

Quels effets des accords commerciaux transatlantiques (CETA et TTIP) sur les marchés publics ?

- *L'Accord économique et commercial global, AECG en français ou CETA en anglais entre l'UE et le Canada a été conclu en septembre 2014, amendé en février 2016 et sa ratification est en cours. Il pourrait être mis en œuvre dès 2017.*

- *Le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement PTCE en français, TTIP ou TAFTA en anglais, entre l'UE et les États-Unis est lui toujours en négociation.*

La portée de ces accords transatlantiques est sans précédent dans l'histoire commerciale européenne. Ce sont les premiers accords négociés par l'UE avec des partenaires qui figurent au rang des principales puissances économiques mondiales et l'ampleur des sujets dont ils traitent est inédite. Au delà des droits de douane et de l'ouverture des marchés, les discussions commerciales se concentrent désormais sur les barrières non tarifaires, c'est à dire les normes de protection appliquées en Europe et outre atlantique

L'achat public pèse 17 % du PIB européen¹ et représente un levier stratégique pour soutenir l'emploi, l'économie locale et la transition écologique. Des critères sociaux, environnementaux ou fiscaux, de préférence géographique, de qualité ou de durabilité peuvent permettre d'utiliser l'argent public pour relocaliser certaines activités ou encourager des pratiques responsables de la part des entreprises. Mais l'actuelle politique commerciale européenne promeut une toute autre approche puisqu'elle considère que le soutien de l'économie locale par la commande publique constitue un obstacle au commerce. S'ils étaient adoptés en l'état, le CETA et le TTIP pourraient avoir des conséquences importantes sur les règles des marchés publics existantes et futures.

Taille des marchés publics : en moyenne 13 % du PIB dans les pays de l'OCDE

- **EU :** 17 % du PIB

Répartition : 1/3 gouvernement central 1/3 ; entités sous gouvernementales ; 1/3 organismes para publics

Règles uniformes, définies au niveau européen pour tous les marchés publics européens au dessus d'un certain seuil

Signataire de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC

- **US :** 13 % du PIB

65 % au niveau sous fédéral (États américains ou villes)²

Règles uniformes seulement pour le niveau fédéral

Signataire de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC mais seulement 37 États américains couverts avec une application partielle³.

- **Canada**

Signataire de l'Accord sur les marchés publics mais seulement le gouvernement fédéral couvert, pas les provinces, ni les territoires ou les entreprises d'État.

Quelle est la situation actuelle ?

Une ouverture asymétrique

Pour l'UE, le soutien préférentiel à des fournisseurs locaux constitue une barrière au commerce et une distorsion de concurrence. Elle a par conséquent ouvert ses marchés publics de façon unilatérale, sans obtenir la réciprocité de la part de ses partenaires commerciaux. Les chiffres sont discutés mais l'UE se targue d'un taux d'ouverture de ses marchés publics à la concurrence de 95 % contre seulement 32 % pour les États-Unis⁴. Des exceptions en ce qui concerne les États Unis et le Canada ont toutefois été introduites, en attendant une plus grande réciprocité de leur part⁵.

¹ Chiffre OCDE publié en 2013 cf. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/542226/IPOL_IDA%282015%29542226_EN.pdf

² Il existe seulement quelques organismes para publics (autorités portuaires et service public de l'énergie)

³ En 1995, ouverture pour l'UE des marchés de deux États supplémentaires (West Virginia et North Dakota) et de plusieurs villes telles que Boston, Chicago ou Detroit. cf. Accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique concernant les marchés publics, Journal officiel des communautés européennes n° L 136/36, 20/06/1995. Les fournisseurs européens ont désormais le même traitement que celui réservé aux opérateurs des autres États américains.

⁴ TTIP : Public procurement, DG for internal policies, in depth analysis for the IMCO Committee, European Parliament, 2015

⁵ Notes générales modifiées et dérogations modifiées de l'article III de l'appendice I de la communauté européenne (JOCE ; n° L 136/36, 20/06/1995)

Des règles de contenu local nombreuses outre Atlantique

Aux États-Unis, de nombreuses règles de type « Buy America(n) » et « Buy local » visent à réserver certains marchés publics à des entreprises nationales, des produits nationaux ou des petites entreprises locales.

Au Canada, des règles de contenu local, de soutien aux PME et aux entreprises détenues par des minorités existent aussi.

Dans les négociations commerciales, l'Union européenne réclame l'abandon de ces dispositions. De nombreux acteurs privés et de la société civile canadiens et étasuniens se montrent pourtant très attachés à ces dispositions et font pression sur leurs gouvernements pour les conserver. Interrogé sur la politique américaine et la possibilité de développer des règles pro PME équivalentes en Europe, le président de la Commission européenne a balayé de façon peu pragmatique cette proposition qu'il qualifie de « *réflexe protecteur et nombriliste* ». Selon lui, « *sur ce point, l'Europe a raison et les États-Unis ont tort* »⁶.

Règles américaines qui offrent un avantage aux fournisseurs locaux

Buy American Act (1933) - fournit un cadre général pour introduire des règles de préférence pour les fournisseurs américains

Buy America Act (1983) - l'acier et les biens manufacturés utilisés pour le système de transport public financé en partie par le Département fédéral du transport doivent être américains.

Berry Amendment (1941, rendu permanent en 1994) - requiert du département de la Défense d'acheter tous les équipements non létaux à des fournisseurs américains

Renforcement du Buy American dans le domaine de la défense (1960)
American Recovery and Reinvestment Act (2009) – des clauses d'achat américain avaient été introduites dans le plan de relance contre la crise financière. Sous la pression européenne, ces mesures ont été supprimées pour les signataires de l'accord sur les marchés publics de l'OMC.

Small business act (1953) - réserve une part de marchés publics (entre 23 % et 40 %) aux PME nationales.

L'Ontario sanctionné par l'OMC pour son programme d'énergies renouvelables

La Loi Énergie et économie vertes de la Province d'Ontario prévoyait que l'opérateur public régional d'électricité achète plus cher l'énergie renouvelable produite avec des équipements fabriqués localement afin d'encourager l'investissement et la production d'énergie renouvelables tout en favorisant l'emploi local. En septembre 2010, le gouvernement japonais a déposé un recours à l'OMC contre ce dispositif, rejoint ensuite par l'UE. Le verdict rendu en 2013 a abouti à la condamnation du programme avec une obligation de le modifier, sous peine de sanction.

Des règles sociales et environnementales complexes dans l'Union européenne

L'UE autorise l'intégration d'aspects qualitatifs, sociaux et environnementaux, liés à l'objet du marché public concerné, qui permettent de tenir compte de la qualité des offres au-delà du simple critère prix⁷. Mais il n'est pas possible d'invoquer des critères de préférence géographique.

Dans la pratique, le choix d'un approvisionnement local et de qualité en restauration collective peut par exemple s'avérer compliqué. Un guide du Ministère de l'agriculture recommande pour atteindre cet objectif légitime de politique publique de jouer sur les spécifications techniques, sociales et de qualité, les conditions d'exécution, l'allotissement sur des petites quantités pour favoriser la participation d'entreprises locales⁸.

Les accords commerciaux transatlantiques en préparation pourraient considérablement réduire ces marges de manœuvre existantes et interdire toute réforme des marchés publics visant à favoriser le développement d'activités locales. C'est déjà au nom des accords commerciaux existants que la Commission européenne a refusé les propositions portées par les collectivités locales dans ce sens lors de la révision de la Directive européenne sur les marchés publics de 2014.

Dans un avis sur le TTIP, le Conseil des communes et Régions d'Europe appelle les négociateurs à faire preuve de pragmatisme sur ce sujet: « *l'ouverture des marchés publics, la réciprocité et la levée des barrières commerciales ne sont pas des fins en soi ; elles ne doivent pas entraîner une déréglementation dommageable pour les autorités locales et régionales, les PME et les citoyens* ».

⁶ Interview de Jean Claude Juncker dans les matins de France Culture, le 13 juin 2015

⁷ Article 67 de la Directive européenne sur la passation des marchés public 2014/24

⁸ TAFTA CETA et marchés publics : un cadeau empoisonné pour les collectivités locales et les PME, mars 2016, AITEC et Guide pratique favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective, Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, novembre 2014

Sur quoi portent les négociations ?

Le chapitre marchés publics des accords de commerce porte sur les éléments suivants :

- Les seuils à partir desquels les marchés doivent être ouverts et le type de contrats
- La liste des entités couvertes
- Les règles de transparence (procédures, critères, publication des appels d'offre)
- Les clauses sur les moyens de recours pour contester des procédures de passation de marché

Qu'est ce qui pourrait changer avec le CETA ?

L'ouverture à la concurrence européenne des marchés publics canadiens au niveau fédéral et sous fédéral constitue selon les autorités européennes, l'un des résultats les plus significatifs de la négociation du CETA. Les marchés des provinces, des territoires et des entreprises publiques seront désormais ouverts. Quelques exceptions subsistent notamment sur des services publics de l'énergie ou des règles de contenu local pour les transports publics dans l'Ontario ou au Québec. L'accord prévoit aussi la mise en place d'un site internet pour publier les offres de façon centralisée (d'ici cinq ans maximum).

En échange de cette ouverture accrue, l'UE a accepté d'ouvrir d'avantage ses marchés publics en levant les exclusions qu'elle avait posées envers les fournisseurs canadiens concernant :

- les marchés publics de certaines entités gouvernementales (telles que l'Assemblée Nationale, la Présidence de la République, les tribunaux administratifs, les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, etc.)⁹,
- les marchés publics des entités sous gouvernementales (telles que les collectivités locales mais aussi les CCI, les collèges, les lycées ou les établissements publics hospitaliers), et
- les marchés publics des autres entités, notamment des opérateurs de services publics de l'eau, d'électricité ou les transports urbains¹⁰.

Sur ces marchés, les fournisseurs français se verront donc exposés à une nouvelle concurrence de la part de fournisseurs canadiens.

Par ailleurs, le projet d'accord interdit explicitement dans les marchés publics « *tout engagement qui encourage le développement local (...) tel que l'utilisation d'éléments d'origine nationale* »¹¹.

Quant aux autres critères, si le texte mentionne la dimension environnementale dans la passation d'appel d'offres, il fait par contre l'impasse sur la dimension sociale¹². Il pourrait ainsi engendrer une survalorisation du critère prix dans la sélection des offres et permettre à des entreprises canadiennes de contester la passation de marchés pour lesquels les pouvoirs publics ont accordé du poids aux critères sociaux.

Les marges de manœuvre pour les systèmes de restauration collective pourraient également être réduites du fait des règles strictes sur la passation de marché en lots séparés.

De son côté, le Canada a abandonné le droit de pouvoir réserver des marchés à des petites et moyennes entreprises.

Qu'est ce qui pourrait changer avec le TTIP ?

L'UE cherche également à démanteler les règles américaines qui favorisent les produits et les entreprises américains. C'est d'ailleurs l'une des lignes de fracture les plus fortes entre les deux partenaires économiques. Le mandat de négociation du TTIP délivré à la Commission stipule ainsi : « *L'accord comprendra (...) des règles et disciplines permettant de lutter contre les obstacles ayant des conséquences négatives pour les marchés publics de chaque partie, y compris les exigences de contenu local ou de production locale, en particulier les dispositions « achetez américain »* ». Ces dispositions renvoient notamment au « *Buy American act* » et au « *Small Business act* » qui privilégient les biens produits aux États Unis et réservent 20 % des marchés publics aux PME.¹³ »

La partie est loin d'être jouée car ces règles sont défendues aux US par les entreprises, les syndicats et les ONG d'environnement notamment. Et le Congrès a adopté un amendement en juin 2014 visant à interdire leur assouplissement. Par ailleurs, pour l'instant, les négociateurs européens ne peuvent pas prendre d'engagements pour le niveau sous fédéral. Et la participation de représentants des États n'est pas prévue, contrairement aux négociations avec le Canada.

⁹ Annexe 1 de l'accord sur les marchés publics de l'OMC, https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm

¹⁰ Échange de lettre de 1995 entre les États Unis et l'Union Européenne, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1995:134:FULL&from=FR>

¹¹ Article 19.4.6 (Chapitre marchés publics) : engagement de ne'imposer aucune opération de compensation

¹² CETA and TTIP Potential impacts on health and social services, Working paper commissioned by EPSU, Avril 2016

¹³ Article 24 du mandat de négociation de l'UE pour le TTIP, adopté le 17 juin 2013

In fine, si elle parvient à ses fins, l'Union européenne devra aussi en échange, ouvrir davantage ses marchés public et lever les exclusions qu'elle maintenait aussi envers les fournisseurs américains, quasiment équivalentes à celles qui existaient avec le Canada¹⁴.

Au delà des marchés publics, les règles de contenu local sont ciblées dans d'autres chapitres des accords commerciaux. Afin de faciliter les investissements, le Canada et l'UE se sont engagés par exemple à interdire les prescriptions de résultats telles que d'atteindre un pourcentage d'éléments d'origine locale ou s'approvisionner en biens et services locaux en contrepartie du droit d'investir ou de bénéficier d'un avantage¹⁵.

Quels effets possibles pour les PME européennes ?

→ Un meilleur accès aux marchés publics outre atlantiques pour un nombre très limité de PME

En pratique les résultats observés de l'ouverture des marchés publics depuis quelques années se traduisent par l'augmentation d'importations indirectes ou l'octroi de marchés publics à des filiales locales d'entreprises étrangères. Cette dernière solution risque de concerner assez peu de PME.

Par ailleurs, les trois secteurs prioritaires ciblés par l'UE lors du XI round de négociations, à savoir, les transports, l'énergie et les services environnementaux correspondent plutôt aux secteurs d'activités des grands entreprises européennes.

→ Une compétition renforcée sur les marchés publics nationaux et européens avec une ouverture accrue à la concurrence et la levée des exceptions en place à l'égard des fournisseurs américains et canadiens

→ Une réduction de la capacité des pouvoirs publics d'intégrer des critères sociaux et environnementaux dans les appels d'offres qui peuvent aider à sélectionner des fournisseurs locaux

→ Un engagement de l'UE et des États membres à ne pas intégrer dans le futur des exigences de contenu local dans les marchés publics ou à instaurer un small business act européen

L'institut Veblen pour les réformes économiques est une association qui œuvre pour une société soutenable dans laquelle le respect des limites physiques de la planète va de pair avec une organisation sociale plus solidaire et une économie plus démocratique qu'aujourd'hui. Il anime en France la campagne pour la responsabilité dans les accords de commerce qui vise à analyser les effets des accords en cours de négociation sur les PME et l'économie locale. www.veblen-institute.org

Contact : dupre@veblen-institute.org

¹⁴ Dans le cas des États Unis, ces exceptions portaient sur certaines entités gouvernementales, les marchés publics de services des entités sous gouvernementales, les marchés publics des autres entités qui passent des marchés publics, notamment des opérateurs de services publics de l'eau, les aéroports ou les transports urbains

¹⁵ Article 8.5 – Prescription de résultats : 1. Une Partie n'impose ni n'applique les prescriptions suivantes, et ne fait exécuter aucun engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation et la gestion de tout investissement sur son territoire : (...) b) atteindre une teneur ou un pourcentage donnés en éléments d'origine nationale; c) acheter, utiliser ou privilégier une marchandise produite ou un service fourni sur son territoire, ou acheter une marchandise ou un service de personnes physiques ou d'entreprises sur son territoire; (...) 2. Une Partie ne subordonne pas l'octroi ou le maintien d'un avantage, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation de tout investissement sur son territoire, au respect de l'une des prescriptions suivantes : a) atteindre une teneur ou un pourcentage donnés en éléments d'origine nationale; b) acheter, utiliser ou privilégier une marchandise produite sur son territoire, ou acheter une marchandise d'un producteur sur son territoire