



FICHE

Le dispositif « États-tiers » applicables aux marchés de fournitures des entités adjudicatrices

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 ou assimilée. 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.

L'objet de la présente fiche est d'expliquer la mise en œuvre de ce dispositif.

1. Quels sont les textes nationaux applicables ?

En application de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique, « 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.

En aucun cas la mise en œuvre de ce dispositif n'est 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. Quel est le champ d'application de ce dispositif ?

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 qu'en matière de marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices.

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 direction des affaires juridiques.

2.2. Le dispositif concerne exclusivement 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 des entités adjudicatrices.

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 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.

En aucun cas ce dispositif ne peut 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.

2.3. 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 au regard des règles d'accès des États tiers aux marchés publics.

Aussi, lorsqu'il s'agit d'un marché de fournitures, seul ce dispositif peut être mis en œuvre afin d'exclure des offres comportant une part majoritaire de la valeur issue des États tiers non-signataires d'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. Le dispositif de l'[article L. 2153-1](#) du même code, lui, ne peut être mis en œuvre dans ce but dans le cadre d'un marché de fourniture passé par une entité adjudicatrice.

Toutefois, l'entité adjudicatrice devra, lorsqu'elle envisage de mettre en œuvre le dispositif de l'[article L. 2153-2](#), s'interroger également sur l'opportunité d'appliquer les dispositions de cet [article L. 2153-1](#) afin d'opposer les exclusions et les restrictions prévues par les accords conclus à l'égard des travaux, fournitures, services et opérateurs issus des États tiers signataires d'un tel accord ou bénéficiant de son extension.

2.3.1. La nationalité de l'entreprise soumissionnaire n'a pas à être prise en compte ; seule compte l'origine des produits composant l'offre

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 comportant une part de produits originaires d'un pays tiers représentant plus de 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre.

Pour faire application de cet article, la nationalité de l'entreprise concernée¹, son lieu d'implantation et la détention de son capital ou la nationalité de ses dirigeants n'ont aucune influence.

Ainsi, une entreprise française qui présenterait une offre comportant 51 % de produits fabriqués dans un pays tiers concerné par ce dispositif pourrait légalement 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 offres reçues était rejetée sur ce fondement, pour des raisons d'égalité de traitement.

2.3.2. Quels sont les pays-tiers au sens de cette disposition ?

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.

Au sens de ce dispositif, **les États parties à l'Espace économique européen (EEE) qui ne sont pas membres de l'Union européenne ne sont pas assimilés à des États-tiers**. 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.

Focus sur le cas spécifique du Royaume-Uni

On notera qu'en application de l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et des décisions prises dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), celui-ci continue à être assimilé à un État membre de l'Union au regard des engagements de l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'OMC jusqu'au 31 décembre 2020². A partir du 1er janvier 2021, le Royaume-Uni et l'UE devraient être liés par l'AMP, sous réserve de l'achèvement de la procédure en cours d'adhésion à titre individuel du Royaume-Uni à cet accord³.

Il est possible, par ailleurs, que l'UE et le Royaume-Uni parviennent à un accord bilatéral avant fin 2020, lequel pourrait comporter un volet sur les marchés publics si les deux parties y consentent.

Dans ces circonstances, le Royaume-Uni ne devrait pas devoir être assimilé à un Etat-tiers au sens de l'article. L. 2153-2 précité.

Pour la détermination des États-tiers à l'encontre desquels ce dispositif ne peut pas être mis en œuvre, **le seul élément déterminant est qu'ils soient signataires ou bénéficiaires d'un accord comportant un volet « accès aux marchés publics »**, quel que soit le champ d'application matériel de cet accord.

Ainsi, ce dispositif ne peut être mis en œuvre à l'encontre d'une offre qui comporterait une majorité en valeur de produits issus d'un État-tiers partie à l'AMP conclu dans le cadre de l'OMC ou à un accord assimilé, y compris si le marché de fournitures répond à un besoin dont le montant estimé est inférieur au seuil des procédures formalisées ou si, en application de cet accord, le marché public de fournitures concerné est exclu du champ d'application de l'AMP⁴.

¹ 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 de services, en posant deux conditions: la société doit être constituée en conformité de la législation d'un Etat 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.

² Conformément à l'Art. 129 de l'accord de retrait, le Royaume-Uni reste lié par les obligations découlant des accords internationaux conclus par l'UE jusqu'à la fin de la période de transition. Par ailleurs, le droit de l'UE en matière de commande publique continue de s'appliquer au Royaume-Uni pendant la période de transition, en application des Art.75 à 79 de l'accord.

³ L'objectif pour le Comité des marchés publics de l'OMC est de parvenir à une décision finale en vue de son adoption lors du comité d'octobre 2020 afin que le RU puisse accéder à l'AMP à titre individuel dès la fin de la période de transition.

⁴ Afin d'opposer les dérogations et limitations aux accords comportant un volet « accès aux marchés publics » conclus par l'Union européenne, il convient de mettre en œuvre le dispositif de l'[Art. L. 2153-1](#) du code de la commande publique, ce qui suppose que l'entité adjudicatrice ait **expressément prévu**, dans les documents de la consultation, de mettre en œuvre ce dispositif spécifique.

À la date de mise à jour de la présente fiche indiquée en bas de page, le dispositif de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique ne peut donc jamais être mis en œuvre à l'encontre d'une offre qui comporterait une part majoritaire en valeur de produits issus des États ou territoires :

➤ signataires de l'AMP⁵ :

- Australie ;
- Arménie ;
- Canada ;
- Corée du sud ;
- États-Unis d'Amérique ;
- Région administrative spéciale de Hong-Kong ;
- Islande (également partie à l'EEE) ;
- Israël ;
- Japon ;
- Liechtenstein (également partie à l'EEE) ;
- République de Moldavie ;
- Monténégro ;
- Norvège (également partie à l'EEE)
- Nouvelle-Zélande ;
- Aruba ;
- Singapour ;
- Taipei chinois (Territoires douaniers séparés de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu) ;
- et Ukraine.

➤ ou signataires d'un accord bilatéral avec l'UE, en vigueur, comportant des engagements d'ouverture des marchés publics⁶ :

- Arménie ;
- Amérique centrale (Guatemala, Honduras, Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panama – hors Belize) ;
- Communauté andine (Colombie, Équateur et Pérou - hors Bolivie) ;
- Canada⁷ ;
- Chili ;
- Corée ;
- Géorgie ;
- Irak ;
- Kazakhstan ;
- Kirghizistan ;
- Mexique ;
- Moldavie ;
- Singapour ;
- Suisse ;
- et Ukraine.

⁵ Pour procéder à une actualisation de cette liste des parties à l'AMP, consultez la liste des parties à l'AMP sur le site de l'OMC à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_app_agree_f.htm#revisedGPA. Pour la liste des autres accords conclus par l'Union européenne, voir le site de l'Union européenne.

⁶ La liste des pays avec lesquels l'UE a conclu un accord comportant un volet relatif à l'ouverture des marchés publics respectifs 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/>

⁷ 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.

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

2.4.1. Si l'entité adjudicatrice n'a pas à informer les opérateurs économiques de son intention de mettre en œuvre ce dispositif, dans les faits il s'agit d'un préalable incontournable

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 ne suppose pas que l'entité adjudicatrice ait prévu expressément, dans les documents de la consultation, qu'elle pourra ou prévoit de mettre en œuvre le dispositif de l'[article L. 2153-2](#) du code de la commande publique.

Elle peut donc 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 recommandé de solliciter, au sein des offres, la fourniture de certains renseignements ;
- il est utile de préciser, dans les documents de la consultation :
 - o comment la nationalité 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 – ;
 - o et comment il sera déterminé si la part de la valeur totale des produits originaires de pays tiers, au sens de ces dispositions, excède ou non 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre ;
- l'efficacité du dispositif suppose l'inclusion de clauses d'exécution spécifiques dans le cahier des charges.

De plus, l'entité adjudicatrice qui envisage la mise en œuvre de ce dispositif devrait s'interroger sur l'opportunité de mettre également en œuvre le dispositif de l'[article L. 2153-1](#) du code de la commande publique. Cela lui permettra d'opposer les exclusions et exceptions prévues par les accords à l'égard des travaux, fournitures, services ou opérateurs issus d'un États-tiers signataire d'un tel accord. Dans ce cas, les documents de la consultation doivent faire mention de la mise en œuvre de cette disposition.

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

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

Les règles de détermination de l'origine non-préférentielle 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](#).

Un produit n'a qu'une seule nationalité (origine).

Les termes de « fournitures » et de « produits » sont propres au domaine des marchés publics. Pour la détermination de l'origine, la réglementation douanière utilise les termes « produit » et « matières » mises en œuvre pour obtention du produit fini. Les « matières » correspondent aux ingrédients, matières premières, composants ou toute partie utilisée dans la fabrication du produit.

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

2.4.2.1.1 – Les informations utiles pour identifier l'origine des produits

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 douane⁸ : 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 I) correspondant 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** 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.

2.4.2.1.2 – Les modalités de production des informations utiles

Les soumissionnaires peuvent transmettre les informations pour la détermination de l'origine selon plusieurs modalités.

Dans tous les cas, il est conseillé de joindre au dossier de la consultation la feuille de renseignements figurant en annexe de cette fiche, après adaptation à l'objet du marché concerné, afin de permettre aux soumissionnaires de disposer d'un modèle leur permettant de transmettre ces informations de manière plus efficace.

Au stade de la remise de l'offre, l'entité adjudicatrice peut accepter la production d'une déclaration sur l'honneur présentant les renseignements permettant de déterminer l'origine. Cette déclaration sur l'honneur peut faire l'objet d'une vérification commandée 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.

Un autre support de production des informations relatives à l'origine du produit peut être accepté. Il s'agit du « renseignement tarifaire contraignant » (RCO) délivré par la direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI) ou par ses équivalents européens. Ce document qui permet de sécuriser, pour un produit déterminé, les données relatives à l'origine figurant sur les déclarations en douane, 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 déclaratives relatives à l'origine. Seules les soumissionnaires qui réalisent déjà des opérations d'importation du produit, au moment de la remise des offres, peuvent en disposer. Dès lors, que 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, le soumissionnaire ne peut disposer d'un RCO. Ainsi, par exemple, en cas de produits nouveaux non-encore disponibles sur le marché, ou dans l'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, le RCO pourrait ne pas être délivrable au stade de l'offre.

Dans de tels cas de figure, les soumissionnaires peuvent produire une déclaration sur l'honneur.

⁸ RITA Encyclopédie : https://www.douane.gouv.fr/service-en-ligne/ouverture?code_teleservice=RITA_ENCYCLOPEDIE&sid=&app=38.

Pour des raisons de transparence, il est conseillé à l'entité adjudicatrice de faire figurer l'ensemble de ces informations dans les documents de la consultation.

La mise en œuvre, en cas de contestation, d'une procédure contradictoire préalable au rejet de l'offre, inspirée de celle prévue en cas de détection d'une offre qui semble anormalement basse, est également recommandée.

2.4.2.2. Les règles à suivre pour déterminer l'origine des produits

Le schéma de la page suivante clarifie les règles à suivre pour déterminer l'origine des produits. Ce schéma est toutefois une présentation simplifiée qui ne saurait dispenser l'entité adjudicatrice d'une analyse détaillée du produit en cause, conformément à la réglementation sur l'origine non-préférentielle des produits détaillée sur le site internet douanes.gouv.fr.

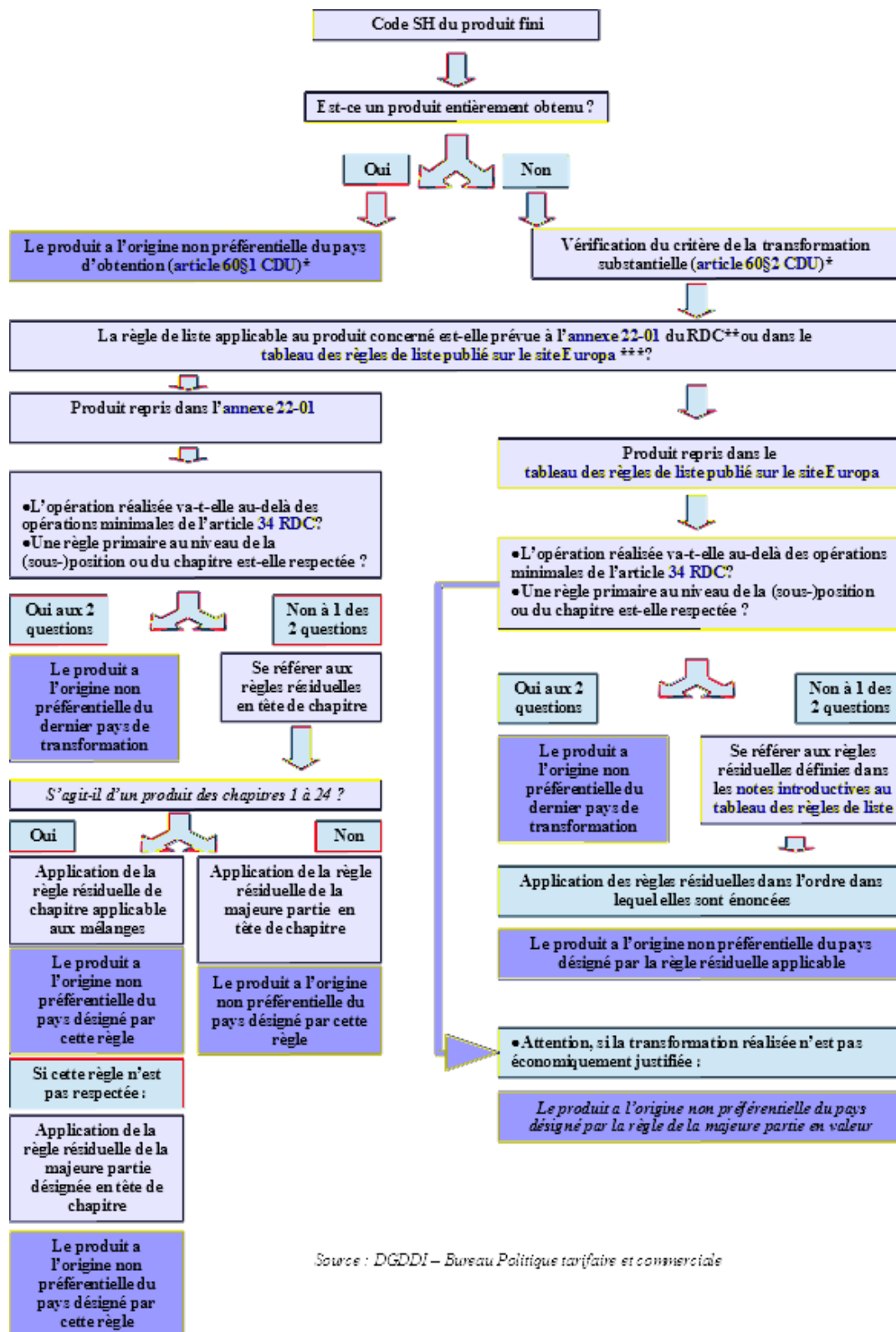
En annexe de la présente fiche technique, les entités adjudicatrices trouveront une définition des principales notions douanières (annexe n° 1).

LÉGENDE DU SCHÉMA :

* : 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.



Source : DGDDI – Bureau Politique tarifaire et commerciale

2.4.2.3. La vérification du seuil de 50 % s'opère en application des dispositions du code de la commande publique

L'entité adjudicatrice précisera dans les documents de consultation les modalités de mise en œuvre des dispositions de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique.

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 les 100 % de la valeur totale des produits objet du marché public.

Exemple: si, à l'issue de la première étape, le produit a une origine X au sens du code des douanes de l'Union, il faudra considérer que l'origine X représente 100% de la valeur totale des produits composant l'offre (puisque en l'espèce il n'y a qu'un seul produit dans l'offre).

Si, en revanche, le marché public a pour objet l'acquisition de plusieurs types de produits, il conviendra de vérifier si les produits originaires des pays tiers (au sens du CCP) excèdent 50% ou non de la valeur des produits composant l'offre.

Exemple: une offre composée de 2 produits : le produit A (25% de la valeur totale des produits composant l'offre) est originaire, au sens du code des douanes de l'Union, d'un pays tiers [ayant fermé l'accès à ses marchés publics] et le produit B (75% de la valeur totale des produits composant l'offre) est d'origine UE. Dans cette hypothèse, l'offre ne peut être rejetée, la part des produits originaires du pays tiers n'excède pas 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre.

En revanche, si le produit A (25% de la valeur totale des produits composant l'offre) est d'origine UE et le produit B (75% de la valeur totale des produits composant l'offre) est originaire d'un pays tiers n'offrant pas un accès réciproque à ses marchés publics, l'offre pourrait alors être rejetée en vertu de l'article L2153-2 CCP.

Dans une perspective de traçabilité des décisions rendues, l'entité adjudicatrice doit conserver le détail de l'analyse relative à l'application de l'article L 2153-2 du CCP pour chacune des offres.

2.5. Quelles sont 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 ?

2.5.1. 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 permettant 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.

Ces informations peuvent être collectées par le biais :

- soit d'une déclaration sur l'honneur ;
- soit d'une feuille de renseignements, dont un modèle figure en annexe de la présente fiche ;
- soit d'un renseignement contraignant sur l'origine.

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. Dans ce cas, il convient de préciser que toute fausse déclaration aboutira au rejet de l'offre pour irrégularité.

2.5.2. Prévoir une phase contradictoire en cas de rejet envisagé d'une offre

S'il ressort, au terme de l'analyse menée conformément au point 2.4.2.3., qu'une offre ne remplit pas les conditions pour être recevable, avant de prononcer son rejet, une procédure contradictoire devra être organisée pour permettre au soumissionnaire concerné de présenter ses observations.

Cela est fortement conseillé 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 ouraison 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 n'est 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 convient 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.

Il est conseillé à l'entité adjudicatrice d'intégrer le temps nécessaire à ces analyses et échanges dans son **rétroplanning**.

2.5.3. 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 assimilée⁹ 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, 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 public¹⁰ est excessif et n'est pas adapté aux réalités économiques.

⁹ UE, EEE, d'un États-tiers ayant signé un accord en matière d'accès aux marchés publics avec l'UE ou d'un États-tiers auquel le bénéfice d'un tel accord a été étendu par décision de l'UE.

¹⁰ 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, 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.

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 exposé 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 de recourir à une solution qui lui aurait permis de respecter ses engagements contractuels pour des raisons de force majeure.

Annexe n° 1
Définition des principales notions douanières

Origine non préférentielle	<p>L'origine non préférentielle correspond à la « nationalité » d'un produit et sert, notamment, au marquage d'origine.</p> <p>Chaque pays a, ou non, un corpus juridique de détermination de l'origine non préférentielle. En France, la base juridique applicable est le code des douanes de l'Union (CDU) qui détermine ce qu'est une transformation substantielle pour chaque produit du Système Harmonisé.</p>
Dernière transformation substantielle	<p>Cette notion détermine l'origine des marchandises. Le critère de la dernière transformation substantielle est exprimé par la règle d'origine/règle de liste applicable au produit fini. Si elle 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 5.000 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: center;"><i>Source d'information possible :</i> https://www.douane.gouv.fr/, rubriques : <i>professionnels/commerce international/traités commerciaux internationaux/vos services en ligne : tarif douanier communautaire et national RITA.</i></p>
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 style="text-align: center;"><i>Source d'information possible :</i> https://www.douane.gouv.fr/, rubriques : <i>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
<p align="center">Prix départ usine (prix Ex Works)</p>	<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"> - coût de toutes les matières, composants, sous-ensembles utilisés lors de la production ; - coût de la main d'œuvre employée et des opérations de fabrication mises en œuvre pour la production ; - coût d'utilisation des machines lors du processus de fabrication ; - l'amortissement est considéré 100 % Union européenne dès lors que la machine est sur le territoire de l'Union européenne ; - coût de l'emballage primaire (emballage du produit commercialisé et individuel) ; - coût de stockage uniquement pour les « encours de production » ; - opérations d'assemblage, de transformation, traitement ; - coûts liés à la recherche et développement ; - coûts liés à la production directe : qualité, méthode, nettoyage, services supportés ; - marge commerciale incluant le coût des redevances de marque. <p><u>Sont exclus du prix départ usine :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - coûts de chargement des marchandises sur un véhicule d'enlèvement ; - coûts de transport, de livraison, d'installation et de pose chez le client ; - coûts de distribution, expéditions, préparation de commandes ; - coûts marketing et commerciaux ; - frais de siège (sauf s'ils sont directement imputables à la production) ; - frais liés à la formation après livraison.

Matières mises en œuvre

Ingrédients, parties, composants, sous-assemblages et marchandises qui sont matériellement incorporés dans le dernier pays de transformation pour aboutir au produit fini.

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.

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 DÉTERMINATION DE L'ORIGINE DU PRODUIT

SOUS-POSITION TARIFAIRE DU PRODUIT FINI :

DESCRIPTION DU PRODUIT FINI :

INFORMATIONS PERMETTANT LA DÉTERMINATION DE L'ORIGINE :

MATIÈRES MISES EN ŒUVRE DANS LE DERNIER PAYS DE TRANSFORMATION (DERNIÈRE ÉTAPE AVANT LA LIVRAISON)	PAYS D'ORIGINE	SOUS-POSITION TARIFAIRE	VALEUR

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.