



## **Les dispositifs permettant d'écartier les offres des pays tiers en matière de commande publique<sup>1</sup>**

### **SOMMAIRE**

<b>1. Les différentes catégories de pays tiers concernés par ces dispositifs .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Le dispositif « pays tiers » applicable aux marchés de fournitures des entités adjudicatrices hors marchés de défense ou de sécurité (Art. L. 2153-2 du code de la commande publique).....</b>	<b>5</b>
<b>3. Le dispositif « pays tiers » en matière de marchés publics commun aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices (Art. L. 2153-1 du code de la commande publique).....</b>	<b>19</b>
<b>4. Le dispositif « pays tiers » des marchés publics et contrats de concession de défense ou de sécurité (Art. L. 2353-1 et L. 3124-6 du code de la commande publique).....</b>	<b>30</b>
<b>5. Le mécanisme de l'article 86 de la directive 2014/25/UE .....</b>	<b>30</b>
<b>6. Le règlement (UE) 2022/1031.....</b>	<b>30</b>
<b>7. Éléments terminaux : l'article L. 2112-4 du code de la commande publique a une portée différente pour les marchés des secteurs dits « classiques » que pour les marchés de défense ou de sécurité.....</b>	<b>31</b>

---

<sup>1</sup> La présente fiche technique a été réalisée en collaboration avec la Direction générale du Trésor et la Direction générale des douanes et des droits indirects.

L'entrée en vigueur du [règlement \(UE\) 2022/1031](#)<sup>2</sup> parachève des années de négociations menées par les autorités françaises au niveau européen afin de doter les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices des moyens d'assurer une concurrence internationale équitable dans le champ de la commande publique. Ce règlement a pour objectif de favoriser une plus grande réciprocité dans l'ouverture des marchés publics : s'il apparaît qu'un pays tiers à l'Union européenne a mis en place des restrictions sérieuses et récurrentes à l'accès des entreprises européennes à ses contrats de la commande publique, une phase de concertation est mise en œuvre. Si le pays tiers concerné refuse de lever ces restrictions, la Commission peut imposer aux acheteurs et autorités concédantes européens d'appliquer des mesures qui limitent l'accès des entreprises issues du pays concerné aux marchés publics et aux concessions de l'Union.

Les acheteurs disposaient néanmoins, dès avant cette date, d'outils leur permettant d'écarter de manière sécurisée les offres de pays tiers ou d'accorder un avantage régulier aux entreprises ou aux prestations originaires de l'Union européenne ou d'un pays tiers couvert par un accord d'égal accès à la commande publique :

- en matière de marchés publics de défense ou de sécurité<sup>3</sup> ;
- en matière de contrats de concession de défense ou de sécurité<sup>4</sup> ;
- en matière de marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices<sup>5</sup> ;
- et en matière de marchés publics des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices autres que de défense ou de sécurité, dès lors que le marché en cause entraine dans le champ des exceptions à l'offre de couverture européenne prévue par les accords relatifs à l'accès aux marchés publics conclus par l'Union européenne (UE)<sup>6</sup>.

Parallèlement, le respect des engagements des pays tiers à l'égard des opérateurs de l'Union européenne était déjà garanti, en partie par le dispositif de l'[article 86 de la directive 2014/25/UE](#)<sup>7</sup>. Cette disposition, qui ne nécessite pas de transposition, organise une procédure qui permet aux opérateurs économiques européens qui rencontreraient des difficultés d'accès aux marchés publics de services de pays tiers, de signaler ces difficultés aux services de l'Union européenne, afin qu'ils y remédient et prennent, le cas échéant, des mesures de rétorsion. Néanmoins, les opérateurs économiques se montrent réticents à utiliser cette procédure et les difficultés rencontrées ne sont que très rarement portées à la connaissance de la Commission européenne.

La capacité des acheteurs à mettre en œuvre le dispositif de l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique à l'égard d'opérateurs économiques de travaux, de fournitures ou de services issus de pays tiers ne reposait, en revanche, que sur une interprétation *a contrario* de l'article 25 de la directive 2014/24/UE. A ce titre, sa mise en œuvre à l'égard des pays tiers non-

---

<sup>2</sup> [Règlement \(UE\) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers](#), dit « Instrument relatif aux marchés publics internationaux » ou « IMPI ».

<sup>3</sup> [Art. L. 2353-1 et L. 2353-2](#) du code de la commande publique.

<sup>4</sup> [Art. L. 3124-6 et L. 3124-7](#) du code de la commande publique.

<sup>5</sup> [Art. L. 2153-2](#) du code de la commande publique.

<sup>6</sup> [Art. L. 2153-1](#) du code de la commande publique.

<sup>7</sup> [Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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 et abrogeant la directive 2004/17/UE](#).

signataires d'un accord avec l'Union européenne en matière d'accès aux marchés publics était affectée d'une insécurité juridique.<sup>8</sup>

Le [règlement \(UE\) 2022/1031](#) lève, par son considérant 10, les incertitudes en la matière. Il établit, pour la première fois dans un texte normatif européen, que pour tout marché public et tout contrat de concession, les acheteurs et les autorités concédantes peuvent prendre des mesures de restriction d'accès à la commande publique à l'égard des opérateurs économiques de pays tiers non-signataires d'un accord avec l'UE en matière d'accès à la commande publique ou des opérateurs économiques dont les biens, services ou travaux ne sont pas couverts par le champ des accords conclus entre l'Union européenne et les pays d'origine de ces biens, services ou travaux, dans le respect des directives européennes « marchés publics ».

L'intérêt de ce règlement est donc triple :

- doter l'UE d'un outil susceptible d'amener les pays tiers non-signataires d'un tel accord et qui pratiquent des restrictions à l'accès des opérateurs économiques européens à leurs propres contrats de la commande publique à cesser ces discriminations à l'encontre des entreprises et des prestations de l'Union européenne et à conclure avec elle de tels accords (« *level playing field* ») ;
- clarifier les règles de détermination de la nationalité des opérateurs économiques et de l'origine des travaux, fournitures et services en matière de commande publique ;
- et à permettre désormais la mise en œuvre, en toute sécurité juridique, de l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique, y compris à l'égard des opérateurs, fournitures, services et travaux issus des pays tiers non-signataires d'un accord relatif à l'accès aux marchés publics conclu avec l'UE.

**L'objet de la présente fiche est d'expliquer et accompagner la mise en œuvre de ces différents dispositifs ainsi que de conseiller les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui souhaitent garantir l'effectivité de ces mesures tout au long de l'exécution des contrats de la commande publique.**

A titre liminaire, il convient de souligner que la mise en œuvre des dispositifs des [articles L. 2153-1](#), [L. 2153-2](#), [L. 2353-1](#) ou [L. 3124-6](#) du code de la commande publique demeure une faculté pour les acheteurs et les autorités concédantes, dans la limite de leur politique d'achat. Dans cette limite, un opérateur économique ne peut pas contester le choix d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice de ne pas mettre en œuvre ces dispositifs. En revanche, le respect des mesures qui seraient prises par l'Union européenne en application du règlement (UE) 2022/1031 s'impose à eux, sous réserve des exceptions que ce règlement prévoit.

## 1. Les différentes catégories de pays tiers concernés par ces dispositifs

Trois catégories de pays tiers à l'UE doivent être distinguées.

---

<sup>8</sup> Certes, la communication interprétative [Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE \(C\(2019\) 5494 final\)](#) du 24 juillet 2019 de la Commission européenne esquissait un pas en ce sens. Toutefois, ce document, dont « la conformité des exemples illustrant le présent document avec le droit de l'Union n'a pas été vérifiée » (p. 5 de ce document), rappelaient également que « seule la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour émettre une interprétation juridiquement contraignante du droit de l'Union » (même page). De plus, cette communication ne réglait pas la question délicate des règles applicables pour déterminer la nationalité d'un opérateur ou l'origine des travaux ou des services.

- ❖ *Les États membres de l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont à traiter comme des États membres de l'UE*

Au sens du code de la commande publique, les États parties à l'Espace économique européen (EEE) qui ne sont pas membres de l'Union européenne ne sont pas assimilés à des pays tiers<sup>9</sup>.

A la date de mise à jour de la présente fiche indiquée en bas de page, cela concerne l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein.

Les entreprises ayant la nationalité de ces pays tiers doivent être assimilées à des entreprises européennes. Aussi, au sein de cette fiche, ces pays tiers seront inclus dans la notion d'« États membres ».

- ❖ *Les pays tiers parties à un accord comportant des engagements d'ouverture des marchés publics conclus avec l'UE*

Cette catégorie, appelée « *pays tiers signataires* », recoupe trois sous-catégories d'États tiers :

- À la date de mise à jour de la présente fiche indiquée en bas de page, les pays tiers parties à l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce<sup>10</sup> sont les suivants :
  - l'Australie ;
  - l'Arménie ;
  - le Canada ;
  - la Corée du Sud ;
  - les États-Unis d'Amérique ;
  - la Région administrative spéciale de Hong-Kong ;
  - Israël ;
  - le Japon ;
  - la République de Moldavie ;
  - le Monténégro ;
  - la Nouvelle-Zélande ;
  - les Pays-Bas pour le compte d'Aruba ;
  - le Royaume-Uni ;
  - Singapour ;
  - la Suisse (Confédération helvétique) ;
  - le Taipei chinois (Territoires douaniers séparés de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu) ;
  - et l'Ukraine.

L'Islande, le Liechtenstein et la Norvège sont également des parties à l'AMP mais ils entrent dans la catégorie des « États membres » et ne sont donc pas repris dans cette liste.

---

<sup>9</sup> [Dernier al. de l'Art. L. 2153-1](#), [1<sup>er</sup> al. de l'Art. L. 2153-2](#) (qui ne vise que les pays-tiers avec lesquels aucun « accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays » n'a été conclu), [Art. L. 2353-2](#) (dispositif de l'[Art. L. 2353-1](#)) et [Art. L. 3124-7](#) (dispositif de l'[Art. L. 3153-6](#)) du code de la commande publique.

<sup>10</sup> Pour consulter une liste actualisée des parties à l'AMP, le site de l'[OMC](#).

- A cette même date, les [pays tiers signataires d'un accord bilatéral avec l'UE](#) comportant des engagements d'ouverture des marchés publics sont les suivants<sup>11</sup> :
  - l'Arménie ;
  - l'Amérique centrale (Guatemala, Honduras, Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panama – hors Belize) ;
  - la Communauté andine (Colombie, Équateur et Pérou - hors Bolivie) ;
  - le Canada<sup>12</sup> ;
  - le Chili ;
  - la Corée du Sud ;
  - la Géorgie ;
  - l'Irak ;
  - le Kazakhstan ;
  - le Mexique ;
  - la Moldavie ;
  - Singapour ;
  - la Suisse (Confédération helvétique) ;
  - l'Ukraine ;
  - et le Vietnam.

- Les [pays tiers auxquels le bénéfice d'un tel accord est étendu par décision du Conseil de l'UE](#)

A la date de mise à jour de la présente fiche technique, aucun État tiers ne figure dans cette sous-catégorie.

- ❖ *Les « pays tiers non-signataires » d'un tel accord ou au bénéfice desquels un tel accord n'a pas été étendu*

Tous les autres pays tiers à l'UE entrent dans cette catégorie, à la date de mise à jour de la présente fiche (« États tiers non-signataires »).

## 2. Le dispositif « pays tiers » applicable aux marchés de fournitures des entités adjudicatrices hors marchés de défense ou de sécurité (Art. L. 2153-2 du code de la commande publique)

L'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique prévoit un système d'exclusion et un droit de préférence en faveur des offres composées en majorité de produits d'origine européenne. Cela suppose que l'acheteur agisse en tant qu'entité adjudicatrice et que le marché public en cause soit un marché de fournitures au sens de l'[article L. 1111-3](#) de ce code.

Une mise en œuvre efficace de ce dispositif suppose d'intégrer certaines mentions dans les documents de la consultation et de doubler ce dispositif par des clauses d'exécution spécifiques.

### 2.1. Présentation des textes nationaux applicables

L'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique dispose que :

<sup>11</sup> Une liste des pays avec lesquels l'UE a conclu un accord de libre échange ou assimilé est disponible sur le site de la Commission européenne, en anglais, à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>. Il convient de vérifier si l'accord en cause comporte ou non un volet relatif à l'accès aux contrats de la commande publique.

<sup>12</sup> Certains chapitres du CETA (Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada), dont le volet relatif aux marchés publics, sont appliqués provisoirement depuis le 21 septembre 2017, dans l'attente de l'achèvement des procédures nationales de ratification.

« Lorsque une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures par une entité adjudicatrice contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

« Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence peut être accordée à l'une d'entre elles dans des conditions prévues par voie réglementaire ».

L'[article R. 2153-3](#) du code de la commande publique précise que « Pour l'application de l'article L. 2153-2, une offre peut être rejetée lorsque la part des produits originaires de pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Pour l'application du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits ».

L'[article R. 2153-4](#) du même code précise que « Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application de l'article R. 2153-3. Les offres sont considérées comme équivalentes si l'écart entre leur prix respectif n'excède pas 3 %. / Toutefois, ce droit de préférence n'est pas mis en œuvre lorsque l'acceptation de l'offre obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel qu'elle possède déjà et entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés ».

Enfin, l'[article R. 2153-5](#) de ce code prévoit que « La liste des pays et des secteurs couverts, à la date de sa publication, par un accord mentionné à l'article L. 2153-2 est précisée en tant que de besoin par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Cet arrêté précise également, pour un pays ou un secteur donné, si, en fonction du contenu de ces accords, les engagements conclus comportent des restrictions de nature à empêcher un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés des pays tiers ».

La mise en œuvre de ce dispositif n'est pas conditionnée par l'adoption de l'arrêté mentionné à l'article R. 2153-5 du code des marchés publics. Bien que cet arrêté n'ait pas été publié, le dispositif en cause peut être mis en œuvre.

## 2.2. Le champ d'application de ce dispositif

### 2.2.1. Le dispositif ne concerne que les entités adjudicatrices

Le dispositif de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique ne peut être mis en œuvre que par les acheteurs qui agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

Les entités adjudicatrices sont définies à l'[article L. 1212-1](#) du code de la commande publique. En application de cet article, les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux. Un pouvoir adjudicateur est ainsi assimilé à une entité adjudicatrice lorsque :

- soit il exploite lui-même le réseau ;
- soit il effectue des achats permettant de construire, d'organiser et de mettre le réseau à la disposition d'un tiers auquel sera attribuée la gestion du réseau conformément aux différents modes de dévolution autorisés. Il peut également s'agir du cas où la réfection du réseau ou son extension reste, malgré le contrat d'exploitation, à la charge de l'entité adjudicatrice propriétaire du réseau ;
- soit il alimente le réseau.

Sont également des entités adjudicatrices, en application des mêmes dispositions :

- les entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ;
  - et les organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques, lorsqu'ils bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.
- ➔ Pour plus d'information sur ces notions, consultez la fiche technique « [Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) » disponible sur le site internet de la direction des affaires juridiques.

Si le marché de fournitures en cause répond aux besoins de l'acheteur en tant qu'entité adjudicatrice et en tant que pouvoir adjudicateur, le dispositif de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique ne peut être mis en œuvre que s'il est démontré que le marché de fournitures est soumis aux règles applicables aux entités adjudicatrices, en application des dispositions de l'[article L. 2000-5](#) du code de la commande publique.

- ➔ Pour plus d'informations sur la manière de déterminer l'objet principal d'un marché public et les règles applicables à la passation des contrats mixtes, consultez la fiche technique « [Contrats de la commande publique et autres contrats](#) » disponible sur le site internet de la DAJ.

### 2.2.2. Le dispositif ne concerne que les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices

Le dispositif de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique ne peut être mis en œuvre qu'en matière de marchés publics de fournitures.

Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels. Un tel marché public peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation ([article L. 1111-3](#) du code de la commande publique).

Les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits, et donc des fournitures, au sens de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique.

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées. Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser

des travaux ([article L. 1111-5](#) du code de la commande publique). Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures.

Ce dispositif ne peut pas être mis en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux, d'un marché de service, d'un marché de défense ou de sécurité ou d'un contrat de concession, quand bien même ce contrat prévoirait l'acquisition de fournitures.

Enfin, l'entité adjudicatrice ne peut pas prévoir dans le marché de fournitures que ce dispositif s'appliquera aux contrats passés par le titulaire du marché. Ce dernier principe ne connaît qu'une exception, celle de la théorie du mandat.

Une entité adjudicatrice qui recourrait à une centrale d'achat en tant qu'intermédiaire pourrait prévoir, au sein du contrat conclu avec cette dernière, qu'elle devra faire application, pour le marché de fournitures qu'elle passera en son nom et pour son compte, des dispositions de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique.

En cas de groupement de commande, la centrale d'achat en cause ne pourra appliquer ces dispositions que si le contrat qu'elle est chargée de passer en tant qu'intermédiaire au nom et pour le compte des membres du groupement concerne exclusivement des entités adjudicatrices ou si, en application des règles relatives à la mixité, il convient d'appliquer le régime propre à ce type d'acheteurs.

### 2.2.3. Les pays tiers visés par ce dispositif

Au sens de de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique, les pays tiers sont ceux avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne.

Les produits issus de pays tiers signataires d'un accord, quelle que soit la valeur estimée du marché et quel que soit le contenu de cet accord, ne sont pas concernés par ce dispositif. Pour pouvoir rejeter de telles offres, l'entité adjudicatrice doit avoir prévu de mettre aussi en œuvre l'article L. 2153-1 du code de la commande publique (voir point suivant).

### 2.2.4. Le dispositif de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique ne concerne que les offres comportant une part majoritaire de fournitures originaires de pays-tiers

L'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique constitue une législation spéciale<sup>13</sup> au regard des règles d'accès des pays tiers aux marchés publics.

Toutefois, l'entité adjudicatrice pourra, lorsqu'elle envisage de mettre en œuvre le dispositif de l'[article L. 2153-2](#), s'interroger sur l'opportunité d'appliquer aussi les dispositions de cet [article L. 2153-1](#)<sup>14</sup>. Une telle décision lui permettra :

---

<sup>13</sup> Au sens de « loi spéciale ».

<sup>14</sup> Voir point 3. de la présente fiche technique.

- d'opposer les exclusions et les restrictions prévues par les accords conclus à l'égard des travaux, fournitures, services et opérateurs issus des pays tiers signataires ;

Par exemple, l'offre d'une entreprise dont la nationalité est américaine et qui porte sur des produits américains peut alors être rejetée si le marché public répond à un besoin dont la valeur est inférieure aux seuils des procédures formalisées (marché hors offre de couverture de l'UE à l'égard des États-Unis).

- et de rejeter les offres faites par des opérateurs issus de pays tiers signataires mais portant sur des fournitures originaires de pays tiers non-signataires ou de pays tiers signataires pour lesquels l'accord applicable ne prévoit pas l'accès de ce produit fini, quelle que soit la nationalité de l'entreprise qui fait cette offre et quelle que soit l'origine de la part majoritaire des produits composant l'offre.

En revanche, une offre d'une entreprise d'un État-membre portant sur des produits originaires de pays tiers non-signataires ou de pays tiers signataires pour lesquels l'accord applicable ne prévoit pas l'accès de ce produit fini ne pourra pas être rejetée sur le fondement de l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique. Elle ne pourrait l'être que sur le fondement de l'[article L. 2153-2](#), à condition que la part des produits originaires de pays tiers que comporte cette offre excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre, ou en cas d'offre équivalente au sens de l'[article R. 2153-4](#) du code de la commande publique.

### 2.2.5. La nationalité de l'entreprise soumissionnaire n'a pas à être prise en compte

Le dispositif de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique ne peut être mis en œuvre qu'à l'encontre d'offres qui comportent une part de produits originaires d'un ou plusieurs pays non-signataires qui représente plus de 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre.

Pour faire application de cet article, la nationalité de l'entreprise concernée<sup>15</sup>, son lieu d'implantation et la détention de son capital ou la nationalité de ses dirigeants n'ont aucune influence. Seule compte l'origine des produits composant l'offre.

Ainsi, une entreprise française qui présenterait une offre comportant 51 % de la valeur des produits originaires d'un pays non-signataire peut voir son offre rejetée pour cette seule raison. Cette possibilité de rejet se transformera en obligation de rejet de cette offre si, au cours de la même procédure, l'une au moins des autres offres reçues était rejetée sur le fondement de l'[article L. 2153-2](#), pour des raisons d'égalité de traitement, ou en cas d'équivalence d'offre dans les conditions prévues par l'[article R. 2153-4](#).

---

<sup>15</sup> L'[Art. 54](#) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex Art. 48 TCE) détermine les sociétés qui bénéficient de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, en posant deux conditions : la société doit être constituée en conformité de la législation d'un État membre (La Cour a précisé que « *contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement* » : [CJCE, 27 septembre 1988, Daily Mail, Aff. 81/87](#), pt 19) et la société doit avoir son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de la Communauté pour bénéficier de ces libertés. Comme on le verra au point 3 de la présente fiche technique, la détermination de la nationalité des opérateurs économiques en application du règlement (UE) 2022/1031 suit ces principes.

## 2.3. Comment mettre en œuvre le dispositif de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique ?

### 2.3.1. L'entité adjudicatrice n'a pas à informer les opérateurs économiques de son intention de mettre en œuvre ce dispositif

Contrairement au dispositif de l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique, le rejet des offres sur le fondement de ce dispositif n'oblige pas l'entité adjudicatrice à prévoir expressément, dans les documents de la consultation, la mise en œuvre de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique.

Elle peut donc en principe décider de le mettre en œuvre à tout moment lors de l'analyse des offres.

Toutefois, certains éléments conduisent les entités adjudicatrices à faire figurer une information en ce sens dans les documents de la consultation :

- compte tenu des renseignements à obtenir des opérateurs économiques, et afin de ne pas allonger la procédure, il est préférable de solliciter, au sein des offres, la fourniture de certains renseignements ;
- il est nécessaire de préciser, dans les documents de la consultation, comment l'origine des produits sera déterminée – quelles seront les règles mises en œuvre pour déterminer l'origine des produits au sens du code des douanes de l'Union européenne – et comment la part de 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre sera calculée ;
- l'efficacité du dispositif suppose par ailleurs l'inclusion de clauses d'exécution spécifiques dans le cahier des charges.

### 2.3.2. Comment déterminer l'origine d'un produit et vérifier le seuil des 50 % ?

#### *2.3.2.1. La détermination de l'origine d'un produit s'opère en application des dispositions du code des douanes de l'Union européenne*

Un produit n'a qu'une seule origine non-préférentielle (origine de droit commun) qui est sa nationalité.

Les règles de détermination de l'origine d'un produit sont régies par le [règlement \(UE\) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union européenne et par ses règlements d'application](#).

Les termes de « fournitures » et de « produits » sont propres au domaine des marchés publics. La réglementation douanière lui préfère le terme, équivalent, de « marchandises ». Toutefois, dans le cadre de la présente fiche, ces termes sont utilisés indifféremment.

En annexe de la présente fiche technique, les entités adjudicatrices trouveront une définition des principales notions douanières (annexe n° 1).

Afin de parvenir à identifier l'origine d'un produit, l'entité adjudicatrice doit disposer de certaines informations spécifiques. Elles relèvent des trois catégories suivantes :

- la **nomenclature du produit**, qui correspond à la codification douanière du produit ;

Une encyclopédie en ligne est disponible sur le site de la douane ([RITA Encyclopédie](#)). Elle permet de rechercher où est classé un produit dans la nomenclature douanière. S'agissant de la détermination de l'origine, seuls les 4 ou 6 premiers chiffres de la nomenclature sont nécessaires.

- les **matières mises en œuvre dans le dernier pays de transformation substantielle** (voir les définitions figurant en annexe n°1), qui correspond à la dernière étape avant la livraison ;  
Pour chacune des matières mises en œuvre, le soumissionnaire doit indiquer son pays d'origine, sa nomenclature (6 chiffres) et sa valeur.
- le **processus de fabrication**, qui doit décrire les opérations effectuées.  
Il s'agit notamment de la localisation des opérations, de la nature des opérations réalisées (découpage, tissage, assemblage...) et de la chronologie des opérations réalisées.

#### 2.3.2.1.1. La preuve de l'origine des produits peut être apportée par le biais de documents douaniers

Lors de l'importation d'une marchandise sur le territoire de l'UE, une déclaration en douane (DAU, « document administratif unique ») est déposée. L'espèce, la valeur et l'origine de la marchandise figurent sur cette déclaration en douane.

L'origine et la valeur des principaux composants du produit importé ne figurent pas sur le DAU.

Or, la mise en œuvre de [l'article L. 2153-2](#) du code de la commande publique suppose de déterminer la part issue de pays tiers non-signataires dans la valeur totale des produits finis objets du marché public. Les informations qui figurent sur le DAU sont donc être insuffisantes dans le cadre de la mise en œuvre de ce dispositif.

Le « renseignement contraignant en matière d'origine » (RCO) est un document délivré par les autorités douanières des Etats membres qui permet de sécuriser, pour un produit déterminé, les données relatives à l'origine figurant sur les déclarations en douane. Ce document comporte les informations utiles à la détermination de l'origine.

Le RCO est délivré pour des opérations de commerce international afin de sécuriser les données relatives à l'origine.

Au sein de l'UE, tout opérateur peut solliciter un renseignement contraignant sur l'origine (RCO) en prévision d'opérations de commerce international.

Seuls les soumissionnaires qui réalisent déjà des opérations d'importation du produit, au moment de la remise des offres, peuvent en disposer.

Le processus de production (en termes de lieu d'implantation, de recours à des sous-traitants ou à de simples fournisseurs), la chaîne logistique et la chaîne de production ne sont pas nécessairement déjà arrêtés au moment de la formulation de l'offre. Dans ces cas, le soumissionnaire ne pourra disposer d'un RCO.

Exemples :

- en cas de produits nouveaux non-encore disponibles sur le marché ;
- hypothèse où le soumissionnaire ne procédera à l'installation de la chaîne de sous-traitance, de production ou d'assemblage qu'une fois le marché attribué.

Les informations figurant dans le RCO permettent la mise en œuvre du dispositif de [l'article L. 2153-2](#) du code de la commande publique.

La demande de RCO doit être déposée auprès des autorités douanières du pays où le demandeur est établi ou celles du pays dans lequel les informations doivent être utilisées.

Le RCO ne vaut que pour un produit déterminé et pour une durée maximale de trois ans<sup>16</sup>. Dans cette limite, il est valable tant qu'il n'y a pas de changement dans la chaîne, le processus ou la chronologie de fabrication.

Le RCO est opposable à tous les Etats membres. Lorsque l'opérateur dispose d'un RCO il l'indique dans la déclaration en douane.

Une entité adjudicatrice qui met en œuvre ce dispositif peut solliciter la production du RCO au sein de l'offre par le soumissionnaire<sup>17 et 18</sup>.

Les opérateurs économiques ne disposent pas toujours de RCO. Il est conseillé de joindre la feuille de renseignements qui figure en annexe de cette fiche afin de permettre aux soumissionnaires de disposer d'un modèle leur permettant de transmettre ces informations de manière plus efficace.

#### [2.3.2.1.2. L'entité adjudicatrice peut solliciter une déclaration sur l'honneur qui pourra faire l'objet d'un contrôle lors de la procédure d'attribution du marché de fournitures](#)

Cette hypothèse est la plus courante. En effet, comme indiqué supra, les opérateurs économiques ne disposent pas toujours de RCO.

Aucune règle ni aucun principe du droit de la commande publique ne s'oppose à ce qu'une entité adjudicatrice exige des soumissionnaires qui disposent pas de RCO au stade de la remise de l'offre la production d'une déclaration sur l'honneur reprenant des renseignements équivalents. L'entité adjudicatrice pourrait également prévoir, dans un tel cas, l'obligation des soumissionnaires de justifier leur incapacité à obtenir le RCO.

Cette déclaration sur l'honneur peut faire l'objet d'une vérification demandée ou menée par l'entité adjudicatrice lors de la procédure d'attribution.

Lorsque la vérification aboutit à contester les informations portées sur la déclaration sur l'honneur, l'offre pourra être rejetée comme irrégulière.

---

<sup>16</sup> Art. 33 et 34 du [règlement \(UE\) n° 952/2013](#) préc., pour autant que les marchandises et les circonstances déterminant l'acquisition de l'origine soient identiques à tous les égards à ce qui a été décrit dans le RCO.

<sup>17</sup> Sauf hypothèse des marchés publics de défense ou de sécurité (liste uniquement indicative), une limitation des informations susceptibles d'être demandées aux opérateurs économiques n'existe que pour la vérification des capacités techniques et professionnelles ou de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle concernée par le marché public, ce qui ne concerne que la vérification des candidatures ([Art. L. 2142-1](#) et [R. 2142-1 et s.](#) du code de la commande publique). En ce qui concerne l'analyse des offres, l'entité adjudicatrice peut solliciter toute information utile à leur analyse.

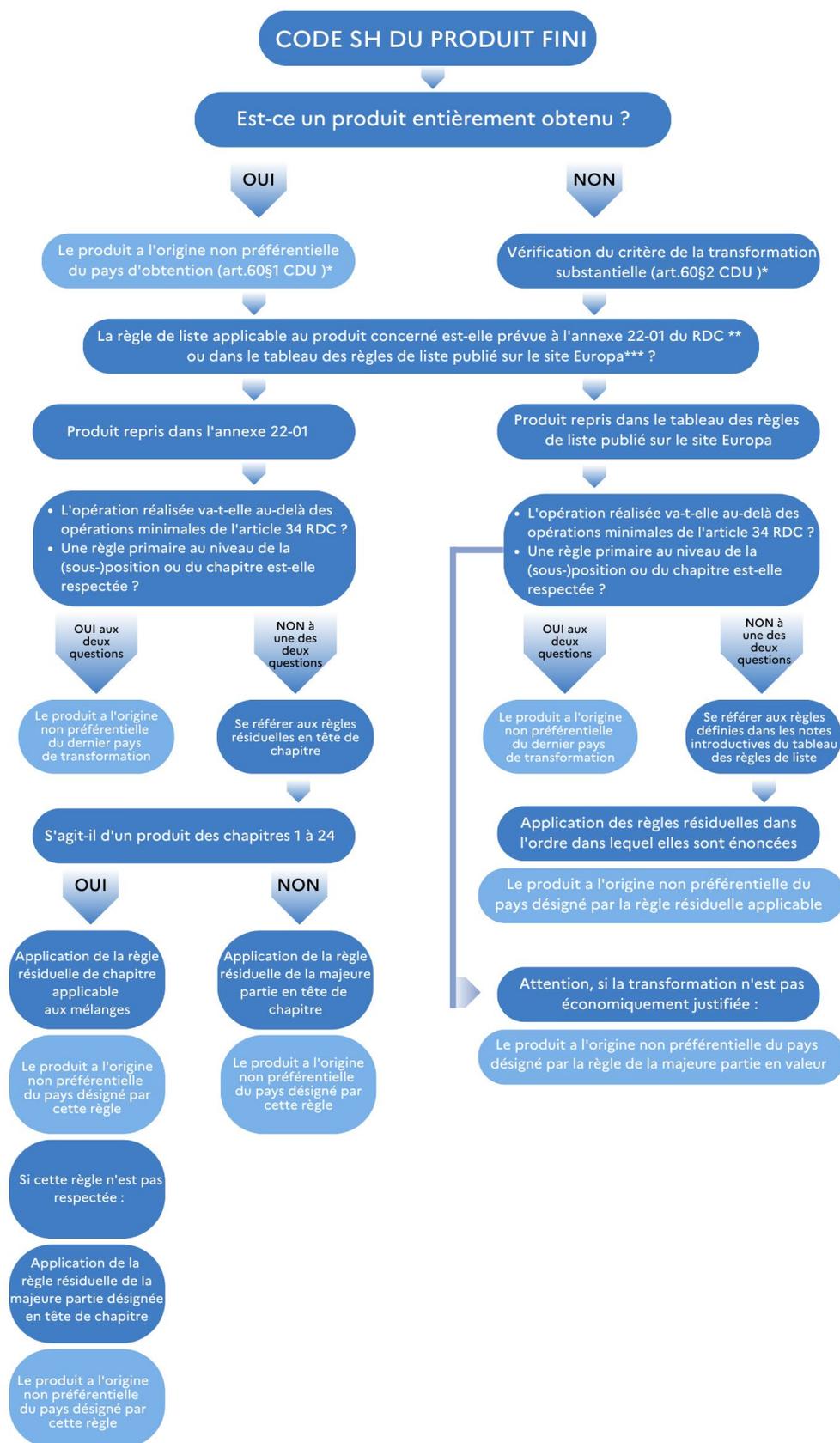
<sup>18</sup> Dans ce cas, l'offre qui ne comporterait pas ce document pourra être rejetée comme irrégulière sur le fondement de [l'Art. L. 2152-2](#) du code de la commande publique, sauf à ce que le soumissionnaire puisse démontrer qu'il ne pouvait lui être délivré. Une demande de régularisation pourrait toutefois être adressée aux opérateurs économiques concernés, dans les conditions de [l'Art. R. 2152-2](#) de ce code (sous réserve d'adresser une telle demande à tous les opérateurs se trouvant dans la même situation); une telle demande ne semble pas pouvoir aboutir à une modification des caractéristiques substantielles des offres.

Les entités adjudicatrices trouveront, en annexe de la présente fiche technique, un modèle pour le recueil des informations nécessaires à la détermination de l'origine du produit (annexe n° 2). Ce modèle doit être adapté au marché public concerné.

*2.3.2.2. L'entité adjudicatrice procède ensuite à la détermination de l'origine des produits composant l'offre et vérifie le respect du seuil de 50 %*

Le schéma de la page suivante présente les règles à suivre pour déterminer l'origine des produits. Il s'agit toutefois d'une présentation simplifiée qui ne saurait dispenser l'entité adjudicatrice d'une analyse approfondie du produit en cause, conformément à la réglementation sur l'origine non-préférentielle des produits détaillée sur le site internet [douanes.gouv.fr](https://douanes.gouv.fr). Ce site propose un [guide pour la détermination de l'origine non-préférentielle dans l'Union européenne](#).

En annexe de la présente fiche technique, les entités adjudicatrices trouveront une définition des principales notions douanières auxquelles renvoient ce schéma et la réglementation en cause (annexe n° 1).



Source : DGDDI - Bureau Politique tarifaire et commerciale - MAJ au 01/03/2020

\* code des douanes de l'Union européenne ([règlement \(UE\) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union](#))

\*\* annexe 22-01 du [règlement délégué \(UE\) 2015/2446 de la Commission du 28 juillet 2015 complétant le règlement \(UE\) no 952/2013 du Parlement européen et du Conseil au sujet des modalités de certaines dispositions du code des douanes de l'Union](#) ;

\*\*\* site [Europa](#) de la Commission européenne.

## 2.4. Les précautions à prendre pour assurer la sécurité et l'efficacité du dispositif de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique

### 2.4.1. Prévoir dans le règlement de la consultation les renseignements relatifs à l'origine que les opérateurs économiques doivent fournir au sein de leur offre

L'entité adjudicatrice doit solliciter des soumissionnaires les renseignements qui permettent de déterminer l'origine des produits et leur part dans la valeur totale de l'offre. Ces informations peuvent prendre la forme du RCO ou, lorsque celui-ci ne peut être délivré, d'une déclaration sur l'honneur qui présente les renseignements nécessaires à la détermination de l'origine des produits composant l'offre.

Il est conseillé de prévoir, lorsque le RCO ne peut être délivré, l'obligation des soumissionnaires de justifier leur incapacité à obtenir ce document.

De même, il est conseillé d'indiquer que l'entité adjudicatrice pourra procéder ou faire procéder à des contrôles de la déclaration sur l'honneur, lorsque le RCO ne peut être délivré. Dans ce cas, il convient de préciser que toute fausse déclaration aboutira au rejet de l'offre pour irrégularité.

Les entités adjudicatrices trouveront, en annexe de la présente fiche technique, un modèle pour le recueil des informations nécessaires à la détermination de l'origine du produit (annexe n° 2). Ces informations permettront à l'entité adjudicatrice d'apprécier l'offre des opérateurs qui n'ont pu fournir un RCO.

### 2.4.2. Préciser la méthode de détermination de l'origine des produits et de calcul du seuil de 50 % ainsi que la procédure applicable en cas de doute

L'entité adjudicatrice précise, dans les documents de la consultation, la manière dont l'origine des produits sera déterminée et la manière dont elle calculera le respect du seuil de 50 %.

Si le marché public a pour objet l'acquisition d'un seul type de produits (par exemple, acquisition d'un matériel roulant sans inclure les pièces détachées dans le marché), un produit n'ayant qu'une seule origine, l'origine ainsi déterminée vaudra pour 100 % de la valeur totale des produits objet du marché public.

Si, en revanche, le marché public a pour objet l'acquisition de plusieurs types de produits, il conviendra de procéder au calcul permettant de déterminer si le seuil de 50 % de la valeur totale des produits composant l'offre est, ou non, atteint. Cette étape suppose que l'entité adjudicatrice fournisse, dans les documents de la consultation, l'information la plus précise possible sur la répartition des prévisions de commande sur la base desquelles elle s'appuiera pour procéder à ce calcul. En cas de contentieux, l'entité adjudicatrice devra pouvoir prouver que, compte tenu des commandes normales, le bordereau de commande type utilisé à cette fin correspond à la réalité des commandes à passer.

S'il ressort au terme de cette analyse qu'une offre ne remplit pas les conditions pour être recevable, avant de prononcer son rejet, il est conseillé d'organiser une procédure contradictoire pour permettre au soumissionnaire concerné de présenter ses observations, en particulier lorsque les fournitures à acquérir figurent sur la liste « Europa ». En effet, rien n'assure, dans cette hypothèse, que le pays d'entrée dans le territoire de l'UE applique, comme le font les douanes

françaises, les recommandations figurant dans ce document. Le soumissionnaire pourra, par exemple, démontrer, à cette occasion, qu'en application des règles applicables au lieu d'assemblage caractérisant la dernière ouvraison ou modification substantielle des fournitures objets du marché public, l'origine de ces dernières ne correspond pas à celle attribuée par l'entité adjudicatrice et que l'offre ne peut être rejetée.

Aussi, avant de prononcer le rejet, il convient d'informer, par écrit, le soumissionnaire concerné que :

- suite à l'analyse à laquelle il a été procédé, il ressort que la condition liée à la part européenne ou assimilée des produits composant l'offre ne semble pas remplie ;
- en conséquence, il est envisagé de rejeter son offre ;
- le soumissionnaire dispose néanmoins d'un délai (adapté à déterminer) à compter de la réception de cette lettre d'information, pour démontrer, par tout moyen, que la condition en cause est remplie.

Il est conseillé de préciser qu'à défaut de réponse dans ce délai, ou si le soumissionnaire ne peut démontrer qu'il en est ainsi, son offre sera rejetée, afin de ne pas retarder outre mesure la procédure d'attribution.

#### 2.4.3. Prévoir une clause d'exécution relative au maintien de ce seuil de 50 % pendant l'exécution du marché public ainsi qu'un dispositif de contrôle et des sanctions

Si l'entité adjudicatrice ne prévoit pas de telles clauses, elle prend le risque d'un contournement du dispositif de [l'article L. 2153-2](#) du code de la commande publique. À défaut d'être lié par une clause contractuelle l'engageant sur le maintien de la « part européenne ou assimilée » des produits composant l'offre pendant l'exécution du contrat, le titulaire pourrait procéder à une modification de sa chaîne de production. Un tel changement ne pourrait pas s'assimiler à une faute du titulaire, sauf à pouvoir démontrer des manœuvres frauduleuses qui auraient vicié le consentement de l'entité adjudicatrice.

Une clause exigeant le respect de la part majoritaire d'origine européenne ou assimilée<sup>19</sup> de la majorité des composants des fournitures tout au long du contrat présente toujours un lien avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché public, lorsque le dispositif de l'article L. 2153-2 est mis en œuvre. Cette clause garantit l'effet utile de cette disposition.

Le cocontractant doit être libre de déterminer les modalités de respect de ce seuil. Exiger l'intangibilité de la chaîne de sous-traitance ou de fourniture proposée au stade de l'offre pendant toute la durée d'exécution du marché public<sup>20</sup> est excessif et n'est pas adapté aux réalités économiques.

---

<sup>19</sup> UE, EEE, d'un pays-tiers ayant signé un accord en matière d'accès aux marchés publics avec l'UE ou d'un pays tiers auquel le bénéfice d'un tel accord a été étendu par décision de l'UE.

<sup>20</sup> En dehors du cas spécifique des marchés de défense ou de sécurité, un acheteur ne peut juridiquement exiger que la chaîne de sous-traitance ou de fourniture proposée au stade de l'offre soit intangible pendant toute la durée d'exécution du marché public. Ce principe ne connaît qu'une exception. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a reconnu qu'un changement de sous-traitant en cours d'exécution d'un marché public peut, dans des cas exceptionnels, constituer un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les clauses du marché initial. Toutefois, cela suppose que le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre ait été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat ([CJUE, 13 avril 2010, Wall AG contre la ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgung und Service \(FES\) GmbH](#),

Enfin, il est conseillé d'indiquer que l'entité adjudicatrice pourra mettre en place un contrôle ou un audit en cours d'exécution du marché public et appliquer les pénalités prévues en conséquence.

Les clauses exigeant le respect de la part majoritaire d'origine européenne ou assimilée tout au long du contrat gagnent, en effet, à être renforcées par une clause de pénalités progressives pouvant aller jusqu'à la résiliation. La résiliation peut notamment se justifier en cas de manœuvres frauduleuses ayant pour conséquence de vicier le consentement de l'entité adjudicatrice. Ce serait le cas, par exemple, si, rapidement après l'attribution du contrat obtenu grâce à une offre ne présentant aucun produit d'origine tierce, le titulaire modifiait radicalement sa chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance et faisait massivement appel à des ressources tierces.

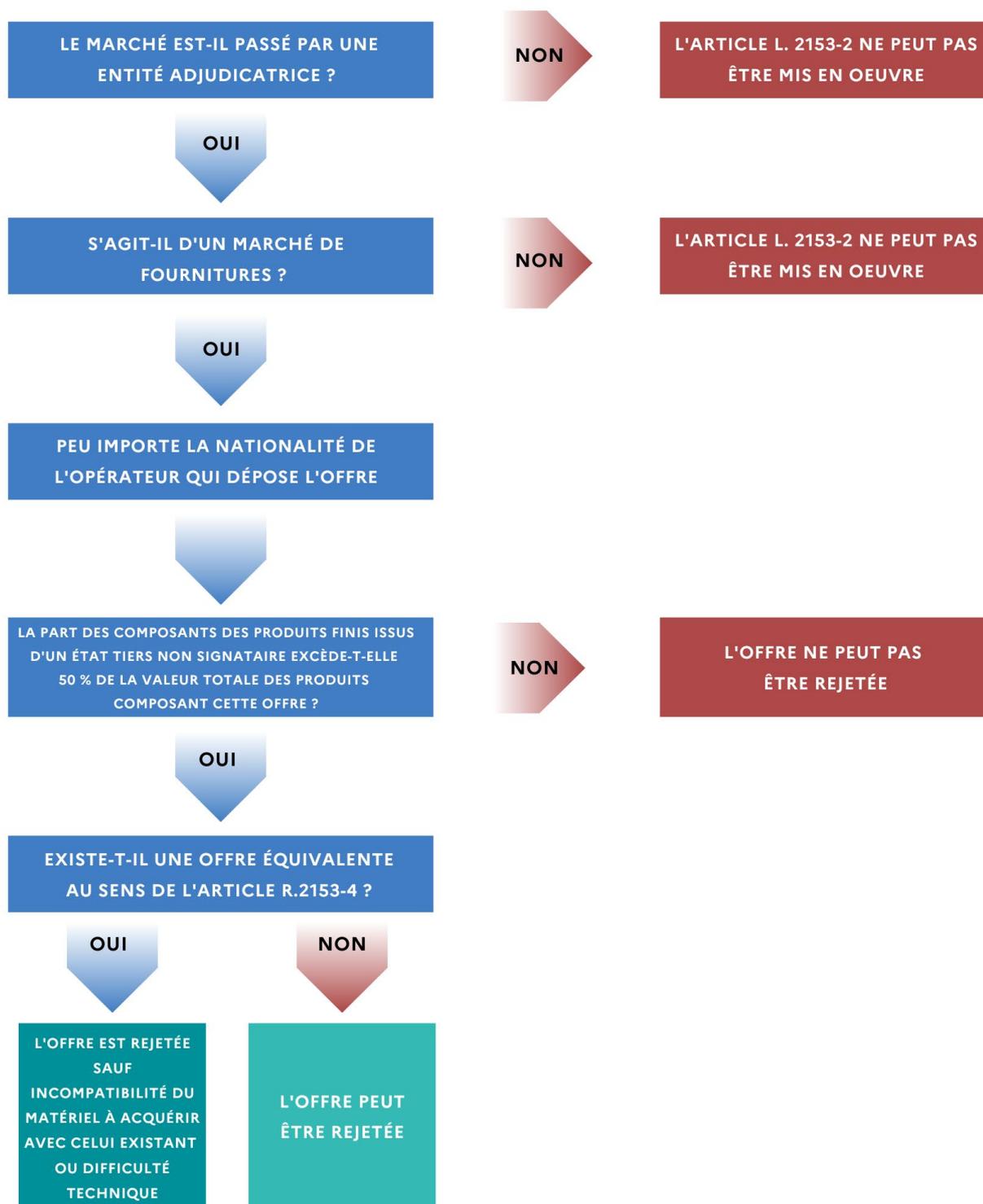
La résiliation du contrat est, toutefois, une décision importante, lourde de conséquences économiques et juridiques pour le titulaire du marché. Elle est également lourde de conséquences pour l'entité adjudicatrice qui, non seulement est exposée à un risque contentieux, mais se trouve privée de prestataire pour la satisfaction de son besoin.

La mise en œuvre d'une telle sanction devra donc être mesurée afin de garantir, d'une part, la proportionnalité entre les faits reprochés et la sanction et, d'autre part, le respect des contraintes liées à la satisfaction du besoin de l'entité adjudicatrice. À cet effet, la mise en œuvre d'une procédure contradictoire préalable à la sanction est conseillée. Elle permettra au titulaire d'exposer, par exemple, qu'il était dans l'impossibilité, pour des raisons de force majeure, de recourir à une solution qui lui aurait permis de respecter ses engagements contractuels.

---

[Aff. C-91/08](#), pt. 39). Tel serait le cas si le sous-traitant proposé au stade de l'offre présentait un niveau de compétence ou une qualité des prestations qui influençait la qualité globale de l'offre. Le changement doit donc être de nature à exercer une influence au regard des critères d'attribution initialement utilisés.

## Résumé pour l'application de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique



### 3. Le dispositif « pays tiers » en matière de marchés publics commun aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices (Art. L. 2153-1 du code de la commande publique)

Ce dispositif présente plusieurs différences par rapport à celui de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique :

- sa mise en œuvre :
  - n'est pas limitée au seul cas des marchés publics de fournitures ;
  - est ouverte aux acheteurs agissant en tant qu'entité adjudicatrice comme en tant que pouvoir adjudicateur ;
  - doit avoir été expressément prévue dans les documents de la consultation ;
  - est impossible à l'égard d'offre présentées par un opérateur économique d'un État membre de l'UE ou de l'EEE ;
- il suppose la vérification du champ d'application matériel des accords en matière d'accès aux marchés publics alors que, dans le cadre de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique :
  - c'est le fait qu'une part majoritaire des composants du produit fini, indépendamment de l'origine du produit fini lui-même, qui est déterminante ;
  - la mise en œuvre du seul dispositif de l'[article L. 2153-2](#) ne permet pas d'opposer les exceptions aux accords existants conclus avec l'UE, cet article ne pouvant être mis en œuvre qu'à l'égard des produits issus de pays tiers non-signataires ;
- ce dispositif permet de prendre en compte la nationalité des entreprises qui exécuteront la prestation pour pouvoir rejeter l'offre, en matière de marchés de travaux ou de services<sup>21</sup> ;
- enfin, c'est l'origine des travaux, services ou produits finis qui est déterminante. L'acheteur ne peut pas tenir compte de l'origine des composants du produit fini pour fonder sa décision.

Ainsi, ce dispositif n'autorise pas les acheteurs à solliciter des informations sur l'origine des composants des fournitures finies objets du marché public. Seule l'origine globale des travaux, fournitures ou services composant les offres est visée par cette disposition<sup>22</sup>. En ce sens, l'incise « de tout ou partie » ne porte pas sur tout ou partie des produits finis mais sur tout ou partie d'une offre comportant elle-même plusieurs produits finis, services ou travaux.

La détermination de l'origine des produits finis doit s'opérer sur la base des règles du code des douanes de l'Union européenne.

L'origine d'un produit est celle du pays dans lequel a été réalisée la dernière transformation substantielle.

<sup>21</sup> UE ou d'un pays tiers ayant signé un accord en matière d'accès aux marchés publics avec l'UE.

<sup>22</sup> Le dispositif applicable par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices est, en effet, la transposition en droit interne de l'Art. 25 de la [directive « secteurs classiques » 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE](#) et de l'Art. 43 de la [directive « secteurs spéciaux » 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE](#).

Cette notion de « dernière transformation substantielle » est appréciée en appliquant des règles d'origine variables selon la nature du produit final, tel que classé dans la nomenclature douanière. Il existe plusieurs types de règles d'origine, notamment :

- le changement de position tarifaire ;
- la réalisation d'un pourcentage minimal de valeur ajoutée ;
- la fabrication dans laquelle la part des matières non-originales utilisées n'excède pas un pourcentage donné,
- la transformation spécifique.

En aucun cas la nationalité de l'entreprise qui importe les produits ne déterminera l'origine de ces derniers. Ainsi, le fait que les produits soient importés par une filiale basée sur le territoire de l'UE ne confèrera pas une origine UE à ces produits<sup>23</sup>.

### 3.1. Rappels textes nationaux applicables et précisions importantes

L'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique dispose que :

*« L'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.*

*« Dans les autres cas, les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre. Les modalités d'application du présent alinéa sont précisées par voie réglementaire.*

*Pour l'application du présent livre, les États parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des États membres de l'Union européenne. ».*

L'attention des acheteurs doit être attirée sur la conjonction de coordination « ou », soulignée dans la citation ci-dessus, entre les incises « origine des travaux, fournitures ou services » et « nationalité des opérateurs » du deuxième alinéa de cet article. Cet article doit, en effet, être lu au regard des stipulations de chaque accord conclu avec l'UE en matière d'accès à la commande publique. Dans sa version de 2012, l'[article IV de l'AMP](#) précise que, dans le cadre de cet accord, ce qui compte est la seule origine des produits, services et travaux. Ainsi, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a indiqué qu'elle mettrait en œuvre l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique, une offre déposée par une entreprise issue d'un pays tiers non-signataire de l'AMP ne peut être rejetée si l'origine des produits proposés est celle d'un pays tiers partie à l'AMP qui seraient couverts en application de cet accord.

Certains accords commerciaux reprennent la même stipulation que l'AMP de 2012. Tel est le cas, par exemple, de l'[accord de libre-échange entre l'UE et la République socialiste du Vietnam](#), dont l'article 9.4 limite la garantie du traitement équivalent aux produits et services (dont les travaux) issus de l'UE et du Vietnam, quelle que soit la nationalité de

<sup>23</sup> Outre le fait que la nationalité d'une entreprise ne dépend pas nécessairement de son seul lieu d'implantation. Voir notamment [CJCE, 5 novembre 2002, Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH \(NCC\)](#), Aff. C-208/00, pt. 75 et concl. A. LA PERGOLA sous [CJCE, 9 mars 1999, Centros Ltd contre Erhvervs og Selskabsstyrelsen](#), Aff. C-212/97, pt. 12 et ci-dessous.

l'opérateur qui présente l'offre, mais aux seules entreprises vietnamienne qui proposent des produits et services du Vietnam ou de l'UE.

Il convient de vérifier, en présence d'une offre faite par une entreprise issue d'un pays tiers signataire, ce que prévoit sur ce point l'accord concerné.

Le [règlement \(UE\) 2022/1031 « IMPI »](#) confirme que l'origine des fournitures est déterminée par application du [règlement \(UE\) 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union européenne](#). Il précise que l'origine des travaux et des services est déterminée par la nationalité de l'opérateur qui exécute la prestation. Enfin, il prévoit les règles applicables pour la détermination de la nationalité des opérateurs économiques (voir ci-dessous).

L'[article R. 2153-1](#) du code de la commande publique précise que « *Les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondées sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs économiques autorisés à soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux mentionnés par l'article L. 2153-1 ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent.* ».

L'[article R. 2153-2](#) du même code précise que « *Les pays et les secteurs pour lesquels les mesures visées à l'article R. 2153-1 ne peuvent être introduites sont précisés en tant que de besoin et en fonction du contenu des accords mentionnés à l'article L. 2153-1, par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.* ».

La mise en œuvre de ce dispositif n'est pas conditionnée par l'adoption de l'arrêté mentionné à l'article R. 2153-2 du code des marchés publics. Bien que cet arrêté n'ait pas été publié, le dispositif en cause peut être mis en œuvre.

### **3.2. Le champ d'application du dispositif de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique**

#### **3.2.1. Ce dispositif concerne tous les acheteurs au sens du code de la commande publique**

Tous les pouvoirs adjudicateurs et toutes les entités adjudicatrices du code de la commande publique sont susceptibles de mettre en œuvre ce dispositif.

Pour plus d'information sur ces notions, consultez la fiche technique « [Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) » disponible sur le site internet de la direction des affaires juridiques.

#### **3.2.2. Le dispositif concerne tous les marchés publics autres que de défense ou de sécurité**

Le dispositif de l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique concerne tous les marchés publics de fournitures, de services ou de travaux à l'exception de ceux de défense ou de sécurité<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Pour les marchés de défense ou de sécurité, le dispositif applicable est celui des [Art. L. 2353-1 et L. 2353-2](#) du code de la commande publique.

Les marchés publics de défense ou de sécurité et les contrats de concession de défense ou de sécurité ne sont jamais inclus dans le champ des accords conclus par l'UE en matière d'accès aux contrats de la commande publique. Il est toutefois rappelé que les opérateurs économiques de l'EEE, comme les produits, services et travaux qui en sont issus, sont toujours assimilés à ceux des États membres de l'UE. Les dispositifs décrits ci-dessous ne peuvent donc pas être mis en œuvre à leur égard.

Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, seul le dispositif de l'[article L. 2353-1](#) du code de la commande publique peut être mis en œuvre.

### 3.2.3. Le cas spécifique de la mise en œuvre de ce dispositif pour les marchés de fournitures des entités adjudicatrices

L'entité adjudicatrice peut juger opportun d'appliquer cet [article L. 2153-1](#) lorsqu'elle envisage de mettre en œuvre le dispositif de l'[article L. 2153-2](#). Une telle décision lui permettra :

- d'opposer les exclusions et les restrictions prévues par les accords conclus à l'égard des travaux, fournitures, services et opérateurs issus des pays tiers signataires d'un tel accord ou bénéficiant de son extension, indépendamment de la part majoritaire de la valeur des composants des produits qui la composent ;
- ainsi que de rejeter les offres portant sur des produits finis originaires d'un pays tiers non-signataire indépendamment de la nationalité de l'opérateur qui propose cette offre, à l'exception des offres déposées par un opérateur économique européen ou de l'EEE.

Pour plus d'informations sur ce cas spécifique et l'articulation des deux dispositifs, voir le point 2 de la présente fiche technique.

### 3.2.4. Les pays tiers visés par ce dispositif et la détermination de l'offre de couverture européenne

Les pays tiers visés par ce dispositifs sont ceux non-signataires et, dans le cadre des exclusions de l'offre de couverture européenne, les pays tiers signataires.

Les pays tiers non-signataires ne bénéficient d'aucune garantie. En conséquence, en présence d'une offre faite par un opérateur économique dont la nationalité est celle d'un pays tiers non-signataire ou qui porte sur des travaux, fournitures ou services originaires de cet État, l'acheteur n'a pas à vérifier le contenu des accords existants. Si l'acheteur a mis en œuvre ce dispositif, cette offre doit être rejetée, sauf si elle porte sur des travaux, fournitures ou services issus de l'UE, de l'EEE ou d'un pays tiers signataire, à la condition, dans ce dernier cas, que l'accord en cause garantisse l'accès au marché de ces travaux, fournitures ou services.

Pour les pays tiers signataires, le champ de l'offre de couverture européenne est la seule donnée à prendre en compte, indépendamment du champ de l'offre de couverture de cet État tiers<sup>25</sup>. En

---

<sup>25</sup> Sauf cas spécifiques, comme pour les marchés de services couverts au titre de l'AMP : en application de la [note de l'annexe 5 de l'appendice I de l'offre de couverture UE au titre de l'AMP](#), les marchés publics UE de services qui y sont listés ne sont ouverts aux opérateurs et services des pays tiers signataires que si le pays tiers en cause a ouvert ces services aux opérateurs et services originaires de l'UE par son offre de couverture. Il en est de même, toujours pour l'AMP, pour les travaux, en application de la [note de l'annexe 6 de l'appendice I de l'offre de couverture UE au titre de l'AMP](#). L'offre de couverture UE au titre de l'AMP ne contient pas une telle note pour les marchés publics de fournitures ([annexes I, II et III de l'appendice I](#) préc.).

ce sens, il ne s'agit pas d'une règle de réciprocité : ce n'est pas parce que le pays tiers n'offre pas un accès à ses marchés publics ayant tel objet que l'Union européenne prévoit que les opérateurs économiques, travaux, fournitures ou services de ce pays tiers n'ont pas accès à ces mêmes marchés publics au sein de l'UE. C'est la raison pour laquelle ces accords sont dits « à géométrie variable ».

L'offre de couverture européenne au titre de l'AMP ou d'un autre accord conclu avec plusieurs pays tiers peut être complétée par la conclusion d'un accord bilatéral conclu avec un pays tiers signataire en cause<sup>26</sup>. Il convient dans ce cas de consolider les offres de couvertures européennes au titre de l'AMP et au titre de cet accord spécifique afin de déterminer si le marché public envisagé entre ou non dans le champ des accords conclus.

Dans tous les accords conclus, l'offre de couverture européenne varie :

- en fonction de seuils, qui s'ils sont exprimés en « droits de tirage spéciaux » (DTS), sont les seuils des procédures formalisées prévus par les directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE ;
- en fonction de l'acheteur concerné ;

Les accords existants comportent des listes d'acheteurs, traditionnellement réparties entre :

- « entités du gouvernement central », catégorie qui, en France, correspond, globalement<sup>27</sup> aux « autorités publiques centrales » de l'[avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique](#) annexé au code de la commande publique ;
- « entités des gouvernements sous-centraux », catégorie qui, en France, correspond, globalement, aux « autres pouvoirs adjudicateurs » du [même avis](#)<sup>28</sup> ;
- « autres entités », catégorie qui correspond en France à toutes les entités adjudicatrices et à tous les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

Selon les pays tiers signataires concernés, ces listes sont soit limitatives<sup>29</sup> (seuls les acheteurs qui y figurent expressément voient leurs marchés publics intégrés à l'offre de couverture européenne), soit indicatives<sup>30</sup> (tous les acheteurs ayant un statut similaire à ceux qui y sont mentionnés voient leurs marchés publics intégrés à l'offre de couverture européenne).

---

<sup>26</sup> Cas de la Corée du sud, de l'Ukraine et du Canada, par exemple.

<sup>27</sup> Soit l'État, à l'exception des établissements du service de santé des armées, les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial à l'exception des établissements publics de santé (sauf cas spécifique de l'Hôpital national de Saint-Maurice et de l'Établissement national des invalides de la Marine, mentionnés expressément à l'[annexe I de l'appendice I de l'offre de couverture de l'UE au titre de l'AMP](#)), la Caisse des dépôts et consignations, les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique, l'Ordre national de la Légion d'honneur, l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), la Fondation Carnegie et la Fondation Singer-Polignac.

<sup>28</sup> Soit, à titre principal, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, les établissements publics de l'État à caractère industriel ou commercial (à l'exception de l'UGAP) ainsi que les personnes publiques *sui generis* (exception faite de la Caisse des dépôts et consignation et des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique), et les personnes morales de droit privé soumises au code de la commande publique à l'exception de la Fondation Singer-Polignac et de la Fondation Carnegie.

<sup>29</sup> Cas de l'offre de couverture UE au titre de l'AMP à l'égard d'Israël.

<sup>30</sup> Cas de l'offre de couverture UE au titre de l'AMP à l'égard des États-Unis.

- en fonction de l'objet du marché public, qui varie soit en l'application d'une liste, soit en application de stipulations spécifiques figurant dans les « notes » des différentes annexes ou les « notes générales » annexées à l'offre européenne de couverture.

Si ce dernier champ varie fortement d'un accord à l'autre<sup>31</sup>, un cas spécifique est à signaler. En effet, tous les marchés publics relatifs aux anciens « services non-prioritaires »<sup>32</sup>, parmi lesquels figurent tous les services sociaux et autres services spécifiques du code de la commande publique<sup>33</sup>, sont, quelle que soit la valeur estimée du besoin auquel ils répondent et l'acheteur qui passe le marché, exclus des offres de couverture européennes<sup>34</sup>.

### 3.3. La mise en œuvre de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique

#### 3.3.1. L'acheteur informe les opérateurs économiques de son intention de mettre en œuvre ce dispositif

Les documents de la consultation doivent mentionner que l'acheteur a l'intention de mettre en œuvre ce dispositif. A défaut, ce dispositif ne pourra pas être mis en œuvre.

L'avis ou le règlement de la consultation pourra, à cette fin, comporter la disposition suivante :

*« L'acheteur mettra en œuvre le dispositif de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique ».*

Attention, l'acheteur qui aura prévu l'application de ce dispositif sera tenu de le mettre en œuvre. Il n'existe aucun droit de remord au regard des offres qui seront réceptionnées. En conséquence, les acheteurs doivent mettre en place un sourcing afin de s'assurer que le marché sera susceptible de répondre si le dispositif en cause est mis en œuvre. A défaut, il pourrait être considéré qu'ils ont organisé eux-mêmes l'infructuosité de la procédure, ce qui leur interdirait de recourir ensuite à un marché de gré à gré sur le fondement de l'article R. 2122-2 du code de la commande publique.

Il lui appartient alors de déterminer la manière dont la nationalité des opérateurs économiques et l'origine des fournitures, des services ou des travaux en cause sera appréciée. Pour ce faire, l'avis ou le règlement de la consultation pourra indiquer:

*« La nationalité des opérateurs économiques et l'origine des fournitures, des services ou des travaux sera appréciée conformément aux dispositions de l'article 3 du [règlement \(UE\) 2022/1031](#) ».*

---

<sup>32</sup> Services autres que ceux mentionnés à l'annexe II B des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, liste désormais reprise à l'[annexe II de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité](#). Il s'agit ainsi de tous les services équivalents aux services autres que ceux mentionnés à l'[Art. R. 2323-2](#) du code de la commande publique dans le domaine extérieur aux marchés de défense ou de sécurité.

<sup>33</sup> Services mentionnés à l'[avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques](#).

<sup>34</sup> Ainsi, pour l'[offre de couverture UE au titre de l'AMP en matière de marchés publics de services](#), ces services ne sont pas cités.

S'il peut s'arrêter là, l'acheteur a également la possibilité de limiter cette appréciation, en application de l'[article L. 2153-1](#) du code, à tout ou partie des fournitures, services ou travaux en cause<sup>35</sup>. Il lui appartient alors, dans l'avis ou dans le règlement de la consultation, de préciser les limitations qu'il entend appliquer.

Pour rappel, ce dispositif n'autorise pas les acheteurs à solliciter des informations sur l'origine des composants des fournitures finies objets du marché public ou sur l'origine des fournitures intégrées dans le cadre de prestations de services ou dans le cadre d'un marché de travaux. Seule l'origine globale des travaux, fournitures ou services composant les offres est visée par cette disposition<sup>36</sup>.

Aussi, l'incise « de tout ou partie » ne porte pas sur tout ou partie des produits finis, services ou travaux, mais sur tout ou partie d'une offre comportant elle-même des produits finis, services ou travaux distincts.

Tel serait le cas, par exemple, d'un marché public relatif à des fournitures de bureau. Dans ce cas, l'acheteur a la possibilité de limiter la mise en œuvre de ce dispositif à certaines seulement des fournitures en cause. De même, dans le cadre d'un marché public relatif à l'acquisition de véhicules et de pièces détachées, l'acheteur peut décider d'exclure ces dernières du dispositif.

### 3.3.2. L'acheteur détermine la nationalité des opérateurs économiques qui déposent une offre

La détermination de la nationalité des opérateurs économiques, des fournitures, des services et des travaux s'opère en application de l'article 3 du [règlement \(UE\) 2022/1031](#).

La détermination de la nationalité d'un opérateur économique diffère selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale

S'il s'agit d'une personne physique, la nationalité de l'opérateur économique est déterminée en fonction de sa nationalité propre ou celle de l'État dans lequel elle bénéficie d'un droit de résidence permanent.

S'il s'agit d'une personne morale, sa nationalité est déterminée selon les règles suivantes :

- sa nationalité est celle de l'État en application des lois duquel il est constitué ou organisé lorsque l'opérateur entretient un lien direct et effectif avec l'économie de l'État concerné ;
- lorsqu'il n'entretient pas un tel lien avec l'économie de cet État, sa nationalité est déterminée par celle des personnes physiques ou morales qui peuvent exercer sur lui, directement ou indirectement, une influence dominante en application de sa propriété, de la répartition des participations financières ou des règles qui le régissent (voir plus haut).

<sup>35</sup> Voir plus haut, sous réserve du 3.3.3. de la présente fiche technique.

<sup>36</sup> Le dispositif applicable par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices est, en effet, la transposition en droit interne de l'Art. 25 de la [directive « secteurs classiques » 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE](#) et de l'Art. 43 de la [directive « secteurs spéciaux » 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE](#).

L'influence dominante est présumée lorsqu'une personne, directement ou indirectement :

- détient la majorité du capital social de la personne morale en cause ;
- contrôle la majorité des droits de vote du fait des actions de la personne morale en cause qu'elle détient ;
- ou peut nommer plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de surveillance ou de direction de la personne morale en cause.

En cas de groupement d'opérateurs économiques, la présence d'un seul membre ayant la nationalité d'un pays tiers non-signataire emporte la détermination de la nationalité de l'ensemble du groupement. Toutefois, si le membre en cause est chargé de réaliser moins de 15 % de la valeur de l'offre, cette règle ne s'applique pas, sauf à ce que la présence de ce membre soit nécessaire au groupement pour satisfaire à au moins l'un des critères de sélection des candidatures prévu par l'acheteur.

La preuve de ces situations peut être apportée par tout moyen, à la demande de l'acheteur. Le caractère limitatif de la liste de l'annexe 9 du code de la commande publique<sup>37</sup>, qui ne concerne que la vérification des candidatures, n'y fait pas obstacle, puisqu'il s'agit ici de juger de la recevabilité des offres.

Si l'opérateur économique concerné est issu de l'UE ou de l'EEE, le dispositif de [l'article L. 2153-1](#) du code de la commande publique ne peut être mis en œuvre.

### 3.3.3. L'acheteur détermine ensuite l'origine des travaux, fournitures ou services objet du marché public

Le fait qu'une offre soit déposée par un opérateur issu d'un pays tiers non signataire ne suffit pas pour pouvoir la rejeter. En effet, si les fournitures, services ou travaux proposés sont originaires de l'UE, de l'EEE ou d'un pays tiers signataire à condition, dans ce dernier cas, qu'un accord garantisse un traitement équivalent à celui des fournitures, services ou travaux originaires de l'UE, cette offre ne pourra pas être rejetée (voir point 3.1. ci-dessus).

En application de l'article 3 du [règlement \(UE\) 2022/1031](#), l'origine d'une offre pour un marché public de fournitures est déterminée par application du [règlement \(UE\) 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union européenne](#). Il sera renvoyé au point 2 de la présente fiche pour l'appréciation de l'origine de l'offre.. En revanche, il ne s'agit pas de se prononcer au regard de la majorité de l'origine des composants des produits, mais du produit fini, qui, pour rappel, n'a qu'une seule origine.

En application de ce même article, l'origine des offres dans le cadre d'un marché public de services ou de travaux est celle de l'opérateur économique qui réalise la prestation.

Ces règles de détermination sont impératives. Il n'est pas possible d'y déroger. Ainsi, dans l'hypothèse d'un marché de travaux ou de services, l'origine de l'offre est toujours déterminée en fonction de la nationalité de l'opérateur chargé de les réaliser. Il n'est pas possible de déterminer cette origine sur la base d'une partie ou de la totalité des fournitures à intégrer par le biais de ces travaux ou services.

<sup>37</sup> [Arrêté fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics](#). Ce caractère limitatif n'existe pas pour les renseignements et documents relatifs à la capacité financière des candidats.

### 3.4. Les précautions à prendre pour assurer la sécurité et l'efficacité du dispositif de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique

#### 3.4.1. Renseigner sans erreur la mention « marché soumis à l'AMP » de l'avis d'appel à la concurrence

La mise en œuvre de ce dispositif nécessite, lorsque l'avis d'appel à la concurrence sera envoyé, de vérifier que la case « *marché public soumis à l'AMP* » est à bon droit cochée.

Pour ce faire, il convient de se référer à la seule offre de couverture européenne au titre l'AMP, indépendamment des offres de couvertures des autres accords de ce type.

Dans la décision [CE, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe](#), n° 305420, la Haute juridiction a jugé qu'« *en annulant la procédure de passation litigieuse au motif que le syndicat aurait indiqué à tort dans les avis d'appel public à la concurrence que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics, sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir lésé ou risquait de léser la société Passenaud Recyclage, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office* ».

Aussi, lorsqu'il est fait usage de l'[article L. 2153-1](#), une erreur dans l'avis d'appel à la concurrence pourrait entraîner l'annulation de la procédure.

Indiquer par erreur que le marché en cause est ou non soumis à l'AMP pourrait, par exemple, être invoqué par :

- un opérateur économique issu d'un pays tiers signataire de l'AMP qui, alors que le marché était soumis à cet accord, a renoncé à participer à la procédure du fait d'une mention erronée dans l'avis d'appel à la concurrence ;
- un opérateur européen qui verrait le marché public attribué à un opérateur économique issu d'un pays tiers, alors que l'AMP excluait l'offre de cet opérateur de l'accès à ce marché public.

#### 3.4.2. Prévoir dans le règlement de la consultation les renseignements relatifs à l'origine que les opérateurs économiques doivent fournir au sein de leur offre

L'acheteur sollicite des soumissionnaires les renseignements permettant de déterminer la nationalité de l'opérateur économique et l'origine des travaux, fournitures ou services objet du marché public.

Pour les marchés de fournitures, il est conseillé de prévoir, lorsque le RCO ne peut être délivré, l'obligation des soumissionnaires de justifier leur incapacité à obtenir ce document (voir point 2). De même, il est conseillé d'indiquer que l'acheteur pourra procéder ou faire procéder à des contrôles de la déclaration sur l'honneur, lorsque le RCO ne peut être délivré. Dans ce cas, il convient de préciser que toute fausse déclaration aboutira au rejet de l'offre pour irrégularité.

Les acheteurs trouveront, en annexe de la présente fiche technique, un modèle pour le recueil des informations nécessaires à la détermination de l'origine du produit (annexe n° 2). Ces

informations permettront à l'acheteur d'apprécier l'offre des opérateurs qui n'ont pu fournir un RCO.

Pour les marchés de services ou de travaux, les renseignements permettant de déterminer la nationalité de l'opérateur qui exécutera les services ou travaux sont les seuls exigibles, puisqu'ils détermineront, seuls, l'origine des services ou travaux en cause.

### 3.4.3. Prévoir une clause d'exécution relative au maintien de cette origine ou nationalité ainsi qu'un dispositif de contrôle et des sanctions

L'acheteur qui ne prévoit pas de telles clauses prend le risque d'un contournement du dispositif de [l'article L. 2153-1](#) du code de la commande publique. À défaut d'être lié par une clause contractuelle l'engageant sur le maintien de l'origine de l'offre pendant l'exécution du contrat, le titulaire pourrait procéder à une modification. Un tel changement ne pourrait pas s'assimiler à une faute du titulaire, sauf à pouvoir démontrer des manœuvres frauduleuses qui auraient vicié le consentement de l'acheteur.

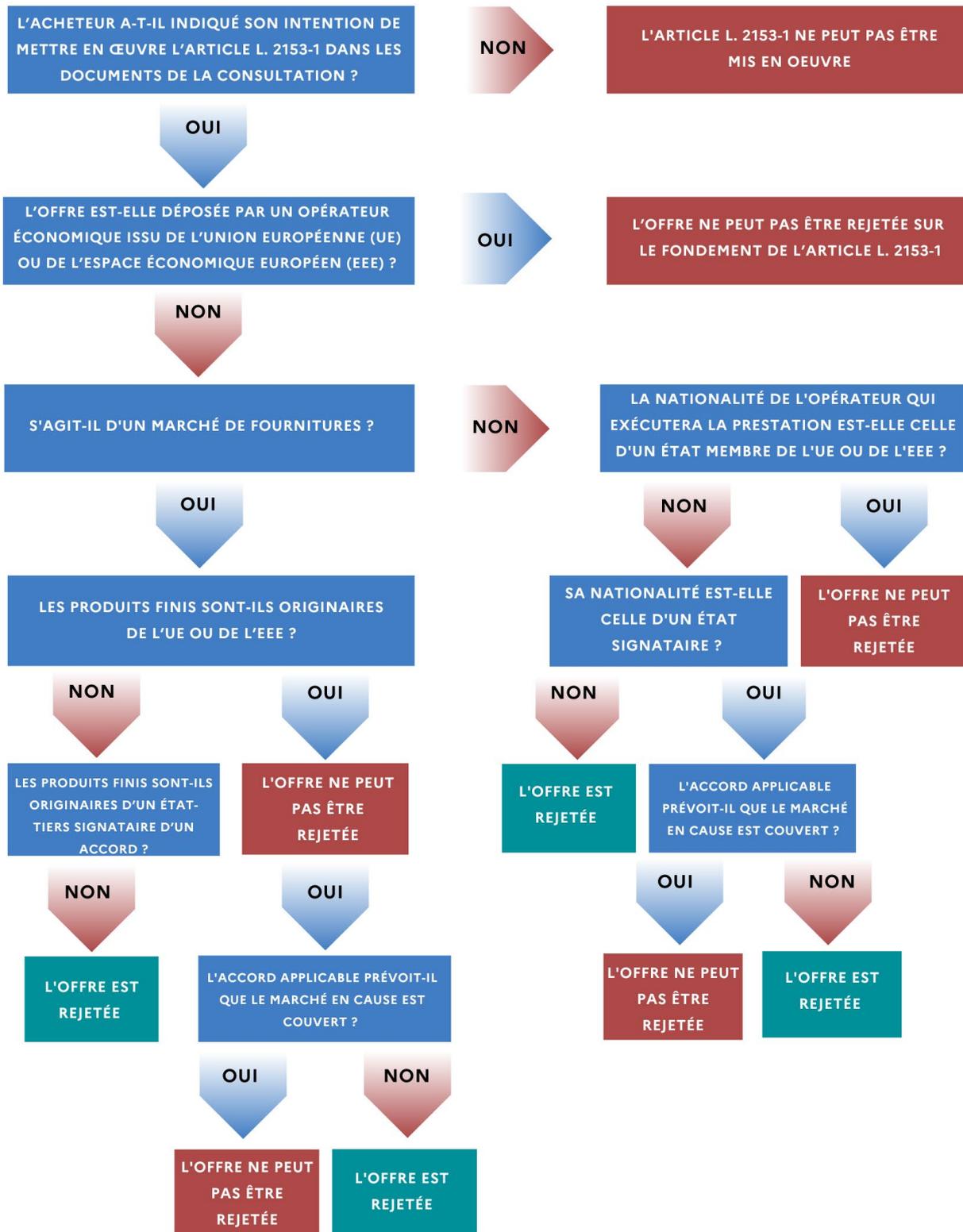
Une clause exigeant le respect de l'origine de l'offre présente toujours un lien avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché, lorsque le dispositif de l'article L. 2153-1 est mis en œuvre. Cette clause garantit l'effet utile de cette disposition.

Enfin, il est conseillé d'indiquer que l'acheteur pourra mettre en place un contrôle ou un audit en cours d'exécution du marché public et appliquer les pénalités prévues en conséquence.

Le dispositif gagne en effet à être renforcé par une clause de pénalités progressives pouvant aller jusqu'à la résiliation. La résiliation peut notamment se justifier en cas de manœuvres frauduleuses ayant pour conséquence de vicier le consentement de l'acheteur. Ce serait le cas, par exemple, si, rapidement après l'attribution du contrat obtenu grâce à une offre ne présentant aucun produit d'origine d'un pays tiers, le titulaire modifiait radicalement sa chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance et faisait massivement appel à des ressources tierces. La résiliation du contrat est toutefois une décision importante, lourde de conséquences économiques et juridiques pour le titulaire du marché. Elle est également lourde de conséquences pour l'acheteur qui non seulement est exposé à un risque contentieux, mais se trouve privé de prestataire pour la satisfaction de son besoin.

Le prononcé éventuel d'une telle sanction devra donc être mesuré afin de garantir, d'une part, la proportionnalité entre les faits reprochés et la sanction et, d'autre part, le respect des contraintes liées à la satisfaction du besoin de l'acheteur. À cet effet, la mise en œuvre d'une procédure contradictoire préalable à la sanction est conseillée. Elle permettra au titulaire d'exposer, par exemple, qu'il était dans l'impossibilité de recourir à une solution qui lui aurait permis de respecter ses engagements contractuels pour des raisons de force majeure.

## Résumé pour l'application de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique



#### 4. Le dispositif « pays tiers » des marchés publics et contrats de concession de défense ou de sécurité (Art. L. 2353-1 et L. 3124-6 du code de la commande publique)

La particularité des contrats de la commande publique de défense ou de sécurité est d'être toujours exclus du champ d'application des accords internationaux existants<sup>38</sup>.

En conséquence, les [articles L. 2353-1](#) et [L. 3124-6](#) du code de la commande publique prévoient un système souple : c'est à l'acheteur ou à l'autorité concédante de décider, au cas par cas, s'il les autorise les opérateurs économiques de pays autres que des États membres à participer à la procédure de passation du marché public ou du contrat de concession.

La décision de l'acheteur ou de l'autorité concédante prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information, comme la protection des données couvertes par le secret défense, et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité.

Ainsi, en principe, les marchés publics et les contrats de concession de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'UE ou de l'EEE.

#### 5. Le mécanisme de l'[article 86 de la directive 2014/25/UE](#)

Les entreprises qui rencontrent des difficultés, de fait ou de droit, à l'occasion d'une procédure de marchés de services passés dans un pays tiers à l'UE, quel qu'il soit, peuvent faire part de ces difficultés à l'État-membre dont elles dépendent.

L'État-membre en informe la Commission européenne qui s'efforcera de régler la difficulté avec le pays tiers en cause et pourra prendre des mesures de rétorsion, le cas échéant via la mise en œuvre du [règlement \(UE\) 2022/1031](#).

Les entreprises ne doivent pas hésiter à mettre en œuvre ce dispositif d'alerte, d'autant que le [règlement \(UE\) 2022/1031](#) a désormais doté l'UE de moyens de rétorsion importants. En effet, seules les entreprises peuvent avoir une connaissance précise des difficultés rencontrées en pratique.

Il leur est d'ailleurs conseillé de ne pas se limiter à faire part des difficultés rencontrées lors des procédures de passations des seuls marchés publics de services mais de signaler toutes les difficultés rencontrées à l'occasion de la passation d'un contrat de la commande publique. En effet, cela pourra inciter la Commission européenne à faire usage du règlement IMPI.

#### 6. Le [règlement \(UE\) 2022/1031](#)

Ce règlement constitue un outil de politique commerciale visant à garantir aux entreprises de l'Union européenne un accès et des conditions de concurrence équitables au sein des marchés publics de pays tiers. L'IMPI a pour objectif de favoriser une plus grande ouverture des marchés publics et contrats de concession des pays tiers non-signataires aux entreprises européennes. S'il

---

<sup>38</sup> Par exemple, en ce qui concerne l'AMP, cette exclusion résulte du texte-même de cet accord ([Art. III de l'AMP](#)).

apparaît qu'un pays tiers à l'Union européenne a mis en place des restrictions sérieuses et récurrentes à l'accès des entreprises ou des fournitures, services ou travaux originaires de l'Union européenne à ses contrats de la commande publique, les acheteurs et autorités concédantes européens devront eux-mêmes appliquer des mesures qui limitent l'accès des entreprises, fournitures, services ou travaux issus du pays concerné aux marchés publics et aux contrats concessions au sein de l'Union.

En pratique, la Commission peut, de sa propre initiative ou sur la base d'une plainte dûment étayée d'une partie intéressée de l'Union ou d'un pays membre, enquêter sur ce qu'elle soupçonne être une pratique ou une mesure restrictive mise en place par un pays tiers non-signataire. Si, à l'issue de cette enquête contradictoire, qui peut durer entre 9 et 14 mois, l'existence d'une telle pratique est avérée, la Commission peut adopter une mesure IMPI.

Cette mesure peut prendre deux formes :

- d'une part, elle peut consister en un ajustement obligatoire de la note accordée aux offres remises par des opérateurs économiques originaires de ce pays tiers. Cet ajustement peut aller jusqu'à réduire cette note de moitié (ou à doubler, aux seules fins du calcul, le montant proposé si le marché est attribué selon le critère unique du prix) ;
- d'autre part, la mesure IMPI peut consister en une exclusion pure et simple des offres remises par les opérateurs susmentionnés.

La Commission précise, dans la mesure IMPI, son champ d'application. Ces mesures peuvent s'appliquer dans des secteurs ou catégories de prestations spécifiques, à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices seulement, être opposables à des catégories limitées d'opérateurs économiques, etc. A cet égard, certains pouvoirs adjudicateurs pourront, à la demande d'un État membre et si cela est nécessaire et proportionné, être exemptés de l'application d'une mesure IMPI.

Dans le cas d'un ajustement de la note, si un opérateur économique issu d'un pays sous le coup d'une mesure IMPI parvient tout de même à emporter le contrat, ce dernier devra inclure des clauses additionnelles s'opposant, notamment, à ce que les prestations d'un sous-traitant ou d'un fournisseur originaire d'un pays faisant lui-même l'objet d'une mesure IMPI représentent plus de 50 % du montant du marché.

L'IMPI s'applique aux marchés de travaux et aux contrats de concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 15 millions d'euros HT, et aux marchés publics de services et de fournitures dont la valeur est supérieure à 5 millions d'euros HT.

L'application de ces mesures, publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* est obligatoire pour les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, sauf exceptions prévues par ce règlement. Toute décision de déroger à ces mesures doit être notifiée à la Commission européenne par l'État-membre concerné. **Il est donc impératif que l'acheteur ou l'autorité concédante informe l'État des dérogations qu'il mettrait en œuvre.**

## **7. Éléments terminaux : l'article L. 2112-4 du code de la commande publique a une portée différente pour les marchés des secteurs dits « classiques » que pour les marchés de défense ou de sécurité**

L'[article L. 2112-4](#) du code de la commande publique permet à l'acheteur d'« imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché, pour maintenir ou pour moderniser les

*produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements. »*

Il ne s'agit pas d'un dispositif destiné à rejeter les offres issues d'opérateurs économiques hors UE ou d'origine extérieure à l'UE. Toutefois, compte tenu du nombre d'interrogations portant sur cette disposition, il paraît nécessaire de le présenter.

Cet article a été introduit en droit français à l'occasion de la transposition de l'article 23 de la [directive 2009/81/CE](#) du 13 juillet 2009 relative aux marchés de défense ou de sécurité (MDS), qui est relatif à la sécurité des approvisionnements, dont on rappellera que l'une des finalités est de développer une base industrielle européenne de la défense. Cette disposition nationale n'a pas été limitée au domaine des marchés de défense ou de sécurité dans le code de la commande publique afin de prendre en compte la jurisprudence du Conseil d'État qui avait, dans sa décision *Société Martin Fourquin*<sup>39</sup>, reconnu la possibilité pour un acheteur d'imposer une localisation spécifique dès lors qu'elle était justifiée par l'objet du marché. Elle précise par ailleurs, plus expressément que la directive précitée, que les moyens de production doivent être « *localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne* ».

Dans la mesure où cette disposition peut produire un effet discriminatoire, en limitant l'accès au contrat, elle doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis par l'acheteur en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, comme l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne saisie d'une clause en ce sens<sup>40</sup>.

Cela signifie qu'au surplus des conditions restreintes prévues par la lettre même de l'article L. 2112-4 du code, l'utilisation de cette disposition est strictement encadrée par l'obligation de prouver qu'elle serait justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elle serait nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis par l'acheteur.

L'article L. 2112-4 du code offre la possibilité pour l'acheteur d'imposer la localisation des moyens utilisés pour l'exécution de tout ou partie d'un marché public sur le territoire des États membres de l'Union européenne.

Seuls les moyens utilisés pour l'exécution du marché sont visés. Cela peut concerner, par exemple, le lieu de production, l'entrepôt où sont stockées les pièces ou les données, etc. Il ne peut, en

---

<sup>39</sup> [CE, 14 janvier 1998, Société Martin Fourquin, n°168688](#), publié au recueil Lebon ; Voir aussi a contrario [CE, 12 septembre 2018, Conseil départemental de la Haute-Garonne, n° 420585](#) : pour un règlement de consultation prévoyant un critère de sélection des offres relatif aux frais de déplacement engendrés, pour l'acheteur, par l'exécution du marché et que les modalités de calcul des frais engagés étaient basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique de l'entreprise et les sites de l'acheteur, ce critère ayant été jugé illégal dès lors qu'il était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur ; voir aussi les conclusions éclairantes de Gilles PELLISSIER sous la décision précitée « Conseil départemental de la Haute-Garonne » : « *Les conditions d'exécution ou les critères liés à l'implantation géographique sont certes regardés avec méfiance dans la mesure où ils peuvent dissimuler une volonté, étrangère à l'objet du marché, de privilégier les candidats locaux (voyez, pour une censure d'un tel critère ayant pour finalité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales : 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, n° 131562, aux T sur ce point), mais ne sont pas par principe interdits. Ils peuvent être prévus lorsqu'ils sont en rapport avec l'objet du marché. Vous avez ainsi jugé qu'un pouvoir adjudicateur pouvait poser, pour l'attribution d'un marché relatif à l'entretien des espaces verts d'un Office public d'aménagement, un critère relatif aux garanties professionnelles tenant à ce que le titulaire dispose d'une antenne dans le département comportant au moins un chef de chantier et dix personnes (14 janvier 1998, Société Martin-Fourquin, n° 168688, aux T)* ».

<sup>40</sup> [CICE, 27 octobre 2005, Commission contre Royaume d'Espagne, aff. C-158/03](#), point 35.

revanche, être exigé, sur le fondement de cet article, que le siège social du titulaire soit situé dans un État membre de l'Union européenne.

Le fait que cette disposition précise, plus expressément que la directive précitée que les moyens de production doivent être « localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne », tient également au fait que la directive MDS prévoit expressément un objectif de constitution d'une base industrielle de défense européenne.

Elle a donc une autre portée pour les marchés publics classiques, tels que ceux passés dans le secteur de la santé, régis par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014. Pour ces derniers, l'article L. 2112-4 ne peut pas s'interpréter comme instaurant une présomption de régularité de cette limitation géographique au regard des règles de la commande publique. Elle ne fait en outre pas exception à la garantie d'égal accès à la commande publique accordée par l'Union européenne à certains pays tiers dans le cadre d'accords commerciaux, que rappelle l'article L. 2153-1 du code de la commande publique.

Dans la mesure où cette disposition peut produire un effet discriminatoire, elle doit être justifiée par des raisons d'intérêt général, nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis par l'acheteur en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution<sup>41</sup>. Dans certaines situations, des mesures moins contraignantes que l'exigence d'une implantation des moyens de production en Europe, peuvent suffire à assurer cette sécurité.

Par ailleurs, l'exigence d'une implantation géographique particulière préexistante à l'attribution du marché n'est pas admissible. Un soumissionnaire non implanté préalablement sur le territoire d'un État-membre de l'Union européenne mais s'engageant, en cas d'attribution du marché, à satisfaire à l'obligation de localisation des prestations ne peut être écarté pour ce motif<sup>42</sup>.

Aux termes des dispositions précitées de l'article L. 2112-4, une telle discrimination peut être légalement admise « notamment » pour deux types de raisons :

- assurer la sécurité des informations et des approvisionnements ;
- prendre en compte des considérations environnementales ou sociales.

Ces deux justifications ne sont pas limitatives.

En conclusion, hors marchés de défense ou de sécurité, l'acheteur peut mettre en œuvre cette disposition notamment pour des marchés spécifiques, sensibles pour le bon fonctionnement et la continuité de ses missions et activités, s'il justifie que la localisation dans l'Union européenne des moyens utilisés pour l'exécution du contrat est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elle est nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis par l'acheteur en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Cette disposition reconnaît la possibilité, pour les acheteurs, d'exiger ou de prendre en compte le fait que les offres présentent des spécificités propres à assurer la sécurité des approvisionnements ou des informations ou à répondre à des considérations sociales ou environnementales, lorsque cela est justifié et lié à l'objet du marché public. Dans un tel cadre, la solution la plus sécurisée juridiquement consiste à solliciter, au sein des offres, des garanties et dispositifs en ce sens, et de coupler la clause d'exécution avec un critère d'attribution. Ainsi, les

---

<sup>41</sup> CJUE, 27 octobre 2005, *Contse SAS*, Aff. C-234/03, pts. 43, 44 et 45 ; CJCE, 27 octobre 2005, *Commission des Communautés européenne c/ Royaume d'Espagne*, Aff. C-158/03 ; voir également CAA Marseille, 27 février 2012, *Cabinet MPC Avocats*, n° 09MA01655 et Rép. min. n° 16835, JO Sénat 14 avril 2011, p. 942.

<sup>42</sup> CE, 14 janvier 1998, *Société Martin Fourquin*, préc.

capacités de proposition des opérateurs économiques seraient préservées et l'acheteur pourra mieux noter celle des offres qui présente les meilleures garanties et les mesures les plus efficaces en la matière.

## Annexe n° 1

### Définition des principales notions douanières

Origine non préférentielle	<p>L'origine non préférentielle correspond à la « nationalité » d'un produit et est utilisée pour déterminer l'application, à l'importation dans l'Union européenne (UE), du tarif extérieur commun (TEC), de mesures de politiques commerciales (contingents tarifaires, droits antidumping, etc.) ou pour procéder au marquage de l'origine sur les produits.</p> <p>Chaque pays dispose, ou non, d'un corpus juridique de détermination de l'origine non préférentielle. Dans l'UE, la base juridique applicable est le code des douanes de l'Union (CDU). En application de l'article 60 du CDU, une marchandise est originaire du pays où elle a subi sa dernière transformation substantielle.</p>
Dernière transformation substantielle	<p>Cette notion détermine l'origine des marchandises. Le critère de la dernière transformation substantielle est fonction du classement du produit dans le « système harmonisé » (SH) et s'apprécie au regard des règles d'origine/règles de liste applicables au produit fini. Si la règle est respectée dans le dernier pays de transformation, alors le produit a l'origine de ce pays.</p>
Système harmonisé (SH)	<p>Système de désignation et de codification des marchandises dans une nomenclature internationale polyvalente élaborée par l'Organisation mondiale des douanes (OMD). Il comprend environ 5000 groupes de marchandises, identifiées par un code à six chiffres. Ce Système est utilisé par plus de 200 pays pour élaborer les tarifs douaniers et établir les statistiques commerciales internationales. Plus de 98% des marchandises échangées dans le monde sont ainsi classées en fonction de la nomenclature du SH.</p>
Position tarifaire	<p>4 premiers chiffres du classement du produit fini dans le système harmonisé, déterminé au niveau mondial (Organisation Mondiale des Douanes).</p> <p style="text-align: right;"><i>Source d'information possible :</i>  <a href="https://www.douane.gouv.fr/">https://www.douane.gouv.fr/</a>, rubriques :  <i>professionnels/commerce international/traités</i></p>

	<i>commerciaux internationaux/vos services en ligne : tarif douanier communautaire et national RITA.</i>
Sous-position tarifaire	<p>6 premiers chiffres du classement du produit fini dans le système harmonisé, déterminé au niveau mondial (Organisation Mondiale des Douanes).</p> <p><i>Source d'information possible : <a href="https://www.douane.gouv.fr/">https://www.douane.gouv.fr/</a>, rubriques : professionnels/commerce international/traités commerciaux internationaux/vos services en ligne : tarif douanier communautaire et national RITA.</i></p>
Produit fini	Il s'agit du produit tel que livré à l'acheteur
Prix départ usine (prix <i>Ex Works</i> )	<p>Prix payé ou à payer pour le produit prêt à être collecté dans les locaux du fabricant dans l'entreprise duquel la dernière transformation a été effectuée. Ce prix doit tenir compte de l'ensemble des coûts liés à la fabrication du produit (y compris le coût de toutes les matières utilisées), déduction faite de toutes les taxes intérieures qui sont ou peuvent être restituées lorsque le produit obtenu est exporté ou réexporté.</p> <p>Si le prix effectivement payé ne reflète pas tous les coûts liés à la fabrication du produit qui sont effectivement supportés, on entend par « prix départ usine » la somme de tous ces coûts, déduction faite de toutes les taxes intérieures qui sont ou peuvent être restituées lorsque le produit obtenu est exporté ou réexporté.</p> <p><u>Sont inclus dans le prix départ usine :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- coût de toutes les matières, composants, sous-ensembles utilisés lors de la production ;</li> <li>- coût de la main d'œuvre employée et des opérations de fabrication mises en œuvre pour la production ;</li> <li>- coût d'utilisation des machines lors du processus de fabrication ;</li> <li>- l'amortissement est considéré 100 % Union européenne dès lors que la machine est sur le territoire de l'Union européenne ;</li> <li>- coût de l'emballage primaire (emballage du produit commercialisé et individuel) ;</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- coût de stockage uniquement pour les « en-cours de production » ;</li> <li>- opérations d'assemblage, de transformation, traitement ;</li> <li>- coûts liés à la recherche et développement ;</li> <li>- coûts liés à la production directe : qualité, méthode, nettoyage, services supportés ;</li> <li>- marge commerciale incluant le coût des redevances de marque.</li> </ul> <p><u>Sont exclus du prix départ usine :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- coûts de chargement des marchandises sur un véhicule d'enlèvement ;</li> <li>- coûts de transport, de livraison, d'installation et de pose chez le client ;</li> <li>- coûts de distribution, expéditions, préparation de commandes ;</li> <li>- coûts marketing et commerciaux ;</li> <li>- frais de siège (sauf s'ils sont directement imputables à la production) ;</li> <li>- frais liés à la formation après livraison.</li> </ul>
Matières mises en œuvre	<p>Ingrédients, parties, composants, sous-assemblages et marchandises qui sont matériellement incorporés dans le dernier pays de transformation pour aboutir au produit fini.</p> <p>Le pays d'origine de chaque matière correspond au pays où cette matière a subi sa dernière transformation substantielle au regard du code des douanes de l'Union (CDU). Cette information peut être fournie par le vendeur ou le fabricant et est, en tout cas, requise sur la déclaration en douane d'importation (origine non préférentielle) déposée dans l'UE, si la marchandise est acheminée d'un pays hors UE.</p>

Annexe n° 2  
Modèle pour la sollicitation des informations nécessaires à la détermination  
de l'origine du produit (à adapter le cas échéant)

**INFORMATIONS REQUISES POUR LA DETERMINATION DE L'ORIGINE DU PRODUIT**

**SOUS-POSITION TARIFAIRE DU PRODUIT FINI :**

**DESCRIPTION DU PRODUIT FINI :**

**PRIX DEPART USINE DU PRODUIT FINI :**

**INFORMATIONS PERMETTANT LA DETERMINATION DE L'ORIGINE :**

<b>MATIERES MISES EN ŒUVRE DANS LE DERNIER PAYS DE TRANSFORMATION (DERNIERE ETAPE AVANT LA LIVRAISON)</b>	<b>PAYS D'ORIGINE</b>	<b>SOUS-POSITION TARIFAIRE</b>	<b>VALEUR</b>

**DESCRIPTION DU PROCESSUS DE PRODUCTION :**

*Il s'agit d'indiquer les étapes principales de fabrication dans l'ordre chronologique, leur localisation (pays) et la nature des opérations réalisées à chaque étape.*