

Enjeux et implications systémiques de la révision de l'AMP de 1994: vers un nouveau changement de paradigme?

Les marchés publics sont actuellement régis par l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) signé à l'OMC en 1994. En cours de révision depuis plusieurs années, le texte doit étendre ses domaines d'intervention et s'adapter à l'élargissement du nombre de ses signataires ainsi qu'aux nouvelles réalités constatées dans la pratique. Cet article examine quelques-uns des enjeux des négociations et des considérables implications systémiques qui pourraient en découler. Ce faisant, il met en évidence certaines des forces et tendances lourdes qui tantôt freinent, tantôt favorisent la finalisation de ces négociations¹.



La mondialisation, et plus particulièrement l'essor des télécommunications et des systèmes informatiques en réseau ces dernières deux décennies, ont profondément modifié les pratiques économiques et commerciales. Les règles gouvernant le commerce mondial doivent périodiquement être réexaminées pour ne pas perdre de leur pertinence et devenir obsolètes.

Photo: Keystone

Exclus du champ de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Gatt) lors de sa fondation, en 1947, les marchés publics ont pour la première fois fait l'objet de négociations dans le cadre du cycle de Tokyo, de 1976 à 1979. L'aboutissement de ces discussions a permis l'entrée en vigueur du premier AMP en 1981. Malgré sa portée plutôt modeste², ce dernier constitue, de par son existence même, un pas en avant significatif dans la régulation de la passation des mar-

chés publics. Il sera modifié en 1987, tandis que s'engageront de nouvelles négociations plurilatérales en parallèle du cycle de l'Uruguay. Conclu en 1994 et entré en vigueur en 1996, le présent AMP possède un champ d'application considérablement étendu³, et représente de ce fait un changement par rapport à l'idée d'origine qui était de soumettre les marchés publics à des règles contraignantes internationalement convenues.

Comme prévu par l'article XXIV.7b du présent AMP, les membres de ce dernier se sont engagés dans de nouvelles négociations «en vue d'améliorer l'accord et d'en étendre la plus possible la portée entre toutes les parties»⁴



Nicholas Niggli
Conseiller d'ambassade, chef-adjoint de la division OMC de la Mission permanente de la Suisse près l'OMC et l'AELE, président du Comité des marchés publics de l'OMC et président du Comité de gestion du fonds de pension de l'OMC

1 L'auteur s'exprime ici à titre purement personnel, en s'appuyant sur son expérience à la tête de la présidence du Comité des marchés publics de l'OMC. Les opinions émises n'engagent donc en rien cette organisation, ses membres ou son Secrétariat.

2 Le premier accord du Gatt relatif aux marchés publics reprend les standards développés plus tôt par l'OCDE et ne couvre que les entités du gouvernement central et les marchés de marchandises.

3 Par rapport à celui négocié pendant le cycle de Tokyo, l'AMP de 1994, qui reste en vigueur tant que les présentes négociations n'auront pas abouti, élargit son champ d'application aux marchés passés par les gouvernements sous-centraux et d'autres entreprises ainsi qu'aux secteurs des services et des services de construction.

4 AMP-OMC (1994), article XXIV.7b. L'accord se trouve sur le site www.wto.org, rubriques «Domaines», «Marchés publics», «Accord plurilatéral sur les marchés publics».

à partir de 1998. Douze ans plus tard, les négociateurs ont parcouru passablement de chemin, atteint bon nombre d'objectifs intermédiaires cruciaux, mais ne sont pas encore parvenus à finaliser leurs discussions.

Réviser l'AMP pour l'adapter aux réalités du XXI^e siècle et accélérer le processus de multilatéralisation

La mondialisation, et plus particulièrement l'essor des télécommunications et des systèmes informatiques en réseau ces dernières deux décennies, ont profondément modifié les pratiques économiques et commerciales, aussi bien aux niveaux privé que public. Pour répondre à ces changements exogènes, les règles gouvernant le commerce mondial doivent périodiquement être réexaminées: en cas de statu quo et de non-réajustement des structures de gouvernance, elles risquent de perdre à terme de leur pertinence et, en fin de compte, de devenir obsolètes.

En acceptant provisoirement⁵ le texte révisé de l'AMP en décembre 2006, les parties à l'accord ont mis un terme à un patient travail de mise à jour et de toilettage. À la fois plus fonctionnel et plus flexible, le texte révisé prend désormais en compte les plus récentes évolutions de la pratique en matière de passation des marchés publics, dont notamment le rôle de plus en plus significatif joué par les acquisitions en ligne («e-procurement»). Les pratiques de bonne gouvernance dont l'importance est régulièrement rappelée⁶ dans le cadre des stratégies de lutte contre la pauvreté et de développement trouvent également une place de choix dans le texte révisé. Ainsi, pour la première fois, un brouillon d'accord à l'OMC fait-il directement référence à la lutte contre les pratiques frauduleuses et la corruption⁷.

Enfin, d'un point de vue systémique, la partie la plus importante du texte révisé de l'AMP est sans conteste celle du traitement spécial et différencié (S&D) en faveur des pays en développement, qui a été considérablement développée et précisée par rapport à l'AMP de 1994. Disposées à accorder «une attention spéciale aux besoins du développement, des finances et du commerce des pays en développement et des pays les moins avancés»⁸, reconnaissant que les besoins de traitement S&D varient d'un pays à l'autre, les parties sont allées jusqu'à permettre aux pays en développement d'adopter ou maintenir une ou plusieurs des mesures transitoires, pour autant qu'un accord puisse être trouvé⁹. Cette ouverture envers les pays en développement fait incontestablement partie d'une stratégie des membres de l'AMP pour faciliter l'adhésion d'autres membres de l'OMC à

ce même accord¹⁰ et accélérer ainsi le lent processus qui, à terme, devrait mener à la multilatéralisation de l'accord. Les négociations relatives au texte ne pouvant pas être mises en œuvre de manière unilatérale¹¹, ce dessein ambitieux souffre pour le moment des difficultés que connaissent les négociations relatives à l'extension de la portée de l'AMP.

L'extension de la portée de l'AMP: un objectif politiquement très sensible

Étant donné l'importance économique considérable des marchés publics, leur rôle stratégique pour le fonctionnement des États et le fait qu'ils ont une incidence évidente sur l'efficacité de l'utilisation des fonds publiques, les enjeux liés à leur mise en concurrence sont immenses et les résistances souvent significatives¹². Il n'est dès lors pas étonnant que l'extension de la portée de l'AMP en termes d'accès au marché soit le principal point d'achoppement de la présente révision de l'accord.

Basées sur des modalités adoptées en 2004 et amendées en 2005¹³, ces négociations poursuivent deux objectifs interdépendants, à savoir «étendre le plus possible la portée de l'accord entre toutes les parties sur une base de réciprocité mutuelle, compte tenu des dispositions relatives aux pays en développement; et (...) éliminer les mesures et pratiques discriminatoires qui faussent les procédures ouvertes de passation des marchés»¹⁴. Si ces objectifs sont censés être négociés avant tout bilatéralement, toute une série de questions systémiques à traiter plurilatéralement sont également listées, ce qui témoigne du haut degré d'ambition des signataires de l'AMP. Les négociations d'extension devaient être achevées à la fin 2006 d'après l'ensemble des parties.

Plus de trois ans plus tard, force est de constater que les difficultés ont été sous-estimées. La participation relativement inégale à l'effort commun¹⁵, les importantes divergences par rapport au niveau d'ambition et aux attentes, les contraintes politiques et enfin la crise économique et les réponses que lui ont donné certains États ont ainsi achevé de provoquer des dissensions entre les membres. La crise qui en a résulté a toutefois eu le mérite de stimuler l'imagination des délégations et de faire prendre conscience à ces dernières qu'une attitude jusqu'au-boutiste ne pouvait mener qu'à un blocage stérile mettant en péril les avancées sérieuses déjà enregistrées lors de la révision de l'AMP. Enfin, le poids politique des adhésions est devenu plus évident encore, ces deux dernières années¹⁶. Dès lors, les parties à l'AMP ont

5 L'accord relatif au texte révisé de l'AMP de décembre 2006 (GPA/W/297) n'est pas définitif, car subordonné à un contrôle légal ainsi qu'à un accord concernant l'extension de la portée de l'AMP (c'est-à-dire les listes d'entités gouvernementales dont les marchés sont soumis à la concurrence). À noter également que l'article XXII, contenant les provisions finales du nouvel AMP, fait logiquement encore l'objet de négociations.

6 Les principales conventions-cadres régionales et multilatérales qui font explicitement référence aux marchés publics (et parfois explicitement à l'AMP) sont nombreuses. La loi-cadre relative aux marchés publics de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Cnudci), les lignes directrices de la Coopération économique Asie-Pacifique (Apec), celles de la Banque mondiale et de l'OCDE relatives à la prévention de la corruption et la Convention des Nations Unies contre la corruption sont les plus évidentes.

7 Voir notamment le document GPA/W/297, «Préambule», alinéa 4 et 7; article V.4b et c, disponible sur le site de l'OMC: www.wto.org, rubriques «Domaines», «Marchés publics», «Aperçu général».

8 OMC, GPA/W/297, article IV.1

9 Voir notamment OMC, GPA/W/297, article IV.3, 4, 5, 6 et 7.

10 Des négociations sont actuellement conduites avec les membres de l'OMC suivants: Albanie, Arménie, Chine, Géorgie, Jordanie, Moldavie, Oman, Panama et République kirghize. Les membres suivants de l'OMC ont également l'obligation d'entreprendre des négociations d'adhésion à l'AMP dans un futur plus ou moins proche: Croatie, Macédoine, Mongolie, Arabie Saoudite et Ukraine. Nous y reviendrons dans la troisième partie de cet article.

11 Le lien entre la finalisation du texte révisé et les négociations relatives à la portée de l'AMP vient autant de la teneur de l'art. XXIV.7 de l'AMP (1994) que des stratégies adoptées par certaines parties à l'accord, qui craignent de perdre l'effet de levier que constitue la négociation d'un paquet.

12 Les personnes physiques et morales ayant beaucoup à perdre d'une mise en concurrence ont tout avantage à faire beaucoup de bruit et à défendre leurs intérêts avec vigueur. Celles, par contre, qui gagneraient à ce que la bonne gestion des affaires publiques soit assurée ne défendront pas forcément leurs intérêts de manière aussi vigoureuse, ceux-ci n'ayant pas le même poids individuellement. D'où une asymétrie souvent défavorable aux réformes politiques favorisant la mise en concurrence.

13 OMC, GPA/97 et GPA/97/add.1 respectivement.

14 OMC, GPA/97.

15 Ce message est revenu comme un leitmotiv lors des consultations informelles que la présidence a tenu depuis 2007.

16 La Chine a entamé sa procédure d'adhésion à l'AMP en décembre 2007. Nous y reviendrons dans la prochaine partie de cet article.

commencé à réaliser plus clairement qu'une période de stagnation prolongée ou même un échec des négociations aurait sans doute des conséquences sur l'extension géographique de l'AMP.

Un échec condamnerait en effet fort probablement le texte révisé de l'AMP¹⁷ sur lesquels les parties se sont entendues en décembre 2006, empêchant ces dernières de disposer d'un outil de première valeur pour faire de l'accord un modèle intéressant pour les nouveaux venus. Qui, en effet, voudrait accéder à un accord aujourd'hui dépassé dans la pratique? Il faut donc que les membres de l'AMP fassent un effort soutenu pour passer tous ensemble la dernière ligne droite. Avant de revenir aux négociations relatives à la révision du texte de 1994 et de parler des échéances qui attendent ses signataires en 2010, nous nous attarderons sur l'importance toujours plus grande que revêt l'élargissement géographique de l'accord.

Les adhésions: une puissante force de transformation

Depuis ses origines, l'AMP a été perçue comme un «club de pays riches» regroupant avant tout les membres développés de l'OMC¹⁸. Cette impression encore partiellement justifiée est, cependant, destinée à se modifier au fur et à mesure que l'AMP accueille des membres de l'OMC faisant partie des pays en développement et même des pays les moins avancés. Si les parties à l'AMP espèrent à terme accélérer le mouvement des adhésions à l'accord à l'aide des provisions contenues dans le texte révisé, le mouvement est cependant déjà lancé. Certains membres de l'OMC font ainsi preuve d'esprit de pionnier dans leurs régions respectives et négocient activement leur accession à l'AMP¹⁹. D'autres se contentent pour le moment de devenir observateurs au Comité des marchés publics; cette position leur permet de se familiariser avec ses travaux avant d'envisager une procédure d'adhésion²⁰.

Il y a ensuite le cas de la Chine, qui intéresse tout particulièrement les parties à l'AMP du fait de sa taille, de sa formidable croissance et de l'importance économique de ses marchés publics, dont une partie sera ouverte à la concurrence²¹. Or la perspective de voir une telle superpuissance économique rejoindre l'AMP à terme comporte bon nombre de conséquences systémiques, dont certaines se font déjà sentir. L'intérêt pour l'AMP et ses règles s'est ainsi accru de manière significative parmi les autres puissances émergentes du globe, en particulier en Asie²². De même, le sentiment qui prévaut parmi les négociateurs en charge de l'AMP est que le

«prix d'entrée» au «club» va considérablement croître lorsque la Chine aura complété sa procédure d'adhésion²³; tout comme celui de l'OMC a augmenté ces dernières années.

Il s'agit également de mentionner que la sévère crise que le monde traverse actuellement jouera sans doute un rôle positif pour l'élargissement de l'AMP à terme, l'État ayant effectué un retour forcé au centre du jeu économique à cette occasion. Les trains de relance adoptés incluent, en effet, de nombreux grands travaux destinés à moderniser les infrastructures. Or, l'AMP est actuellement le seul corpus protégeant ses signataires contre les tentatives de discrimination protectionniste qui fleurissent ici et là, ce qui n'a pas échappé à bon nombre de membres de l'OMC.

Enfin, il est permis de penser que le réseau de plus en plus dense d'accords de libre échange (ALE) et autres accords régionaux (AR) incluant des provisions relatives aux marchés publics²⁴ engendrera également une hausse des demandes d'adhésion à l'AMP. Si dans le cadre d'une négociation bilatérale ou régionale, des réformes sont entreprises, le corpus juridique amendé ou révisé et les marchés publics ouverts à la concurrence, ces États seront de facto largement «AMP-compatibles». D'où la question, qui surgit souvent chez les décideurs politiques: pourquoi ne pas «plurilatéraliser» les concessions faites, afin de bénéficier de la protection du droit contenu dans l'AMP ainsi que des opportunités offertes par les concessions faites par les parties?

Tous ces faits conduisent à penser que l'AMP pourrait être à la veille d'un élargissement significatif, qui à terme le transformera sans doute radicalement²⁵ et qui conduira certainement à la multilatéralisation de l'accord, à moyen ou à long terme. De telles perspectives se réaliseront bien plus rapidement si les parties à l'AMP parviennent à surmonter leurs divergences et donc à achever la révision de l'accord à relativement court terme, soit durant l'année en cours.

2010: une année favorable à la conclusion de la révision entreprise

Conscients des bénéfices systémiques liés à l'achèvement de la révision de l'accord tout comme des risques d'un enlisement ou d'un échec des négociations, les parties semblent désireuses d'intensifier leurs travaux en 2010, afin de trouver un terrain d'entente permettant de conclure cette année encore. Du point de vue de la présidence du Comité des marchés publics, l'échéance retenue semble ambitieuse, bien qu'éminemment possible, car si bon nombre de problèmes difficiles restent

17 Le texte révisé, bien que satisfaisant pour l'ensemble des parties, pourrait être sacrifié par des membres qui entendent obtenir des concessions significatives dans le domaine de l'accès au marché et qui, faute de cela, refuseraient de le finaliser.

18 L'ensemble des membres de l'OCDE, à part l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Turquie, le Mexique et le Chili, sont membres de l'AMP. S'y ajoutent trois économies en transition parmi les plus dynamiques d'Asie (Singapour, Hong Kong et le Taïpei Chinois), ainsi qu'Israël, le Liechtenstein et Aruba.

19 L'Arménie, la Jordanie et la Moldavie négocient activement leur adhésion à l'AMP. La Chine fait l'objet d'un paragraphe séparé, étant donné son importance particulière. Les négociations avec l'Albanie, la Géorgie, le Kirghizstan, Oman et le Panama souffrent en revanche de blocages variés, tandis que les négociations avec l'Arabie saoudite, la Mongolie et l'Ukraine n'ont pas encore formellement débuté, bien que ces membres de l'OMC aient contracté des obligations en la matière. Signalons encore que le Taïpei Chinois a adhéré à l'AMP en juillet 2009.

20 Le plus récent membre de l'OMC à avoir demandé le statut d'observateur est l'Inde le 20 février 2010.

21 Cette ouverture à la concurrence constituera l'un des résultats des négociations d'adhésion à l'AMP et bénéficiera, par conséquent, uniquement à ses parties, ainsi qu'aux partenaires de Beijing ayant signé des accords de libre échange (ALE) et des accords régionaux (AR) couvrant également les marchés publics. À ce stade et selon les notifications faites à l'OMC depuis que la Chine a intégré le système commercial multilatéral, 9 ALE et AR incluent Beijing, mais aucun ne possède de provision détaillée et légalement contraignante concernant les marchés publics.

22 Les membres de l'OMC en Asie du Sud et de l'Asean suivent ainsi les développements relatifs à l'adhésion de la Chine avec beaucoup d'attention, même si cela se fait de façon encore largement informelle. Le statut d'observateur – première étape d'une éventuelle future adhésion – suscite de plus en plus d'intérêt, ce qui dénote une évolution significative des mentalités dans bon nombre de capitales traditionnellement très réservées pour ne pas dire hostiles à une soumission de leurs marchés publics à la concurrence et à une discipline internationalement reconnue.

23 L'inflation des concessions demandées résulte surtout du fait que les droits et opportunités associés à l'adhésion augmentent avec l'élargissement géographique et des domaines couverts par l'AMP.

24 Selon des recherches récentes, sur 138 ALE et AR notifiés à l'OMC depuis l'an 2000, 28% possèdent un chapitre entier sur les marchés publics contenant des engagements légalement contraignants sur l'accès au marché, tandis que 35% d'entre eux ne comportent que des provisions légalement non contraignantes (souvent des clauses de rendez-vous pour des négociations futures) en la matière. Enfin, 37% des ALE et AR notifiés ne possèdent aucune provision couvrant les marchés publics. Source: Robert D. Anderson, Anna Caroline Müller, Kodjo Osei-Lah, Josefita Pardo De Leon et Philippe Pelletier, «Government Procurement Provisions in Regional Trade Agreements: Characterisation, Analysis and Implications vis-à-vis the WTO Agreement on Government Procurement» (état provisoire), dans Arrowsmith and Anderson (éd.), *The WTO Regime on Government Procurement: Recent Developments and Challenges Ahead* (titre provisoire, à paraître en 2010).

25 Tout comme l'augmentation importante de membres venant des pays en développement a transformé la manière de fonctionner et de négocier au sein du Gatt, mais surtout de l'OMC.

La Chine intéresse tout particulièrement les parties à l'AMP du fait de sa taille, de sa formidable croissance et de l'importance économique de ses marchés publics. Or la perspective de voir une telle superpuissance économique rejoindre l'AMP comporte bon nombre de conséquences systémiques.



Photo: Keystone

à résoudre, nul obstacle ne semble insurmontable, aussi bien du point de vue de la dynamique de la négociation que de la substance.

Une finalisation des négociations demandera toutefois un réel « changement de vitesse » de la part des parties, qui devront multiplier leurs efforts pour trouver des compromis et combler les fossés qui les séparent, que ce soit au niveau des clauses finales du texte révisé de l'AMP ou dans le cadre des négociations d'extension de la couverture de l'accord. Dans ce dernier domaine, il importe plus particulièrement que chaque délégation fasse un dernier effort afin d'augmenter autant que possible la valeur du paquet global²⁶. Comme les résultats d'une négociation sont forcément imparfaits, il importera que les quelques points qui n'ont pas trouvé d'issue satisfaisante puissent être adéquatement intégrés dans une clause de rendez-vous. Les éléments encore non résolus obtiendraient ainsi la garantie d'un réexamen sérieux dans un futur plus ou moins proche. Enfin, comme dans toute négociation intergouvernementale dont les enjeux sont importants, une réelle implication et des arbitrages politiques difficiles et souvent douloureux seront nécessaires pour surmonter les derniers « passages techniques périlleux » avant d'atteindre le sommet.

L'AMP dans le monde d'après-demain: un instrument au cœur de la régulation commerciale multilatérale

Dans un monde toujours plus interconnecté et globalisé, où la seule façon de répondre aux défis communs de l'humanité passera de plus en plus par des solutions à l'échelle

planétaire, il faudra une gouvernance multilatérale plus forte et plus efficace, dont l'OMC est assurément un pilier aussi bien qu'un laboratoire.

Écartée des discussions lors de la fondation du système commercial multilatéral après le second conflit mondial, la régulation intergouvernementale des marchés publics n'a cessé depuis lors de se renforcer. Étant donné l'importance économique et politique centrale des marchés publics pour le bon fonctionnement des États, mais aussi des constructions interétatiques, gageons que le mouvement entamé se poursuivra jusqu'à ce que l'AMP, qui aura sans doute encore à subir plusieurs mues d'ici là, se retrouve à la place qui devrait être la sienne: au cœur du système commercial multilatéral. ■

²⁶ Le but est de bénéficier d'un maximum d'offres améliorées à la mi-2010, afin de procéder aux derniers ajustements d'ici décembre de cette année.