

SciencesPo

CHAIRE DIGITAL, GOUVERNANCE ET
SOVERAINETÉ

REFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE : VERS UN « BUY EUROPEAN TECH ACT » ?

Analyse juridique

Francesco Martucci

Professeur de droit public à l'Université Panthéon Assas

Mars 2022

Synthèse préliminaire

Le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à un « *Buy European Tech Act* ». Néanmoins, il requiert qu'une telle initiative respecte un cadre juridique qu'il convient, le cas échéant, de faire évoluer.

En 2019, la Commission a publié des orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits tiers aux marchés publics de l'UE¹.

En 2021, elle a présenté une proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur qui est en cours d'adoption par le Parlement européen et le Conseil².

Parallèlement, le législateur de l'Union achève ses travaux sur le *Digital Services Act* et le *Digital Markets Act* tandis qu'il avance sur le règlement relatif aux marchés de crypto-actifs (MICA).

Il existe ainsi une fenêtre d'opportunité pour relancer le débat sur un « *Buy European Act* » décliné dans une perspective numérique.

Plusieurs pistes de réflexion peuvent être envisagées.

¹ C(2019) 5494.

² COM/2021/223.

GENERALITES

- **SE FOCALISER SUR LES SEULS SOUMISSIONNAIRES PROVENANT DE PAYS TIERS A L'UNION EUROPEENNE**

Toute réflexion sur un « *Buy European Tech Act* » doit partir de la prémisse que le système ne doit concerner que les relations avec les opérateurs établis dans des pays tiers à l'Union Européenne.

Le principe de non-discrimination et les libertés fondamentales de circulation excluent toute perspective nationale. Les principes généraux de la commande publique dégagés par la jurisprudence et les directives relatives aux marchés publics excluent toute différence entre opérateurs économiques des États membres de l'Union européenne.

- **DISPOSER D'UNE CONNAISSANCE PRECISE DE L'OFFRE PROVENANT DE PAYS TIERS**

Il est primordial de disposer d'une connaissance précise de la commande publique afin d'identifier la réalité du phénomène de participation et d'obtention de marchés publics par des opérateurs de pays tiers.

À DROIT CONSTANT

▪ IDENTIFIER LES DISPOSITIONS DU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

Le premier argument opposé à l'idée d'un « *Buy European Tech Act* » réside dans l'existence dans l'Union d'un principe d'ouverture des marchés publics aux soumissionnaires établis dans des pays tiers.

En droit, l'article 25 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics prévoit qu'un traitement non moins favorable doit être accordé aux opérateurs économiques de pays tiers que celui accordé aux opérateurs économiques de l'Union dans la mesure où les accords externes conclus par l'Union le prévoient.

Dans un cadre multilatéral, l'accord sur les marchés publics (AMP) a été conclu en 2012 et lie l'Union Européenne à 19 autres États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

Dans un cadre bilatéral, certains accords de libre-échange, à l'instar de ceux conclus avec le Canada, le Japon ou encore le Royaume-Uni comportent des stipulations relatives aux marchés publics.

Il est donc nécessaire d'identifier précisément les pays tiers avec lesquels l'Union est liée par une obligation d'ouverture consacrée par un accord international.

▪ EXPLOITER LES POTENTIALITES OUVERTES PAR LES ACCORDS INTERNATIONAUX

Loin d'être totale, l'ouverture promue par les accords internationaux conclus par l'Union Européenne laisse aux parties des marges de manœuvre qu'il convient d'exploiter.

En premier lieu, l'accord sur les marchés publics (AMP) et les accords de libre-échange prévoient des seuils en dessous desquels les marchés échappent à leur champ d'application.

En deuxième lieu, ces accords consacrent des exceptions au titre de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la propriété intellectuelle.

En troisième lieu, l'accord sur les marchés publics (AMP) fixe des listes explicitant son champ d'application pour chaque partie.

En quatrième lieu, les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité sont exclus des règles internationales.

Ces limites constituent des potentialités à exploiter pour limiter, le cas échéant, l'ouverture des marchés publics dans le respect du droit international.

- **DETERMINER UNE METHODOLOGIE PERMETTANT D'IDENTIFIER LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES DANS LE DOMAINE DU NUMERIQUE**

L'article 69 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics prévoit que les pouvoirs adjudicateurs exigent des opérateurs économique une explication sur les prix ou les coûts afin d'écarter les offres anormalement basses.

Afin d'accompagner les pouvoirs adjudicateurs, une méthodologie pourrait être adoptée spécifiquement pour les services numériques.

- **PLEINEMENT EXPLOITER LES MOYENS CONSACRES PAR LE REGLEMENT « SUBVENTIONS ETRANGERES »**

Dans la proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur actuellement en cours de discussion, un dispositif est spécifiquement prévu lorsque des subventions étrangères provoquent ou risquent de provoquer une distorsion dans le cadre d'une procédure de passation de marché public. L'offre d'un opérateur de pays tiers bénéficiant de telles subventions devrait être exclue dès lors qu'elle s'avère indûment avantageuse.

Il serait souhaitable de prévoir là encore une méthodologie pour évaluer la présence ou non d'une distorsion dans le marché intérieur en vertu de l'article 3 et d'un avantage indu pour les services numériques.

À cet effet, un acte délégué ou d'exécution pourrait être adopté.

ÉVOLUTIONS DU DROIT A ENVISAGER

- **ÉTENDRE LE DISPOSITIF PREVU PAR LA DIRECTIVE « SECTEURS »**

La directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux prévoit des règles spécifiques pour les offres contenant des produits originaires des pays tiers.

Peuvent en effet être écartées les offres contenant plus de 50 % de produits en provenance d'États qui ne sont pas partie à l'accord sur les marchés publics ou avec lesquels l'Union n'a pas conclu d'accords de libre-échange.

Il convient de reprendre la proposition déjà avancée consistant à étendre cette disposition au secteur des communications électroniques qui, à l'instar des secteurs visés par la directive 2014/25/UE, présente des spécificités.

- **PRENDRE PLEINEMENT EN COMPTE LA SPECIFICITE DU NUMERIQUE DANS LE DROIT INTERNATIONAL**

Il convient d'apprécier la faisabilité d'une révision de l'accord sur les marchés publics (AMP) afin de disposer de réserves analogues à celles de certains pays tiers.

On pourrait également mener une réflexion globale sur la question de la réciprocité en tirant les conclusions de l'échec dans l'Union européenne de la proposition de la Commission (COM/2012/124) de fermeture de certains marchés publics en cas de déséquilibre dans l'ouverture des marchés.

L'occasion pourrait être saisie de prévoir au titre des listes prévues par l'accord sur les marchés publics un régime spécifique pour les services numériques.

De la même manière, les services numériques devraient occuper une place à part dans les discussions sur l'instrument de l'Union européenne relatif aux marchés publics internationaux.

- **PREVOIR UN REGIME SPECIFIQUE POUR LES OFFRES DES SOUMISSIONNAIRES EXERÇANT UN POUVOIR ECONOMIQUE**

Dans la continuité du *Digital Markets Act*, le législateur de l'Union devrait pleinement prendre en compte la structure du marché du numérique et tirer les conséquences pour le marché intérieur en fonction de son degré de concentration.

Ainsi, sur le fondement de l'article 114 TFUE, tout comme le *Digital Markets Act* impose des obligations aux acteurs disposant d'un pouvoir économique considérable, des règles spécifiques pourraient être prévues pour les acteurs les plus puissants du marché.

À cet égard, on pourrait notamment reprendre les mécanismes d'ajustement des prix que la Commission avait déjà proposés en 2016 pour les soumissionnaires de pays tiers disposant d'un avantage compétitif (COM/2016/34).

▪ **PRECISER LES CRITERES DE TERRITORIALITE**

Afin d'éviter le contournement des règles relatives aux marchés publics par des opérateurs établis de façon artificielle dans l'Union, il convient de réfléchir à un ou des critères de territorialité.

D'une part, il s'agit d'éviter que des personnes morales formellement établies dans l'Union s'avèrent en réalité contrôlées par des entités de pays tiers dont l'activité ne présente pas un lien direct et effectif avec le marché intérieur.

D'autre part, il s'agit d'imposer à des personnes morales qui ne disposent pas d'un établissement dans l'Union et qui donc échappent à la législation de l'Union de respecter des standards européens dans la continuité des propositions de directive *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CRSD), devoir de vigilance ou gouvernance durable.

▪ **PRENDRE EN COMPTE LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT**

Dans la continuité des réflexions engagées à l'échelle de l'Union, il convient de se poser la question de la prise en compte des chaînes d'approvisionnement dans le droit de la commande publique.

Il s'agit à la fois de soumettre ces chaînes au respect des normes ou standards européens ou encore de les ouvrir à la concurrence par des appels d'offres.

▪ **IMPOSER LE RESPECT DE NORMES ET STANDARDS DE QUALITE**

Dans l'esprit de la commande publique telle qu'elle évolue, il s'agit de « faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe ». Autrement dit, le droit de la commande publique est instrumentalisé en vue de servir des objectifs fondamentaux de l'Union.

L'orientation de la demande publique vers des services à vocation environnementale ou sociale est déjà prévue par les directives sur la passation des marchés publics. La Commission évoque ainsi les marchés publics socialement responsables ou les marchés publics économiques. Elle y ajoute les marchés publics de l'innovation.

On pourrait donc envisager des marchés publics de l'innovation numérique. Ces derniers pourraient être identifiés à partir de normes et standards européens explicités par des actes de droit dérivé et un manuel de la Commission.

Les marchés publics resteraient ouverts à deux titres : non seulement tout opérateur de pays tiers pourrait remplir ces normes ou standards, mais il serait en droit d'avancer une norme ou un standard non européen équivalent, à charge pour lui d'apporter la preuve de cette équivalence.

Aussi convient-il de réfléchir corrélativement sur des normes ou standards numériques européens.

- **EXIGER L'EQUIVALENCE EN MATIERE DE PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES**

Dans la continuité du RGPD et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et des actes législatifs de l'Union, il convient d'exiger de tout soumissionnaire le respect du droit de l'Union Européenne en matière de protection des données personnelles.

Des garanties suffisantes devraient donc être exigées pour pouvoir accéder aux marchés publics de l'Union.

Au sujet de l'auteur :

Francesco Martucci est agrégé de droit public et professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas. Il est spécialisé en droit des contrats et des marchés, en droit de la concurrence et en droit de l'Union européenne.

Au sujet de la Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté :

La mission de la [Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté](#) de Sciences Po est de créer un écosystème unique pour rapprocher l'univers des entreprises technologiques du monde de la recherche académique, du monde politique, de la société civile, et des incubateurs de politiques publiques et de régulation du numérique. Ces relations nécessitent un écosystème de recherche, d'innovation et de formation qui soit pluridisciplinaire, international et en prise directe avec la sphère publique.

Portée par [l'École d'Affaires Publiques](#), elle est résolument pluridisciplinaire pour penser de façon holistique les transformations économiques, juridiques, sociales ou encore institutionnelles entraînées par le numérique.

La Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté est dirigée par **Florence G'sell**, professeure de droit à l'Université de Lorraine, enseignante à l'École d'Affaires Publiques de Sciences Po. Elle bénéficie du précieux soutien de ses partenaires :

