

REGARDS CROISES

Cet ouvrage a été réalisé, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public. Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur. Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

Le made in France est-il soluble dans l'achat public ?

**Par Christelle OREAL Directrice de la commande publique - Ville de Cherbourg en Cotentin
et Christiane ROUVIERE Directeur des marchés publics Rexel France et Président de l'APECA**

La décennie 2010 a mis en exergue l'appétence des consommateurs en faveur du « Made in France » ou « Fabriqué en France ». Ces années ont marqué un changement dans les comportements d'achat, avec une réelle prise de conscience de la nécessité de faire de l'acte d'achat un acte citoyen, visant à soutenir les entreprises du territoire, maintenir l'emploi en France et préserver les savoir-faire nationaux.

Ces objectifs, conjugués aux préoccupations de développement durable de plus en plus prégnantes au sein de la société de consommation, se sont trouvés confortés par la crise sanitaire de 2020, crise de la Covid-19, conduisant à revoir les modes de production et de consommation et ouvrant des pistes de réflexion pour un achat plus responsable, notamment d'un point de vue environnemental et social.

Pour certains le « Made in France » serait devenu le nouveau critère d'achat privilégié des français.

Dans une publication du 23 février 2022, « Fabriqué en France, Produit en France ou Made in France : comment utiliser ces mentions pour valoriser vos produits ? » Bercy Infos Entreprises, citant un sondage IFOP de 2018, précise « qu'au moment d'acheter un produit ou un service, 59 % des français regardent le pays de fabrication et 74 % se déclarent prêts à payer plus cher pour acheter un produit fabriqué en France ».

Cet intérêt grandissant des consommateurs pour le « Made in France » est devenu un argument de vente pour de nombreuses entreprises françaises.

Au vu de cette prise de conscience individuelle, et compte tenu du poids économique de la commande publique dans l'économie nationale, nombre de citoyens s'interrogent : pourquoi ne pas utiliser l'achat public pour soutenir l'emploi et le dynamisme des territoires ? Une certaine incompréhension est souvent constatée de voir les pouvoirs publics, qui agissent en vertu de la représentation nationale, ne pas montrer l'exemple en achetant français, voire local (la problématique du « Made in France » à l'échelle du territoire national se décline au niveau régional ou local avec l'attente des prestataires implantés sur ces territoires de bénéficier des commandes des acheteurs publics de proximité).

Avant d'aborder la problématique du « Made in France » dans l'achat public, le concept, qui peut sembler évident, doit être précisé et un état des lieux des marquages à vocation équivalente dressé. Mais attention, la prudence doit être de rigueur car la mention « Made in France » peut réserver quelques surprises à un consommateur non averti.

Le « Made in France » c'est quoi ?

Conscients de l'intérêt grandissant pour les produits nationaux ou locaux, les pouvoirs publics, mais également des filières d'activité ou des associations de producteurs, ont décidé la mise en place de mentions, marquages, marques ou labels permettant d'identifier l'origine d'un produit et de valoriser les produits français aux yeux des consommateurs.

Le site de l'INAO (institut national de l'origine et de la qualité) propose un rappel historique permettant de dater les premières mesures visant à prendre en compte l'origine géographique des produits. « C'est historiquement pour lutter contre la fraude que s'est construit progressivement, dès le début du XXème siècle (loi de 1905), le concept d'appellations d'origine. Un décret-loi de 1935 relatif à la 60 ans APASP - Mélanges achat public

défense du marché du vin a créé l'appellation d'origine contrôlée, applicable aux vins et aux eaux-de-vie, et l'organisme chargé de leur définition, de leur protection et de leur contrôle. Leur champ a été ouvert à l'ensemble des produits agricoles et alimentaires en 1990. Plus tard, la politique française de valorisation des produits agricoles a inspiré l'élaboration d'une réglementation européenne, qui a établi en 1992 le concept d'AOP, équivalent européen de l'AOC, pour les produits autres que les vins et les eaux-de-vie, et l'a étendu aux vins en 2009 ».

Les produits alimentaires, premiers concernés par ces mentions ou appellations permettant aux consommateurs de connaître et reconnaître les produits selon leur origine, font aujourd'hui l'objet de l'apposition obligatoire d'une indication d'origine. Imposée pour les produits alimentaires, l'indication d'origine est facultative pour les autres produits. Cependant de plus en plus de producteurs souhaitent valoriser leur savoir-faire en apposant un marquage d'origine sur leurs produits, afin de bénéficier de l'impact positif de ces mentions en termes de visibilité et d'attractivité.

Les marquages d'origine sont divers : le marquage « Made in France », utilisé par les services douaniers, se distingue du « Label Origine France Garantie », basé sur un cahier des charges spécifique, ou encore de différents labels et indications institués par l'Etat mais aussi des organismes privés représentant principalement des filières d'activité ou des associations de producteurs.

« Made in France »

Le marquage « Made in France » est un marquage d'origine que les entreprises peuvent indiquer sur les produits manufacturés. Pour afficher « Made in France » sur un produit, celui-ci doit répondre aux critères d'origine non préférentielle mis en place par les services douaniers conformément à la réglementation européenne, à savoir avoir subi en France sa dernière « transformation substantielle » ou respecter un seuil minimum de valeur ajoutée produite en France du prix « sortie d'usine ».

Le guide « Fabriqué en France – Le guide du marquage d'origine » publié par la Direction Générale des Entreprises (DGE) précise : « Les règles d'origine non préférentielle permettent d'établir la « nationalité » d'un produit quand des facteurs de production provenant de plusieurs pays interviennent dans son élaboration (composants, matières premières, diverses étapes de fabrication). De manière schématique, le produit prend l'origine du pays où il a subi sa dernière transformation substantielle. »

La notion de dernière transformation substantielle interroge.

Ce même guide indique : « A chaque catégorie de produit correspond une liste des transformations substantielles. Ces opérations, selon les cas, se traduisent par : une transformation ou ouvraison spécifique, un changement de la position tarifaire du produit, un critère de valeur ajoutée (par exemple, un certain pourcentage du prix du produit en sortie d'usine) et, le cas échéant, la combinaison de plusieurs de ces critères. »

Le marquage « Made in France » ne garantit donc pas que le produit soit totalement fabriqué en France et composé de matériaux uniquement issus de la production française.

Preuve de l'intérêt croissant pour le « Made in France », Olivier Dussopt, ministre délégué chargé des comptes publics, a annoncé en avril 2022 que la Direction Générale des Douanes et Droits Indirects (DGDDI) allait mettre en place un service de l'origine et du made in France (SOMIF). Ce service sera en charge de deux missions à l'égard des entreprises : la délivrance des Informations sur le Made in France (IMF) et les Renseignements Contraignants en matière d'Origine (RCO).

Cette création met en évidence le rôle et la compétence des services douaniers en matière de mise en œuvre des mentions d'origine des produits. La DGDDI définit le cadre réglementaire des marquages d'origine, conseille et assiste les entreprises souhaitant s'engager dans la démarche, contrôle et réprime les produits ne répondant pas aux règles d'origine.

Afin de gagner en visibilité, en 2021, les industriels ont travaillé, sous l'égide de l'organisation professionnelle France Industrie, à la création d'un logo tricolore indicatif du « Fabriqué en France », reconnaissable et identifiable par les consommateurs, ayant vocation à être apposé sur des produits strictement conformes à la réglementation européenne régissant le « Made in France ».

Label « Origine France Garantie »

En 2009, le président de la République Nicolas Sarkozy avait chargé Yves Jégo, ex secrétaire d'état chargé de l'outre-mer, député de Seine-et-Marne, de réfléchir aux contours d'une « Marque France », afin de pallier les insuffisances du label existant « Made in France ». Dans son rapport de mai 2010 « En finir avec la mondialisation anonyme : la traçabilité au service des consommateurs et de l'emploi », le député a proposé la création d'un nouveau marquage ; le label « Origine France Garantie » voit officiellement le jour en 2011.

Attribué par un organisme certificateur indépendant et habilité, ce label, qui permet de certifier l'origine française du produit, obéit à un cahier des charges spécifique avec pour objectif la promotion du « Produire en France » et la valorisation des savoir-faire industriels et artisanaux.

L'obtention de la certification, qui peut être demandée par toute entreprise produisant en France, concerne tous les secteurs d'activité et tous les types de produits ; elle se fait sur deux critères cumulatifs : entre 50 % et 100 % du prix de revient est français, le produit prend ses caractéristiques essentielles en France.

Tout comme le marquage « Made in France », le label « Origine France Garantie » ne garantit donc pas lui non plus que le produit soit totalement fabriqué en France et composé de matériaux uniquement issus de la production française.

Indications et labels collectifs

Au-delà du marquage « Made in France » et du label « Origine France Garantie » il existe une pluralité de labels et d'indications officielles visant à reconnaître l'origine de fabrication d'un produit.

L'Indication Géographique Protégée (IGP) a été créée en 1992 dans le cadre de la politique européenne de qualité concernant les produits agricoles et alimentaires. Elle est basée sur la réputation d'un produit et sa forte reconnaissance par le public, associée à un savoir-faire ou une qualité déterminée attribuable à l'origine géographique. Pour prétendre à l'obtention d'une IGP, une étape, au moins, parmi la production, la transformation ou l'élaboration du produit doit avoir lieu dans l'aire géographique délimitée correspondant à l'IGP (source : ministère de l'agriculture et de la souveraineté alimentaire).

L'Indication Géographique (IG) créée en 2014 pour les produits manufacturés et les ressources naturelles permet d'identifier un produit industriel ou artisanal dont la qualité, la réputation ou d'autres caractéristiques sont liées à son origine géographique. « L'indication géographique met en évidence un lieu ou une région de production précis et détermine les qualités caractéristiques du produit originaire de ce lieu. Ce dispositif améliore la transparence pour le consommateur sur l'origine et le mode de fabrication des produits, reconnaît et met en valeur des savoir-faire, et valorise nos « made in » locaux » (source : ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique).

Le label « Entreprise du Patrimoine Vivant » (EPV) créé en 2005 est une marque mise en place pour distinguer des entreprises françaises aux savoir-faire artisanaux et industriels d'excellence et éviter la disparition de talents économiques et culturels d'exception trop souvent menacés (source : ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique).

La Spécialité Traditionnelle Garantie (STG), créée en 1992, « fait référence à la composition d'un produit, à son mode de production ou de transformation effectué de manière traditionnelle. Pratique ancienne, typique, nationale ou régionale ... les produits labellisés STG relèvent d'un usage, d'un savoir-faire qui ne peuvent être pratiqués en dehors de leur région de provenance ou de fabrication. La STG vise donc à définir la composition ou le mode de production traditionnel d'un produit, sans toutefois que celui-ci ne présente nécessairement de lien avec une origine géographique » (source : ministère de l'agriculture et de la souveraineté alimentaire).

Pour Marie Guittard, directrice de l'INAO « La réglementation européenne sur les appellations d'origine contrôlée et les indications géographiques protégées est une merveille pour protéger les produits de terroir. C'est un outil au service de l'antimondialisation, du respect des savoir-faire et de la conservation d'un patrimoine, qui correspondent de plus en plus à l'attente des consommateurs. AOP, IGP ou STG ne sont pas pour autant des marques. D'abord parce qu'elles ne sont pas privées : ce sont des outils collectifs, dont les producteurs sont les usufruitiers, qui s'inscrivent dans la durée, dans une aire géographique donnée, avec des conditions de production données. Le résultat est un produit que l'on ne peut pas faire ailleurs et qui va permettre (...) de raconter une histoire » (source : La

Labels et marques privés

Au-delà de ces exemples, de nombreuses marques ou mentions ont vu le jour afin d'attester que le produit a été fabriqué en France et de le valoriser aux yeux du consommateur.

On parle par exemple de marques collectives régionales (exemple : Produit en Bretagne, Fabriqué à Paris) ou de marques collectives sectorielles (exemple : France Terre Textile, Joaillerie de France). Ces dernières années sont même apparus des marquages visant à reconnaître la réalisation française d'une prestation de service (exemple : Service France Garanti, Relation Client France).

Si pour être assurés d'acheter un produit « Fabriqué en France », certains recherchent les produits porteurs de marques ou labels, cette diversité peut être source de confusion dans l'esprit des consommateurs. De nombreux marquages, ambigus ou trompeurs, peuvent induire le consommateur en erreur en suggérant une origine « Fabriqué en France » alors que tel n'est pas le cas, ces indications ne donnant en effet aucune garantie sur l'origine française du produit (exemple : mentions de type « élaboré en France » ou « tradition française »). De même un symbole bleu-blanc-rouge (exemple : drapeau, hexagone) apposé sur un produit ne garantit pas que celui-ci ait été fabriqué en France.

Toute indication d'origine doit respecter les règles du code de la consommation, le producteur doit être en mesure de la justifier, à défaut des sanctions pourront lui être appliquées pour pratiques commerciales trompeuses.

Le code des douanes réprime les mentions litigieuses pouvant laisser croire à tort au consommateur qu'un produit est d'origine française alors qu'il ne répond pas aux règles d'origine non préférentielle. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) est compétente pour effectuer des contrôles tant chez les commerçants que sur les sites internet afin de sanctionner toute allégation trompeuse ou information mensongère.

Cet intérêt croissant des consommateurs à titre individuel en faveur des produits « Made in France », mais également des produits régionaux ou locaux, touchent également les acheteurs publics qui, d'une part subissent la pression des citoyens, et d'autre part doivent faire face aux enjeux de développement durable qui sont désormais les leurs, tant en terme social qu'environnemental.

Comment les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent-ils concilier cette volonté de valoriser le « Made in France » et d'acheter des produits de qualité ayant un impact environnemental plus faible que celui de certains biens importés, avec le cadre légal du code de la commande publique qui s'impose à eux ?

« Made in France » et commande publique : des notions antagonistes ?

Une prise de conscience collective

Représentant 200 milliards d'euros, soit 8% du PIB en 2020, la commande publique joue un rôle majeur dans la pérennité de l'économie nationale. Elle peut, par ailleurs, être un levier de développement des achats locaux, afin de conserver des savoir-faire et des outils de production sur le territoire français qui peuvent un jour se révéler stratégiques, comme l'a montré l'exemple de la production des masques chirurgicaux lors de la crise sanitaire de la Covid-19.

Nombreuses sont les prises de position visant à faire de la commande publique un outil de redynamisation de l'économie, soutenant les entreprises nationales et favorisant le maintien et le développement de l'emploi sur le territoire hexagonal. Ces prises de position confirment toute l'importance de la commande publique, instrument des politiques publiques au cœur de la relance économique.

La préférence nationale / locale dans la commande publique est une évidence pour les citoyens. Au vu de l'impact économique de la commande publique qui n'est plus à démontrer, nombreux citoyens s'interrogent : pourquoi ne pas s'en servir pour soutenir l'emploi et le dynamisme du territoire national, mais aussi des communes, départements et régions ? Régulièrement des citoyens reprochent aux élus de ne pas dépenser localement l'argent public, consommer localement est devenu un acte militant.

Quelles sont les règles applicables ; les élus ont-ils le droit d'exprimer une préférence nationale /

locale ?

Il est couramment affirmé que toute considération de « localisme » dans la commande publique est totalement illégale. Cette interdiction est régulièrement contestée par des plaidoiries d'élus et d'associations diverses militant pour une réforme, voire une suppression, de la réglementation de la commande publique, au motif qu'il serait impossible de contribuer au maintien du tissu économique national / local en raison des obligations concurrentielles inhérentes à tout acte d'achat relevant du champ des directives européennes.

Mais remettre en cause l'interdiction de toute préférence locale, ce n'est pas admettre un choix discrétionnaire sur la base de la seule préférence géographique, c'est, pour des raisons à la fois sociales et écologiques, éviter d'acheter ailleurs quand on peut s'approvisionner auprès d'un prestataire implanté sur un territoire proche. Favoriser / privilégier l'accès des entreprises nationales / locales à la commande publique est un sujet politique et économique majeur, qui exprime la volonté compréhensible d'acheter français.

Le préalable important à toute action en faveur d'un certain localisme dans la commande publique est la définition du territoire concerné. Si pour le « Made in France » le territoire est facilement identifiable, pour ce qui est du local le territoire est à géométrie variable, en fonction de la structure d'achat concernée : ce que l'on entend par local pour une région sera différent du local à l'échelle d'une commune.

Au vu de la diversité des marquages, indications ou labels existants, la difficulté restera toujours de déterminer ce qu'est / ce que l'on entend réellement par un produit fabriqué en France.

Les fondements de l'interdiction du localisme

Les fondements de l'interdiction du localisme / de la préférence locale dans la commande publique sont multiples.

Les principes constitutionnels fondamentaux de la commande publique, tels que le principe de liberté d'accès à la commande publique, sont l'un des piliers de cette interdiction.

Le droit de l'Union Européenne énonce lui dans ses traités les principes de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, capitaux et services. Dès 1957, le Traité de Rome interdit toute discrimination en raison de la nationalité : aucune réglementation nationale ne peut donc valablement réserver un pourcentage de marchés publics à des entreprises nationales ou régionales. En 1992, la Cour de Justice des Communautés Européennes, devenue Cour de Justice de l'Union Européenne, pose également le principe d'interdiction de toute préférence locale : il est rigoureusement interdit d'attribuer un marché public sur la base d'un critère d'origine ou d'implantation géographique des candidats.

Enfin, l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), dont la France est membre, interdit de discriminer en accordant une protection à des fournisseurs, marchandises ou services nationaux.

Ces principes font obstacle à la prise en compte d'un critère géographique dans l'attribution des marchés publics ; une entité publique n'a pas le droit de favoriser l'accès des entreprises nationales / locales dans l'attribution de ses contrats, même si des exceptions peuvent cependant être acceptées lorsque l'implantation géographique est nécessaire à la bonne exécution du contrat, par exemple lorsqu'il convient de pouvoir intervenir rapidement.

Ces principes ont toujours été confirmés par la jurisprudence. Les juges européen et administratif français ont toujours adopté une position stricte vis-à-vis des acheteurs qui, directement ou indirectement, prenaient des mesures pour favoriser les entreprises locales. Ils censurent régulièrement les conditions d'exécution ou les critères d'attribution reposant sur l'origine des produits ou l'implantation géographique des entreprises (CJUE, 22 octobre 2015, Grupo Hospitalario Quiron SA : censure de spécifications techniques imposant le lieu d'implantation des candidats en le limitant à une municipalité donnée ; CE, 12 septembre 2018, société La Préface - CE, 29 juillet 1994, commune de Ventenac-en-Minervois : par principe, un critère de sélection des offres ou une clause du marché lié à l'implantation géographique des entreprises méconnaît les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats).

La réponse ministérielle - A.N. R.M. N°24584 25 février 2020 question de M. Benoit Potterie - traite de la préférence locale. Si d'un point de vue juridique elle n'apporte rien de foncièrement nouveau, en tant qu'elle rappelle que les principes fondamentaux de la commande publique font obstacle par principe à ce que l'implantation géographique puisse être un critère de choix, elle affirme expressément que « la promotion de l'achat local répond également à des préoccupations environnementales et écologiques » et, invite officiellement les acheteurs à utiliser les outils du code de la commande publique qui permettent de faciliter l'accès à la commande publique des entreprises locales. Sans valeur juridique, cette réponse est un soutien fort à l'économie locale, donc par analogie au « Made in France ».

Malgré ces positions récurrentes, quelques axes d'ouverture sont perceptibles tant au niveau de la jurisprudence européenne, qui a apporté des éléments probants en faveur d'un certain localisme en marchés publics, que de l'actuel code de la commande publique, qui comporte nombreuses dispositions en faveur d'une prise en compte de considérations locales. Différents outils sont à disposition des acheteurs pour faciliter l'accès des PME nationales / locales à leurs marchés, plusieurs dispositions légales permettent d'acheter directement à des opérateurs économiques pouvant évidemment être nationaux / locaux.

Sans dresser un état des lieux exhaustif des opportunités légales de prise en compte d'une considération de localisme par les acheteurs soumis aux règles de la commande publique, différents outils et méthodes permettant de pratiquer ou de susciter des achats locaux en toute légalité peuvent cependant être exposés.

En termes de procédure, pourront être mobilisées toutes les dispenses légales de mise en concurrence offertes par les textes (marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet).

Au stade de la préparation des marchés, les acheteurs publics devront actionner les différents outils permettant de définir des clauses contractuelles favorables à la formalisation d'offres locales.

Une définition claire des besoins par le sourcing permet de s'interroger sur la composition de l'offre nationale / locale afin de vérifier l'existence et l'adéquation d'une offre à la demande. L'allotissement, qui vise à favoriser l'accès des PME à la commande publique, permet indirectement d'en renforcer l'accès aux entreprises locales, notamment grâce à la souplesse de la technique des « petits lots ». Ajuster les mesures de publicité permet de toucher les opérateurs économiques locaux susceptibles d'être intéressés. Enfin des exigences d'exécution adaptées permettent de favoriser des offres locales (obliger à une implantation locale – imposer des délais d'intervention courts – exiger des approvisionnement auprès des entreprises de proximité – introduire des clauses environnementales et sociales – valoriser un localisme social d'exécution).

C'est incontestablement au stade de l'attribution des offres, en travaillant sur les critères de choix, que les acheteurs ont la plus grande marge de manœuvre. Les acheteurs peuvent retenir des critères d'attribution à tendance locale. En effet, un critère d'attribution peut prendre en compte l'implantation géographique des candidats s'il est justifié par l'objet du contrat ou par ses conditions d'exécution (l'article R.2152-7 du code de la commande publique permet à un acheteur de retenir les critères « délais d'exécution » ou « conditions de livraison », ce qui va nécessairement déboucher sur un certain localisme : soit le candidat est déjà local et est en mesure de garantir ce délai, soit le candidat s'engage à s'implanter localement afin d'être en mesure de respecter cette exigence de délai). D'autres critères permettent également de favoriser l'offre locale : le développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture (circuits courts), la performances en matière de protection de l'environnement (impact écologique du transport des fournitures / des personnels, empreinte carbone), les conditions de production et de commercialisation, l'insertion professionnelle des publics en difficulté et l'apprentissage, l'organisation / les qualifications / l'expérience du personnel assigné à l'exécution des prestations lorsque la qualité du personnel peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

A titre d'exemple, dans le cadre d'un marché de fournitures de denrées alimentaires pour les restaurants scolaires peuvent être demandées dans le cahier des charges des prestations annexes de type visite pédagogique (fermes, structures de production) ou la participation à des échanges au sein des établissements scolaires. Ces actions, à visée pédagogique, permettent de faire découvrir le monde de l'agriculture aux enfants et de mettre en œuvre un programme de sensibilisation aux bienfaits d'une nourriture saine et équilibrée. Analysées dans le cadre de la valeur technique de l'offre, avec une pondération adaptée, ces demandes peuvent permettre d'orienter l'attribution des marchés

vers des prestataires plus locaux.

Si les mesures introduites par la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (loi AGEC) imposent aux acheteurs publics d'acquérir des biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou comportant des matières recyclées, selon des proportions fixées par type de produits entre 20 % et 40 %, elles n'ont pas vocation à impacter de manière directe la part des achats « Made in France » dans le montant total des dépenses de la commande publique. La mise en place de marchés réservés pourrait cependant orienter certains de ces achats vers des entreprises implantées localement (les activités liées au recyclage et au réemploi sont souvent assurées par des structures de l'économie sociale et solidaire ou employant des personnes en difficulté ou en situation de handicap).

Les mesures de la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (loi climat et résilience) offrent des perspectives beaucoup plus intéressantes et concrètes, notamment par la réaffirmations des obligations de prise en compte des objectifs de développement durable dans les spécifications techniques, des caractéristiques environnementales de l'offre dans les critères d'attribution, de l'environnement dans les conditions d'exécution et des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans les conditions d'exécution pour les marchés formalisés.

Les externalités positives de la commande publique comme vecteur d'évolution

Au vue des développements ci-dessus il apparaît paradoxal de vouloir soutenir l'économie nationale / locale tout en respectant les règles de la commande publique et de la libre concurrence. Cependant l'introduction de critères d'attribution adaptés et une réflexion sur les pondérations affectées à chacun des critères, notamment en limitant le poids du critère prix (les procédures avec un critère prix à forte pondération privilégient des produits de faible qualité qui s'avèrent souvent être des produits d'importation), rendent possible le choix d'un produit plus qualitatif, qui pourra être un produit « Made in France ».

Si imposer une origine territoriale est légalement impossible, utiliser tous les leviers offerts par le code de la commande publique peut permettre de mieux orienter les achats vers des acteurs locaux et ainsi internaliser la richesse sur le territoire, dans la limite, bien sûr, de coûts raisonnables pour les deniers publics et ce compte tenu des contraintes budgétaires croissantes qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Les acheteurs publics devront par ailleurs faire preuve d'une grande vigilance, contractualiser avec un acteur national / local ne garantit pas l'acquisition d'un produit « Made in France », une entreprise nationale / locale pouvant fournir des produits fabriqués à l'autre bout du monde.

Si certes différents outils peuvent être utilisés par les acheteurs publics pour espérer pouvoir retenir une offre « Made in France » ou encore locale, nombreux sont ceux qui souhaitent une évolution législative et réglementaire pour affirmer une préférence nationale / locale dans la commande publique, telle qu'elle peut exister par exemple aux USA. Le Buy American Act demande aux organismes gouvernementaux fédéraux américains d'effectuer 55 % de leurs achats vers des produits américains.

Ainsi Yves Jégo, qui avait été à l'initiative du label « Origine France Garantie », a appelé, lors de la dernière campagne présidentielle, les candidats à prendre des engagements en faveur de la production française, notamment en matière de commande publique. « J'ai une proposition à faire, c'est que les candidats à la présidentielle s'engagent à ce que 25 % des marchés publics soient réservés aux produits français. Cela ferait 50 milliards par an d'achats français », a déclaré M. Jégo.

En février 2021, le premier ministre Jean Castex a lancé une mission parlementaire visant à rendre la commande publique plus responsable sur le plan social et environnemental, et plus accessible aux petites et moyennes entreprises. Le rapport, rédigé par la sénatrice du Finistère Nadège Havet et la députée de Haute-Vienne Sophie Beaudouin-Hubière, formule quarante-six recommandations pour rendre les achats publics plus responsables. Ces recommandations ont pour objectif de faire de la commande publique un levier de transformation et d'innovation pour réussir la transition écologique, développer les productions françaises, développer l'emploi avec les clauses d'insertion et d'inclusion dans les marchés publics.

« La commande publique a longtemps été regardée comme un processus administratif, juridique et budgétaire, et pas un comme un outil de politique économique stratégique », a déclaré la ministre de

l'Industrie Agnès Pannier-Runacher, en recevant le rapport. « C'est un levier qu'utilisent très bien d'autres pays pour construire une politique économique, construire aussi une stratégie de transformation environnementale. Ne pas l'utiliser est une faute » a-t-elle souligné. L'un des enjeux d'une réforme serait « notamment de permettre aux PME et TPE d'avoir accès aux commandes publiques », a précisé la ministre.

« Je ne suis pas naïve sur les déviations qu'on peut connaître parfois dans les achats publics, mais je sais aussi à quel point pour des raisons de sécurité juridique et de protection, nous prenons parfois une solution qui n'est pas française, qui n'est pas la meilleure du point de vue de la qualité, et qui n'est pas la plus durable, mais étant la moins chère, on est sûr qu'on ne sera pas attaqué » a dit Agnès Pannier-Runacher. « C'est extrêmement frustrant, cela fait du mal à l'économie de notre pays » a-t-elle conclu.

Le rapport propose d'évaluer les « externalités positives de la commande publique » (gains économiques mais aussi environnementaux) en développant des grilles d'analyse en coût complet des projets. Ces préconisations visent à faire évoluer les pratiques des acheteurs publics.

Tel est également le sens de la réponse ministérielle – JO Sénat 31 mars 2022 question écrite n° 20400 de Mme Marie-Noëlle Lienemann – qui, après avoir rappelé que les principes fondamentaux de la commande publique font obstacle par principe à ce que l'implantation géographique puisse être un critère de choix, ouvre cependant des perspectives intéressantes en précisant : « La France a présenté à ses partenaires européens et à la Commission Européenne des propositions d'évolution de ce cadre juridique pour mieux protéger nos entreprises et nos savoir-faire face à une concurrence internationale qui privilégie trop souvent le prix le plus bas et pour faire de la commande publique un vecteur plus fort de la transition écologique d'ici 2050 ».

Les critères sociaux et environnementaux au secours du « Made in France »

Au quotidien les acheteurs publics qui souhaitent procéder à des achats « Made in France » ou locaux doivent donc concilier ces différents enjeux et contraintes. D'où la question, fil conducteur et titre de cet article : le « Made in France » est-il soluble dans l'achat public ?

Si pour relancer le « Made in France » dans les achats publics certains prônent une réforme du code de la commande publique, ce qui sera difficilement envisageable sans une évolution du droit européen qui paraît improbable, c'est par une évolution des pratiques, en intégrant les objectifs d'achats durables et responsables, que passera une augmentation sur le long terme du poids du « Made in France » dans les achats publics. L'utilisation de labels sociaux ou environnementaux, qui permet de faire du protectionnisme de façon indirecte, favorisera les achats publics de produits « Made in France ». Dans le même esprit, les circuits courts privilégient de fait le local sans pour autant faire de la préférence locale.

Ces orientations n'ont rien de novateur puisque la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) avait clairement exposé dans son arrêt Commission Européenne c/ Royaume des Pays-Bas du 10 mai 2012, que les autorités contractantes peuvent choisir un critère d'attribution fondé sur des considérations sociales ou environnementales, si celles-ci sont une condition d'exécution du marché.

La mise en œuvre de ces nouveaux critères, mais surtout leur appropriation par les acteurs économiques, va demander aux acheteurs publics un effort de communication et la mise en place de mesures d'accompagnement afin de démystifier la commande publique souvent perçue comme un processus lourd et obscur.

Ce travail peut évidemment être mené au niveau national, notamment avec la publication de guides ou de fiches thématiques donnant des recommandations ou fixant des orientations et objectifs, mais il appartient à chaque acheteur, individuellement, de réfléchir aux outils les mieux adaptés à son territoire. Ces mesures peuvent se limiter par exemple à de simples réunions d'information thématiques avec les fédérations professionnelles ou de présentation des futures opérations et procédures envisagées. Des mesures d'accompagnement plus spécifiques peuvent être mise en place par un acheteur pour aider les entreprises qui répondent à ses marchés à s'approprier les critères plus spécifiques qu'il y aurait introduit.

Ainsi, afin de favoriser la mise en œuvre de la démarche d'insertion dans ses marchés, la commune de Cherbourg-en-Cotentin a mis en place une procédure en lien avec la Maison de l'Emploi et de la Formation (MEF) du Cotentin avec la désignation d'une facilitatrice des clauses sociales. Cette

assistance permet aux entreprises d'être accompagnées dans la compréhension du dispositif et de faciliter sa mise en œuvre. Cette intervention apporte au dispositif lisibilité et cohérence sur le territoire d'intervention avec un guichet territorial unique au service de tous les acteurs concernés (acheteurs et entreprises) proposant une offre de service sur l'ensemble de la démarche (de la préparation du marché jusqu'à l'évaluation des résultats). Lors de la phase de préparation du marché, un échange entre les services de la collectivité et la facilitatrice permet de déterminer s'il est possible ou non d'introduire une clause sur tout ou partie du marché, et ce en fonction de son montant, de la nature des prestations concernées, de la durée de l'opération et du public - demandeurs d'emploi - disponible. En cours de procédure la facilitatrice se tient à la disposition des entreprises candidates et / ou attributaires et a pour mission : d'informer et d'accompagner les entreprises titulaires dans la mise en œuvre du dispositif en fonction des spécificités du chantier, de valider l'éligibilité du candidat pressenti, de proposer des personnes susceptibles de bénéficier des mesures d'insertion avec le concours des différents organismes compétents, de faire le lien avec les opérateurs de l'insertion par l'activité économique et de l'emploi, de suivre l'application de la clause et d'évaluer ses impacts sur l'accès à l'emploi. A l'issue de l'attribution, et pendant toute la durée du marché, le suivi de la clause est assuré par la facilitatrice qui assure le lien avec les entreprises et transmet trimestriellement un bilan des heures réalisées à la collectivité.

Si les opportunités offertes par la réglementation ouvrent des perspectives, et encore plus si ces perspectives devaient être confortées, permettant aux acheteurs publics de mettre en place une forme de préférence nationale / locale, deux questions mériteront d'être posées pour poser un cadre objectif et transparent : en quoi l'offre nationale est-elle la meilleure ? au vu de la diversité des approches et interprétations, qu'est-ce que le « Made in France » (avec une question sous-jacente : vaut-il mieux acheter une marque étrangère dont la production est localisée en France, ou une marque française dont la production est délocalisée à l'étranger) ?

La préférence nationale / locale devrait donc encore interroger les acheteurs publics pendant de nombreuses années, même s'il paraît possible d'affirmer, au vu des développements précédents, que le « Made in France » est soluble dans l'achat public et ce grâce à la prise en compte de critères sociaux et environnementaux et l'évaluation des « externalités positives de la commande publique », tel que préconisé par le rapport rédigé par Mesdames Nadège Havet et Sophie Beaudouin-Hubière.