

La révision de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics vue par la Suisse

La révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'OMC (AMP) du 15 avril 1994 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 est d'importance majeure. L'AMP couvre environ 80% des marchés publics mondiaux mais sa portée dépasse les frontières de ses membres. Il représente un jalon pour les adhésions futures et une référence pour la négociation d'accords – tels que les accords de libre-échange (ALE) – avec des pays tiers. L'OCDE a évalué à 2000 milliards d'USD le volume des marchés publics dans le monde, dont 1795 milliards reviennent aux pays de l'OCDE. En Suisse, ce volume est estimé à 36 milliards et à 25% des dépenses publiques. La Confédération adjuge 19% des marchés publics en Suisse, les cantons 38% et les communes 43%.

1 Le texte de l'AMP est disponible sur le site de l'OMC (www.wto.org, rubriques «Domaines», «Marchés publics», «Accord plurilatéral sur les marchés publics») et sur le site de la Chancellerie fédérale: www.admin.ch, rubriques «Documentation», «Recueil systématique», «0.632.231.422», «Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics».

2 Décisions «Modalités des négociations sur l'extension de la portée de l'Accord et l'élimination des mesures et pratiques discriminatoires» du 16 juillet 2004 [GPA/79] et du 21 juillet 2005 [GPA/79/Add1].

3 La présidence a été confiée par les membres de l'AMP à M. Nicholas Niggli de la Mission permanente de la Suisse auprès de l'OMC et de l'AELE (CEE/ONU, CNUCED, CCI) à Genève.

4 Voir le site: http://ec.europa.eu/internal_market/index.htm, rubriques «Environnement des entreprises», «Marchés publics», «Législation des marchés publics».



La Suisse a un intérêt évident à ce que de nouveaux marchés publics s'ouvrent à la concurrence internationale à travers l'AMP. L'industrie d'exportation et le secteur des services ne peuvent qu'en profiter. En illustration: cylindre pour la fabrication d'asphalte routier fabriqué par le groupe Amman.

Photo: Keystone

Le mandat et les objectifs de la révision de l'AMP sont ancrés au paragraphe 7 (alinéa b et c) de son article XXIV («Dispositions finales»)¹. Les parties sont invitées à entamer, trois ans après l'entrée en vigueur de l'AMP (1996), des négociations en vue d'améliorer l'accord et d'en étendre le plus possible la portée sur une base de réciprocité mutuelle. Les parties se sont engagées à éviter et à supprimer les mesures et pratiques discriminatoires qui faussent les procédures ouvertes de passation des marchés. Les négociations se déroulent au sein du Comité des marchés publics de l'OMC sur la base des modalités de négociations adoptées en 2004 et en 2005

par les pays signataires de l'AMP². Le Comité est présidé depuis 2007 par la Suisse³.

La négociation de révision touche quatre domaines qui sont interdépendants et qui peuvent se renforcer ou s'affaiblir mutuellement:

- l'extension de la couverture géographique;
- l'amélioration du texte de l'AMP (1994);
- l'extension de l'accès au marché;
- l'élimination de mesures discriminatoires individuelles par pays.

L'essor des marchés publics, leur complexité croissante et la gestion électronique ont fait surgir des besoins réglementaires non couverts par l'AMP (1994). L'Union européenne (UE) a relevé le défi de la révision de sa législation en adoptant, le 31 mars 2004, des directives sur les marchés publics dont le contenu marquera le texte de l'AMP révisé (AMP^{rév})⁴. La Suisse appuie pleinement la révision de l'AMP. Elle propose des solutions qui assurent la cohérence entre les quatre domaines ci-dessus. La préparation technique de la position suisse s'effectue au Secrétariat d'État à l'économie (Seco) au sein



Patrick Leduc
Secteur OMC, Secrétariat
CMCC, Secrétariat d'État à
l'économie (SECO), Berne

Tableau 1

Membres signataires de l'AMP

	Entrée en vigueur
Canada	1 ^{er} janvier 1996
Communautés européennes à 27:	
Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède	1 ^{er} janvier 1996
Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République slovaque, République tchèque et Slovénie	1 ^{er} mai 2004
Bulgarie et Roumanie	1 ^{er} janvier 2007
Corée	1 ^{er} janvier 1997
États-Unis	1 ^{er} janvier 1996
Hong Kong, Chine	19 juin 1997
Islande	28 avril 2001
Israël	1 ^{er} janvier 1996
Japon	1 ^{er} janvier 1996
Liechtenstein	18 septembre 1997
Norvège	1 ^{er} janvier 1996
Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba	25 octobre 1996
Singapour	20 octobre 1997
Suisse	1 ^{er} janvier 1996
Taipei chinois	15 juillet 2009

Source: OMC / La Vie économique

Tableau 2

Membres de l'OMC en phase d'adhésion à l'AMP

	Admission en tant qu'observateur
Albanie	2 octobre 2001
Arménie	16 juillet 2004
Chine	21 février 2002
Géorgie	5 octobre 1999
Jordanie	8 mars 2000
Moldavie	29 septembre 2000
Oman	3 mai 2001
Panama	29 septembre 1997
République kirghize	5 octobre 1999

Source: OMC / La Vie économique

s'applique pas à tous les membres de l'OMC mais seulement à ceux qui ont jugé utiles d'y adhérer, soit 41 sur 154; c'est ainsi que des nations importantes comme la Chine, le Brésil, l'Inde ou l'Afrique du Sud ne sont pas membres de l'AMP (voir *tableau 1*). Issu en 1994 du cycle d'Uruguay, l'AMP est une extension de la couverture matérielle de l'accord issu du cycle de Tokyo (1979), lequel n'est autre que le Code des marchés publics de l'OCDE. Il n'est, dès lors, pas étonnant que, suite à ce transfert de l'OCDE vers le Gatt, l'AMP reflète presque fidèlement la composition de l'OCDE. À part l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Turquie et le Mexique, tous les membres de l'OCDE sont membres de l'AMP. À ce groupe des pays avancés économiquement s'ajoutent trois économies dynamiques d'Asie non membres de l'OCDE – Singapour, Hong Kong et le Taipei Chinois – ainsi qu'Israël, le Liechtenstein et Aruba.

La Suisse a un intérêt évident à ce que de nouveaux marchés publics s'ouvrent à la concurrence internationale à travers l'AMP, qui prône la non-discrimination, le traitement national et la transparence. La révision de l'accord de 1994 instaure les conditions de l'extension géographique recherchée. L'article V («Pays en développement») de l'AMP prévoit en effet la possibilité, pour des pays qui progressent dans la voie du développement, d'éliminer progressivement des préférences de prix, des opérations de compensation («offsets») et des seuils élevés, et d'offrir ultérieurement des entités adjudicatrices qui ne sont pas couvertes. Cette flexibilisation devrait encourager et au moins faciliter l'accueil de nouveaux membres. La Suisse soutient activement les pays qui veulent accéder à l'AMP, certains d'entre eux – comme la Chine et l'Arabie Saoudite – ne faisant que répondre aux exigences de leur protocole d'accession à l'OMC, qui prévoit une telle adhésion (voir *tableau 2*). La Suisse a organisé en 2009 deux séminaires pour expliquer à deux délégations chinoises l'architecture de la législation suisse sur les marchés publics.

Amélioration du texte de l'AMP (1994)

En décembre 2006, une percée a été réalisée dans la révision du texte de l'AMP, puisqu'un consensus a pu être trouvé sur les 21 premiers articles de l'AMP, lequel en compte 22. Ce consensus se maintiendra à la condition que les membres s'accordent sur l'étendue du champ couvert par l'AMP, confirmant l'adage qui veut que rien ne soit acquis aussi longtemps que tout n'est pas acquis («nothing is agreed until everything is agreed»)⁶.

d'un groupe de négociation composé de représentants des cantons, de l'administration fédérale et de secteurs. Les orientations de la Suisse sont examinées par la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC) créée pour assurer la transposition cohérente des engagements pris par la Suisse au plan international en matière de marchés publics⁵.

Extension de la couverture géographique de l'AMP

La prise en charge des marchés publics par le système de l'OMC est récente car les dépenses qu'ils entraînent restent au cœur de la souveraineté et du pouvoir. Contrairement à la plupart des accords de l'OMC, l'AMP ne

5 Arrêtés du Conseil fédéral des 4 décembre 1995 et 3 avril 1996 et décision de la Conférence des gouvernements cantonaux du 21 juin 1996.

6 L'AMP se trouve sur le site de l'OMC: www.wto.org, rubriques «Domaines», «Marchés publics», «Acceptation provisoire du texte révisé de l'AMP».

7 Voir le site www.wto.org, rubriques «Domaines», «Marchés publics», «Accord plurilatéral sur les marchés publics», «Appendices et annexes»: l'appendice I de l'AMP énumère les entités adjudicatrices du gouvernement central (annexe 1), celles du niveau sub-territorial (annexe 2) et des secteurs (annexe 3) ainsi que les services (annexe 4) et les services de construction (annexe 5) offerts par chaque membre de l'AMP. Les biens sont couverts par le texte de l'AMP lui-même.

8 Voir annexe 6 de l'appendice I.

Comme ce fut le cas pour l'AMP (1994), l'AMPrév veut réduire les coûts et le volume des dépenses publiques générées par les achats de biens, de services et de services de construction par la création d'une concurrence transfrontalière. Les principes de non discrimination, du traitement national et de la transparence sont maintenus et l'offre la plus avantageuse sur le plan économique reste le critère déterminant dans l'attribution d'un marché. Lorsqu'il sera adopté, l'AMPrév améliorera substantiellement l'AMP (1994). Contrairement à ce dernier, il définit les termes et établit une structure logique qui aborde progressivement le champ d'application, les exceptions, les principes, l'accession, les procédures, les délais, les critères d'adjudication, les règles de modification du champ d'application et le système de recours. L'AMP se trouve modernisé, clarifié et flexibilisé. L'AMPrév procure des règles pour la gestion électronique des marchés. Il reprend les trois procédures – appelées «ouverte», «sélective» et «de gré à gré» – de l'AMP (1994), mais admet la possibilité de les combiner. Avec l'assouplissement des conditions de négociation (articles IV et XII), l'AMPrév offre un cadre actualisé pour gérer la complexité de la mise en œuvre des législations sur les marchés publics.

Le consensus en faveur de l'AMPrév a été atteint grâce à la suspension, en 2006, de la simultanéité de la négociation sur l'extension de l'accès au marché. Cette dernière est le point de convergence des conflits d'intérêts. Ce consensus est un exemple de succès de coopération économique multilatérale car les grands acteurs – en premier lieu les États-Unis, l'UE et le Japon – ont réussi à instaurer une négociation transparente et substantielle en intégrant les avis et propositions d'autres membres dont ceux de la Suisse (voir *encadré 1*).

En 2010, les négociations porteront sur l'article XXII («Dispositions finales»). Celui-ci aborde la décision relative à la coexistence de l'AMP (1994) et de l'AMPrév et le mandat pour les négociations futures. En accord avec le mandat incorporé dans l'article XIX («Modifications et rectifications du champ d'application») de l'AMPrév, les négociateurs devront, par ailleurs, élaborer deux procédures importantes qui joueront un rôle majeur dans la mise en œuvre future de l'AMPrév. Celles-ci portent sur des critères indicatifs et l'arbitrage. Il s'agit, d'un côté, des critères à utiliser pour démontrer l'élimination effective du contrôle ou de l'influence que le gouvernement exerce sur les marchés couverts par l'accord. D'un autre côté, les procédures d'arbitrage doivent faciliter la levée des objections lorsqu'un pays veut modifier le champ d'application qui l'engage au titre de l'AMPrév.

Encadré 1

L'implication suisse dans l'AMPrév

La Suisse a notamment pu façonner les dispositions suivantes du texte de l'AMPrév:

- Mention explicite des conventions de lutte contre la corruption et sa prévention (préambule et article IV.4).
- Option pour éviter le fait qu'un marché n'est pas couvert si son accès a pu être négocié par la voie bilatérale, ce qui maintient des perspectives d'accès futurs aux marchés publics dans le cadre de la coopération au développement (article II.3).
- Clause antiprotectionniste pour gérer des systèmes d'enregistrement et des procédures de qualification (article IX.3 en cohérence avec l'article X.1).
- Clause autorisant les fournisseurs à être inscrits sur une liste à utilisation multiple (article IX.10 et 11).
- Disposition pour la fixation des délais de soumission des offres (article XI).
- Clause antiprotectionniste prévoyant un délai minimum de 10 jours pour les soumissions électroniques (article XI.7).
- Allègement de la procédure de gré à gré (article XIII).
- Formule mathématique dans l'article sur les enchères électroniques (article XIV.a) et traçabilité des attributions électroniques de marchés publics (article XVI.3 b).
- Clause permettant à un soumissionnaire de formuler un recours dans un délai raisonnable et qui ne soit en aucun cas inférieur à 10 jours (article XVIII.3).

Extension de l'accès au marché

Le niveau d'accès au marché offert par un membre de l'AMP est défini par la couverture personnelle (entités adjudicatrices) et matérielle (biens, services, services de construction) qu'il a décidé d'offrir sur base de réciprocité à ses partenaires⁷. Comme prévu dans le mandat de la révision de l'AMP, l'accès au marché sous le régime de l'AMPrév ne sera pas régi par le système de la nation la plus favorisée (NPF) pratiqué à l'OMC – en vertu duquel un pays qui offre des avantages à un autre doit automatiquement l'étendre aux autres membres de l'organisation –, mais par celui de la réciprocité. Ainsi, un soumissionnaire ne pourra être retenu pour un contrat de service que si la liste d'engagements du pays dont il ressort contient ce même service. Le régime de la réciprocité permet aux membres de l'AMPrév de continuer à moduler, par des réserves spécifiques, l'accès à leurs marchés. Ces réserves sont insérées dans les «Notes générales» incluses dans les engagements pris au titre de l'appendice I⁸. En cours de révision, plusieurs exceptions nationales ont été transférées à

l'article II.3 de l'AMPrév. Cette «plurilatéralisation» allégera le nombre des exceptions individuelles qui sont éparpillées dans les listes individuelles d'engagement de plusieurs membres de l'AMP (1994).

En 2004, le Canada, la Corée, les États-Unis, Hong Kong, le Japon, la Norvège, Singapour, la Suisse et l'UE ont formulé, à l'attention des membres de l'AMP, des requêtes d'extension de la couverture et déclenché des négociations sur l'accès au marché. Les réponses présentées dès 2005 par la totalité des membres de l'accord, à l'exception de deux d'entre eux, sous la forme d'offres ne répondent pas à l'ambition des initiants qui s'attendaient à une extension substantielle de l'accès au marché. Dans son offre révisée (2008), la Suisse proposa une extension effective du champ de couverture. Au début de 2008, l'UE a revu son offre de la fin 2005 à la baisse, ce qui a engendré des doutes sur la valeur ajoutée à attendre d'une extension de l'AMP (1994). Les divergences apparues dans les priorités des membres, pour les quatre domaines de négociation, ont généré des crispations. Celles-ci se sont accentuées en 2009 suite aux craintes suscitées par la mise en œuvre des mesures d'accès préférentiel de quelque 780 milliards d'USD approuvées en février 2009 par le président des États-Unis au titre du «Buy America Act». Les préoccupations ont surtout porté sur le respect, par 37 des 50 États fédérés couverts par l'AMP (1994), du droit d'accès des membres de l'AMP. Les initiatives prises par la Chine sont une illustration du degré de contagion mondial de telles mesures. Les questions restent ouvertes. Selon les leçons à tirer de cet exercice, l'AMPrév pourrait le cas échéant être ajusté pour devenir un rempart face à la progression des initiatives en faveur des «achats locaux» (voir encadré 2 à ce sujet).

de traitement national de l'article IV de l'AMPrév. Elle espère ainsi qu'un consensus se crée en faveur d'une extension géographique et d'un accès au marché en accord avec les objectifs et instruments de base de l'AMP.

Conclusion

Grâce à la coopération des grands pays qui ont su prendre en compte les propositions des membres de l'AMP – dont celles de la Suisse – la révision du texte a bénéficié d'une véritable percée à la fin de 2006. Ce consensus ne porte pas sur l'accès au marché, mais l'offre révisée a valu à la Suisse du respect et renforcé sa crédibilité, ce qui lui permet de jouer depuis le début de 2009 un rôle plus offensif. Dans ce contexte, la Suisse plaide pour un résultat cohérent et équilibré marqué par des progrès réels dans chacun des quatre cercles. Une de ses propositions destinées à réactiver les négociations dans ce sens vient d'être adoptée en décembre 2009 par les membres de l'AMP. Les représentants des principaux pays ont signalé leur intention d'intensifier les négociations bilatérales sur l'accès au marché en février 2010 et de terminer la révision de l'accord cette même année. Le succès d'une telle révision peut donner un nouvel élan au cycle de Doha; inversement, la volonté politique dont ce dernier bénéficiera peut aussi influencer le rythme auquel l'AMP révisé verra le jour.

Au plan externe, la portée de l'AMPrév en terme d'accès futur au marché dépasse, et de loin, la couverture géographique de l'AMP actuel, car il est une référence pour la négociation des ALE, comme ceux conclus entre l'AELE et les pays non signataires de l'AMP⁹. Au plan interne, la révision de l'AMP contribue à réaliser trois des quatre objectifs de la révision engagée en Suisse suite à des interventions parlementaires, à savoir la modernisation, la clarification et la flexibilisation du droit des marchés publics. L'AMPrév n'apporte pas de solution au défi interne de l'harmonisation des législations fédérale et cantonales. Il contribue, par contre, à faciliter tout effort engagé en ce sens. ■

Encadré 2

L'extension de l'accord États-Unis-Canada : une percée historique pour l'AMP

Le Canada et les États-Unis ont conclu, en février 2010, un accord bilatéral étendant l'AMP aux provinces canadiennes et à 37 États américains. Ces derniers avaient déjà ouvert leurs marchés aux États membres de l'AMP qui leur offraient la réciprocité pour leurs entités subterritoriales: c'est le cas de la Suisse, qui a ouvert les marchés publics de ses cantons à la concurrence internationale. Le Canada n'avait jamais offert l'accès à ses provinces. À la fin du mois, celui-ci a décidé d'étendre les avantages offerts par l'accord avec les États-Unis à tous les membres de l'AMP, toujours sur une base de réciprocité. Il s'agit là d'une percée historique qui est en passe de donner un coup de fouet décisif à la révision de l'AMP.

Élimination des mesures discriminatoires individuelles par pays

La réalisation de cet objectif dépend de la volonté politique des pays directement interpellés, mais la capacité des membres de l'AMP à élargir davantage l'accès au marché peut encourager le déclenchement d'un mouvement dans le bon sens. S'appuyant sur le lien qui lie l'adhésion à l'accès au marché, la Suisse a rappelé le risque de voir les partenaires futurs «copier» des mesures discriminatoires et fermer à leur tour leurs marchés publics. Afin d'éviter une telle éventualité, elle a lancé en mai 2009 une initiative pour créer une dynamique multilatérale afin que les petites et moyennes entreprises (PME) puissent à l'avenir accéder aux marchés sur la base des principes de non discrimination et

9 Voir le site www.efta.int, rubriques «Free Trade», «EFTA Free Trade Agreements». L'AMP (1994) est la base des ALE conclus avec le Chili (2003) et le Mexique (2000), tandis que les ALE signés entre l'AELE et le Conseil de coopération du Golfe (CCG) et la Colombie ainsi que le chapitre sur les marchés publics conclu avec le Pérou sont déjà basés sur les règles de l'AMPrév.