

marchés publics aux entreprises européennes, soit du fait d'une réserve dans les accords internationaux, soit du fait de l'absence d'accord internationaux ; (ii) introduire un mécanisme permettant de restreindre l'accès aux marchés publics européens aux entreprises provenant de pays appliquant des discriminations graves et répétées à l'encontre de fournisseurs européens ; (iii) accroître la transparence sur les offres anormalement basses de fournisseurs en provenance de pays n'ouvrant pas leur marché publics.

### 3.3 Détail du contenu de la proposition de règlement

**49.** Trois principales mesures ressortent de cette proposition. La Commission pourrait, en premier lieu, approuver l'exclusion par un acheteur public d'une offre émanant d'un candidat dont le pays n'ouvre pas ses marchés publics aux entreprises européennes, du fait de l'absence d'accord internationaux ou de l'application d'une réserve dans un accord international[31]. Cette mesure ne concernerait que les marchés de plus de 5 millions d'euros. En nombre, cela ne concernerait que 7% des contrats passés dans l'Union européenne. Toutefois, ces marchés représentent 61% de la valeur des marchés publics en Europe[32]. En pratique, l'acheteur public préciserait dans son avis de marché son intention d'exclure les offres de candidats dont le pays n'applique pas la réciprocité. En ce cas, il serait tenu de soumettre à l'approbation préalable de la Commission qui vérifierait le manque substantiel de réciprocité entre l'Union européenne et le pays dont les produits et services sont originaires. La Commission estime qu'elle pourrait être saisie de 35 à 45 dossiers par an en application de cette nouvelle procédure.

**50.** La deuxième mesure consiste à permettre à la Commission, lorsqu'elle constate des discriminations graves et répétées à l'encontre d'entreprises européennes, et après qu'elle ait cherché à les éliminer par la voie d'une concertation avec le pays en question, d'adopter un acte d'exécution pour exclure des offres composées à plus de 50 % de produits originaires de ce pays ou à appliquer une pénalité de prix obligatoire aux produits et services proposés qui sont originaires du pays tiers en cause[33].

**51.** Enfin, la troisième mesure imposerait aux acheteurs publics de se justifier lorsqu'ils acceptent une offre anormalement basse en provenance d'une entreprise originaire d'un pays qui n'applique pas la réciprocité dans le secteur en cause[34].

**52.** Il convient de souligner que la proposition de la Commission ne concerne pas les pays les moins développés. Cette exception est dans le droit fil de la politique de soutien à l'expansion économique de ces pays, la mise en place de mesures protectionnistes par ces pays trouvant sa source dans la théorie des industries naissantes.

## 4 Critiques et perspectives

**53.** La proposition de règlement fera l'objet d'un long processus législatif (4.1). L'adoption de ce texte est relativement incertaine en raison d'oppositions virulentes (4.2). L'introduction dans l'arsenal juridique du principe de réciprocité constituerait, en

31 Proposition de règlement concernant, *op. cit*, article 6.
32 Proposition de règlement, *op. cit*, Exposé des motifs, page 9.
33 Proposition de règlement, *op. cit*, article 10.
34 Proposition de règlement, *op. cit*, Exposé des motifs, article 7.

effet, un réel changement de perspectives, passant d'une ouverture inconditionnelle à une ouverture raisonnée des marchés publics (4.3).

### 4.1 Calendrier théorique

**54.** Conformément à la procédure législative ordinaire[35], le texte de la proposition doit désormais être adopté par le Parlement européen et le Conseil européen. A ce titre, il a été transmis au Parlement européen. Celui-ci a annoncé avoir saisi sa commission du commerce international et sa commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs[36].

**55.** Par ailleurs, le Parlement européen a annoncé que le vote en commission de la Proposition aura lieu le 27 novembre 2013, avant que la séance plénière du Parlement européen ne vote définitivement le texte le 3 mars 2014. A l'issue de ce vote, le texte (appelé alors « *position du Parlement* ») sera transmis au Conseil européen, le cas échéant après examen des amendements du Parlement par la Commission. Selon la position adoptée par le Conseil, de nouvelles navettes entre la Commission, le Conseil et le Parlement peuvent encore avoir lieu. En toute hypothèse, l'adoption du la proposition ne pourra avoir lieu avant de longs mois.

### 4.2 Controverses nées de cette proposition

**56.** L'adoption de la proposition est toutefois très incertaine. En effet, le texte fait l'objet d'intenses controverses.

**57.** A la suite de la publication de la proposition de règlement, les désaccords entre les pays en faveur d'une adoption rapide de ce texte et ceux qui y sont opposés ont rapidement émergé. Ainsi, les conclusions du Conseil européen du 29 juin 2012 indiquent qu'« *il convient d'examiner rapidement la proposition de la Commission sur l'accès aux marchés publics dans les pays tiers* ». Elles soulignent également que l'Union européenne « *est déterminée à favoriser des échanges commerciaux libres, équitables et ouverts tout en défendant avec force ses intérêts, dans un esprit de réciprocité et de bénéfice mutuel, en particulier à l'égard des principales économies mondiales* ». Toutefois, dans un esprit de compromis, elles ne se prononcent pas directement sur la proposition de la Commission.

**58.** Certains opposants ont remis en cause le constat de la Commission selon lequel l'Europe serait plus ouverte que ses partenaires commerciaux. Par ailleurs, le Parlement européen a demandé à son unité « Evaluation de l'impact » du Parlement d'examiner plus avant cette question en considérant que l'étude d'impact de la Commission ne répondait pas suffisamment à la question du déséquilibre entre l'ouverture effective des marchés publics en Europe et celle de ses principaux partenaires commerciaux .

**59.** Certains opposants ont avancé les risques de représailles des États étrangers. L'Allemagne, dont l'excédent commercial s'élève à 142 milliards d'euros pour la période allant de janvier à septembre 2012, a fait part du risque que des représailles de la Chine affectent son commerce extérieur[37]. Cet argument pourrait être relativisé.

---

35 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 294.

36 Séances plénières des 20 avril 2012 et 25 octobre 2012.

37 Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Discussion générale sur la proposition de résolution européenne de Mmes Seybah Dagoma et Marie Louise Fort sur l'instrument de réciprocité sur les marchés publics (n° 583), 5 février 2013.

En effet, un État fermant déjà largement ses marchés publics à l'Union européenne ne dispose guère plus de marge de manœuvre pour réagir si l'Union européenne fait de même. Ce risque ne peut être néanmoins exclu. L'actualité récente le montre. En effet, en représailles de la procédure anti-dumping et de la taxation des panneaux solaires chinois annoncée par la Commission européenne, la Chine a annoncé l'ouverture d'une procédure anti-dumping sur les vins européens[38].

**60.** Il est également opposé qu'il est très incertain que l'introduction de mesures de réciprocité ait l'effet premier escompté, c'est-à-dire que les partenaires commerciaux de l'Union européenne ouvrent leur marché. Ainsi, le *think-tank* libéral, *European Centre for International Political Economy* considère qu'une telle mesure serait sans effet, voire contre-productive[39]. Le Parlement européen s'est également fait l'écho de cette inquiétude. Dans un document de travail, il indique qu'au vu des travaux de la Commission et des auditions menées, aucune réponse fondée n'a été trouvée sur cette question[40]. Le Parlement demande, par conséquent, que l'introduction d'une clause de révision au terme de laquelle la Commission proposerait un règlement modifié après l'entrée en vigueur du règlement ou justifierait les raisons de l'absence de modification du texte.

**61.** Par ailleurs, le Royaume-Uni s'est déclaré fortement opposé à la proposition[41]. Il considère d'abord qu'il s'agit d'un protectionnisme de représailles (*a « tit-for-tat » protectionism*) conduisant à un renchérissement du coût des marchés publics en Europe. En effet, la nécessité d'introduire le concept de réciprocité n'existe que si l'on considère que des offres étrangères peuvent être économiquement plus avantageuses. Du point de vue de l'acheteur public, le fait d'exclure des offres étrangères restreint le nombre d'offres dont certaines potentiellement plus avantageuses économiquement. Il pourrait en résulter une augmentation de la dépense publique par cet accroissement du coût des marchés publics. Ce surcoût – au demeurant difficile à évaluer - serait particulièrement préjudiciable dans le contexte actuel d'austérité.

**62.** Le Royaume-Uni a d'ores et déjà fait savoir qu'il tente de réunir une minorité de blocage pour s'opposer au texte[42]. Ainsi, en l'état actuel, outre le Royaume-Uni, la Belgique, le Danemark, la Suède, l'Allemagne, les Pays-Bas, le Luxembourg, l'Autriche, l'Irlande, la Grèce, la Finlande, la Lettonie, la République tchèque et l'Espagne

**63.** Le document de travail sur la proposition publié par le Parlement européen fait part de critiques plus subtiles. Il met ainsi en avant le risque de bureaucratisation des procédures de marché public mais surtout celui d'une fragmentation du marché intérieur, du fait que les pouvoirs adjudicateurs de certains pays demandent

---

38 Les Echos, 5 juin 2013, Outré par les taxes sur ses panneaux solaires, Pékin se venge sur le vin européen.

39 Patrick A. Messerlin, "*Openness in public procurement markets: Time for a reality check*", ECIPE, Policy Briefs, n°03/2013.

40 Parlement européen, Commission du commerce international, Document de travail 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, 7 mai 2013.

41 Cabinet Office, Procurement Policy Note - European legislative proposals on third country access to the EU public procurement market, Information Note 03/12, 5 April 2012.

42 House of Commons, Documents considered by the Committee on 16 May 2013.

l'exclusion des candidats issus de pays ne pratiquant pas la réciprocité alors d'autres pouvoirs adjudicateurs s'useraient jamais de cette possibilité[43].

**64.** Au contraire, la France défend ardemment la proposition de la Commission. Ainsi, conformément à l'article 88-4 de la Constitution, le Gouvernement français a soumis la proposition de règlement au Sénat et à l'Assemblée nationale qui ont chacun adopté une résolution en faveur de la proposition[44]. A l'occasion une déclaration commune, la France et l'Italie ont réaffirmé leur attachement au principe de réciprocité. A cet égard, les deux pas insistent sur la nécessité d'adopter rapidement la proposition de règlement de la Commission européenne afin de promouvoir la coordination avec les autres pays partenaires en matière réglementaire[45].

### 4.3 Perspectives

**65.** Mais en réalité, le débat se situe également à un autre niveau : derrière l'introduction de ce principe juridique, se dessine un choix politique fort, celui de soustraire les entreprises européennes à une concurrence manifestement déloyale. Autrement dit, la réciprocité relève d'une politique industrielle et commerciale qui prend une forme de soutien aux entreprises européennes sous forme d'une « discrimination positive » transitoire des entreprises européennes, ou une « inégalité compensatrice » du comportement des autres pays jusqu'à l'ouverture complète et sans réserve des marchés publics internationaux.

**66.** Il s'agit avant tout d'un débat politique. Quels que soient les effets de l'introduction du principe de réciprocité en Europe qui sont incertains (ouverture des échanges recherchées, protection de l'industrie européenne, représailles, augmentation des coûts des marchés publics), une question de principe est posée : soit l'Europe envoie le signal d'un changement de paradigme consistant à introduire la notion d'équité dans les échanges, c'est-à-dire une égalité de traitement et une ouverture réciproque, ce qui serait comme le souligne le New York Times, *« a significant shift in European thinking »*[46], soit elle accepte, comme c'est la cas aujourd'hui, d'ouvrir unilatéralement les marchés quelque soit le comportement de ses partenaires. Comme le souligne Alstom[47], même si la réciprocité n'entraine pas l'ouverture *de facto* des marchés publics, il permettra l'égalité d'accès *de jure*. En toute hypothèse, le fait qu'un doute subsiste sur l'effet réel de l'introduction de la réciprocité ne saurait justifier l'abstention totale. Rappelons cette phrase souvent

---

43 Document de travail des services de la Commission, Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document: 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.

44 Le Sénat a adopté une résolution le 26 novembre 2012, suivi par l'Assemblée nationale le 28 février 2013.

45 XXXème sommet franco-italien, Déclaration commune, Lyon, 3 décembre 2012.

46 New York Times, 21March 2012, European Union Plans Retaliation in Public Contract Bidding.

47 Alain F. Berger, "*Gaining access to third countries' public procurement markets*", presentation to the European Parliament, INTA Committee, February 20, 2013.

citée à propos du principe de précaution : « *dans le doute, ne t'abstiens pas mais agis au mieux* »[48].

**67.** Le débat est bien politique, voire idéologique comme le souligne le porte-parole de la *Confederation for Bristish Industry*. D'un côté, l'introduction de la réciprocité dans les échanges est vue comme une mesure de défense d'une Europe menacée, un « *self-defeating* protectionism », de l'autre il est vu comme une mesure d'équité et d'équilibre pour des échanges commerciaux plus justes. L'Europe est bien amenée, via le débat sur cette proposition à envoyer un signal fort à ses partenaires sur sa vision des échanges internationaux, ce qui l'amène encore une fois à montrer ses divergences.

Si l'Europe s'engageait dans la voie de la réciprocité dans les marchés publics, cela serait un changement d'optique qui pourrait entraîner l'introduction d'autres formes de réciprocité, notamment en matière d'environnement et de condition de travail.

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Si vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comité de Rédaction avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published by the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Editorial Board with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br

[48] Conclusions Alexandre Lallet sous l'arrêt CE, ass. 12 avril 2013, Association Stop HT; Le Principe de précaution: rapport au Premier ministre de Philippe Kourilsky, Geneviève Viney, La Documentation Française, 1999, page 57.