

La préférence européenne : ce que permet le code de la commande publique

A propos de l'auteur

M. Mathieu Laugier

[Voir les articles de cet auteur](#)

Une disposition du code de la commande publique, passée inaperçue jusqu'alors, pourrait émerger dans les marchés publics post Covid-19 : la préférence européenne dans les achats. Dans un contexte où il faut plus d'autonomie stratégique pour l'Europe, d'après le Président de la République, cet article mérite toutes les attentions. Mais la jurisprudence est rare. Des avocats décryptent néanmoins sa portée dans achatpublic.info ...

Les crises d'approvisionnement, subies par la France et ses voisins européens depuis le début de l'épidémie de Covid-19, poussent ces Etats à s'intéresser à la localisation des sites de production de matériels stratégiques et/ou essentiels. Elles ont révélé qu'un bon nombre d'entre eux (en matière de santé) sont établis hors du continent. Le Président de la République a déclaré lors de son allocution du 13 avril 2020 : « *Il nous faudra rebâtir une indépendance agricole, sanitaire, industrielle et technologique française et plus d'autonomie stratégique pour notre Europe* ».

Le contexte est donc propice à faire émerger dans les marchés publics post Covid-19 une disposition faisant la part belle à la préférence européenne, à savoir l'[article L.2112-4](#) du code de la commande publique : « **L'acheteur peut 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 Etats membres de l'Union européenne (UE)** ». A noter que les pays de l'Espace économique européen sont assimilés dans ce corpus à des Etats membres de l'UE ([CCP, L.2153-1](#)).



Une préférence européenne sur les moyens utilisés



Me Sophie Imbault

L'[article L.2112-4 du CCP](#) est pour l'heure relativement méconnu des pouvoirs adjudicateurs. D'ailleurs, la jurisprudence est (quasi-)inexistante, à entendre les avocats interviewés. Les conditions d'exécution énoncées visaient initialement plutôt les achats issus des marchés de défense ou de sécurité, à la lecture de l'[article 38 II de l'ex-ordonnance du 23 juillet 2015](#), relève Maître Sophie Imbault (avocate of counsel au sein d'Earth Avocats). La référence à ces contrats n'a pas été reprise au moment de la codification. Autrement dit, cette disposition peut jouer aussi à l'égard des marchés de droit commun, note l'avocate. Par ailleurs, son champ d'application est souple, constate M^e Nicolas Nahmias (associé Cabinet AdDen Avocats), puisque le terme « *moyens utilisés* » n'est pas détaillé.

Mais l'acheteur doit être rigoureux sur le périmètre des prestations concernées par cette préférence européenne, s'il veut user des bienfaits de cet article, prévient M^e Sophie Imbault, en se référant à une ordonnance du Tribunal administratif de Paris (TA de Paris, 26 octobre 2017, n°1715221) par analogie avec les marchés de défense et de sécurité. Dans ce type de marché, le lieu des acquisitions est en principe le territoire de l'UE ([CCP, art. L. 2353-1](#)), précise-t-elle. Le juge du référé parisien a admis l'éviction d'un fournisseur au motif que le bureau d'étude technique, qui avait pour mission de concevoir la fourniture demandée, n'était pas implanté sur le territoire de l'UE, explique l'avocate. Il est essentiel que le pouvoir adjudicateur, dans sa définition des besoins, s'attarde, au-delà des lieux de production, sur la localisation, le cas échéant, des entreprises et des sous-traitants chargés de la conception, du transport et de la logistique, voire du service après-vente des prestations commandées, insiste M^e Sophie Imbault.

Le pouvoir adjudicateur, dans sa définition des besoins, doit s'attarder, au-delà des lieux de production, sur la localisation des entreprises et sous-traitants chargés de la conception, du transport et de la logistique, voire du service après-vente

Assurer la sécurité des informations et des approvisionnements

La collectivité qui porte atteinte au principe de la liberté d'accès à la commande publique en limitant l'espace territorial des opérateurs doit motiver sa mesure. Elle doit être proportionnée à l'objectif poursuivi et liée à l'objet du marché, d'après M^e Nicolas Nahmias. A défaut, le pouvoir adjudicateur s'expose à un risque contentieux de la part de candidats exclus *de facto* du jeu de la concurrence. C'est-à-dire les entités localisées hors UE et les organismes de l'Union qui importent de l'étranger, alerte l'avocat.

L'objet premier de cet article est d'assurer la sécurité des informations et/ou des

Une telle dérogation aurait eu jusqu'alors peu de chances d'être validée par les juridictions au sujet d'acquisitions avec un faible enjeu stratégique



Me Nicolas Nahmias

approvisionnement, ce qui peut justifier une restriction géographique. Mais, selon sa consœur Emmanuelle Bénoit, une telle dérogation aurait eu jusqu'alors peu de chances d'être validée par les juridictions au sujet d'acquisitions avec un faible enjeu stratégique, même s'ils s'avèrent essentiels, voire vitales, en période de crise. « *Le juge aurait-il accepté, avant l'apparition du nouveau coronavirus, qu'un centre hospitalier oblige ses prestataires, en vertu de l'article L. 2112-4, à livrer des masques chirurgicaux fabriqués sur le sol européen ? J'en doute* » lance M^e Nicolas Nahmias.

Considérations environnementales ou sociales



Me Emmanuelle Bénoit

Le recours à la cette disposition du code est possible également pour des considérations environnementales et/ou sociale. Dans cette hypothèse, la valeur stratégique de l'achat aurait peu d'importance, souligne M^e Emmanuelle Bénoit. En revanche, des conditions d'exécution de cette nature doivent être liées à l'objet du marché. La position du juge est claire sur ce point, même s'il ne s'est pas prononcé dans le cadre de l'article L.2112-4 du Code de la commande publique. Enfin, cette exigence de production partielle ou totale à l'échelle du continent ne peut être déconnectée de la réalité économique du secteur, signalent les avocats. La réalisation d'un sourcing au préalable est donc indispensable.