

L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics et la concession

Laurent Richer

L'Accord plurilatéral sur les marchés publics signé entre membres de l'OMC en 1994 et entré en vigueur en 1996 s'applique-t-il aux concessions ?

Une incertitude existe incontestablement et certains auteurs considèrent que, compte tenu de l'importance croissante des concessions et partenariats public-privé, il serait opportun de traiter explicitement le sujet lors de futures négociations de l'AMP¹.

Cependant, lors de la préparation de la directive sur l'attribution des concessions la Commission européenne a invoqué cet Accord pour s'opposer à la fixation d'un seuil de passation des concessions supérieur au montant fixé pour les marchés publics et pour retenir pour l'ensemble des concessions le seuil qui était jusqu'ici celui des concessions de travaux (actuellement 5 186 000 € ht).

De même, la directive sur l'attribution des concessions, qui est en phase finale d'adoption, fait référence à plusieurs reprises à l'AMP.

L'AMP est mentionné dans le considérant 65 à propos des critères d'attribution², dans le considérant 84 à propos de la renégociation de l'AMP³ et dans l'article 9 au sujet de la révision des seuils⁴.

Mais la rédaction de cet article 9 met en évidence que si l'AMP s'applique ce n'est qu'aux concessions de travaux puisqu'il est prévu que « Tous les deux ans à partir du 30 juin 2013, la Commission vérifie que les seuils fixés à l'article 8, paragraphe 1, correspondent aux seuils fixés dans l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP) pour les concessions de travaux et révisé s'il y a lieu ce solde conformément au présent article ».

On peut se demander si cette référence à l'AMP n'est pas une manifestation parmi de nombreuses autres de la tendance du législateur européen, et spécialement de la Commission, à assimiler marché et concession en considérant que la concession est d'abord un marché auquel se surajoutent quelques singularités accessoires. L'adoption d'une directive sur les concessions et la consécration d'une notion de concession autonome par rapport au marché public auraient pu mettre fin à ce tropisme vers le marché public, mais on en trouve encore de

¹ Arrowsmith (S.) et Anderson (R. D.) *The WTO Regime on Government Procurement. Challenge and Reform* , Cambridge Univ. Press, 2011, p. 51

² (65) « Les critères d'attribution ou les conditions applicables à l'exploitation des concessions liés à des aspects sociaux du processus de production devraient être appliqués conformément à la directive 96/71/CE, selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, et ne devraient pas être retenus ou appliqués de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres ou de pays tiers parties à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP) ou à des accords de libre-échange auxquels l'Union est partie ».

³ (84) «...Conformément à l'article XXIV, paragraphe 7, de l'AMP [qui prévoit la renégociation périodique], ce dernier fera l'objet de nouvelles négociations trois ans après son entrée en vigueur et de façon périodique par la suite »

⁴ art. 9

« Tous les deux ans à partir du 30 juin 2013, la Commission vérifie que les seuils fixés à l'article 8, paragraphe 1, correspondent aux seuils fixés dans l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP) pour les concessions de travaux et révisé s'il y a lieu ce solde conformément au présent article »

nombreuses traces dans le texte de la directive. La référence à l'AMP n'en fait-elle pas partie ?

Contrats visés par l'AMP

L'AMP ne donne pas de définition du marché public ; il s'applique à « à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice I ». L'Accord révisé, qui devrait entrer prochainement en vigueur⁵ est à peine plus précis puisqu'il définit sa portée et son champ d'application comme suit :

« Art. II- 2. Aux fins du présent accord, l'expression "marchés couverts" s'entend des marchés passés pour les besoins des pouvoirs publics:

- a) de marchandises, de services, ou d'une combinaison des deux:
 - i) comme il est spécifié dans les annexes de l'Appendice I concernant chaque Partie...».

Pour la définition plus précise du champ d'application il faut se référer à l'Appendice I. En effet, le champ d'application de l'Accord est déterminé pour chaque Partie dans les annexes de l'Appendice I (voir http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm). C'est dans ces annexes que sont indiqués la valeur des seuils au-delà desquels les marchés sont visés par l'Accord et les services et services de construction visés.

Qu'a prévu l'Appendice 1 de l'UE (à l'époque les Communautés européennes) ?

Un point est certain : le champ d'application n'est pas plus large que celui des directives sur les marchés ; la concession de service est donc exclue.

Concernant les travaux la seule annexe qui puisse être de quelque utilité est l'annexe 5 où il est indiqué qu' «un marché de services de construction est un marché qui a pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, des travaux de bâtiment ou génie civil, au sens de la Division 51 de la Classification centrale de produits ».

Pour ceux qui considèrent que la concession de travaux n'est pas une simple prestation de service il ne fait aucun doute qu'elle ne peut être qualifiée de marché de service de construction, mais certains considèrent que la concession n'est qu'une forme de prestation de service et c'est, en fin de compte, cette thèse que la directive sur l'attribution des concessions entérine en se référant à l'AMP, ce qui est assez paradoxal dans une directive qui consacre la différence entre concession et marché.

Conséquences de la couverture par l'AMP

Dès lors que autorités de l'UE ont admis que les concessions de travaux sont couvertes par l'AMP, cette interprétation doit être retenue en application de la coutume internationale, codifiée par la convention de Vienne sur les traités, dont l'article 31 prévoit que pour l'interprétation du traité « il sera tenu compte, en même temps que du contexte ...De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

⁵ Décision du Comité des marchés publics du 15 décembre 2011 sur l'adoption du texte du Protocole portant Amendement de l'Accord sur les marchés publics. Il est prévu que l'Accord révisé entre en vigueur le 31 mars 2014 au plus tard, une fois qu'il aura été ratifié par les deux tiers des 15 parties

Il s'ensuit d'abord que les règles de passation des concessions de travaux doivent être conformes aux principes posés par l'AMP, ensuite que les principes de commerce international posés par l'AMP doivent être respectés par les États-membres de l'UE. En ce qui concerne la procédure de passation des concessions de travaux on sait que la directive 2004/18, comme la future directive sur l'attribution des concessions n'exige pas une procédure d'appel d'offres. La négociation est compatible avec l'AMP puisque celui-ci prévoit qu'« une Partie pourra prévoir que les entités procèdent à des négociations: a) dans le contexte des marchés publics pour lesquels elles ont indiqué qu'elles en avaient l'intention » (art. XIV). L'Accord révisé n'a pas modifié ce point (Article XII). Une autre conséquence de l'AMP est que les États membres de l'UE sont tenus d'accorder aux services de construction de toute autre Partie à l'Accord un traitement « qui ne sera pas moins favorable » à celui qu'elles accordent à leurs services nationaux. Ce traitement non discriminatoire n'est cependant obligatoire que dans le champ d'application de l'Accord tel qu'il est délimité par l'Appendice I établi par chaque Partie, ce qui permet de faire place à la réciprocité. Par exemple, l'Union européenne par le document « Notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III de l'appendice I de la CE » a indiqué que :

« 1. La CE n'étendra pas le bénéfice des dispositions de cet accord:...

- en ce qui concerne les marchés passés, à l'exception des fournitures, énumérés à l'annexe 2 aux fournisseurs et aux prestataires de services des États-Unis ».

Ces restrictions sont symétriques à celles qui figurent dans les « Notes générales » déposées par les États-Unis.

On sait qu'aux États-Unis de nombreux régimes de préférence, notamment au profit des PME (« *set-aside* ») permettent de réserver la majorité des marchés aux entreprises nationales. Ces régimes ne sont pas remis en cause par l'AMP puisque dans leurs « Notes générales » les États-Unis stipulent que « this Agreement will not apply to set asides on behalf of small and minority businesses ».

Mais les restrictions formulées par l'UE dans ses Notes générales sont restées de portée limitée.

En effet, les directives sur les marchés publics ne reprennent pas le principe de réciprocité. Il s'ensuit que les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs dans les États-membres de l'UE sont ouverts aux opérateurs des pays tiers, qu'ils soient signataires ou non de l'AMP et que pour les signataires de l'AMP l'ouverture existe sans que les restrictions soient reprises⁶.

Perspectives d'avenir

Pour mettre fin à cette situation le Parlement européen a adopté une 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

⁶ Les seules règles spécifiques sont celles qui figurent aux articles 58 et 59 de la directive 2004/17. L'article 58 porte sur les offres contenant des produits originaires des pays tiers ; l'article 59, relatif aux « Relations avec les pays tiers en matière de marchés de travaux, de fournitures et de services » prévoit que « Les États membres informent la Commission de toute difficulté d'ordre général rencontrée et signalée par leurs entreprises en fait ou en droit, lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers ». Les différends entre Parties à l'AMP peuvent être portés devant un comité de règlement, qui n'a, jusqu'ici été saisi que trois fois.

l'accès des produits et services originaires qui devrait être examinée début 2014 (2012/0060 (COD)).

Il est relevé par l'exposé des motifs que « à l'exception de certaines dispositions applicables uniquement aux marchés de fournitures et de services dans le secteur des services d'utilité publique, l'UE n'a pas usé de son pouvoir pour réglementer l'accès des entreprises étrangères et de leurs produits et services à ses marchés publics ».

Pour renforcer le pouvoir de négociation de l'UE dans les négociations internationales il est prévu de mettre en place des mécanismes d'exclusion pour les produits et services ne bénéficiant pas d'engagements en matière d'accès au marché.

Cette manifestation d'« européenisme » économique a reçu le soutien des parlementaires français⁷.

Il existe une bonne raison pour que le thème du renforcement du pouvoir de négociation de l'UE en matière de marchés publics soit mis en avant : des négociations se sont ouvertes en février 2013 avec les Etats-Unis dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP).

La position de l'UE sur les marchés publics a été exposée dans un « initial EU position paper » (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151623.pdf). Il est envisagé d'orienter les négociations vers une extension de l'AMP, notamment par ouverture des périmètres actuellement fermés (13 États fédérés ne sont pas couverts par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC) et par suppression des dispositifs de préférence nationale (*Buy American Act*).

La question des concessions n'est pas envisagée en tant que telle, mais elle n'est pas négligeable puisque le système concessif est pratiqué aux Etats-Unis pour l'exploitation de « turnpikes » ou celle de systèmes de transport, comme celui de Boston, exploité par Keolis.

Laurent Richer

⁷ Résolution de l'Assemblée nationale sur l'instrument de réciprocité sur les marchés publics - 28 février 2013 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0093.asp>) ; Résolution du Sénat sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics - 26 novembre 2012 (<http://www.senat.fr/leg/tas12-038.html>).