

SciencesPo

CHAIR DIGITAL, GOVERNANCE AND
SOVEREIGNTY

BUY EUROPEAN TECH ACT

**Les marchés publics de services
numériques doivent-ils privilégier les
soumissionnaires européens ?**

Sarah Guillou, Economiste

Directrice du département Innovation et concurrence de
l'OFCE – Sciences Po

Florence G'sell, Professeure de Droit

Université de Lorraine, Chaire Digital, Gouvernance,
Souveraineté – Sciences Po

Fabien Lechevalier, Doctorant en droit

CERDI – Université Paris-Saclay

Sommaire

Sommaire	1
Abstract	4
Propos introductifs	5
Partie liminaire	8
Du vœu politique au projet de loi “achetez européen”	8
1. En France	8
2. Au Parlement européen	10
3. Dans la société civile et le milieu des affaires	11
Partie 1	14
Les enjeux juridico-économiques de la préférence communautaire dans les marchés publics	14
Encadré 1 : Appels d’offre et marchés publics	14
1. Les systèmes de préférence existants	15
A. Le cadre juridique encadrant les préférences dans les marchés publics	16
i. Aux Etats-Unis	16
Encadré 2 : Le Buy American Act de 1933	16
Encadré 3 : Le Buy America Act de 1982	18
Encadré 4 : Le Small Business Act de 1953	19
ii. En Europe	21
Encadré 5 : L’ Instrument relatif aux marchés publics Internationaux	23
Encadré 6 : Le Règlement sur les subventions étrangères	24
Encadré 7 : Le Net Zero Industry Act	25
iii. En France	26
B. L’observation d’un biais domestique dans l’attribution des marchés publics	28
2. Les montants en jeu des marchés publics et des services numériques	30
A. Les marchés publics	30
B. Les marchés publics de services numériques	32
Partie 2	37
Les justifications théoriques aux arguments pour et contre la préférence	37
1. Motifs économiques en faveur d’un biais domestique dans les marchés publics	38
A. La demande	38
B. La réputation	39
C. Les effets d’apprentissage et les économies d’échelle	41
D. La souveraineté et la cohérence des politiques publiques	43

2. Motifs économiques contre la préférence domestique dans les marchés publics	44
A. Diminution de la concurrence et de la qualité du service	44
B. Le coût pour les finances publiques	45
C. Effets de représailles et diminution des IDE et des transferts de technologie	45
3. Synthèse adaptée au cas des services numériques européens	46
A. Les caractéristiques de la production des services numériques européens	47
B. La dimension souveraine	48
● Encadré 8: La doctrine française de l'État "Cloud au centre"	49
● Encadré 9: L'affaire du Health Data Hub	51
● Encadré 10: Les lois américaines et le transfert des données	52
Partie 3	55
Quelles possibilités d'évolution en Europe ?	55
1. Les obstacles juridiques à l'adoption d'un Buy European Tech. Act	55
A. À l'échelle européenne	55
B. À l'échelle internationale	56
2. Les alternatives à l'adoption d'un Buy European Tech Act	57
A. Une politique industrielle volontariste	58
● Encadré 11: la stratégie européenne pour le Cloud de GaiaX au PIIEC	60
B. Les critères techniques d'attribution des marchés publics	62
● Encadré 12 : la qualification SecNumCloud	63
● Encadré 13 : la Loi SREN du 21 mai 2024 - de nouveaux critères techniques légaux obligatoires ?	65
● Encadré 14 : l'EUCS, promesse d'une certification européenne?	66
Conclusion	68
Bibliographie	71

Résumé

Au cours de la campagne pour les élections au Parlement européen de juin 2024, les questions de l'autonomie stratégique ainsi que des politiques industrielles et commerciales ont été âprement débattues. Parmi les solutions, les appels en faveur d'une préférence européenne se sont faits de plus en plus nombreux.

Ce rapport examine les implications, les raisons et les restrictions associées à cette préférence, tout en explorant les modalités concrètes de sa mise en œuvre.

En se concentrant spécifiquement sur les services numériques, le rapport aborde les préoccupations au sein de la sphère politique concernant le retard de l'offre de services numériques en Europe par rapport à des concurrents tels que la Chine et les États-Unis. Il explore le concept d'un "Buy European Act" comme solution potentielle pour renforcer les parts de marché européennes et soutenir indirectement les entreprises européennes.

Le rapport met en lumière les écarts entre les discours et les actes pris par certains pays européens en matière de choix de fournisseurs pour des projets gouvernementaux. Il souligne ainsi la nécessité de protéger la souveraineté numérique de l'Europe, tout en reconnaissant les défis persistants pour soutenir les entreprises européennes dans ce domaine, en raison de la domination des acteurs américains et des contraintes financières.

En conclusion, le rapport rappelle la complexité de l'alignement des politiques de commande publique avec les objectifs de politique industrielle, tout en faisant valoir l'importance d'une approche réglementaire robuste pour renforcer la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés publics de services numériques.

Abstract

During the electoral campaign for the European Parliament elections in June 2024, strategic autonomy and industrial and trade policies were vigorously debated. Among the proposed solutions, there has been a growing number of calls for the implementation of a European preference in public procurement.

Focusing specifically on digital services, the report addresses political concerns about Europe's lag in digital service offerings compared to competitors such as China and the United States. It explores the concept of a "Buy European Act" as a potential solution to boost European market shares and indirectly support European companies.

The report highlights the discrepancies between rhetoric and actions by certain European countries regarding the selection of suppliers for government projects. It emphasizes the need to protect Europe's digital sovereignty while acknowledging the ongoing challenges in supporting European companies in this sector due to the dominance of American players and financial constraints.

In conclusion, the report underscores the complexity of aligning public procurement policies with industrial policy objectives, while advocating for a robust regulatory approach to enhance the competitiveness of European companies in public digital service markets.

Propos introductifs

Alors que l'UE a récemment adopté un instrument de contrôle de la réciprocité dans l'accès aux marchés publics (mars 2022)¹, que les appels politiques à une préférence européenne se multiplient et que les enjeux de souveraineté semble plus que jamais au coeur du débat des futures élections européennes, ce rapport expose les enjeux, les justifications et les limites ainsi que les modalités pratiques d'une telle préférence.

La sphère politique se fait en effet l'écho de nombreuses inquiétudes relatives à la faiblesse de l'offre européenne de services numériques relativement à ses concurrents chinois et surtout américains. Il n'est pas rare d'entendre regretter l'absence de champions numériques en Europe, et les préoccupations à l'égard de la mainmise des grands groupes américains sur le marché de la publicité en ligne ou encore sur le stockage des données s'expriment de manière unanime.

Des regrets aux actes, certains voient dans un "Buy European Act" un moyen de contrarier la faiblesse des parts de marché européennes. Ainsi en privilégiant les offres européennes de services numériques on soutiendrait indirectement ces entreprises et leur permettrait d'acquérir une taille porteuse d'économies d'échelle (baisse des coûts unitaires) et d'effets d'apprentissage. La comparaison avec la politique américaine de "Buy American Act" vient en outre à l'appui d'un tel dispositif ainsi que l'observation du rôle de la commande publique dans la croissance de certains secteurs d'infrastructures de réseaux. La politique chinoise est également l'antithèse du principe de non-discrimination européen. Dans de nombreux secteurs, l'achat des administrations chinoises est une politique volontariste de débouchés pour soutenir des entreprises naissantes et/ou jugées stratégiques.

On observe cependant, par réalisme ou paresse politique, des incohérences entre les discours portés par la classe politique et les actions de l'administration (voir Noro, 2021). En parallèle avec le lancement de GaiaX, la plateforme européenne de services de cloud, le gouvernement français a évincé OVH au profit du cloud Azure de Microsoft pour le fonctionnement de l'application de surveillance de l'épidémie de Covid-19 et le stockage des données de santé, tandis que la Banque Publique d'Investissement (BPI France) a sollicité les services d'AWS pour gérer les prêts garantis par l'Etat. Cela illustre, plus que l'incohérence politique, la difficulté d'imposer des objectifs de politique industrielle à la commande publique en raison d'horizons temporels distincts et

¹ **Règlement (UE) 2022/1031** du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers, dit « Instrument relatif aux marchés publics internationaux » (ou IMPI, ou encore IPI),

sans doute la nécessité, nous y reviendrons, de clarifier les liens entre ces deux politiques le cas échéant.

Le consensus sur l'enjeu de souveraineté est bien plus large aujourd'hui qu'il n'a pu exister à l'égard d'autres positions dominantes, notamment dans les services bancaires (SWIFT, VISA). La crise de la Covid-19 a conduit à une prise de conscience de la vulnérabilité numérique comme la crise iranienne a déclenché celle sur la vulnérabilité bancaire et la crise russe, la vulnérabilité énergétique. C'est après les crises qu'on peut reprocher aux acteurs d'avoir manqué d'anticipations.

L'invocation de la souveraineté apparaît plus consensuelle quand les services numériques sont concernés. Le sujet n'est pas nouveau (voir Bellanger, 2012). Une crispation récente est née du pouvoir grandissant des acteurs du numérique, notamment américain, d'une part, et de l'importance croissante des données numériques dans la construction de la compétitivité mais aussi du pouvoir politique et géopolitique.

L'enjeu est de taille. Les achats des administrations publiques européennes représentent plus de 2000 milliards d'euros dont environ 338 milliards pour ce qui concerne la France. Suite aux mesures de soutien gouvernementales associées à la crise Covid, les contraintes sur les finances publiques sont aujourd'hui historiquement très fortes et se surajoute un retour de la menace inflationniste. La minimisation des coûts des marchés publics va être une contrainte de plus en plus prioritaire.

En même temps, les abus de position dominante des acteurs américains ont pris des tournures de plus en plus difficiles à contrer alors que leur pouvoir de marché et parts de marché écrasent la concurrence des plus petits acteurs. L'Union européenne n'est pas restée inactive : elle a adapté ses instruments de contrôle ex ante par la régulation de l'usage des données et des marchés (RGPD, DMA, DSA) et ex post par un contrôle de concurrence qui s'est aiguisé, mais ses leviers financiers pour soutenir les entreprises restent faibles.

Après une brève recontextualisation historico-politique de la préférence communautaire sur les marchés publics (Partie liminaire), la première partie de cette étude pose les enjeux juridiques et économiques d'une telle préférence. Elle présente les principaux instruments juridiques encadrant les préférences dans les marchés publics et tente de quantifier les montants en jeu (Partie 1). La deuxième partie s'intéresse aux justifications économiques et aux limites d'une telle préférence (Partie 2). La troisième partie se penche sur la faisabilité et la mise en place d'une telle préférence au niveau européen pour les services numériques en s'attardant à la fois sur les contraintes juridiques et les alternatives possibles (Partie 3).

Parmi les services numériques, le cloud computing se distingue par son importance cruciale dans le déploiement de technologies avancées. Pour les administrations publiques, il est indispensable pour stocker et gérer

numériquement des données sensibles, ce qui en fait un élément clé de la souveraineté numérique. Le concept de Cloud souverain en Europe, en mettant en lumière la question stratégique de la protection, du stockage et de l'exploitation des données par les systèmes d'intelligence artificielle, se situe à l'intersection du juridique et de l'économie. La hausse significative des dépenses mondiales en services d'infrastructure cloud, observée au quatrième trimestre de 2023 ainsi que tout au long de l'année, souligne l'importance croissante de cette technologie. Cette tendance devrait se poursuivre dans les années à venir avec la généralisation de l'usage de l'intelligence artificielle qui nécessite le support de ces infrastructures. Dans ce contexte, le développement des services de Cloud souverain revêt une importance stratégique pour l'Europe et est essentiel pour renforcer sa souveraineté numérique. Les développements de ce rapport sont ainsi illustrés par l'exemple particulier des services de Cloud. Nous invitons le lecteur intéressé à consulter les encadrés verts du rapport, de 10 à 14 (●).

Il résulte de cette étude, qu'au-delà des obstacles juridiques, il semble difficile d'affecter à la commande publique une mission de politique industrielle car les horizons des politiques diffèrent. La commande publique doit être satisfaite immédiatement, ce qui n'est pas compatible avec des objectifs de politique industrielle qui reposent sur une logique d'investissement. Depuis 10 ans, cependant, les politiques ont pris la mesure des enjeux de souveraineté autour de certains services numériques et ont progressé dans la mise en œuvre d'un corpus réglementaire qui tente de contenir les risques et conduit à discipliner les attributions des marchés numériques des administrations. Cependant, au-delà de l'exigence de réciprocité, la mise en place d'un biais national en faveur des acteurs européens n'est pas clairement mise en œuvre. Si on observe des velléités d'un protectionnisme numérique (Aaronson, 2019) empruntant la voie juridique et les contraintes légales, les mesures de préférence locale motivées par les questions environnementales ont beaucoup plus de succès à l'échelle européenne.

En matière numérique, sans doute peut-on compter sur un "Brussels effect" qui donnerait un avantage compétitif aux acteurs européens alors que les obstacles majeurs à leur développement ne relèvent pas seulement de la taille critique. La politique industrielle nous semble alors plus directement adaptée à la promotion des innovations technologiques et à l'acquisition d'avantages compétitifs que la systématisation d'un biais local par un principe de préférence. Par rapport à la situation existante où en général le biais local domine dans l'attribution des marchés publics, le gain économique de la protection du marché est bien inférieur au coût politique de la discorde européenne.

Partie liminaire

Du vœu politique au projet de loi “achetez européen”

L'idée d'adopter en Europe une législation destinée à favoriser les entreprises européennes dans l'attribution des marchés publics n'est pas nouvelle.

1. En France

L'éventualité de l'adoption d'un “Buy European Act” remonte en fait [au début des années 1990](#). Dès **1993**, Elisabeth Guigou, alors ministre en charge des Affaires européennes défendait, alors que l'Europe et les Etats-Unis étaient plongés en pleine crise commerciale, une [contre-offensive européenne conçue comme une réponse au protectionnisme américain symbolisé par le "Buy American Act"](#). L'idée a été reprise par la suite, sans jamais faire l'objet de propositions concrètes. En 2011, Christine Lagarde, alors ministre de l'Economie, avait évoqué, lors d'une [séance de questions d'actualité à l'Assemblée nationale](#), la nécessité de faire preuve de “plus de fermeté et de réciprocité en matière commerciale au bénéfice de l'Union européenne” et de promouvoir la perspective d'un véritable Buy European Act au niveau de l'Union.

Lors de la campagne présidentielle de **2012**, [Nicolas Sarkozy avait lui aussi défendu un "Buy European Act"](#), sur le modèle du “Buy American Act” américain, qui permettrait de contraindre les administrations publiques européennes à se fournir en priorité auprès d'entreprises européennes, notamment de PME, grâce à l'imposition de quotas de produits européens (ou majoritairement européens) dans leur composition. Le 11 mars 2012, lors d'un [meeting à Villepinte](#) (Seine-Saint-Denis), le candidat UMP à sa réélection a déclaré : “La France exigera que désormais les PME européennes aient une part des marchés publics qui leur soit réservée”. “La France demandera que l'Europe se dote d'un Buy European Act sur le modèle du Buy American Act” [a-t-il ajouté](#). “Ainsi bénéficieront de l'argent public européen les entreprises qui produiront en Europe”, a proposé le président candidat . Cet engagement a été repris dans son programme de campagne [paru le 5 avril 2012](#) et intitulé [“Propositions pour une France forte”](#). Il s'agit de la proposition numéro 13 : “Réserver une partie des commandes publiques aux PME européennes, comme le font les Etats-Unis pour leurs propres PME”. Si sa défaite aux élections présidentielles ne lui a pas permis de promouvoir cette idée auprès des instances européennes, il n'en reste pas moins que Michel Barnier, alors commissaire européen avait de son côté [annoncé](#) qu'il travaillait à une proposition de texte permettant d'assurer une réciprocité de la part des partenaires commerciaux de l'Union en matière d'attribution des marchés publics. La perspective d'un Buy European Act suscitait du reste beaucoup de

réticences à Bruxelles, les instances de l'Union étant plus soucieuses de faire respecter les accords de l'OMC que d'adopter une législation protectionniste.

Plusieurs Etats membres attachés à la libre concurrence comme l'Allemagne ou la Suède ont, par ailleurs, manifesté leur réticence (Dawar, [2016](#)), en particulier compte-tenu du risque que des mesures protectionnistes suscitent, de la part des partenaires commerciaux de l'Union, des mesures de rétorsion préjudiciables aux entreprises européennes.

En **2017**, l'idée de Buy European Act a été reprise par Emmanuel Macron dans le contexte de la campagne présidentielle. Sa proposition était inscrite dans son [programme, dans le volet "Europe"](#) : "Nous défendrons un "Buy European Act" permettant de réserver l'accès aux marchés publics européens aux entreprises qui localisent au moins la moitié de leur production en Europe." Peu de temps après son élection, toutefois, les instances européennes ont fait connaître leur manque d'enthousiasme. En particulier, le vice-président de la Commission, [Jyrki Katainen avait mis en garde la France contre cette mesure protectionniste jugée "artificielle"](#) au motif que les entreprises européennes sont suffisamment compétitives pour remporter des appels d'offres publics. "Je crois fermement que les Européens sont capables de fournir des services et des biens qui répondent aux attentes des consommateurs européens sans passer par une règle artificielle, qui obligerait les citoyens ou les autorités locales à n'acheter que des produits européens, sans raison valable", a déclaré le commissaire finlandais aux journalistes présents à Bruxelles, [rapporte le média américain Politico](#). Quelques jours avant l'entrée en fonction d'Emmanuel Macron, la Commission européenne publie un [rapport](#) intitulé "Document de réflexion sur la maîtrise de la mondialisation", qui relève que "l'UE doit prendre des mesures pour rétablir des conditions de concurrence équitables". "L'UE poursuivra également ses efforts visant à établir des règles équitables en matière de protection des investissements internationaux, tout en permettant aux gouvernements de poursuivre leurs objectifs légitimes de politique publique. [...] L'UE est le marché le plus ouvert au monde en ce qui concerne les marchés publics, mais l'accès de nos entreprises à d'autres pays n'est pas toujours réciproque. La proposition relative à un instrument international sur les marchés publics permettrait de remédier à cette situation. Il est nécessaire de prendre des mesures rapides sur ces différents volets. L'ouverture aux investissements étrangers demeure un principe essentiel pour l'UE et une source majeure de croissance. Toutefois, des préoccupations ont été récemment exprimées concernant les investisseurs étrangers, notamment les entreprises publiques, qui rachètent des entreprises européennes dotées de technologies clés pour des raisons stratégiques. Souvent, les investisseurs de l'UE ne jouissent pas des mêmes droits à investir dans le pays d'origine des investisseurs. Il convient d'analyser attentivement ces préoccupations et d'y répondre de manière appropriée." Néanmoins, aucune piste concrète telle que la mise en place d'un Buy European Act n'est évoquée dans le rapport.

Plus récemment, l'adoption, aux Etats-Unis, de [l'Inflation Reduction Act](#) (IRA), entré en vigueur en **2022**, a relancé les discussions relatives à une éventuelle

adoption d'un texte permettant de favoriser les entreprises européennes. "L'Europe ne peut pas être le seul endroit où il n'y a pas de 'Buy European Act'", [déclarait Emmanuel Macron](#) le 8 novembre 2022. Le débat est alors relancé, en particulier dans le contexte de création d'un marché unique numérique. En écho de ces préoccupations, le 15 février 2022, le député des Vosges Christophe Naegelen (UDI et Indépendants) [a posé une question au ministre de l'Economie](#) concernant la possibilité de réserver 50 % des achats publics à des entreprises européennes, dans la filière du numérique. Le 10 mai 2022, la réponse du gouvernement a été publiée au Journal officiel. Le Gouvernement reconnaît la nécessité de favoriser la relocalisation des achats stratégiques tout en respectant les traités internationaux et le droit européen. Il encourage, d'ailleurs, l'utilisation de critères de compétitivité hors-prix et l'intégration de conditions d'exécution environnementales, sociales et de traçabilité dans les contrats publics.

Le Buy European Act peut être vu comme "[...] un levier de transformation déterminant, le début d'un protectionnisme vert européen", a affirmé le sénateur écologiste Jacques Fernique à [la tribune du Sénat le 8 février 2023](#). Il a pris la parole dans le cadre d'un débat en séance publique, intitulé "quelle réponse européenne aux récentes mesures protectionnistes américaines ?". Un Buy European Act répondant à certaines caractéristiques serait, selon lui, le texte le plus adéquat pour favoriser les produits européens. "Les critères qualitatifs et environnementaux européens doivent être pris en compte dans le cahier des charges" [explique-t-il à Euractiv](#). Pour Stéphanie Yon-Courtin, députée européenne Renew (centriste), "lorsqu'il y a des fonds européens investis, nous devrions acheter européen en priorité". La même année, Laurence Boone, la secrétaire d'État auprès de la ministre de l'Europe et des affaires étrangères chargée de l'Europe a prononcé un [discours](#) au Sénat concernant la réponse européenne aux mesures protectionnistes américaines. Le 8 février 2023, elle évoque, dans son discours, clairement le besoin d'un Buy European Act, ainsi que les nombreux obstacles qui ont empêché sa mise en place. "Un levier majeur manque : un Buy European Act. Proposé par mes collègues eurodéputés dans une résolution, un tel texte favoriserait les produits fabriqués en Europe en leur facilitant l'accès aux marchés publics, lesquels représentent 14% du PIB européen. C'est de l'argent qui existe déjà et un levier de transformation déterminant. Utiliser les marchés publics, c'est offrir une protection aux Européens effrayés par la mondialisation, le chômage et ce qu'implique de mutations la transition écologique. Mais c'est surtout un levier, qui peut être compatible avec les règles de l'OMC, pour créer des emplois durables et décarboner nos économies. Or, pour le moment, un Buy European Act n'apparaît ni dans les conclusions du Conseil ni dans la réponse de la Commission."

2. Au Parlement européen

Lors des dernières élections européennes en **2019**, plusieurs candidats (François-Xavier Bellamy pour LR, Yannick Jadot pour EELV et Raphaël Glucksmann pour le PS) ont [proposé](#) un "Buy European Act" pour réserver certaines commandes publiques aux entreprises européennes. Une proposition

déjà présente dans le programme présidentiel du candidat Emmanuel Macron en 2017 mais qui n'apparaissait pas dans le programme de LREM pour les élections européennes.

Une [proposition de résolution](#) au Parlement européen a été débattue le 15 février **2023**. Le Parlement européen «prend acte de l'idée d'une stratégie "Made in Europe" et d'un "Buy European Act"; réaffirme que la réaction de l'Union aux régimes de soutien à l'innovation mis en place par les pays tiers devrait être efficace, proportionnée, ciblée, bénéficier à tous les États membres et à l'Union dans son ensemble et protéger les fondements du marché intérieur de l'Union» peut-on lire dans la résolution. Yannick Jadot, député européen EELV, signe peu de temps après, le 4 avril 2023, une tribune dans Le Monde intitulée [« Un "Buy European Act" est nécessaire pour dynamiser le "made in Europe" et relocaliser notre industrie »](#). L' élu critique le plan présenté le 16 mars par la Commission européenne et s'inquiète de l'avenir de la politique industrielle en Europe. "L'industrie européenne va-t-elle disparaître à cause du dogmatisme de nos dirigeants ? [...] Il est suicidaire pour notre industrie de ne pas nous doter d'un «Buy European Act» pour privilégier, dans nos marchés publics, la production sur le sol européen. Les marchés publics en Europe c'est 14 % du PIB, 1 800 milliards d'euros par an !".

En avril **2024**, réunis à Meudon, le ministre de l'Économie Bruno Le Maire et ses homologues italiens Adolfo Urso et allemands Robert Habeck sont au moins tombés d'accord sur un point : l'Union européenne va devoir accélérer en matière de politique industrielle. [Sur les moyens d'y parvenir, les avis divergent entre les trois plus grosses économies européennes](#). Si l'Allemagne se montre plutôt réticente à l'adoption de mécanismes de préférence, Bruno Le Maire a annoncé vouloir instaurer entre 40 et 60% au moins de produits européens pour les marchés publics.

3. Dans la société civile et le milieu des affaires

Le monde de l'entreprise se montre également inquiet après l'entrée en vigueur de l'Inflation Reduction Act, et demande de nouvelles règles européennes relatives aux marchés publics. Le 21 juillet **2022**, dans une tribune intitulée [L'appel des start-up : "Il est temps de créer un Buy European Tech Act"](#) parue dans L'Obs, plusieurs acteurs du monde des start-up européennes se sont associés à la députée européenne Stéphanie Yon-Courtin pour appeler à réserver une part de leurs marchés publics à aux entreprises européennes, à l'image de ce que font les Américains et les Chinois. "Ne serait-ce pas le moment d'envisager sérieusement un « Buy European Tech Act »? L'Europe compte désormais des grandes entreprises et pépites technologiques de plus en plus matures et performantes, capables de proposer des solutions et services à la hauteur des concurrents étrangers. 283 start-up sont aujourd'hui valorisées à plus d'un milliard de dollars, soit 10 fois plus qu'en 2014." Les signataires rejettent l'approche purement protectionniste. "L'objectif n'est pas d'exclure totalement les fournisseurs étrangers, mais d'encourager les acheteurs publics à privilégier en

toute légalité la technologie européenne, lorsqu'une offre équivalente en termes de prix, de qualité et de performance existe. Un « Buy European Technology Act » pourrait étendre le traitement différencié pour les opérateurs de pays tiers, à l'image de ce qui se fait déjà dans certains secteurs clés, comme l'énergie ou la défense. Nous devons élargir cette approche à d'autres domaines stratégiques tels que la 5G, l'intelligence artificielle, la cybersécurité ou le cloud computing."

Quinze associations de start-ups européennes, dont France Digitale, Italian Tech Alliance, Startup Hungary, BESCO (bulgare), ont publié le 6 février **2023** [une note](#) intitulée "The role of public procurement in the defence of EU digital sovereignty and the twin transition". "La loi américaine sur la réduction de l'inflation [IRA] soulève des préoccupations directes pour la compétitivité et la durabilité des entreprises européennes innovantes. A la suite des déclarations du président de la Commission européenne, nous saluons le fait que l'Union y répondra, à l'occasion du Conseil européen des 9-10 février et par la suite. De nouveaux outils sont en effet nécessaires pour accompagner la poursuite effective du Green Deal européen et de la double transition, pour préserver la souveraineté et l'autonomie stratégique européennes."

C'est ainsi que nombreux sont ceux qui appellent de leurs vœux l'adoption d'un Buy European Act calqué sur le modèle américain, notamment dans le secteur numérique, qui prévoirait que les passations de marchés publics se feraient au bénéfice d'entreprises européennes. Resterait à déterminer ce que l'on entend par « entreprise européenne », le terme pouvant désigner des entreprises établies dans l'UE mais contrôlées par des ressortissants de pays tiers. Le débat plus resserré sur un Buy European Tech Act illustre une tension entre deux approches pour soutenir l'innovation dans le secteur numérique européen : **lutter contre les distorsions existantes en renforçant le droit de la concurrence ou introduire des distorsions pour rééquilibrer le marché en faveur des acteurs européens.** Mais le Buy European Act et Buy European Tech Act sont des projets aux contours encore imprécis. Pour certains des défenseurs, il faudrait revoir les règles relatives aux marchés publics européens et **créer une préférence européenne dans certains secteurs déterminés comme celui du Cloud.** Pour d'autres, il faudrait s'inspirer de l'Inflation Reduction Act (IRA), en mettant en place des **clauses de "contenu local" ("local content rules") conditionnant l'octroi d'aides d'Etats et de crédits d'impôts à une obligation de rapatrier une partie de la production sur le sol européen.** Problème : cette disposition pourrait s'opposer aux principes de l'Organisation mondiale du commerce. Un point rappelé par l'ex-secrétaire d'Etat chargé de la transition numérique et des communications électroniques Cédric O dans un entretien pour le site [L'Usine digitale](#) le 10 janvier 2022 : "La question de la préférence européenne peut se discuter, mais ça ne peut être qu'un objectif de long terme. Pour une raison assez simple : **c'est une compétence exclusive de la Commission européenne, qui est signataire des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui imposent la non-discrimination au sein des marchés publics.** Et il n'y a pas de consensus européen sur ce point."

À l'heure des débats autour des élections européennes 2024, les questions de souveraineté et de protectionnisme ont pris une place de plus en plus large. Selon certains, il est évident qu'une autonomie européenne est nécessaire notamment dans les domaines industriel, alimentaire, sanitaire et militaire. Décrites comme très françaises, les notions de souveraineté et d'autonomie ne se définissent pas de la même manière entre pays et bords politiques. La question d'un "buy European (tech) Act" est au cœur des clivages qui se dessinent parmi les candidats à ces élections.

Partie 1

Les enjeux juridico-économiques de la préférence communautaire dans les marchés publics

Dans cette partie on expose les systèmes de préférence existants officiellement mais aussi l'étendue des restrictions associées à la nationalité (1). Puis, on donne les ordres de grandeur des valeurs en jeu des marchés publics associés aux services numériques (2).

Encadré 1 : Appels d'offre et marchés publics

Tous les marchés publics n'impliquent pas des appels d'offres. Les achats des administrations ne sont pas des procédures homogènes et faciles à agréger. Des seuils et des motifs conduisent à des règles de passation variables. En-deçà de 40 000 euros, la passation des marchés ne nécessite ni publicité ni mise en concurrence préalable. Il existe différentes procédures de passation des marchés (voir Kutlina-Dimitrova, 2016 et [code de la commande publique](#)).

Les administrations passent par des directions intermédiaires pour obtenir des prestations. Ainsi elles font appel à la direction des achats de l'Etat (DAE, créée par décret le 3 mars 2016, rattachée au ministère des finances et des comptes publics) mais aussi à la Direction interministérielle de la transformation publique (DITP). Ces directions définissent la politique des achats de l'Etat, des administrations et des Établissements publics. Pour ce qui concerne les prestations informatiques, c'est la DAE qui les achète et la direction interministérielle du numérique qui conseille sur les modalités de mise en œuvre des grands projets informatiques notamment pour la conformité aux prescriptions interministérielles comme la stratégie « cloud au centre ».

La DITP s'occupe plutôt des prestations de transformation, apporte du conseil, des prestations de conseil externe et établit des accords cadres avec des prestataires externes que les administrations pourront alors solliciter à la demande. Pour mutualiser les achats de l'Etat, la DAE travaille avec l'Union des groupements d'achats publics (UGAP).

L'UGAP, établissement public industriel et commercial, agit à la fois comme une centrale d'achats et fournit du conseil aux administrations. Elle peut être amenée à sous-traiter des prestations de conseil. Selon Edward Jossa, son président-directeur général : En 2020, le volume d'activité "s'élevait à 203 millions d'euros sur le conseil en système d'information et à 51 millions d'euros sur le conseil en stratégie, en organisation, en immobilier et en finances. 80 % de l'activité porte sur des prestations informatiques. Dans les 203 millions de prestations informatiques, il y a des prestations de conseil en système d'information, la conception d'une réorganisation informatique, l'assistance à maîtrise d'ouvrage informatique, l'assistance à maîtrise d'oeuvre, les prestations de sécurité, l'assistance à la dématérialisation, l'intelligence de la donnée et l'informatique décisionnelle". Selon Michel Grévoul, directeur des achats de l'Etat, "le recours à des cabinets de conseil se monte à 628 millions d'euros en 2020. 72 % de ce total est

directement lié à l'informatique et aux télécoms". Cela fait donc environ 450 millions d'euros.²

1. Les systèmes de préférence existants

Cette partie détaille les dispositifs juridiques existants en prenant soin d'expliquer la logique économique de ces dispositifs.

Le seul traité plurilatéral régissant l'accès des marchés publics a été négocié au sein de l'OMC ([Accord plurilatéral sur les marchés publics dit AMP](#)). Ce [traité, adopté en 1994 puis renégocié en 2012](#) pour une entrée en vigueur en avril 2014 a été ratifié par les Etats-Unis et 47 autres pays dont ceux de l'Union européenne.³ Il est important de noter que la République Populaire de Chine avait bien demandé à y accéder en 2007 mais n'en fait toujours pas partie. L'AMP établit des règles et des procédures communes concernant les passations de marchés publics, lesquelles doivent respecter des principes de non-discrimination, de transparence, d'impartialité et d'équité. Toutefois, ces règles ne s'appliquent pas automatiquement à toutes les activités de passation de marchés de chaque Partie. En effet, les listes relatives au champ d'application jouent un rôle fondamental pour déterminer si une activité de passation de marchés est couverte ou non par l'Accord. Seules les activités de passation de marchés effectuées par une entité visée qui achète des biens, services ou services de construction visés dans le cadre d'un contrat dont la valeur est supérieure au seuil pertinent, et qui ne font pas l'objet d'une exemption spécifique dans les notes des listes, sont soumises aux règles de l'AMP de 2012. [Les listes des parties relatives au champ d'application dans le cadre de l'AMP de 2012, sont disponibles sur le site de l'OMC](#). Sont exclues de l'accord AMP les activités d'hôtellerie et d'hébergement, de fourniture d'énergie (eau, gaz, électricité, pétrole, charbon...), les services postaux, et les activités liées à la sécurité (marché de défense mais aussi services de R&D, de logiciels et de cybersécurité liés à la sécurité).

Dans l'ensemble, la commande publique aux Etats-Unis se serait élevée, en 2020, à un montant d'environ 682 milliards de dollars.⁴ Le montant des marchés publics passés par l'état fédéral dans un cadre relevant du champ d'application de l'AMP totalise, sur la base des chiffres fournis à l'OMC, une centaine de

² Les citations sont issues de la Commission d'enquête du Sénat. Voir Sénat (2022).

³ Cet accord lie plus précisément l'Union européenne et ses vingt-sept États membres ainsi que vingt pays tiers : Arménie, Australie, Canada, Corée du Sud, États-Unis, Hong Kong (Chine), Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Moldavie, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Aruba, Royaume-Uni, Singapour, Suisse, Taipei chinois, Ukraine.

⁴ Le gouvernement américain ne fournit pas d'estimation de la valeur totale de la commande publique au niveau fédéral. Mais selon un rapport de Bloomberg, elle s'élèverait à environ 682 milliards de dollars en 2020. V. "Federal Industry Leaders 2020", Bloomberg Government, 2021. Rappelons que la dépense de l'Etat fédéral américain, tout département confondu se monte à 10 000 milliards de dollars. En ligne:

https://assets.bbhub.io/bna/sites/3/2021/06/BGOV200_Federal-Industry-Leaders-2020.pdf

milliards de dollars (115 milliards en 2017 en chiffres révisés et 68 en 2021 avant révision).⁵ Au total, environ 15 % de la commande publique fédérale américaine relèverait du champ d'application de l'AMP. Dans l'Union européenne, le montant des marchés publics des Etats membres relevant du champ d'application de l'AMP serait de 462,3 milliards d'euros sur environ 2200 milliards d'euros de commande publique dans l'UE en 2022, soit environ 21 % de la valeur totale de la commande publique au sein de l'UE.⁶ Les proportions sont donc du même ordre de grandeur dans l'UE et aux Etats-Unis, à ceci près que les chiffres fournis par l'UE incluent la commande publique des Etats membres, alors que ceux des Etats-Unis ne recouvrent que les commandes des agences fédérales et non des Etats et que les chiffres de la commande publique américaine manquent de précisions.

Il existe en parallèle de l'accord AMP des législations particulières qui restreignent l'accès aux marchés publics d'un pays des entreprises d'autres pays (A) ainsi que des mécanismes de contrainte économique (B).

A. Le cadre juridique encadrant les préférences dans les marchés publics

i. Aux Etats-Unis

Les Etats-Unis disposent à ce jour, tant au niveau fédéral qu'étatique, d'un certain nombre de textes permettant de favoriser les entreprises nationales dans l'adjudication des marchés publics. Par exemple, des textes spéciaux prévoient que les acquisitions du ministère de la défense (DOD) doivent être quasi exclusivement américaines (10 U. S.C. § 4862 et § 4863). Les textes d'application générale sont le [Buy American Act de 1933](#) (encadré 2), le [Buy America Act de 1982](#) (encadré 3) et le [Small Business Act de 1957](#) (encadré 4). Les deux premiers assurent aux entreprises américaines ou installées aux Etats-Unis une préférence d'attribution dans les marchés publics et le troisième prévoit, entre autres, que les marchés de faible valeur soient réservés aux petites entreprises si au moins deux d'entre elles peuvent soumissionner.

⁵ Sur la base des chiffres fournis par les Etats-Unis à l'OMC. V. "United States - Agreement on Government Procurement (GPA) - Statistics under article XVI:4", Organisation mondiale du commerce, 2022, En ligne: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/PLURI/GPASTAT\(20\)/USA1.pdf&Open=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/PLURI/GPASTAT(20)/USA1.pdf&Open=True)

⁶ "European Union - Agreement on Government Procurement (GPA) - Statistical Report 2019, 2020 and 2021", Organisation mondiale du commerce, 2022, En ligne: https://members.wto.org/crnattachments/2022/GPA/EEC/20_1435_00_e.pdf

Encadré 2 : Le Buy American Act de 1933

Le Buy American Act⁷ (BAA) a été adopté aux États-Unis en 1933 afin de relancer une économie durement touchée par la dépression ayant suivi la crise de 1929.⁸ L'idée était de faire en sorte que les investissements réalisés par le gouvernement fédéral profitent en priorité aux entreprises américaines.

Le Buy American Act s'applique ainsi à tous les achats de biens (articles, matériaux ou fournitures) destinés à un usage public pour une valeur supérieure au seuil des micro-achats américains (10 000 dollars). Si le Buy American Act s'applique aux achats directs du gouvernement fédéral, il ne s'applique pas aux tiers, telles les entreprises privées bénéficiant d'un financement fédéral, sauf si une clause spécifique le prévoit. Il ne s'applique pas non plus à l'acquisition de services.

En vertu de cette loi, les agences fédérales doivent acheter des produits finis américains et utiliser des matériaux de construction américains pour les contrats dépassant certains seuils monétaires. Pour être considérés comme étant produits aux États-Unis, les biens doivent être fabriqués aux États-Unis et la valeur du coût des composants américains doit dépasser 50% du coût de tous les composants.

Par ailleurs, est adjointe à ce dispositif, une mesure de majoration des prix étrangers dans le cas où le seuil ne peut être atteint en raison d'une offre locale insuffisante. Le prix étranger est augmenté (pénalité de 6% à 12% pour les marchés orientés vers les petites entreprises) pour tenir compte de l'externalité négative (au sens de l'esprit de la loi) de recourir à un fournisseur étranger. Pour les marchés du département de la défense, la pénalité est de 50%.

Par décret ([Executive Order 13881](#)), le Président Donald Trump avait augmenté, en 2020, le seuil de proportion du coût à 55% pour les produits finis manufacturés ou les matériaux de construction et jusqu'à 95% pour certains produits comme l'acier et le fer. Les pénalités de prix avaient été également augmentées : de 6 à 20% et de 12 à 30% pour les petites entreprises.

En janvier 2021, Joe Biden a adopté l'[Executive Order 14005](#) qui prévoit que les marchés publics américains doivent "maximiser l'utilisation de biens, de produits et de matériaux produits aux États-Unis et de services offerts dans ce pays". Ce texte a chargé le Conseil de la réglementation des acquisitions fédérales (FAR Council) d'envisager le renforcement des exigences en matière de contenu national pour les produits finis et les matériaux de construction, et le remplacement du "test des composants" utilisé pour identifier les produits finis et les matériaux de construction américains par un test en vertu duquel le « contenu national » est mesuré en référence à la localisation de la production et des emplois. Le Conseil de la réglementation des acquisitions fédérales a alors décidé d'élever à 60 % la quantité requise de composants américains à partir du 25 octobre 2022. Cette exigence sera portée à 65% en 2024, puis à 75% en 2029. La subtilité est qu'on est passé à une injonction « Made in America » qui remplace le "Buy in America". Dans la pratique, cela conduit à ce que l'évaluation se fait non plus sur le

⁷ 41 U.S.C. 8301-8305 United States Code, Title 41 – Public Contracts, Subtitle IV-Miscellaneous, Chapter 83-Buy American.

⁸ The Buy American Act and Other Federal Procurement Domestic Content Restriction, Congressional Research Service, 8 Novembre 2022, En ligne: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46748>

coût (les achats de composants) mais sur la valeur ajoutée qui doit être locale et qui inclut la valeur du travail.

Plusieurs dérogations aux règles posées par le Buy American Act sont prévues.

En premier lieu, la préférence nationale peut se révéler incompatible avec l'intérêt public, par exemple parce que le gouvernement fédéral a conclu un accord avec un gouvernement étranger qui prévoit une exception générale au Buy American Act. Tel est le cas des accords de libre-échange avec divers pays, par exemple avec le Canada, ou de l'Accord révisé sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC). Les États-Unis ont l'obligation d'accorder un traitement non discriminatoire aux marchandises provenant des pays étrangers participants lorsqu'ils procèdent à des achats couverts par l'accord. Cette obligation est mise en œuvre par le [Trade Agreements Act de 1979 \(19 U.S.C. §§ 2501-2581\)](#), qui prévoit que l'application du Buy American Act peut être écartée concernant les produits émanant de pays ayant signé un accord commercial avec les États-Unis. Ainsi le jeu BAA est écarté pour les "eligible products" émanant des pays signataires de l'accord AMP. Autrement dit, les "eligible products" importés de l'Union Européenne européenne sont traités comme des produits finis ou des matériaux américains. Les seuils minimums d'éligibilité sont de 183 000 dollars pour les biens et services et de 7 032 000 dollars pour les contrats de construction, mais sont soumis à une révision tous les deux ans par le Trade Representative.

En deuxième lieu, le BAA ne s'applique pas lorsque les articles, matériaux ou fournitures ne sont pas extraits, produits ou fabriqués aux États-Unis en quantités commerciales suffisantes et raisonnables et ne présentent pas une qualité satisfaisante. Le Conseil de la réglementation des acquisitions fédérales (FAR) publie, sur cette base, des listes d'articles jugés non disponibles.

En troisième lieu, les dispositions du BAA ne s'appliquent pas si l'achat du matériel sur le marché national représente un coût déraisonnable pour les autorités fédérales. Ceci s'apprécie à partir des règles applicables en matière de prix. En effet, lorsqu'une offre nationale n'est pas l'offre la moins-disante, l'adjudicateur ajoute un certain pourcentage du prix de l'offre la moins-disante à cette offre avant de déterminer quelle est l'offre la moins chère ou celle qui présente la "meilleure valeur" pour le gouvernement. Ce pourcentage est de 20 % lorsque l'offre nationale la plus basse provient d'une grande entreprise, de 30 % lorsque l'offre nationale la plus basse provient d'une petite entreprise et de 50 % pour les marchés publics du ministère de la Défense. Les agences fédérales peuvent d'ailleurs fixer des pourcentages plus élevés. Si l'offre nationale est la plus basse, ou à égalité avec la plus basse, après l'application de cette préférence de prix, le contrat doit être attribué à l'offrant américain. Toutefois, si l'offre étrangère est toujours la moins chère, il est possible d'attribuer le marché à l'offrant étranger au prix initialement proposé.

Compte tenu de ces deux dernières dérogations, il sera possible, jusqu'à un an après l'augmentation du seuil de contenu national à 75 %, d'utiliser l'ancien seuil de 55 % de contenu national dans les cas où il n'y a pas de produits finis ou de matériaux de construction qui répondent au nouveau seuil de contenu national ou que de tels produits sont d'un coût déraisonnable.

Encadré 3 : Le Buy America Act de 1982

Le Buy American Act de 1933 a été complété par le Buy America Act de 1982⁹, qui a été introduit dans la section 165 du Surface Transportation Assistance Act de 1982, une loi sur le financement et la politique des transports adoptée sous l'administration Reagan. Le Buy America Act s'applique aux marchés publics de transport de masse, tels que la construction d'autoroutes ou de chemins de fer. En vertu du Buy America Act, les produits finis utilisés doivent être fabriqués aux États-Unis et tous les composants en acier et en fer doivent être extraits, fondus et fabriqués aux États-Unis. Il existe toutefois une exception importante : les matériaux d'origine étrangère peuvent être autorisés s'ils sont évalués à 2 500 dollars ou à 0,1 % (le montant le plus élevé étant retenu) de la valeur du contrat. De même, l'application du Buy America Act sera écartée si son application est incompatible avec l'intérêt public ou si l'acier et/ou le fer ne sont pas produits aux États-Unis en quantités suffisantes et dans des conditions de qualité acceptables.

Encadré 4 : Le Small Business Act de 1953

De son côté, le Small Business Act, adopté en 1953¹⁰, prévoit, entre autres, que les marchés d'une valeur inférieure à 250 000 dollars sont réservés aux petites entreprises si au moins deux d'entre elles peuvent soumissionner. Avec le Small Business Act, le Congrès a créé la [Small Business Administration \(SBA\)](#) dont la fonction est d'aider, conseiller, assister et protéger, dans la mesure du possible, les intérêts des petites entreprises. Elle veille à ce que les petites entreprises reçoivent une part équitable des achats, contrats et sous-contrats du gouvernement, ainsi que des ventes de biens du gouvernement. Elle accorde des prêts et délivre des licences.

Les objectifs fédéraux en matière de passation de marchés pour les petites entreprises sont fixés par le Congrès. Le gouvernement fédéral doit consacrer un certain pourcentage de ses dépenses aux petites entreprises et à certaines catégories d'entre elles. C'est en 1988 que le Congrès a adopté pour la première fois un objectif de passation de marchés pour les petites entreprises dans le cadre des contrats de maîtrise d'œuvre en exigeant que celles-ci reçoivent "au moins 20 % de la valeur totale de toutes les attributions de contrats principaux pour chaque année fiscale". Depuis lors, les objectifs ont été revus à la hausse, étendus à la sous-traitance et appliqués à certaines catégories de petites entreprises telles que les petites entreprises socialement et économiquement défavorisées, les petites entreprises appartenant à des vétérans handicapés, les petites entreprises gérées par des femmes et les zones d'entreprises historiquement sous-utilisées (Historically Underutilized Business Zones). A ce jour, l'objectif de passation de marchés pour les petites entreprises est, statutairement, de 23%.

Les textes américains prévoient donc des dispositifs de préférence nationale, préférence qui a été renforcée par l'administration de Donald Trump et par celle de Joe Biden. Cependant, de nombreuses exceptions sont également

⁹ Section 165 ([49 U.S.C. § 5323\(j\)](#)) du Surface Transportation Assistance Act de 1982

¹⁰ 15 U.S.C. 631 et seq. v. également le [Small Business Investment Act de 1958](#) (15 U.S.C. 661)

envisagées pour éviter des ruptures d'approvisionnement ou des surcoûts pour l'administration.

En pratique l'appréciation de l'étendue de l'usage de la préférence nationale et de sa portée converge vers le constat d'un exercice actif et volontariste. Pour Weiss et Thurbon (2006), la politique américaine de préférence est une des plus agressives au monde et cache une politique industrielle de soutien des champions nationaux qui ne dit pas son nom. Ces auteurs citent l'exemple d'IBM dont 50% des revenus dans les années 1950 venaient de contrats publics, ce qui lui a assuré des débouchés et son développement.

Il existe peu d'évaluation quantitative des effets de cette politique. Il est en effet difficile d'en mesurer tous les effets sur tous les marchés : les effets prix, les effets volumes et les effets de réallocation des ressources. Une telle politique, on le verra plus bas, affecte la concurrence, la spécialisation, les emplois, les prix mais aussi le transfert de technologie. Elle peut aussi affecter l'équilibre budgétaire public (dépenses et recettes) et n'est pas neutre sur les arbitrages de dépenses publiques, ce qui implique aussi des effets de réallocation.

Hufbauer et Schott (2009) s'étaient interrogés sur l'impact d'un renforcement des contraintes d'achat public à l'occasion du plan américain de soutien économique après la crise financière de 2008 (the [American Recovery and Reinvestment Act](#)). Cette loi imposait l'usage d'acier et de fer américain dans tous les projets publics financés par cette loi, que le Sénat avait voulu étendre à l'ensemble des produits manufacturés. Hufbauer et Schott (2009) questionnent l'impact de ces mesures sur l'emploi et leur inscription dans le droit international. Ils estiment un impact sur l'emploi dans la sidérurgie positif mais faible car l'industrie est peu intensive en emplois. Ils montrent par ailleurs que cet impact pourrait être annulé par une baisse de l'emploi causée par des mesures de représailles des partenaires qui affecteraient les exportations américaines. Un effet net négatif sur l'emploi est même possible. Ils font aussi remarquer que le prix de l'acier américain est plus cher, ce qui conduira à des projets d'infrastructures de moindre envergure avec la même somme d'argent public.

Quand la NASA commande à SpaceX ou à Blue Origin, s'agit-il d'une préférence nationale ? S'agit-il d'une politique industrielle déguisée comme le prétend M. Mazzucato (2013) ? Nous reviendrons sur le risque d'inversion de causalité que contient cette interprétation des contrats accordés par la puissance publique. Le buy American Act conduit sans doute à introduire un soutien aux entreprises américaines à travers les marchés publics. Cela n'empêche pas cependant la concurrence et les arbitrages de nature politique comme l'avait montré le cas du marché public de la Maison blanche en services de cloud obtenu par Amazon puis contesté par ses concurrents.

On cite souvent aussi le rôle des agences de financement de la recherche et développement comme la BARDA ou le NHS, mais il faut absolument souligner qu'il ne s'agit pas de commande publique, c'est-à-dire d'une dépense de l'administration afin de satisfaire un besoin précis. Bien entendu, en matière de

besoins sécuritaires, la commande publique soutient fortement l'industrie de la défense mais aussi de plus en plus des télécommunications et de la cybersécurité. Il est plus rare que la commande s'adresse à des fournisseurs étrangers en raison d'une part du motif de sécurité nationale et aussi parce que l'offre américaine est très bien fournie. Mais la préférence nationale exercée par les ministères de la défense s'observe partout dans le monde.

ii. En Europe

À l'échelle de l'Union européenne, il n'existe pas réellement de législation analogue au Buy American Act ou au Buy America Act. En revanche, l'Union européenne a adopté son propre "[Small Business Act](#)" (SBA), un cadre stratégique complet pour renforcer la compétitivité des petites et moyennes entreprises (PME), en juin 2008. Cette initiative avait plusieurs objectifs. Le premier était de simplifier les démarches administratives, par exemple par la modification de la directive sur les retards de paiement de manière à obliger les pouvoirs publics à payer dans un délai de 30 jours, et de la directive sur la facturation électronique pour donner aux factures électroniques le même statut que les factures papier. Il a également été décidé de simplifier les modalités de soumission aux marchés publics de l'Union par une procédure simplifiée en ligne. Un autre objectif était de permettre aux PME de mieux accéder au financement, grâce à un "[plan d'action pour améliorer l'accès des PME au financement](#)". Par ailleurs, les PME se sont vu octroyer des dérogations dans de nombreux domaines tels que les règles de concurrence, la fiscalité et le droit des sociétés.

Adoptée en 2014, la [Directive \(UE\) 2014/24 du Parlement et du Conseil sur la passation des marchés publics](#) prévoit, à son article 69, que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que "les opérateurs économiques expliquent les prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fourniture ou services"¹¹. Enfin, la même année, la Commission a adopté une révision du règlement général d'exemption par catégorie concernant les aides d'État ([Règlement \(UE\) n° 651/2014](#)) afin de permettre aux États membres d'octroyer, sous certaines conditions, une aide d'État aux PME sans préalablement la notifier à la Commission et obtenir son aval. Ce règlement permet d'allouer aux PME jusqu'à 7,5 millions d'euros de fonds publics. Ce dernier ne prévoit cependant pas d'accès privilégié des marchés publics aux PME.

¹¹ Voir également les lignes directrices de la Commission : [Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE, 25 juillet 2019, C\(2019\)5494](#). A noter que ce texte: ne fait que présenter le cadre juridique existant, notamment en ce qui concerne les éléments juridiques qui peuvent permettre de limiter l'accès à certains marchés publics : 1) mesures dans les secteurs d'utilité publique et dans le secteur de la sécurité et défense, 2) critères et procédures pour rejeter des offres anormalement basses, 3) critères pour établir des normes de qualité (rien sur le numérique car le droit de l'Union ne prévoit de critères que dans le domaine environnemental et de droits sociaux).

Par ailleurs, la stratégie européenne a conduit à l'adoption récente de deux textes notables qui ont fait l'objet d'un accord politique lors de la Présidence française de l'Union européenne avant d'être adoptés définitivement. Après de longues négociations et de nombreuses révisions, les discussions ont abouti à l'adoption de l'[IMPI](#) (Instrument relatif aux marchés publics Internationaux, voir encadré 7) et du RSE (Règlement sur les subventions étrangères, encadré 8), adoptés respectivement en juin et décembre 2022.

Les deux textes permettent à la Commission de prendre des mesures correctives lorsque des Etats non-membres de l'Union privilégient certains opérateurs dans l'attribution de leurs propres marchés publics aux dépens des opérateurs européens (IMPI) ou introduisent des distorsions en subventionnant des opérateurs économiques qui sont dès lors avantagés lors de l'attribution de marchés publics européens (RSE). Ce dernier instrument a été utilisé pour la première fois en 2024 dans le cadre d'un marché public bulgare auquel soumissionnait l'entreprise chinoise Qingdao Sifang Locomotive, filiale du grand groupe ferroviaire chinois CRRC. [L'enquête avait été ouverte le 16 février 2024](#) pour déterminer si des subventions étatiques lui avaient conféré un avantage déloyal dans le cadre de la réponse à l'appel d'offres du gouvernement bulgare portant sur des trains électriques et leur maintenance pour un marché de 610 millions d'euros.¹² [Ont suivi le 3 avril 2024, deux enquêtes](#) visant toujours des entreprises chinoises pour un marché public roumain portant sur un parc solaire. Il est intéressant de remarquer que dans les deux cas, les entreprises faisant l'objet de l'enquête sont des filiales européennes de groupes chinois. Encore plus récemment, c'est une enquête portant sur les marchés de l'éolien qui a été lancée par la Commission afin de contrôler si les acteurs étrangers du marché, dont les pratiques commerciales sont très avantageuses, n'ont pas reçu des aides discriminantes.

On voit que l'environnement international et le protectionnisme chinois ont eu raison des réticences. L'UE ne se protège pas mais exige la réciprocité. L'IMPI s'exerce sur les marchés publics de services et de fournitures dont la valeur est supérieure à 5 millions d'euros HT. Ce seuil est suffisamment bas pour que les marchés de services numériques, représentant généralement des sommes plus faibles que les grands projets d'infrastructure, soient concernés par ce contrôle. On peut cependant se demander si les fournisseurs américains seront soumis à cette procédure dès lors que les secteurs déjà couverts par des accords internationaux, à commencer par l'AMP (Accords sur les marchés publics de l'OMC), ne sont pas inclus dans le champ d'application de l'IMPI. L'IMPI s'applique donc aux États non signataires comme la Chine ou la Russie, mais aussi aux secteurs non-couverts par l'accord AMP pour des États signataires comme les États-Unis et le Japon. Dans une certaine mesure, l'IMPI vient remettre en question le principe de non-discrimination en s'appuyant sur la notion de réciprocité, mais ce, de manière non-systématique en introduisant une

¹² L'issue de l'enquête devait être révélée le 2 juillet 2024. Finalement, le 26 mars 2024 l'entreprise chinoise s'est retirée de l'appel.

discrimination corrective dans les seuls cas de distorsions avérées émanant d'Etats non-membres.

Par ailleurs, l'[accord politique récent entre le Parlement et le Conseil européen](#) à propos du [règlement pour une industrie "zéro net"](#) (encadré 8) est une étape majeure pour stimuler une industrie européenne propre. Il encadre l'utilisation des incitations à l'achat de technologie stratégiquement "zero net" et définit les contributions à la durabilité et à la résilience dans les marchés publics. Premier pilier de Next Generation EU¹³, le souci de développer une industrie verte et une résilience en matière de technologie verte n'a pas trouvé son pendant du côté du deuxième pilier de NGEU qui était la numérisation de l'économie. Il semble aussi que l'autonomie stratégique européenne se construit en priorité vis-à-vis de la Chine, alors que les services numériques étrangers sont avant tout d'origine américaine. Il faut remarquer qu'il est moins évident que l'avantage comparatif des producteurs américains de services numériques soit le fait de subventions de l'Etat américain, ce qui les fait sortir du champ du contrôle de ces différents dispositifs.

Encadré 5: L' Instrument relatif aux marchés publics Internationaux (IMPI)

En 2012, la Commission européenne avait présenté une proposition de règlement sur les marchés publics internationaux, qui a, depuis lors, fait l'objet de plusieurs modifications. Ce n'est qu'en 2022 qu'un accord politique a été conclu à ce sujet. Publié au Journal officiel de l'Union européenne du 30 juin 2022, le [Règlement \(UE\) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers](#), dit « Instrument relatif aux marchés publics internationaux » (ou IMPI, ou encore IPI), est applicable depuis le 29 août 2022.

Ce Règlement, issu de négociations débutées en 2012, vise à garantir aux entreprises de l'Union européenne une « réciprocité » effective dans l'attribution des marchés publics. En particulier, s'il apparaît qu'un Etat tiers à l'Union européenne a mis en place des restrictions sérieuses et récurrentes à l'accès des entreprises européennes à ses contrats de la commande publique, les acheteurs et autorités concédantes européens pourront appliquer des mesures limitant l'accès des entreprises issues du pays concerné aux marchés publics et aux concessions de l'Union. Pour que le mécanisme soit efficace, il faudra que l'étude de la réciprocité soit faite en amont, sinon cela va fortement ralentir les procédures de marché public.

Par ailleurs, la Commission peut, de sa propre initiative ou sur la base d'une plainte d'une partie intéressée de l'Union ou d'un Etat membre, enquêter sur une possible pratique ou mesure restrictive mise en place par un Etat tiers à l'Union européenne n'ayant pas conclu avec celle-ci d'accord international dans le domaine des marchés

¹³ Instrument temporaire européen de relance proposé en 2020 de plus de 800 milliards d'euros destiné à aider à réparer les dommages économiques et sociaux immédiats causés par la pandémie due au coronavirus.

publics ou des concessions. Si, à l'issue de cette enquête contradictoire qui peut durer entre 9 et 14 mois, l'existence d'une telle pratique est avérée, la Commission peut adopter une mesure IMPI. A ce titre, la Commission peut procéder à un ajustement obligatoire de la note accordée aux offres remises par des opérateurs économiques originaires du pays tiers concerné, qui peut aller jusqu'à une réduction de la note de moitié. Elle peut également doubler, aux seules fins du calcul, le montant proposé si le marché est attribué selon le critère unique du prix. Elle peut, enfin, décider d'exclure purement et simplement les offres remises par les opérateurs issus du pays tiers concerné.

L'IMPI s'applique aux marchés de travaux et aux contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure à 15 millions d'euros HT, et aux marchés publics de services et de fournitures dont la valeur est supérieure à 5 millions d'euros HT. Ces marchés représentent plus de 70% de la valeur totale des marchés publics dans l'UE [selon Daniel Caspary](#), rapporteur du Parlement européen pour l'IMPI.

La question de la compatibilité de l'IMPI avec les engagements internationaux de l'UE, notamment au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), a été largement débattue (Dawar, [2012](#); Dawar, [2016](#)).

Encadré 6: Le Règlement sur les subventions étrangères (RSE)

Le [Règlement \(UE\) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur](#) («RSE») a pour objet de pallier le caractère limité du champ d'application de la législation très stricte de l'UE sur les aides d'Etat. En effet, la législation européenne ne vise que les aides d'Etat versées par les Etats membres et non pas celles versées par des Etats tiers qui relèvent des mécanismes de règlement des différends dans le cadre des accords commerciaux que les pays tiers ont éventuellement signés. Le Règlement européen sur les subventions étrangères permet désormais à la Commission européenne de remédier unilatéralement aux distorsions de concurrence résultant de subventions accordées par des pays tiers à des entreprises opérant ou à des productions circulant sur le marché intérieur. Le Règlement s'applique depuis le 12 juillet 2023.

A cette fin, le Règlement impose diverses obligations pesant sur les entreprises. Celles-ci doivent notifier à la Commission les concentrations faisant intervenir une contribution financière de pouvoirs publics d'un pays non-membre de l'UE lorsque la contribution financière étrangère concernée est de plus de 50 millions d'euros et que, suite à l'acquisition, une des parties à la fusion ou l'entreprise commune générera un chiffre d'affaires dans l'UE d'au moins 500 millions d'euros. Les entreprises doivent également notifier à la Commission toute participation à des procédures de passation de marchés publics, lorsque la valeur estimée du marché est d'au moins 250 millions d'euros et que la contribution financière étrangère concernée est d'au moins 4 millions d'euros par pays non-membre de l'UE. Dans le cadre de ces procédures, la Commission pourra interdire l'attribution de marchés aux entreprises bénéficiant de subventions génératrices de distorsions, par exemple parce que ces subventions permettent à des entreprises étrangères de présenter des offres particulièrement avantageuses. Enfin, pour toutes les autres situations de marché, la Commission pourra ouvrir des enquêtes de sa propre initiative si elle soupçonne l'existence de subventions étrangères génératrices de distorsions. Cela inclura la possibilité de demander des notifications ad hoc pour les procédures de passation de marché et les concentrations de moindre ampleur.

En cas de non respect des obligations prévues par le Règlement, la Commission pourra infliger des amendes pouvant atteindre jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel total de l'entreprise concernée. Elle pourra également interdire la réalisation d'une concentration subventionnée ou l'attribution d'un marché public à un soumissionnaire subventionné. Elle pourra enfin imposer des mesures réparatrices structurelles ou non structurelles aux entreprises, ou les accepter comme engagements, pour remédier à la distorsion. Il pourra s'agir, par exemple, de la cession de certains actifs ou de l'interdiction d'un certain comportement sur le marché.

Encadré 7 : Le Net Zero Industry Act (NZIA)

Le [Règlement UE 2023/0081 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'établissement d'un cadre de mesures en vue de renforcer l'écosystème européen de la fabrication de produits de technologie «zéro net» \(règlement pour une industrie «zéro net» ou NZIA\)](#) vise à établir des critères clairs pour déterminer quelles activités économiques sont écologiquement durables, encourageant ainsi les investissements dans des secteurs respectueux de l'environnement. Il doit aider les entreprises à naviguer dans la transition vers une économie plus verte et renforcer la compétitivité de l'industrie européenne. L'objectif est que la capacité de production globale des technologies "zéro net" stratégiques de l'Union atteigne ou approche au moins 40 % des besoins de déploiement de l'Union d'ici à 2030. La réalisation de cet objectif incombera principalement aux États membres, qui devront modifier leurs programmes nationaux de subventions et de marchés publics conformément au nouveau règlement.

L'orientation générale adoptée par le Conseil clarifie les procédures de passation de marchés publics afin de garantir des exigences sûres, transparentes, applicables et harmonisées pour les technologies "zéro net". Elle précise également dans quelles conditions les pouvoirs publics peuvent choisir un fournisseur qui n'est pas le moins cher s'il contribue davantage à la durabilité environnementale et à la résilience de l'État membre. Le NZIA rend, en effet, obligatoires des critères "hors prix" qui tiennent à la fois compte de la diversification des sources d'approvisionnement mais aussi de critères environnementaux comme le *sourcing* des composants ou la "primauté" européenne.¹⁴

De manière générale, l'idée de cette mesure est de s'assurer que les capacités des renouvelables seront bien installées en Europe et de permettre à l'industrie européenne de rester compétitive par rapport notamment aux États-Unis et la Chine qui subventionnent massivement leurs industries. Si l'UE et la Chine sont des partenaires économiques majeurs, le déficit commercial de l'Union avec la Chine s'élève à près de

¹⁴ Chapitre IV, art. 19(2): "La contribution de l'offre à la durabilité et à la résilience est déterminée par les critères cumulatifs suivants, qui sont objectifs, transparents et non discriminatoires: (a) une durabilité environnementale supérieure aux exigences minimales prévues par la législation applicable; (b) l'incidence et la qualité du plan de mise en œuvre, y compris les mesures de gestion des risques, lorsqu'une solution innovante doit être mise au point; (c) le cas échéant, la contribution de l'offre à l'intégration du système énergétique; (d) la contribution de l'offre à la résilience, compte tenu de la proportion de produits provenant d'une seule source d'approvisionnement, telle que déterminée conformément au règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil, de laquelle proviennent plus de 65 % de l'approvisionnement pour cette technologie spécifique «zéro net» au sein de l'Union au cours de la dernière année pour laquelle des données sont disponibles au moment où l'appel d'offres a lieu."

400 milliards d'euros. "Aujourd'hui, on agit en Européens avec ce texte, on récompense les productions européennes vertueuses" souligne l'entourage de Roland Lescure qui précise qu'il y aura aussi des critères de durabilité et des critères de cybersécurité.

Cependant l'Union européenne a clairement fait évoluer ses instruments dans un sens, sinon de préférence nationale, au moins de vigilance renforcée pour contrer une concurrence déloyale à l'égard des acteurs européens. Le Small Business Act ne prévoit pas un accès privilégié à la commande publique aux PME mais le NZIA introduit des éléments de préférence européenne au nom de la résilience et de la sécurité économique en matière de technologies vertes. On verra qu'en matière de services numériques, avec l'exemple des services de cloud, l'UE a construit un autre type de vigilance pour son autonomie.

iii. En France

En France, l'article L. 2153-1 du code de la commande publique prévoit le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques issus de l'Union européenne avec ceux d'États parties à l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les entreprises françaises, européennes, ou extra-européennes sont traitées de façon similaire, limitant l'emploi de la commande publique comme outil de politique économique pour développer le tissu productif local en matière numérique.

Le [rapport d'information de l'Assemblée nationale des députés Latombe et Warsmann](#), (AN, 2021), a toutefois exposé un certain nombre d'outils permettant de favoriser, dans certaines circonstances, une offre nationale ou européenne. À droit constant, plusieurs dispositions permettent de favoriser le recours à des solutions françaises ou européennes dans les procédures d'achat public, qui peuvent s'appliquer dans des domaines en lien avec le numérique.

Un premier type de dérogations tient à la nature de l'achat. Cela concerne des domaines spécifiques : la défense, les activités de réseaux (eau, énergie, transports) et encore les achats innovants.

- (1) pour les *marchés publics de défense*, le droit de la commande publique autorise une dérogation au principe d'égalité de traitement entre les candidats. L'article 97 de l'[instruction générale interministérielle n°1300 du 30 novembre 2011](#) sur la protection du secret de la défense nationale autorise par exemple l'apposition d'une mention "Spécial France".¹⁵ Cette dernière implique de ne retenir que des sociétés françaises dans des domaines qui comportent un enjeu de nature stratégique. La mise en œuvre de ce dispositif s'appuie sur un travail de certification effectué par l'ANSSI ;

¹⁵ Le dernier alinéa de l'article 97 de cette instruction dispose: "aucune entreprise candidate de droit étranger ne peut être retenue lorsque l'exécution du contrat conclu [...] implique la détention ou l'échange d'informations ou supports classifiés portant la mention "Spécial France"".

- (2) pour les *opérateurs de réseaux* (eau, énergie, transports), l'article [R.2153-2 du code de la commande publique](#) permet d'écarter les offres composées à plus de 50 % de produits provenant d'États tiers à l'Union européenne, n'ayant pas signé l'accord sur les marchés publics de l'OMC. Cet article ne s'applique toutefois qu'aux seuls opérateurs de réseaux ;
- (3) pour les *achats innovants*, une expérimentation était en cours jusqu'au 24 décembre 2021 afin de dispenser de publicité et de mise en concurrence les achats de produits innovants au-dessous de 100 000 euros. Au 1^{er} janvier 2021, 174 marchés ont été déclarés selon cette procédure, pour un montant total de 11 millions d'euros. Le principal frein au recours à ce dispositif est l'incertitude entourant la notion d'achat innovant.

Un autre type de dérogation est prévu par l'article [L.2153-2 du code de la commande publique](#), qui pose un principe d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques issus de l'Union européenne avec ceux des États parties à l'accord sur les marchés publics de l'OMC. Cet article intervient en transposition de l'article 25 de la [directive européenne 2014/24 du 26 février 2014](#). Le principe d'égalité de traitement n'a ainsi pas vocation à être respecté vis-à-vis des États non parties à cet accord.

Enfin, et en préfiguration du règlement pour une industrie "net zero", les rapporteurs ont identifié une dérogation jouant sur le respect des exigences sociales, environnementales, ou à la nécessité d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements. L'article [L.2112-4 du code de la commande publique](#) prévoit que l'acheteur peut ainsi exiger une localisation de tout ou partie du marché sur le territoire des États de l'Union européenne afin de prendre en compte ces exigences.

Notons, par ailleurs, que la [Loi de modernisation de l'économie de 2008](#) a également instauré une forme de "Small Business Act" (article 26) offrant aux PME innovantes un accès privilégié aux marchés publics. Le dispositif provisoire (jusqu'en décembre 2021) réservait aux PME 15% au plus du montant moyen des marchés de haute technologie, de R&D et des études technologiques (OCDE, 2014, page 221). Les chiffres de l'Observatoire Économique de la Commande Publique affichent une proportion de PME dans les attributions de marchés assez constante en nombre (58% en 2013) et en valeur (27% en 2013). Puis, le [Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi de 2013](#) imposait qu'au moins 2% de la commande publique soit effectués auprès d'entreprises innovantes.

Enfin, la [Loi relative à l'industrie verte du 23 Octobre 2023](#) propose des modifications importantes dans le domaine de la commande publique, visant à intégrer davantage de considérations environnementales dans les décisions d'achat des entités publiques. Ces changements permettront aux acheteurs publics de prendre en compte les critères environnementaux lors de la définition de leurs besoins et du choix des critères d'attribution des marchés et des concessions. Cela est une façon détournée d'exclure un certain nombre d'offres américaines et chinoises. Notamment, la loi autorise les acheteurs à exclure de

la commande publique les opérateurs ne respectant pas leurs obligations en matière de publication de bilans de gaz à effet de serre et de plan de transition, conformément à la [directive européenne CSRD de 2022](#).¹⁶

On le voit, la loi française n'est pas non plus exempte de moyens d'opérer un "biais domestique". Le [rapport de la cour des Comptes européenne sur les marchés publics \(2023\)](#) met en évidence que la France est, parmi les pays membres de l'UE, celui qui utilise le plus des critères distincts du prix, comme la qualité de "stratégique", au sens que le marché aurait un impact sur la sécurité, l'environnement, le social ou l'innovation. La France a le plus petit taux d'attribution au plus offrant en termes de prix: la moyenne européenne des attributions au plus offrant est à 60 %, la France est à moins de 10 %.

B. L'observation d'un biais domestique dans l'attribution des marchés publics

L'attribution des marchés publics, bien que fortement réglementée, comporte tous les attributs des leviers d'influence, que ce soit du côté des acheteurs publics ou des soumissionnaires. En dehors des systèmes de préférence inscrits dans la loi, de nombreuses barrières implicites ou explicites existent qui conduisent à observer un biais national dans la répartition des marchés entre soumissionnaires nationaux et étrangers.

Les données brutes montrent clairement qu'existe un biais en faveur d'une offre nationale (*home bias*) dans la satisfaction de la commande publique. Les achats des administrations se tournent peu vers l'étranger relativement aux achats des industriels du secteur marchand. Les parts importées par industrie de provenance sont systématiquement plus faibles quand la dépense vient des administrations publiques que lorsqu'elle vient du secteur marchand (Trionfetti, 2000). On observe en effet, dans les tableaux entrées-sorties de l'économie française que les importations représentent entre 10 et 50% des intrants des industries, mais ne représentent que 3% de la consommation des administrations. Attention cependant, comme les administrations s'adressent à des acteurs domestiques qui eux dépendent des fournisseurs étrangers, la dépendance indirecte des administrations aux fournisseurs étrangers est plus importante.

¹⁶ En parallèle, des mesures réglementaires sont prévues pour favoriser les entreprises respectueuses de l'environnement, telles que la création d'un standard triple E pour encourager les pratiques de production écologiquement exigeantes et la conditionnalité des aides publiques en fonction de l'impact environnemental des entreprises. De plus, la [Loi dite Climat et résilience de 2021](#) prévoyait l'introduction de ces dispositions d'ici août 2026, mais la loi propose d'accélérer leur mise en œuvre dès juillet 2024, notamment en introduisant des critères environnementaux dans les marchés publics pour des produits clés de la décarbonation. Enfin, la loi clarifie et élargit le champ d'application des [schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables \(SPASER\)](#), les rendant applicables à tous les acheteurs, y compris l'État, et facilitant leur mise en œuvre en permettant à plusieurs acheteurs de partager un SPASER.

Selon les données de TED (Tenders Electronic Daily), la plateforme de déclaration des marchés publics européens, en 2019, 86% des marchés allemands sont accordés à des entreprises allemandes et 78% des marchés français sont accordés à des entreprises françaises (source TED 2020, calcul de l'auteur). Selon Kutlina-Dimitrova et Lakatos (2016) et leurs études des données de TED, la probabilité qu'une commande soit accordée à un soumissionnaire non résident dépend positivement de la valeur des contrats et négativement du nombre des offres.

Herz et Varelia-Irimia (2020) montrent, à partir des données européennes, l'existence d'un "border effect" très important pour les services numériques : les soumissionnaires locaux pour des services "d'information et télécommunications" ont 250 fois plus de chances de se voir accorder le marché que les soumissionnaires étrangers.

Cette discrimination observée peut tenir à la nature des biens commandés, à la complexité des spécifications pour des non-locaux, à l'existence de coûts de transaction associés aux échanges avec l'administration, plus élevés pour des non-nationaux que des entreprises locales, ou encore au coût politique de l'éviction des soumissionnaires nationaux. Autrement dit, se produirait une "auto-désélection" des candidats étrangers qui renonceraient à candidater, notamment sur des marchés de petite ou de moyenne taille. Les labels sont aussi une manière d'imposer des restrictions sur la qualité et le cahier des charges que doivent satisfaire les offres. L'imposition d'un label ou d'une certification peut se justifier pour des raisons de sécurité physique, sanitaire ou de protection territoriale. La définition d'un label, si elle est faite en partenariat avec des acteurs locaux, peut agir comme un moyen de discriminer les acteurs étrangers.

Selon le rapport de la Cour des comptes européenne ([European Court of Auditors, 2023](#)), seuls 5 % des marchés des Etats de l'Union européenne sont attribués à des offres non locales, et encore cette moyenne est tirée vers le haut par des Etats singuliers comme l'Irlande, le Luxembourg et la Belgique qui attribuent plus de 10 % de leurs marchés à des non nationaux. En Europe, c'est la France qui discrimine le plus en faveur du local en Europe. La Commission européenne dans sa publication semestriel sur les marchés publics ([European Semester thematic Factsheet, 2017](#)) établit que sur la période 2009-2015, la proportion de contrats alloués à des entreprises étrangères (de manière indirecte) en valeur a été de 20 % pour l'Union européenne et de 12% pour la France. Les proportions de marchés alloués de manière directe à des entreprises étrangères sont respectivement de 3 et 2 % pour l'Union européenne et la France.

Quand les marchés publics sont accordés à des entreprises étrangères, il existe d'autres biais qui montrent que les proximités culturelle, commerciale ou géopolitique jouent aussi. Ainsi, Disdier et al. (2021), exploitant les déclarations de contraintes dans l'accès aux marchés publics de 2009 à 2016 des données de l'OMC, montrent qu'existe un biais en faveur des partenaires historiques : un

partenaire commercial important et historique sera confronté à moins d'obstacles pour accéder aux marchés publics.

2. Les montants en jeu des marchés publics et des services numériques

Pour apprécier la valeur économique des marchés publics de services numériques, on va tout d'abord mesurer les marchés publics, puis les services numériques, enfin les marchés publics de services numériques.

A. Les marchés publics

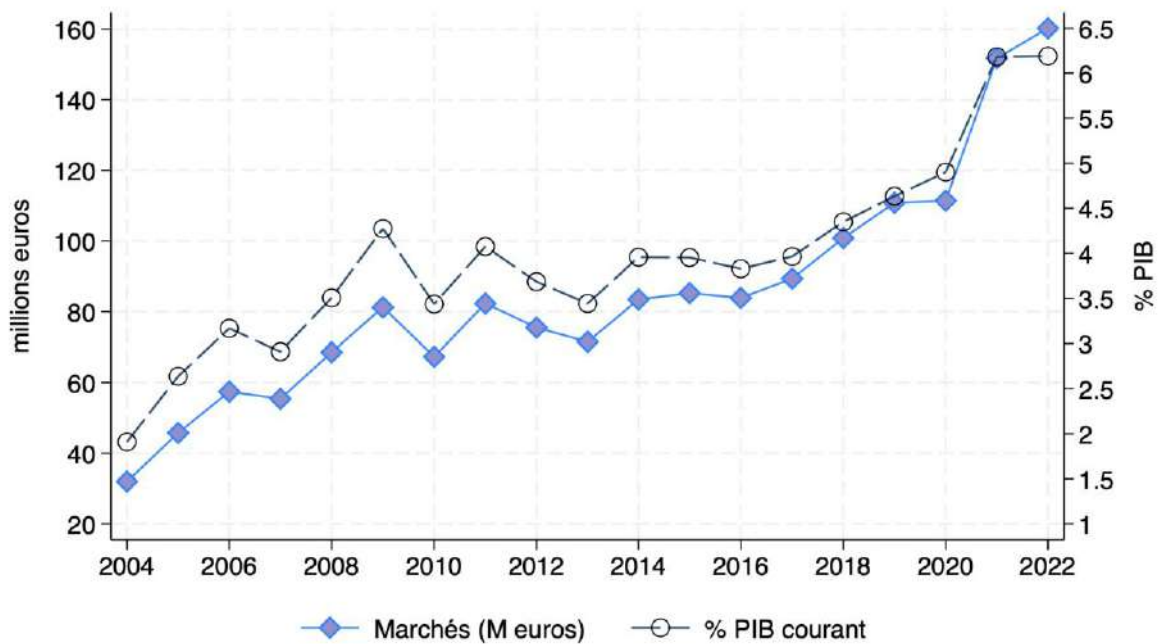
En matière de transparence sur les données des marchés publics, il existe une marge d'amélioration, notamment pour évaluer la part qui n'est pas publique. Car tous les marchés publics ne font pas l'objet ni de déclaration, ni de publicité, et il ne s'agit pas seulement des marchés de faibles montants. Rien qu'en France, la source de l'Observatoire économique de la commande publique (OECF) ne conduit pas aux mêmes montants que ceux déclarés sur la plateforme PLACE, la plateforme des achats de l'Etat.¹⁷

La source la plus étendue, bien que pas sous la forme de bases de données et sans information sur les bénéficiaires, est celle de l'OECF, qui répertorie chaque marché public en France par nature (fournitures, services, travaux) en nombre et valeur et qui publie un rapport sur le respect des objectifs en matière d'accès des PME et des exigences environnementales. Cet organisme du Ministère de l'Économie et des Finances recense tous les marchés publics au-dessus de 90 000 euros déclarés par les administrations et même ceux qui relèvent d'une publicité européenne. Aucun champ de produits ne semble exclu.

La Figure 1 montre l'évolution des marchés publics en euros et en pourcentage du PIB (échelle de droite) sur la base de ces données. On observe une augmentation continue en pourcentage du PIB marquant la croissance de la commande publique comme levier de la demande s'adressant aux entreprises mais aussi la croissance des achats des administrations pour satisfaire leurs missions. Le montant en 2022 a atteint 160 milliards d'euros, soit 6,2 % du PIB.

¹⁷ Celle-ci a remplacé la place de marché interministérielle (PMI) en 2012, cette dernière ayant été créée en 2008. Ces places électroniques s'inscrivent dans le mouvement de dématérialisation de la commande publique.

Figure 1 : Marchés publics en France selon les données de l'OECP



Source: Observatoire économique de la commande publique, calcul des auteurs.

La part des services représente 37% du total des marchés en 2021 alors que les fournitures représentent 39%. La part des PME représente 59% en nombre de bénéficiaires et 27% de la valeur (données pour 2021).

Selon la Commission européenne et les données qu'elle notifie à l'OMC, les marchés publics européens se montaient en 2020 à 2393,5 milliards d'euros (hors eau-électricité-déchets) par an, soit 13,7% du PIB, dont environ 400 milliards seraient remportés par des entreprises étrangères (sans filiales locales), soit environ 15% du total. Ce montant correspond aux dépenses des administrations publiques (dépenses en travaux, fournitures de biens et services) à l'exclusion de celles des entreprises publiques de réseaux tirées de la comptabilité nationale (Notification de l'UE, Avril 2024, GPA/STAT(21)/EU/1). Selon une publication européenne datant de 2021 (*Public Procurement Indicators 2018, DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement May 17, 2021*), pour l'année 2018, le total de l'UE est de 2163 milliards d'euros en incluant le Royaume-Uni (313 milliards), alors que le montant pour la France est de 338 milliards d'euros (soit 14% du PIB de 2018) et 539 milliards d'euros pour l'Allemagne (DG GROW, 2021).¹⁸ Ce ne sont pas cependant les montants des marchés déclarés sur la plateforme de TED, car tous les achats publics ne font pas l'objet de marchés publics ouverts et communiqués car au-dessus des seuils.

Les marchés publics déclarés sur la plateforme TED, qui sont donc soumis à une

¹⁸ Il n'existe pas de publications plus récentes qui restituent de manière aussi intelligible et raisonnée les chiffres européens des marchés publics.

procédure d'appel, se montaient à 670 milliards d'euros en 2018 (hors entreprises publiques de réseaux et défense) Ces 670 milliards incluent 128,9 pour la France, 57,2 pour l'Allemagne et 178 pour le Royaume-Uni.

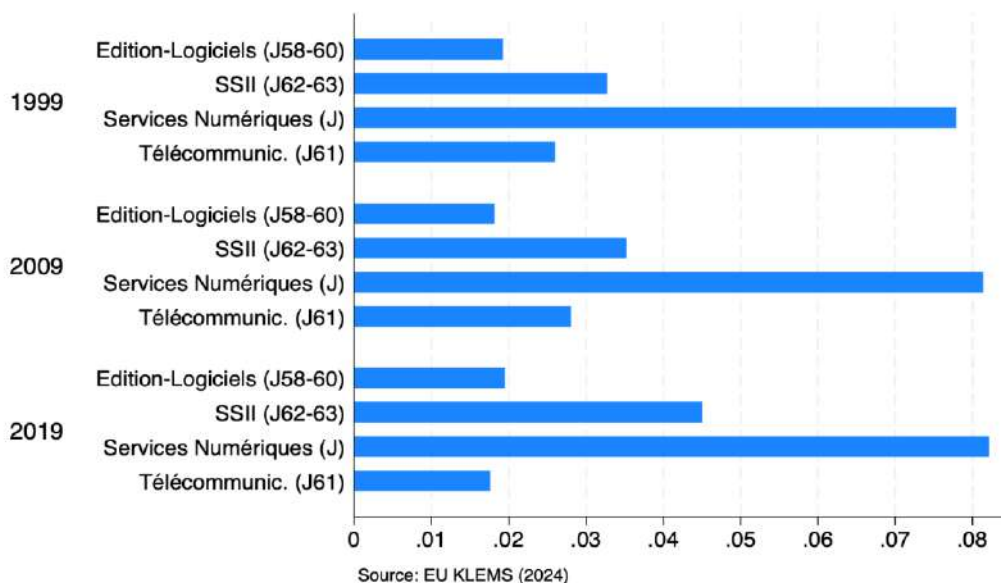
Pour la France, les montants publiés dans TED sont donc assez conformes aux montants de l'OECP. On constate dans ces chiffres que tous les marchés publics ne font pas l'objet de procédures d'appels (voir Saussier et Tirole, 2015).

B. Les marchés publics de services numériques

A présent est-il possible d'évaluer la part de ces marchés qui relèvent des services numériques ? En se référant aux nomenclatures sectorielles internationales, on définira les services numériques au sens large par la classe de secteurs *J* (Information et Communication) et au sens étroit par la sous-catégorie de cet ensemble des secteurs *J62* et *J63* (services informatiques et de gestion des données). On peut se référer à Guillou (2020) pour le détail des contenus de ces classes sectorielles.

La production de services numériques en 2019 représente entre 4,5 % et 8 % du PIB marchand européen selon que l'on considère une définition restreinte ou large des services numériques. Les services numériques prennent une place de plus en plus importante dans les économies et dans la production de valeur. On peut voir dans la Figure 2 l'évolution des parts des différents types de services numériques depuis 20 ans. Seules les services des télécommunications ont vu leur contribution diminuer en partie en raison de la baisse des prix.

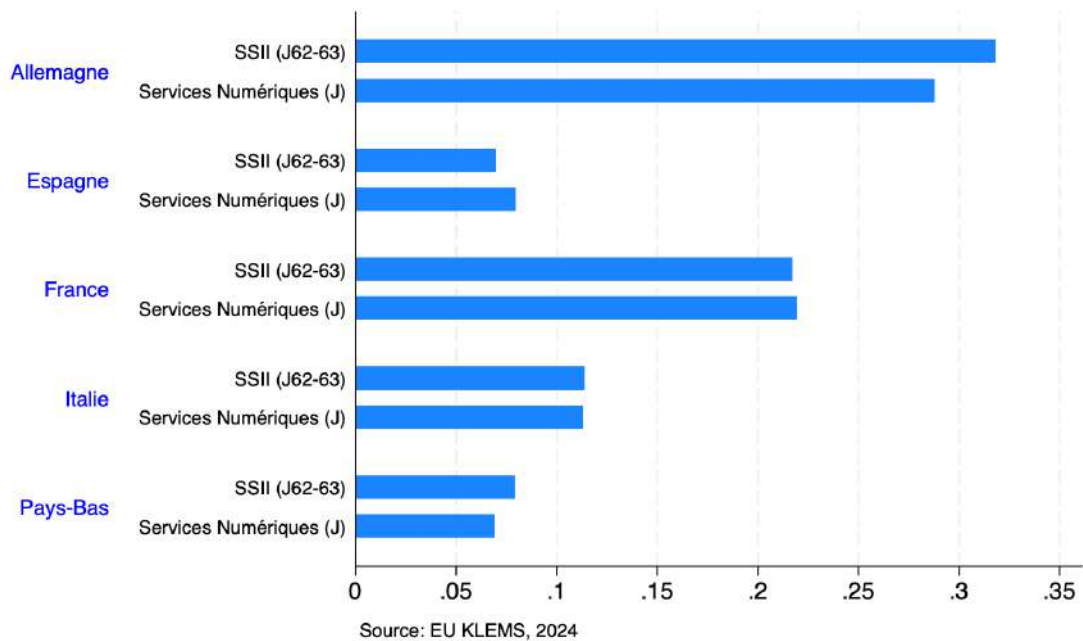
Figure 2: Part des services numériques dans le PIB marchand en France et par année



Dans l'ensemble de la zone euro, la production de services numériques (J) se montait à 778 milliards d'euros en 2019. Comme le montre la Figure 3, les pays

membres les plus contributeurs sont l'Allemagne (152 milliards d'euros) et la France (116 milliards d'euros). Il s'agit des productions nationales des entreprises résidentes.

Figure 3: Contribution des principaux Etats membres à la production européenne (zone euro) de services numériques en 2019



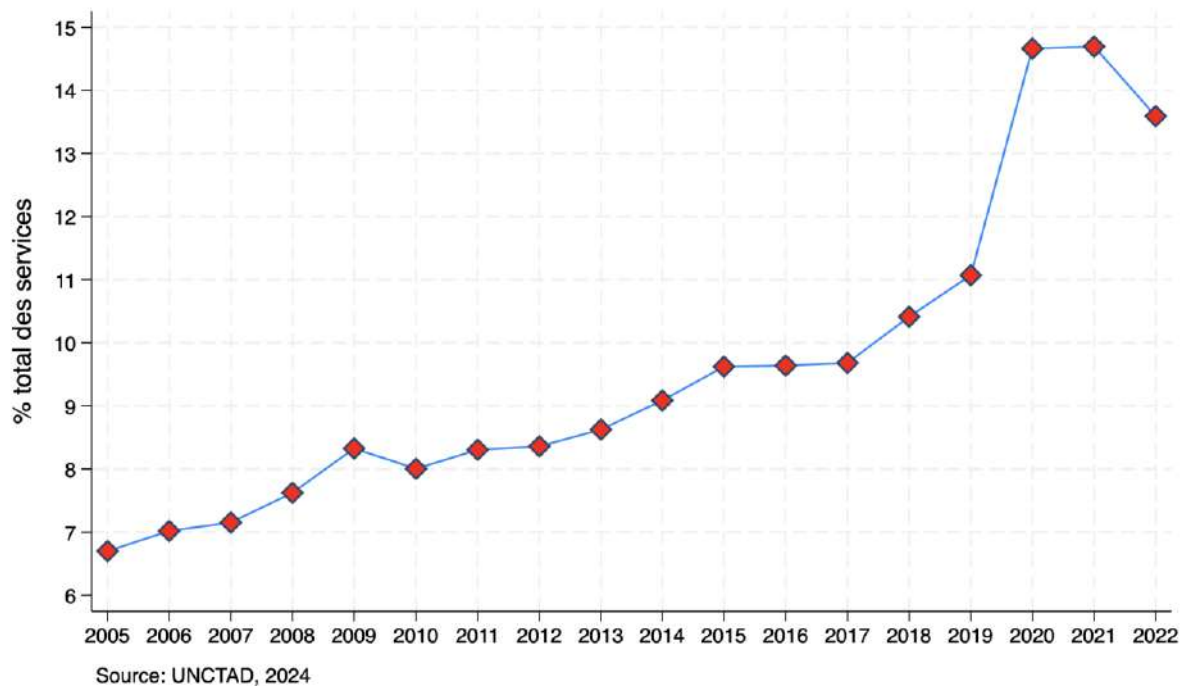
L'estimation de la demande de services numériques peut se faire à l'aide des tables entrées-sorties.

La demande qui s'adresse aux producteurs français du secteur J était, en 2014, de 145,7 milliards de dollars, de J62-J63, de 96,9 milliards de dollars (source WIOD en dollars). La demande émane principalement des entreprises, puis les ménages sont à l'origine de 30% de la demande qui s'adresse à J (et 2% au secteur J62-63), alors que les administrations publiques ne sont à l'origine que de 0,3%. L'importance de la consommation de services numériques (J) dépend des industries. Plus les industries sont numérisées et plus elles consomment des services numériques. Les écarts entre ce qui est demandé aux acteurs français (145,7) et produit (un peu moins de 100 en 2014) suggèrent que la France exporte des services numériques, sans exclure qu'elle en importe également. En effet, de plus en plus les services numériques sont échangés.

La Figure 4 montre l'augmentation de la part des services de TIC (services informatiques et services de télécommunications) relativement aux échanges internationaux de services. Jusqu'en 2019, un peu plus de 10% des échanges mondiaux de services étaient des services numériques. Le pourcentage a monté à près de 14% en 2020 en raison du ralentissement des autres services (notamment voyages et tourisme) et de la demande en hausse pour les services numériques qui s'est poursuivie en 2021, la part dépassant les 14%. Cette

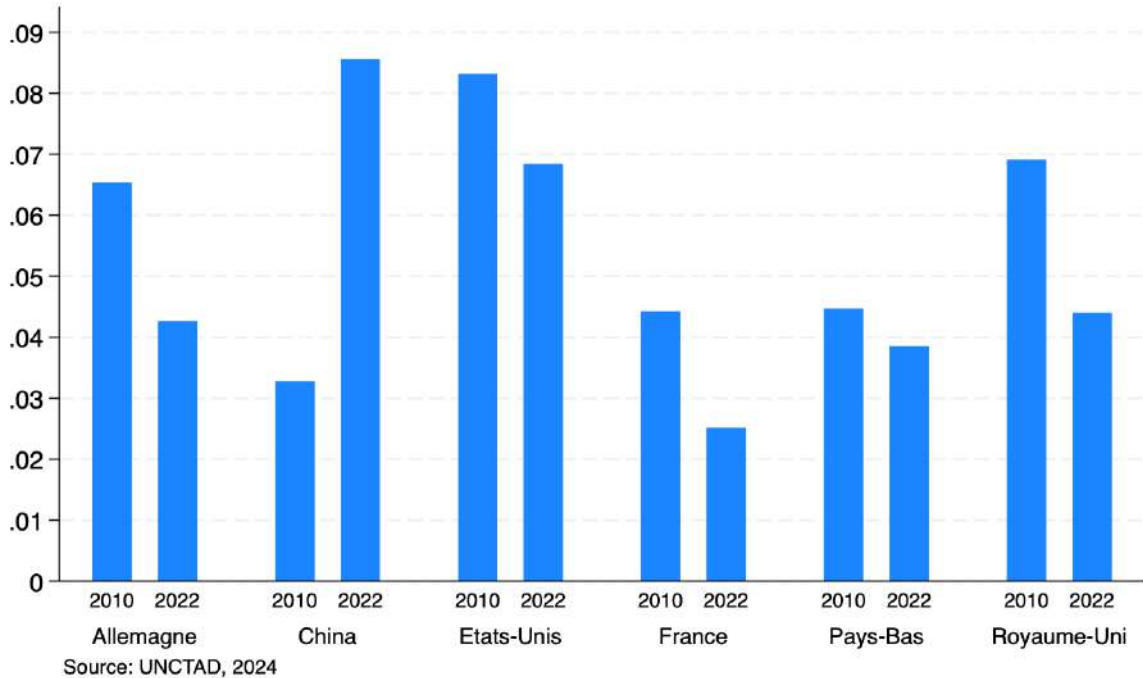
croissance montre non seulement la hausse des besoins pour ce type de service mais aussi l'internationalisation de la concurrence dans le marché des services de TIC. On observe un réajustement en 2022 en raison de la remontée des autres services échangés notamment des services de transport mais les services numériques continuent de progresser au rythme observé depuis 2017. En 2022, les services TIC représentent plus d'un dixième des services échangés mondialement (13,6%).

Figure 4 : Part des services numériques dans les échanges de services mondiaux



Cette évolution est importante car elle montre l'internationalisation de l'offre de services numériques et elle augure d'une augmentation de soumissionnaires étrangers aux marchés publics. Cependant, les parts de marchés des économies européennes ont diminué. Cela exprime la montée des nouveaux acteurs dans le marché mondial, tel que la Chine, mais aussi que le secteur européen des services numériques n'a pas conservé l'avantage comparatif qu'il avait au début de la décennie 2010. Il reste que l'UE, prise dans son ensemble, domine la Chine et les Etats-Unis quand on somme ces échanges de services (sans exclure l'intra-communautaire) avec 45% du total mondial contre 8,5% pour la Chine et 7,5% pour les Etats-Unis. Ces échanges intra-communautaires sont vitaux pour l'efficacité des marchés publics européens.

Figure 5 : Part de marché dans les services TIC des pays



En résumé, en France en 2019, les services numériques représentent 8% du PIB marchand en production et 3% de la demande des industries (entre 0,5% de la demande des entreprises du manufacturier et 24% de la demande des entreprises de J), 3% de la demande des ménages et 0,06% de celles des APU. Ces parts issues des tableaux entrées-sorties révèlent donc que pour un montant de 10 000 euros d'achats des administrations, 6 euros seront dépensés en services numériques. On peut douter de ce que ces tables comptabilisent correctement la ventilation des dépenses des APU.¹⁹ Si on se réfère à la part dans la consommation des ménages, alors, pour 10 000 euros, les achats de services numériques se monteraient à 300 euros.

Il est raisonnable de penser que la part est supérieure à 0,06% et qu'elle égale au moins celle des ménages, 3%. Appliquées au montant des marchés publics en 2022 (160 milliards d'euros), les achats de services numériques via les marchés publics seraient compris entre 96 millions d'euros et 4,8 milliards d'euros pour la France (et entre 670 millions et 34 milliards d'euros pour l'UE). La fourchette est large mais la borne supérieure reste faible pour un ensemble de services assez hétérogènes. Ce montant est évidemment amené à augmenter. Dans un contexte de réduction de la masse salariale de l'administration publique et de technicité croissante des services informatiques, le recours à l'achat de services va augmenter.

¹⁹ De nombreuses études sur la commande publique utilisent cependant ces tables pour juger de la faiblesse du recours aux importations pour satisfaire les achats des administrations publiques.

Partie 2

Les justifications théoriques aux arguments pour et contre la préférence

Dans cette partie, on expose les arguments théoriques en faveur de (1) et contre (2) la préférence nationale dans les marchés publics. On termine avec une synthèse et la modulation des arguments aux cas des services numériques (3).

La théorie économique autour de la préférence nationale dans l'attribution des marchés publics s'est surtout développée dans le champ de l'économie internationale d'une part et de la politique industrielle d'autre part. La discrimination envers les offres non-résidentes ou contenant insuffisamment de contenu local a, au premier chef, intéressé les économistes travaillant sur l'impact sur la spécialisation, la production et les prix des différences de traitement associées à la géographie ou à la résidence. D'où de nombreuses études associées au "home bias" (biais national) ou au "border effect" (effet de la frontière). Plus marginalement, on trouve aussi parmi les études sur la politique industrielle et les effets des subventions aux entreprises, des analyses sur les effets de la commande publique comme levier de soutien à des secteurs.

Dans ce qui suit on parlera d'une contrainte d'offre dite "locale" dès lors qu'existent des contraintes réglementaires des marchés publics privilégiant les soumissionnaires résidents, quelle que soit la forme de cette contrainte : nationalité de l'entreprise, contenu local de la prestation, production locale de la prestation, conditions d'exécution du marché...

Une offre dite "locale" se voit attribuer une préférence dans le classement des offres. L'expression de cette préférence peut se faire de façon binaire (condition respectée ou pas respectée), ou en imposant une pénalité sur les prix des offres non locales, ou encore en autorisant des dérogations aux spécifications exigées ou au temps d'exécution si l'offre est locale. Nous supposons donc qu'existe un biais national dans l'attribution des marchés publics, ci-après "biais domestique". Le "domestique" peut être national ou européen.

L'analyse théorique, c'est-à-dire des mécanismes économiques, de l'impact d'un biais domestique s'intéresse à ses effets, i) sur les prix ; ii) sur la production et iii) sur l'allocation des ressources.

1. Motifs économiques en faveur d'un biais domestique dans les marchés publics

Pour les défenseurs du biais domestique, celui-ci est un moyen d'activer des leviers de croissance. Les arguments se développent autour de 4 leviers : (A) la demande, (B) la réputation, (C) les effets d'apprentissage importants pour les

industries naissantes et (D) la souveraineté. Les trois premiers leviers sont porteurs de croissance à court et long terme. La souveraineté est associée à la nature critique du marché en matière de sécurité et d'indépendance stratégique. C'est plus un levier de long terme. Remarquons qu'on fait l'hypothèse que la question du financement de la commande publique ne se pose pas.

A. La demande

On l'a vu, la commande publique est une partie conséquente de la dépense publique. Or, dans une perspective keynésienne, la dépense publique génère de la croissance car elle augmente la demande qui s'adresse aux entreprises, ce qui les conduit à investir, à produire plus, à embaucher plus et ainsi à verser plus de revenus. L'emploi augmente et avec lui la consommation. La dépense publique a donc un effet multiplicateur sur l'activité. La théorie de l'investissement place aussi la demande au cœur de l'augmentation de l'investissement agrégé. L'accumulation de capital est donc aussi stimulée par la commande publique, ce qui augmente la productivité et le PIB par habitant.

Cette approche macro-keynésienne ne se préoccupe pas de l'offre. Or l'objectif des tenants du biais domestique est surtout de soutenir une production domestique et ce faisant d'affecter la spécialisation productive en faveur de cette production. La réaction de l'offre de production à ce surcroît de demande est donc de première importance.

Les premiers modèles théoriques s'attachant à montrer les impacts sur la production et la spécialisation du biais domestique (Baldwin, 1970 ; Baldwin et Richardson, 1972) ont établi que, en situation de concurrence, le biais n'avait pas d'incidence si la demande publique était inférieure à l'offre locale ou autrement dit aux capacités de production. Ces premiers travaux montrent donc que le biais domestique n'aura pas d'impact sur la spécialisation productive. Le cadre théorique de ces travaux est celui du modèle d'économie internationale d'Heckscher-Ohlin où les marchés sont concurrentiels et à rendements constants, les pays diffèrent par leur dotation factorielle qui induit leur spécialisation. Dans ce cadre, ce qui est déterminant est donc la capacité de production domestique face au surcroît de demande. Dès que le cadre théorique s'élargit à des situations de marchés non concurrentiels, les conclusions sont modifiées et le biais domestique n'est plus neutre. Trionfetti (2000) offre une synthèse de la littérature à l'aide d'exemples simples. Précisément, dans un cadre concurrentiel avec rendements constants :

- Si la taille de l'offre domestique est de 30, la demande publique de 20 et la demande privée de 60, alors les importations seront de 50. La consommation totale est de 80. Si le gouvernement décide de n'acheter que domestique ; il restera 10 pour la demande privée et elle consommera 50 d'importations. On n'observera pas de changements sur la production et les importations ;
- Mais supposons que la production domestique ne soit que de 10 ; et donc que les importations sont de 70 ; si le gouvernement décide

de n'acheter que domestique ; alors la production va devoir augmenter à 20 et les importations diminuer à 60. Cela change la spécialisation et a le même effet qu'un tarif sur les importations. Le prix domestique pourrait temporairement augmenter et conduire à diminuer la demande privée.

Notons dès à présent que le mécanisme de la demande fonctionne sur la localisation de la production sur le territoire et non sur la nationalité des entreprises qui la mettent en œuvre.

Ces théories supposent que des capacités de production, ainsi que les facteurs de production, existent ou sont directement mobilisables pour faire face au surcroît de demande. On reviendra plus bas sur les conséquences du non-respect de cette condition.

Il est supposé également que l'entreprise se moque de savoir si la demande émane du gouvernement ou des ménages ou des autres entreprises. Or, la demande publique peut apporter à l'entreprise un signal de qualité qui augmente sa réputation.

B. La réputation

En accédant au marché public, les entreprises acquièrent une notoriété et peuvent se prévaloir d'avoir été sélectionnées via un processus ayant étudié la qualité de la prestation étant donné les contraintes exigées. Le marché public est un signal positif à l'égard d'autres clients. Il assure aussi une certaine stabilité financière, utile signal vis-à-vis des financiers et investisseurs, utile aussi vis-à-vis de la trajectoire de croissance des entreprises.

La réputation est une notion difficile à mesurer mais dont la valeur est incontestable pour le développement des entreprises. Elle compte en économie dès lors que les transactions se répètent. Ainsi la réputation acquise pour une transaction T, affectera l'issue d'une transaction T' dans le futur. La trajectoire de revenus futurs d'une entreprise dépend donc de l'accumulation de réputation de ses contrats passés.

La réputation se définit comme les attributs de qualité et de fiabilité de la production de l'entreprise. Elle se construit avec le temps et consolide la notoriété d'une entreprise. C'est un actif immatériel qui est proportionnel à la durée des relations avec les clients et les sous-traitants. La certification par un label ou une norme ISO est une autre manière d'augmenter le capital de réputation. Cet actif immatériel, rarement valorisé à l'actif des bilans, est cependant pris en compte par les financiers extérieurs et par les nouveaux clients potentiels.

L'obtention d'une commande publique agit comme un signal qui augmente le capital réputation pour au moins deux raisons. Si les appels sont concurrentiels, alors le gain d'un contrat public signale une victoire sur les concurrents et des performances et caractéristiques ayant permis de traverser le processus de

sélection. Si les appels sont considérés comme biaisés par des jeux de pouvoir et d'influence, le gain d'un contrat révèle aussi un capital relationnel de l'entreprise qui n'est pas à négliger pour les investisseurs.

La commande publique offre plusieurs signaux susceptibles d'augmenter la réputation :

- elle veillera au respect des normes obligatoires de sécurité et sanitaires du soumissionnaire ;
- elle se doit d'être exemplaire en matière de respect des normes ESG, même non obligatoires ;
- elle étudie la qualité de la prestation et effectue une comparaison des offres du marché ;
- elle sélectionne selon un faisceau de critères et son choix est supposé raisonné et argumenté ;

C'est pourquoi la commande publique offre un signal de conformité légale et sociétale ainsi qu'un signal de performance et de fiabilité. C'est important pour les entreprises jeunes car cela leur fait gagner du temps pour construire leur réputation. Cela peut alléger la contrainte financière en permettant de gagner la confiance d'investisseurs et la trajectoire de leur développement. Pour les entreprises plus établies, c'est plutôt une validation ex post d'une réputation déjà existante. Autrement dit, pour les plus âgées des entreprises, leur réputation précède l'obtention des contrats, à moins que l'entreprise soit jeune sur le marché de la commande publique en question.

C'est pourquoi, il existe des efforts particuliers fait à destination des petites et moyennes entreprises (PME), ensemble d'entreprises parmi lesquelles on trouvera les jeunes entreprises. L'OECP recense les commandes publiques qui s'adressent aux PME. La proportion a peu évolué depuis 2013 et se monte en 2021 à 59% des contrats et 27% de la valeur, mais elle a diminué de 2004 à 2013.

Cependant, pour les administrations publiques, étudier les offres des jeunes entreprises impose un travail supplémentaire puisque justement la réputation n'existe pas. Une jeune entreprise est plus risquée et l'administration doit se convaincre par une étude précise de l'offre. En l'absence de réputation et d'expériences, la contractualisation avec une jeune entreprise fait porter le risque sur la collectivité. En supposant que les jeunes entreprises, et surtout innovantes, font face à une asymétrie d'information préjudiciable à l'obtention de financement, l'orientation de la commande publique vers ces jeunes entreprises est un moyen de corriger une défaillance de marché.

C. Les effets d'apprentissage et les économies d'échelle

Conformément à la théorie de la protection des industries naissantes, il peut se justifier d'offrir une forme de protection aux jeunes entreprises et aux industries naissantes ou dans l'enfance afin de les laisser atteindre une taille critique qui permette l'exploitation des économies d'échelle et des économies de réseau.

C'est aussi à partir d'une certaine taille, c'est-à-dire après avoir atteint un certain niveau de production que des effets d'apprentissage peuvent se produire qui renforcent alors la compétitivité des entreprises.

La théorie des industries naissantes remonte à Friedrich List (1841). Cette théorie est souvent invoquée pour justifier certaines politiques industrielles de soutien aux entreprises innovantes et des politiques protectionnistes des secteurs non matures. Plus tardivement formalisée, la justification d'une protection des industries naissantes repose sur l'existence de rendements croissants et d'effets d'apprentissage. L'idée est donc que la commande publique participe à l'augmentation de la taille des entreprises, condition non seulement de l'exploitation d'économies d'échelle mais aussi des savoir-faire qui augmentent la compétitivité prix et hors-prix. La commande publique est aussi un levier pour la demande de compétences sur le marché du travail.

Cependant l'immédiateté de la commande publique la rend différente de la politique industrielle qui peut planifier des investissements dans la recherche et permettre l'acquisition des connaissances et des savoir-faire. On reviendra sur l'articulation avec la politique industrielle plus bas. Si la commande publique peut jouer sur les effets d'échelle, c'est plus compliqué pour l'apprentissage qui nécessite plus de temps. En tout cas, la commande publique devra renoncer à une certaine qualité de services ou de prestation si elle privilégie une entreprise « dans l'enfance » qui par définition n'a pas acquis l'expérience et la taille qui définissent la qualité et le prix.

On déplace ainsi la mission de l'administration publique dans l'attribution du marché qui est d'obtenir dans les meilleures conditions une prestation ou une fourniture qui correspondent à ses besoins et à ceux de ses administrés. On lui assigne une mission de politique industrielle dont le coût est payé à court-terme par une qualité inférieure et un prix supérieur. C'est donc une subvention déguisée doublée d'un pari industriel.

En économie internationale, l'introduction de non convexité (rendements croissants et effets d'apprentissage) complique les choses et complexifie la palette des issues en matières d'effet sur la production et la spécialisation. En effet, reprenons le raisonnement de Trionfetti (2000) qui poursuit l'analyse en supposant qu'existent des rendements croissants et une concurrence monopolistique. Les rendements croissants impliquent que davantage de production entraîne des coûts unitaires plus faibles et la concurrence monopolistique, que plusieurs variétés peuvent satisfaire un même besoin. Dans ce type de modèle, un pays avec une demande large pour un bien à rendements croissants va se spécialiser dans ce bien. Un biais domestique va donc augmenter la spécialisation dans ce bien.

Trionfetti prend l'exemple de la production de biens électriques : 50 producteurs domestiques et 50 dans le reste du monde. Supposons que la demande publique (nationale ou étrangère) soit de 100 et privée (nationale ou étrangère) de 400 ; en parfaite symétrie, soit une demande mondiale de 1000 qui se partage entre

les producteurs des deux pays. Si le gouvernement décide de n'acheter que des biens domestiques, sa demande de 100 ne va s'adresser qu'aux producteurs et variétés domestiques, soit une demande augmentée de 100 qui s'ajoutent aux 400 de demande privée (à la fois domestique et étrangère) et aux 50 de la demande publique étrangère (sauf si représailles). La production va augmenter dans le pays et les importations diminuer et cela quelle que soit la taille de la demande publique relativement à la production. Donc on observera un changement de spécialisation. Ce qui change par rapport à la situation de concurrence à rendements constants, c'est qu'il existe plusieurs variétés, en capturant davantage de la demande publique (au détriment des variétés étrangères), les producteurs locaux voient leur coût moyen diminuer, ce qui fait baisser leur prix et peut évincer les importations.

Dans la théorie de l'économie géographique, la taille de la demande détermine la taille de la production mais la demande est endogène. Des forces d'agglomération conduisent à augmenter la production là où la demande est importante mais il existe des forces de dispersion pour minimiser les coûts du commerce ou de transport. Par exemple, des forces d'agglomération jouent pour l'économie allemande dans le choix de producteurs européens d'y implanter des usines.²⁰ La taille du marché allemand (mais aussi la densité de son tissu productif) est un facteur d'attraction. Mais s'il est coûteux d'exporter parce que le coût de transports des marchandises est élevé (ou le coût d'accéder à d'autres marchés), alors des forces de dispersion pourraient conduire à implanter de plus petites usines dans des territoires différents.

Forces de dispersion et forces d'agglomération se combattent. Le résultat dépend du coût des échanges. S'ils sont faibles, les forces d'agglomération peuvent dominer. Si l'intégration augmente et que les coûts de l'échange diminuent, dans l'Union européenne, les effets d'agglomération devront dominer.

Dans ce modèle, le biais domestique va modifier les forces d'agglomération. En effet, si le pays doit lutter contre une agglomération en dehors de son territoire, par exemple la France par rapport à l'Allemagne, le biais domestique peut redonner de l'amplitude à la demande. Le paradoxe est qu'un processus d'intégration des marchés est associé à la disparition de biais domestique, mais c'est à ce moment que le biais domestique est le plus porteur.

Trionfetti (2000) montre donc que le biais domestique aura théoriquement un impact sur la spécialisation dans les secteurs où existent des rendements croissants. Mais là aussi, on suppose qu'une augmentation des capacités de production à court terme est possible. Ce qui n'est pas toujours le cas.

²⁰ Ceci est aussi vrai pour des producteurs étrangers comme CATL, le géant chinois des batteries, ou Intel, le géant américain des semi-conducteurs qui choisissent le marché allemand.

D. La souveraineté et la cohérence des politiques publiques

Ce dernier levier n'est pas strictement économique. Il a une forte dimension politique. Il s'agit en effet de considérer qu'existent des biens et services qui présentent des caractéristiques qui leur confèrent un statut particulier dans la capacité à répondre à des besoins critiques de la communauté.

Ces biens sont critiques soit parce que la technologie sous-jacente est générique, soit parce que le bien-être économique ou la santé ou encore la sécurité nationale exige la maîtrise de leur production, soit parce que le contrôle de la technologie est fondamental pour la sécurité du produit.

La dimension économique de l'argument de souveraineté économique repose donc sur l'existence d'externalités positives (santé, sécurité, croissance future) de la maîtrise de la production. Peuvent s'ajouter, pour le cas de la commande publique, des contraintes et exigences propres aux missions des administrations publiques.

Le biais domestique pour certaines productions se justifie alors pour des motifs impérieux de sécurité et de santé voire de bien-être, motifs dont la définition est a priori politique au sens du choix collectif en démocratie. Le biais domestique est d'ailleurs fortement répandu dans le monde pour les commandes publiques du ministère de la défense. Les prestations permettant d'assurer les missions régaliennes de l'Etat semblent également justifier, sans trop de débats, un biais domestique. Mais cela est plus discutable pour les commandes de masques chirurgicaux, de médicaments, de logiciels voire de services numériques. Il faut démontrer que la souveraineté économique est potentiellement affectée.

La difficulté est d'anticiper l'impact sur la souveraineté de la satisfaction d'un marché public par un producteur étranger et potentiellement l'éviction d'un producteur domestique. Cette anticipation peut être étouffée par l'immédiateté de la satisfaction d'un besoin. La temporalité est clé : disposer d'un bien immédiatement est différent de la construction d'une indépendance. C'est vrai d'ailleurs des acteurs publics comme des acteurs privés quand il scelle un contrat qui implique des transferts de technologie pour accéder à un marché de client.

Hillman (2022) rapporte son étonnement d'avoir constaté aux Etats-Unis que, dans la ville rurale et isolée de Glasgow (Montana), les habitants n'avaient aucune réticence à ce que le chinois Huawei soit l'opérateur principal de leurs communications téléphoniques. Il en conclut que l'impératif de communication à bas coût les conduisait à minorer le risque de dépendre d'un opérateur étranger pouvant les espionner. Assurer la souveraineté numérique impose donc de pouvoir concurrencer les offres étrangères. On en revient à la question de l'existence d'offres domestiques concurrentes.

Il en est ainsi aussi des caméras de surveillance qui proviennent en grande partie de fournisseurs chinois et peuplent toutes les grandes villes de la planète.

Sacrifie-t-on aujourd'hui une partie de souveraineté pour sécuriser aujourd'hui les grandes villes avec des caméras chinoises.

Il est donc possible de justifier économiquement et politiquement le biais domestique. On dira qu'il existe dans certaines situations un gain économique et politique au biais domestique. Mais cela n'est pas sans prix.

2. Motifs économiques contre la préférence domestique dans les marchés publics

Le biais domestique ne va pas sans coût. Il vient de l'amointrissement de la concurrence qui aura un effet sur le prix et la qualité du service public associé au marché (A). Il crée des distorsions de prix qui auront des effets de réallocation des ressources. Il concerne au premier chef les finances publiques (B). Ensuite, l'insuffisance de l'offre peut conduire à une moindre qualité d'exécution et de services. Enfin, les effets négatifs de mesures de représailles en dehors du champ spécifique du marché doivent être envisagés ainsi que le ralentissement des investissements étrangers, et avec eux des apports de capitaux et de technologie, est une autre conséquence négative de l'éviction des offres étrangères (C).

A. Diminution de la concurrence et de la qualité du service

Exclure des offres étrangères conduit à diminuer la concurrence et à se priver potentiellement d'un prix de prestation inférieur au prix d'une offre locale. Les entreprises se sachant privilégiées n'ont pas forcément intérêt à s'aligner sur les prix de leurs concurrents étrangers. C'est également une dés-incitation à investir dans la qualité de la part des prestataires s'ils sont assurés d'évincer les concurrents étrangers. Le biais domestique peut revenir à subventionner des entreprises inefficaces et les dés-inciter aux efforts de productivité.

Il peut y avoir aussi des effets prix de second tour sur les prix des sous-traitants locaux (ou étrangers) et un amoindrissement de leurs efforts de compétitivité ayant eux-mêmes un accès privilégié au marché public, soit en raison de contraintes de contenu local pour les sous-traitants locaux, soit en raison de leurs relations privilégiées et récurrentes avec le donneur d'ordre à qui est attribué le contrat.

Le surcroît de prix peut payer le gain économique et politique du biais domestique, mais il est plus difficile, en revanche, de justifier le renoncement à certaines spécifications ou autre élément qualitatif. Excluons la situation où aucune offre locale ne soumissionne car la préférence ne peut pas s'exercer. En revanche, il peut y avoir des situations où l'offre locale est insuffisante en quantité et/ou en matière de spécification. Dans ce cas, le renoncement à certains éléments qualitatifs ne peut se justifier que par une claire injonction de politique industrielle. Ce qui revient à subordonner la commande publique à la politique industrielle. C'est une décision politique qui hiérarchise les priorités en plaçant un objectif de moyen-long terme devant un objectif de court terme. C'est aussi

une décision politique risquée qui renonce à satisfaire un besoin spécifique en échange d'un pari (qui peut être très raisonné mais n'en ai pas moins incertain) sur les résultats du biais domestique sur l'acquisition d'un avantage compétitif.

B. Le coût pour les finances publiques

Cela a donc un coût pour les finances publiques qui induit une allocation inefficace des budgets publics.

La valeur moyenne d'un marché s'élève, selon les chiffres de l'OECP, à 680 000 euros en 2022 (OECP, chiffres clés 2022). Une augmentation de 10% coûterait plus de 65 000 euros par marché. Les marchés de services représentent 40% de ce total, soit environ 40 milliards d'euros. Un surcoût de 10% coûterait 4 milliards d'euros, ce qui est deux fois le montant des crédits d'impôt à la R&D via le CIR qui est destiné aux services.

Accepter un prix plus élevé pour une prestation équivalente nécessite une justification politique ou économique. Il s'agit d'un coût d'opportunité de la renonciation à l'offre étrangère qui se justifie par l'acquisition, à plus ou moins long terme, d'un actif futur : l'emploi local, la maîtrise d'une technologie générique ou critique, la sécurité ou encore la souveraineté.

En matière de finances publiques, il importe cependant de se projeter dans un temps un peu plus long qui est celui de l'impact sur la base fiscale locale. Si privilégier une offre locale augmente la production locale, cela augmentera la base fiscale, celle basée sur les capacités de production, les profits, et les revenus issus de l'emploi additionnel. Il y a donc un calcul coût-bénéfices à réaliser.

A cet égard, dans un contexte d'optimisation fiscale fréquente, il importe que l'obtention des marchés publics, si elle est conditionnée à une exécution locale, soit aussi conditionnée au paiement de l'impôt sur les résultats générés localement.

C. Effets de représailles et diminution des IDE et des transferts de technologie

Le biais domestique est une discrimination à l'égard des soumissionnaires étrangers. Cette discrimination, aussi implicite soit-elle, peut induire des politiques réciproques avec des effets économiques négatifs.

Ces représailles peuvent jouer sur un bassin d'emploi et une liste de produits beaucoup plus large que ceux associés au biais domestique. Ainsi si le biais domestique concernait les services numériques, les représailles pourraient concerner d'autres biens et services pour lesquels l'Europe dispose d'avantages compétitifs.

C'est là où entre en jeu la connaissance précise de la pratique des partenaires. Quelle serait la réaction de l'administration américaine si on en venait à évincer les entreprises numériques de certains marchés européens ?

Par ailleurs, en rendant plus restrictifs les modes d'attribution des marchés publics, on ralentira les investissements associés à l'exécution de ces marchés et l'apport en capital qui y est associé. Même sans obligation de contenu local, il est en effet rare que les entreprises étrangères se passent de relais locaux pour finaliser l'exécution ou en affiner la réalisation (services juridiques et techniques au moins). La réalité de la chaîne de valeur mondiale implique que les marchés publics impliquent de nombreuses entreprises étrangères qui sont en relation avec les entreprises qui gagnent le marché.

En évinçant des entreprises étrangères, on se prive également du transfert de technologie, transfert qui peut être décisif pour le rattrapage, l'apprentissage et l'innovation.

Rappelons que le développement de la filière nucléaire en France s'est à l'origine appuyé sur des partenariats avec des entreprises américaines notamment Westinghouse et General Electric et l'usage de leurs technologies sous licence. L'émancipation technologique s'est produite quelques années plus tard, certes appuyée par la commande publique, mais aussi par les investissements dans la recherche et l'ouverture à des technologies et des capitaux étrangers.

Dans cette perspective, un biais domestique qui porte plus sur la localisation de la production (ou de l'exécution) que sur le contenu de la production est préférable. Des contraintes de partenariat local peuvent également susciter de tels transferts. Mais ces contraintes définies ex ante sont parfois irréalistes compte tenu des forces en présence. Il faut donc les définir dans des termes circonstanciés.

3. Synthèse adaptée au cas des services numériques européens

Cette section passe en revue les arguments pour le cas des services numériques.

A. Les caractéristiques de la production des services numériques européens

La fonction de production des services numériques a deux caractéristiques qui nous intéressent : elle est à rendements croissants et à effets d'apprentissage.

Les rendements croissants, qui permettent des économies d'échelle, sont liés aux investissements en Recherche et Développement, aux investissements élevés dans les infrastructures ou bien à l'existence de synergies de réseaux propres aux modèles des plateformes. En définitive, plus le marché de l'entreprise est grand et plus son coût unitaire est faible et son rendement élevé. La baisse du coût unitaire augmente la compétitivité, les parts de marché et

dégage des marges de financement supplémentaires. Ce qui crée un cercle vertueux d'investissement dans les capacités ou l'innovation.

Quant aux effets d'apprentissage, il s'agit du bénéfice de l'expérience. L'âge et la croissance de l'entreprise augmentent sa maîtrise technique et son savoir-faire. Elle accumule ainsi des actifs immatériels qui sont eux-mêmes porteurs de synergies entre eux.

Par ailleurs, le potentiel d'innovation de ces entreprises mais aussi le fait qu'elles emploient des qualifications numériques de plus en plus nécessaires au reste de l'économie sont également porteurs d'externalités positives pour l'ensemble de l'économie.

Une politique qui soutient la croissance de ces entreprises est donc en théorie porteuse de gains futurs. Ces services présentent donc des caractéristiques qui les rendent éligibles à la politique de protection des industries naissantes (ou dans l'enfance) s'il s'agit d'activités nouvelles ou associées à des innovations de rupture.

En outre, les acteurs européens de l'industrie des services numériques sont nombreux. Il y a eu peu de rapprochements dans ce secteur. Le secteur est peu concentré. Un biais domestique à l'échelle européenne ne devrait pas avoir des effets négatifs liés à l'abaissement de la concurrence surtout s'il s'accompagne d'un encouragement à des soumissions transfrontières, ce qui est encore rarement le cas.

Cependant, d'une part tous les services numériques ne sont pas des activités dans l'enfance, et d'autre part, ils sont pour la plupart partie prenante à une chaîne de valeur d'intrants, qu'ils leur sont nécessaires pour produire, qui proviennent de l'étranger. C'est d'autant plus vrai, que l'Europe ne se caractérise par une production de matériel TIC autonome et importe beaucoup.

De manière symétrique, des acteurs étrangers peuvent proposer des offres qui sollicitent des acteurs locaux. Par exemple, s'abonner auprès d'Azure de Microsoft, n'est-ce pas soutenir l'entreprise Mistral AI, dont on pourra user des algorithmes?

Enfin, le problème de la taille des acteurs des services numériques européens tient moins à l'absence de BETA que du retard de l'intégration du marché européen et de consolidation du marché.

B. La dimension souveraine

Tous les services numériques n'ont pas une dimension souveraine²¹ parce qu'ils ne sont pas tous associés à une mission régalienne de l'Etat et n'ont pas tous

²¹ Sauf à considérer que la concentration des pouvoirs de marché observée dans l'industrie des services numériques bouscule la souveraineté des Etats. Mais la résolution de cette entrave à la souveraineté des Etats doit solliciter la politique de concurrence, qui n'est pas notre objet ici.

une nature stratégique associée à la sécurité de l'information. Cependant, l'information et la communication, domaines dans lesquels émergent tous ces services, ont potentiellement une nature stratégique pour les Etats. Par ailleurs, la dépendance croissante de l'ensemble de l'économie aux services numériques (via les infrastructures numériques et les logiciels qui y sont associés), qu'il s'agisse du fonctionnement des services publics (hôpitaux, éducation, signalisation par exemple) à celui des réseaux énergétiques et bancaires, les placent au cœur du système productif et des interactions sociales. S'ajoute à cela que les services numériques fonctionnent dans des infrastructures de réseaux qui impliquent un risque systémique à tout dysfonctionnement. La question de la sécurité et précisément de la cyber-sécurité est donc associée à leur bon fonctionnement et c'est là qu'on rejoint une mission régaliennne.

Parmi les services numériques, les services de cloud ont des caractéristiques particulières. Ils permettent de réduire les coûts informatiques et la consommation énergétique directe de l'entreprise, et ils sont indispensables pour développer des technologies de pointe (IA, Big Data). Par ailleurs, ils offrent des garanties en termes de cybersécurité pour l'entreprise. La nécessité, pour les entreprises et les administrations française, de passer au "cloud computing" est acquise²². Enfin, il s'agit de services au centre du réseau des différents services informatiques, électroniques et de logiciels qui contribuent à rendre les infrastructures de cloud opérationnelles. Les infrastructures de cloud sont aux services numériques aujourd'hui ce que les infrastructures de réseaux de télécommunications étaient aux fournisseurs de téléphonie autrefois. Pour les administrations, le Cloud permet d'archiver numériquement les données administratives et politiques mais aussi de stocker les bases de données des caractéristiques des citoyens dont dépendent certains services publics, comme la santé par exemple. Pour l'Etat central, le potentiel d'"usagers" est la population elle-même, ce qui dépasse de loin le marché de nombreuses entreprises, notamment celles qui ne sont pas internationales. Avec l'[adoption de la doctrine « Cloud au centre » \(Encadré 8\)](#), le Gouvernement français a établi le Cloud comme prérequis pour tout nouveau projet numérique ou refonte majeure de l'architecture applicative de l'Etat. L'objectif est d'accélérer la transformation numérique au bénéfice des usagers, tout en garantissant la cybersécurité et la protection des données des citoyens et des entreprises. Le Cloud ne se limite pas à un simple hébergement ; il implique une culture complète, depuis le mode de production des applications (mode produit, DevOps) jusqu'aux principes d'architecture des nouveaux services (architecture nativement Cloud). Avec cette doctrine, le Cloud devient dorénavant le mode d'hébergement et de production par défaut des services numériques de l'Etat, pour tout nouveau produit numérique et pour les produits connaissant une évolution substantielle

²² Ch. St Etienne, H. Védrine et A. Portuese, *Favoriser l'adoption du Cloud en France*, Institut Choiseul, novembre 2021

● **Encadré 8 : La doctrine française de l'État "Cloud au centre"**

Les modalités d'hébergement des données des administrations ont été présentée par une circulaire de 2018²³, qui a ensuite été mise à jour en 2021,²⁴ puis en 2023.²⁵ La [doctrine de l'État](#), telle qu'elle découle de ces textes, est que les données des administrations (services de l'État, établissements publics, collectivités territoriales) peuvent être hébergées selon [trois modalités différentes](#).

(1) **Cloud interne de l'État.** Ce cloud est hébergé et géré par le ministère de l'Intérieur (cloud PI) et le ministère des Finances (cloud NUBO). Ces services utilisent la technologie OpenStack et sont intégrés au Réseau Interministériel de l'État (RIE). Ce cloud interne est accessible aux seuls services de l'État, à l'exception du ministère des Armées, qui a son propre cloud. Le cloud de l'État doit héberger les données, traitements et applications sensibles, répondant aux besoins régaliens d'infrastructures numériques sécurisées.

(2) **Cloud "commercial" de confiance.** Il s'agit d'une offre de cloud proposée et opérée par des acteurs privés, proposée aux acteurs publics via la centrale d'achat UGAP (Union des Groupements d'Achats Publics). Cette offre de cloud est dite "de confiance" car elle est dotée de la qualification SecNum Cloud délivrée par l'ANSSI, qui offre une "immunité extra-territoriale". Ces offres de cloud sont accessibles à tous les services de l'État pour l'hébergement des données sensibles et les services essentiels.

(3) **Cloud "commercial" générique.** Il s'agit de l'offre de cloud proposée au grand public. Les administrations peuvent y recourir pour l'hébergement de données non sensibles et leurs services non essentiels.

La circulaire du 31 mai 2023²⁶ a précisé la notion de "donnée sensible" devant nécessairement être hébergée dans le cadre d'offres labellisées SecNum Cloud par l'ANSSI. Il s'agit notamment des données protégées par les articles L.311-5 et L.311-6 du CRPA (délibérations de l'État, défense, sécurité nationale, santé, données personnelles) et des données essentielles aux missions de l'État. Les collectivités territoriales, gérant des données personnelles, médico-sociales ou de sécurité, doivent aussi veiller à ce que leurs logiciels SaaS utilisent un hébergement labellisé SecNumCloud.

Les services de Cloud revêtent une dimension souveraine significative, car l'inviolabilité et l'inaltérabilité des données sont cruciales pour les administrations publiques. L'adoption de la doctrine "Cloud au centre" et le développement du "Cloud de confiance" reflètent cette préoccupation. Les spécifications de sécurité

²³ Circulaire du 8 novembre 2018 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État (<https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44120>)

²⁴ Circulaire n°6282-SG du 5 juillet 2021 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État (<https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45205>),

²⁵ Circulaire du 31 mai 2023 sur l'actualisation de la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État ("cloud au centre"). (<https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45446>)

²⁶ Circulaire du 31 mai 2023 sur l'actualisation de la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État ("cloud au centre"). (<https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45446>)

doivent être très élevées, ce qui a conduit l'ANSSI à élaborer le label SecNumCloud. Cependant, l'évolution de la doctrine d'hébergement des données des administrations en direction d'une offre dite "de confiance" réservée à des prestataires disposant d'une certification particulière, a été progressive. Elle s'est notamment imposée lorsque le recours par l'Etat à des offres émanant d'entreprises américaines pour héberger des données sensibles, telles les données de santé, a suscité des protestations (voir encadré 9)²⁷.

● **Encadré 9 : L'affaire du Health Data Hub**

Le fait que les offres des grandes entreprises technologiques américaines aient été jugées attractives en termes de garanties techniques et de prix a conduit les grandes entreprises et les administrations à opter pour leurs solutions. Le choix du gouvernement français en faveur de Microsoft Azure pour héberger les données de santé des français de la plateforme du Health Data Hub (HDH) a suscité une forte opposition en France. Le gouvernement a donc dû obtenir de Microsoft que les serveurs hébergeant les données soient situés en France, avant de s'engager à trouver un autre fournisseur de Cloud. En 2020, le ministre de la Santé évoquait une possible solution technique dans un délai de 12 à 18 mois, tandis que Stéphanie Combes, directrice du HDH, envisageait plutôt une migration vers un nouvel hébergeur au trimestre 2025. Malgré des discussions à l'occasion des débats sur le projet de loi SREN (encadré 13) l'année dernière, aucun progrès concret n'a été constaté. Jusqu'à ce qu'un événement externe en 2022 ne fasse progresser le processus.

En juillet 2022, le HDH, accompagné d'un consortium de sociétés européennes, remporte un appel d'offres européen. Les lauréats sont chargés de créer un espace européen des données de santé, connu sous le nom d'EMC2, qui permettra de connecter plusieurs plateformes de santé européennes similaires au HDH. Dans une [délibération du 21 décembre publiée au journal officiel le 31 janvier 2024](#), la CNIL autorise, tout en le déplorant, pour une durée de trois ans la constitution de l'EDS EMC2 sur la région française du cloud américain Azure. Cette décision ne fait pas l'unanimité, [des opérateurs et associations ont décidé d'attaquer la récente décision de la CNIL autorisant l'hébergement du HDH pour le programme européen EMC2 chez Microsoft Azure](#). Le recours devant le Conseil d'Etat en référé demande la suspension de la décision et réclame de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur sa validité au regard du [Data Privacy Framework](#). Le communiqué de Clever Cloud rappelle d'ailleurs que les deux précédents cadres d'échanges entre Europe et États-Unis (le Safe Harbor et le Privacy Shield) avaient été annulés en 2015 et 2020, respectivement avec les arrêts [Schrems I](#) et [Schrems II](#).

Le marché du Cloud constitue ainsi un exemple particulièrement éclairant de la situation de domination des entreprises technologiques non européennes. En effet, 70% du marché européen du Cloud (65% à l'échelle mondiale) est détenu par trois entreprises américaines : Amazon, Google et Microsoft. Amazon Web Services détient 31% du marché, Microsoft Azure 25% du marché, et Google

²⁷ Du côté des entreprises, le choix d'Amazon Web Services pour héberger les données de la SNCF ou de Doctolib est souvent pointé du doigt.

Cloud 11% du marché.²⁸ Les acteurs chinois sont peu présents en Europe. L'entreprise française OVH Cloud, bien que détenant 10% du marché français, ne représente que 4% du marché européen. De fait, seuls 35% des grands groupes français admettent recourir à des fournisseurs français. Bien que septième mondial (2,6%), OVH est très loin derrière les entreprises américaines.

Ceux qui se satisfont de cette situation estiment que le passage au cloud pour l'ensemble des entreprises françaises constitue une nécessité plus impérieuse et immédiate que celle de voir émerger des acteurs européens et français du Cloud²⁹. Ils soulignent que le retard accumulé en France et en Europe ne permettrait pas d'offrir, à échéance raisonnable, des services de cloud computing de qualité équivalente à celle des leaders du marché, notamment en termes de cybersécurité. Ils relèvent, en particulier, que la capacité d'investissement est beaucoup plus faible en Europe qu'aux Etats-Unis ou en Chine. Ainsi, refuser de recourir aux services des prestataires américains, voire chinois, risquerait de ralentir la mutation technologique de l'Europe, et notamment, de la France et de pénaliser la compétitivité de nos entreprises.

Cependant, le recours à des entreprises américaines n'est pas exempt de risque souverain étant donné la législation américaine (encadré 10). Trois dispositions législatives sont, à cet égard, particulièrement problématiques pour les autorités européennes : la section 702 du Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA), le décret présidentiel (Executive Order) 12333 et dans une moindre mesure le CLOUD Act. Les autorités européennes de protection des données estiment que ces législations permettent aux autorités américaines d'accéder aux données personnelles transférées aux États-Unis ou hébergées en Europe par un acteur américain en contrariété avec la protection garantie par le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD). Pour rappel, en juillet 2020, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait annulé le Privacy Shield qui garantissait la libre circulation des données entre l'UE et les États-Unis. La Cour a estimé que cet accord n'apportait pas les garanties suffisantes pour protéger les données personnelles des citoyens européens. Dans la foulée, le 22 mai 2023, la Commission irlandaise de protection des données (Data Protection Commission – DPC) a publié sa décision du 12 mai 2023 condamnant Meta Platforms Ireland Limited à une amende de 1,2 milliard d'euros pour violation du RGPD. La décision, qui prononce l'amende la plus importante jamais infligée au titre du RGPD, est fondée sur le fait que les conditions dans lesquelles Meta a transféré des données personnelles aux Etats-Unis depuis le 16 juillet 2020 ne garantissaient pas un niveau de protection des personnes concernées conforme aux exigences du droit de l'Union européenne (G'sell, 2023).

²⁸ La part de marché des 3 premiers si on se restreint au cloud public est même plus élevée.

²⁹ Ch. St Etienne, H. Védrine et A. Portuese, Favoriser l'adoption du Cloud en France, Institut Choiseul, novembre 2021

● **Encadré 10: Les lois américaines et le transfert des données**

La loi FISA

Promulguée en 1978, la [loi Foreign Intelligence Intelligence dite FISA](#) autorise et encadre la surveillance des communications électroniques à des fins de renseignement. Elle a été modifiée de nombreuses fois depuis son adoption. En 2008, le Congrès lui a ajouté une disposition, la [section 702](#), dans le but d'autoriser la collecte d'informations relatives à des ressortissants non américains. La section 702 permet ainsi aux agences de renseignement américaines de procéder à une surveillance ciblée de personnes étrangères situées en dehors des États-Unis. Les cibles peuvent être toute personne susceptible de détenir, recevoir ou communiquer des informations de renseignement (terrorisme, trafic d'armes, etc.). Les services de renseignement peuvent déterminer eux-mêmes les personnes à cibler, sans contrôle judiciaire, dès lors que ces personnes ne sont ni de nationalité américaine, ni en territoire américain (ce qui signifie qu'elles ne bénéficient pas des garanties constitutionnelles prévues par la Constitution des États-Unis). Il suffit donc simplement que les autorités obtiennent annuellement l'autorisation de principe d'une juridiction spéciale, la [Foreign Intelligence Surveillance Court \(FISC\)](#).

Chaque année, le procureur général et le directeur du renseignement national préparent des "certifications" qui autorisent les programmes de surveillance 702. Ces certifications sont ensuite soumises à l'approbation de la FIS Court. Les certifications comprennent plusieurs éléments clés, tels que l'identification des catégories d'informations de renseignement étranger à collecter, la confirmation qu'un "objectif significatif" (et non "principal") du programme est de collecter des informations de renseignement étranger, et l'assurance que le programme recourt un fournisseur américain de services de communications électroniques. Si tous les éléments requis sont réunis, la FISC est tenue d'approuver le programme de surveillance 702. Il est important de noter que la FISC ne participe pas au processus de détermination des cibles. Une fois la collecte approuvée, les autorités identifient les cibles à surveiller et peuvent contraindre les fournisseurs de services de communications électroniques à participer au processus de collecte de données contre ces cibles.

Il existe actuellement deux formes connues de collecte de données sur le fondement de la section 702. Dans le cadre de PRISM, les autorités recueillent les communications d'une cible déterminée (par ex une adresse électronique) directement en obtenant des données des sociétés de télécommunications (AT&T etc.) et fournisseurs de services internet (Facebook, Google, Amazon etc.) basés aux États-Unis. La NSA reçoit les informations ainsi collectées et peut les communiquer à la CIA et au FBI. Un autre type de collecte, la collecte en amont, est également pratiqué. Dans ce cadre, les services de surveillance récupèrent les données relatives à des communications à destination, en provenance ou "à propos" d'une cible, lorsque les communications passent par des réseaux contrôlés par des prestataires basés aux États-Unis. C'est ainsi que la NSA utilise pour cela des outils placés à des endroits stratégiques de l'infrastructure américaine de l'internet. Seule la NSA peut recevoir les données brutes ainsi collectées, mais elle peut les envoyer à la CIA et au FBI une fois que les données ont été soumises à un processus de minimisation.

L'Executive Order 12333

Parallèlement, l'[Executive Order 12333](#), adopté en 1981 et modifié à plusieurs reprises, autorise les activités de surveillance menées non pas depuis les États-Unis (où la section

702 FISA s'applique) mais à l'étranger, à l'égard des personnes étrangères aux Etats-Unis. Ce texte autorise notamment la "collecte en vrac" de données sans aucun contrôle judiciaire, ce qui permet l'acquisition de quantités massives de données. Pour mener ses activités de surveillance, la [NSA](#) identifie les entités étrangères (personnes ou organisations) disposant d'informations répondant à un besoin de renseignement identifié. Par exemple, la NSA s'efforce d'identifier les individus susceptibles d'appartenir à un réseau terroriste. Ce processus implique souvent la collecte de métadonnées de communication à l'étranger associées à des appels téléphoniques. Il faut souligner que l'EO 12333 permet de collecter des données relatives à des communications entre une personne située en dehors des États-Unis et une personne située aux États-Unis.

Le CLOUD Act

Plus récemment, le [CLOUD Act ou Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act](#), promulgué le 23 mars 2018, est venu modifier le [Stored Communications Act \(18 Title USC Chapter 121\)](#) dit SCA de manière à permettre aux autorités de contourner les règles classiques de coopération judiciaire internationale. Adopté en 1986, le SCA permet aux autorités américaines d'obliger les fournisseurs de service de communications électroniques (services de messagerie ou réseaux sociaux par exemple) à divulguer le contenu des communications ainsi que les métadonnées associées à ces communications (dates, heures, émetteurs, destinataires, adresses).

En principe, la demande de communication doit être faite sur le fondement d'un mandat de perquisition (*search warrant*) délivré par un juge à la condition que les autorités lui fournissent des informations établissant qu'il existe une "cause probable" de poursuites au sens du Quatrième Amendement (18 USC §2703 (a)). Cela signifie que les autorités doivent présenter à un juge des éléments permettant de croire raisonnablement à la commission d'une infraction qui aille au-delà de la simple suspicion. Sans ce *warrant*, les autorités américaines ne peuvent contraindre les entreprises américaines stockant des données en Europe à leur communiquer lesdites données. La personne concernée par le *warrant* n'est pas présente à l'audience et ne peut le contester directement.

Dans certains cas spécifiques, les autorités peuvent se faire communiquer les données grâce à une simple *subpoena* (injonction formulé par l'administration, le tribunal ou un avocat) ou une injonction judiciaire (*court order*) délivrée sur la base de faits "spécifiques et précis" montrant qu'il est raisonnablement possible de penser que ces données sont pertinentes et essentielles pour une enquête criminelle en cours. Certaines métadonnées (nom, adresse, relevé des communications téléphoniques etc...) peuvent être obtenues dans les mêmes conditions. Enfin, le FBI peut exiger la communication de certaines données dans le cadre d'investigations en matière de contre-espionnage et de lutte anti-terroriste (18 USC §2709).

Ce sont ces dispositions que le CLOUD Act, par l'ajout d'une section 2713 au SCA, applique désormais sans ambiguïté aux données stockées à l'extérieur des Etats-Unis ("*regardless of whether such communication, record or other information is located within or outside the United States*"). Il suffit que les données soient sous le contrôle d'un fournisseur de service américain ("*within such provider's possession, custody or control*") pour que les autorités américaines - fédérales comme étatiques - puissent en exiger communication dans les conditions précitées.

Ces menaces peuvent, dans une certaine mesure, porter atteinte à la souveraineté européenne et ainsi légitimer la nécessité pour l'Union européenne de favoriser l'émergence de services de cloud européens. Ces services

strictement souverains, car les données seraient stockées par des entreprises européennes et localisées exclusivement dans l'Union européenne, permettraient de s'affranchir des réglementations américaines. On revient plus bas sur la stratégie européenne du cloud dans les encadrés 11 et 14 .

Partie 3

Quelles possibilités d'évolution en Europe ?

Si les deux Règlements récemment adoptés par l'Union européenne (IMPI et RSE) présentent l'intérêt de mieux protéger les entreprises européennes face aux pratiques des Etats tiers qui peuvent restreindre l'accès à leurs marchés publics ou accorder des subventions à leurs entreprises, ils peuvent paraître insuffisants à répondre aux préoccupations suscitées par l'omniprésence des géants technologiques américains ou chinois dans l'Union européenne. La question de la souveraineté numérique domine dans les débats sur l'autonomie vis-à-vis des Etats-Unis en matière de services numériques.³⁰ Nous rappelons les obstacles juridiques à l'édiction d'un Buy European (Tech.) Act (1), puis nous envisageons deux voies possibles pour contrer la domination américaine et consolider la compétitivité des entreprises européennes: la politique industrielle et les critères techniques et de sécurité (2).

1. Les obstacles juridiques à l'adoption d'un Buy European Tech. Act

A. À l'échelle européenne

Au sein de l'Union européenne, le cadre juridique des marchés publics est établi par un certain nombre de textes, à commencer par le TFUE qui soumet les marchés publics de l'Union à des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Les directives sur les marchés publics fixent des règles minimales d'harmonisation qui encadrent les modalités d'achat de biens, de travaux et de services par les pouvoirs publics et certains opérateurs de services d'utilité publique. En particulier, la passation des marchés publics au sein de l'UE est encadrée par la [Directive 2014/24/EU](#) dont l'article 18 affirme le principe de non-discrimination, y compris lorsque la concurrence est « artificiellement » limitée « dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques » sur la base par exemple de leur nationalité. Ce principe a été plusieurs fois réaffirmé dans la jurisprudence de la CJUE (Ivanova, [2018](#)). La directive exclut certains secteurs, notamment ceux de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (article 7) et ceux de la Défense et de la sécurité (article 15). Ces deux groupes sont respectivement encadrés par la [Directive 2014/25/EU](#) (ancienne Directive secteur) et la [Directive 2009/81/CE](#), qui consacrent elles aussi le principe de non-discrimination. La seule véritable exception concerne les secteurs extrêmement sensibles comme les services de renseignement (article 13 de la Directive 2009/81/CE). Les règles

³⁰ Avec la Chine, la question porte sur les matériels ou composants numériques tels que les éléments de télécommunication de Huawei, ou plus récemment concerne les industries dites vertes.

prévues par les Directives européennes sont transposées en droit national et s'appliquent aux appels d'offres dont la valeur monétaire dépasse un certain seuil.

B. À l'échelle internationale

Le principal traité en la matière est l'accord sur les marchés publics, dont nous avons parlé plus haut, qui ouvre les marchés publics de l'Union aux parties à cet accord. Par ailleurs, plusieurs accords de libre-échange conclus par l'Union sont dotés d'un volet sur les marchés publics. L'Union européenne est liée par l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce en 2012. Or l'AMP consacre, dans son article IV, le principe de non-discrimination en vertu duquel chaque Etat partie s'engage à accorder aux marchandises, aux services et aux fournisseurs de toute autre Partie un traitement qui ne sera pas moins favorable à celui qu'elle accorde aux marchandises, aux services et aux fournisseurs nationaux ou de toute autre Partie. Cela signifie que, dans l'Union, les opérateurs de pays tiers seront traités de la même façon que les opérateurs issus des Etats membres de l'Union, comme le prévoit l'article 25 de la directive 2014/24³¹ qui dispose que "les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires" de l'AMP "un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union". L'AMP s'applique aux marchés dont le montant dépasse certains seuils, qui sont de 5 382 000 euros pour les marchés de travaux et 140 000 euros ou 215 000 euros pour les marchés de fournitures et services, ce qui est relativement faible.

Selon les [chiffres fournis par l'UE à l'OMC](#), le champ couvert par l'AMP représente entre 15 et 20% de la valeur totale de la commande publique au sein de l'UE. Ces données ne permettent cependant pas de déterminer la part de la commande publique concernant spécifiquement les services numériques couverts par l'AMP. Il convient de noter que, dans la pratique, les contrôles et litiges à l'encontre des Etats qui ne respecteraient pas leurs engagements sont rares. [Selon l'OMC](#), le mécanisme de résolution des litiges de l'AMP n'a été utilisé que trois fois dans son existence (deux fois en 1997 et une fois en 1999).

L'adoption d'un instrument européen faisant exception aux principes adoptés dans le cadre de l'AMP pour restreindre l'accès aux marchés publics apparaît, dans ce contexte, peu plausible. Certes, le texte même de l'AMP prévoit des exceptions dans son article III. Le §2 de cet article prévoit expressément que "rien dans l'Accord ne sera interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures: a) nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; c) nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle". Un Etat

³¹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

partie pourrait ainsi restreindre l'accès aux marchés publics pour certains soumissionnaires si cela est "nécessaire à la protection des intérêts essentiels de [l]a sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale"³². Cependant, de telles mesures ne doivent pas être "appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international"³³.

En outre, pour exclure les services numériques, il faudrait établir la mesure dans laquelle les services numériques relèvent de la "sécurité nationale". Les défenseurs d'un Buy European Act s'appuient sur l'idée que celui-ci devrait soutenir l'innovation dans les secteurs stratégiques, et donc indirectement la sécurité nationale, mais cette dernière ne peut être invoquée que dans certains cas très spécifiques dans le cadre de la [Directive 2009/81/CE](#). A cette heure, il n'existe pas d'exception concernant le soutien à l'innovation dans les secteurs stratégiques.

Une possibilité serait peut-être de renégocier l'accord AMP pour faire basculer les services numériques hors de son champ d'application. L'adoption d'un Buy European Tech Act devrait s'accompagner d'un projet de modification de la [liste de l'UE relatives au champ d'application de l'AMP](#), auquel les Parties affectées peuvent s'opposer. Une telle négociation devrait être menée au niveau de l'Union et supposerait donc un consensus des Etats-membres sur la question.

En l'état de la législation, seules des normes édifiées au nom de la sécurité peuvent contraindre les soumissionnaires au point d'handicaper sinon évincer certains acteurs du marché des services numériques. Ce faisant, ces normes peuvent être très contraignantes aussi pour les acteurs locaux et des entraves à leur développement. Mais, on l'a vu, privilégier des acteurs locaux parce qu'ils sont locaux est rarement un moyen de renforcer leur compétitivité, sauf à ce que ce privilège réponde à une logique de politique industrielle.

³² AMP Article III §1. "Rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'entreprendre une action ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale."

³³ AMP Article III §2. "Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures: (a) nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique; (b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; (c) nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle; ou (d) se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus."

2. Les alternatives à l'adoption d'un Buy European Tech Act

Une première alternative à l'introduction d'un Buy European Tech Act consiste donc soit à mener une politique industrielle volontariste permettant de favoriser l'émergence d'acteurs européens performants (A), soit à attribuer les marchés publics en fonction de standards techniques et juridiques spécifiques (protection des données, cybersécurité ou encore protection de l'environnement) (B).

A. Une politique industrielle volontariste

Il apparaît ainsi qu'une des meilleures manières de favoriser l'offre locale dans les marchés publics est d'une part que celle-ci soit disponible (ce qui n'est pas toujours le cas) et que celle-ci soit la plus compétitive. Pour cela, l'outil de la politique industrielle peut être légitimement sollicité.

La politique industrielle vise à définir des objectifs nationaux en termes de spécialisation productive, à orienter les investissements et la R&D, et à utiliser les moyens de l'État pour les atteindre. Elle justifie son intervention en raison des défaillances du marché, qu'il s'agisse du financement de la recherche et de l'innovation et de l'aide à l'atteinte de taille critique, ou de la nécessité de défendre des secteurs stratégiques.

L'Union européenne n'a pas toujours été réticente aux interventions économiques. Des exemples antérieurs incluent le cadre dirigiste de la CECA et les interventions dans l'agriculture. Cependant, la politique industrielle n'était pas initialement incluse parmi les politiques communautaires définies en 1958.

La crise des années 1970 et l'objectif du Marché unique ont suscité un débat sur l'intervention communautaire dans l'industrie. La Commission a débattu entre une politique active sectorielle et une politique horizontale ou d'environnement, avant de conclure en faveur d'une approche économique de marché visant à favoriser la concurrence et à éviter le protectionnisme.

Le contexte économique international post-Covid a remis les Etats au centre de la régulation des marchés et dirigeant les investissements. De nombreux plans de soutien à l'économie se sont transformés en plan d'orientation des économies vers une spécialisation "plus numérique et plus verte".³⁴

La politique industrielle a repris du service un peu partout dans le monde (Evenett et al., 2024) et est devenue une modalité privilégiée pour orienter la spécialisation et soutenir des industries critiques et/ou stratégiques. En matière numérique, les plans de soutien aux semiconducteurs ont essaimé partout dans le monde, mais rien de tel ne s'est fait jour en matière de services numériques. Certes il y a l'engouement autour de l'intelligence artificielle qui a déclenché de nombreux

³⁴ L'instrument de financement européen issu du plan Next Generation EU né en 2021 a orienté ses interventions autour de deux piliers: l'environnement et le numérique.

budgets de soutien, et c'est sans doute par ce biais que les services numériques tireront leur épingle du jeu de la politique industrielle.

Ainsi, bien que la politique industrielle de l'UE ait privilégié une approche horizontale, de plus en plus d'initiatives sectorielles ont été lancées pour répondre aux défis spécifiques de certains secteurs industriels et favoriser leur développement durable et innovant.

Les Projets importants d'intérêt européen commun (PIIEC), réactivés à partir de fin 2018, jouent un rôle clé dans ce processus. Ils permettent de renforcer la politique industrielle de l'UE tout en préservant la concurrence sur le marché unique. Les financements publics accordés aux entreprises sélectionnées dans le cadre de ces projets sont octroyés par les États membres sur leurs budgets nationaux, et sont soumis à une série de critères stricts définis par la Commission européenne afin de limiter les risques de distorsion de la concurrence. En échange de ces financements, les entreprises s'engagent à fournir des contreparties significatives, notamment en termes de partage des connaissances. Les PIIEC se concentrent sur quatre domaines prioritaires définis par l'UE : la microélectronique, les batteries, l'hydrogène et le cloud. Un [document publié en janvier 2024 par la Direction générale des entreprises \(DGE\) fait le point sur ces projets](#) mis en œuvre depuis fin 2018.

En France, de tradition interventionniste (Guillou, 2024), le programme "France 2030" présenté par le Président Emmanuel Macron en octobre 2022 s'inscrit pleinement dans cette stratégie. Cette dernière vise à promouvoir la croissance économique et l'innovation en France en identifiant et en soutenant les secteurs stratégiques (santé, transport, énergie, numérique...) et les entreprises de demain. Ce sont, par exemple, 5 milliards d'euros qui sont investis pour faire émerger des start-up industrielles. Elle met l'accent sur la transition écologique, la transformation numérique, et la compétitivité internationale. C'est bien l'esprit aussi du plan NextGeneration EU, le plan de relance post-COVID des économies européennes lancé par la Commission européenne en 2021.³⁵

Plus récemment, le dernier rapport sur l'intelligence artificielle sorti en France (Notre ambition IA, Mars 2024) prône la mise en œuvre d'une commande publique européenne de supercalculateur afin de renforcer les moyens d'entraînement des algorithmes d'intelligence artificielle. L'enjeu est évidemment de taille car il concerne ici une superstructure commune d'un coût très élevé et dont les bénéfices pourraient être largement partagés par les États membres. Les auteurs du rapport ne précisent pas comment une telle commande pourrait se faire au niveau européen et contourner le principe de la non-discrimination. Le modèle des PIIEC est à exclure car il s'agirait de financer le service de puissance de calcul et non de financer la R&D d'entreprises d'État membres isolées les unes des autres. Il faudrait un consortium européen. Le modèle du CERN est-il à privilégier ? Il apparaît plutôt que cela nécessiterait l'existence d'une agence

³⁵ Prévoyant un financement de plus de 800 milliards d'euros, les plans des États membres devaient nécessairement inclure des mesures pour l'environnement (au moins 30%) et pour la numérisation (au moins 10%).

de développement européenne du même type que la DARPA. Mais la DARPA est adossée au département de la Défense américain qui assure la demande future. A quoi serait adossée la “DARPA” européenne ?

Une politique industrielle pour le cloud est-elle souhaitable et possible ? Rappelons pour commencer l’abandon de la stratégie de la création d’un champion en France, en raison des échecs de NumEnergy et CloudWatt, éphémères acteurs français de cloud soutenus par l’Etat de 2012 à 2015. La stratégie est moins ciblée à présent. Dans le cadre de France 2030, un volet “cloud computing” a été intégré. Le gouvernement prévoit un plan de soutien financier pour les industriels du cloud computing, comprenant un premier volet annoncé de 1,8 milliard d’euros, dont 1,1 milliard provenant de fonds publics (667 millions de de l’Etat français et 444 millions d’euros de l’Union européenne) auxquels s’ajouteront 680 millions d’euros issus du privé. L’objectif est de stimuler la recherche et le développement dans le domaine du cloud computing pour développer des solutions innovantes et compétitives sur le marché mondial. Ce plan s’inscrit dans le PIIEC Cloud (voir encadré 11).

En France donc, en parallèle de ce financement de la recherche autour du cloud, la stratégie légale consiste en l’élaboration d’un cadre juridique avec un niveau de sécurité élevé alors que les choix européens sont gouvernés par des objectifs plus fonctionnels (GaiaX, par exemple) et un plus petit dénominateur commun en matière de contrainte sécuritaire (EUCS, voir encadré 15).

L’enseignement de ces 10 dernières années de politiques autour du cloud (2012-2022) montre que la dimension réglementaire (donc technique et juridique) est fondamentale et que l’effet d’échelle que peuvent espérer des acteurs européens exige d’abord l’intégration réglementaire du marché européen, qui a pris corps tardivement.³⁶ Aucune étude n’a vraiment démontré que des insuffisances de maîtrise technologique étaient le désavantage critique des acteurs européens dans le cloud, même si le comportement des clients semble le suggérer et que l’effet d’échelle entraîne des dépenses en R&D qui confèrent des avantages compétitifs difficiles à contrecarrer. Ensuite, il montre que le soutien aux acteurs européens doit prioritairement consister à les intégrer au processus de définition des normes, d’une part pour augmenter l’expertise technique des administrations, d’autre part pour leur procurer un avantage compétitif en cohérence avec les besoins de l’administration.

● Encadré 11: la stratégie européenne pour le Cloud de GaiaX au PIIEC

Le programme [Gaia-X a vu le jour en juin 2020](#). Au lancement, il était envisagé comme une initiative vers une infrastructure européenne de cloud, suscitant l’espoir d’un cloud européen souverain et d’une alternative aux géants américains. Cependant, quelques années plus tard, le projet reste ambigu quant à son objectif réel, alimentant différentes interprétations. Gaia-X, une association professionnelle avec 600 membres dans 16 pays, agit aujourd’hui comme un forum pour harmoniser les services de cloud, faciliter les échanges de données et établir des normes d’interopérabilité. Malgré ses évolutions

³⁶ Le service cloud d’Amazon, AWS, est né en 2006.

vers une approche plus technique et centrée sur les besoins sectoriels, Gaia-X reste un projet en quête d'identité, offrant une plateforme pour les besoins professionnels du cloud sans nécessairement promouvoir les fournisseurs de cloud européens³⁷.

Peu de temps avant la stratégie nationale pour le Cloud et quelques mois après le lancement de Gaia-X, en décembre 2020, la Commission européenne avait approuvé un [projet important d'intérêt européen commun](#) visant à soutenir la recherche, le développement et le premier déploiement industriel de technologies avancées d'informatique en nuage et d'informatique de pointe (dans le cloud et l'edge computing) en Europe. Il a finalement été lancé en décembre 2023.

Fin 2023, la Commission européenne a donné son aval à un Projet important d'intérêt européen commun (PIIEC) visant à promouvoir la recherche, le développement et le déploiement industriel de technologies avancées. Piloté par l'Allemagne et la France, ce projet a pour objectif de construire la prochaine génération d'infrastructures cloud, respectant la souveraineté européenne et ses valeurs fondamentales. Baptisé IPCEI Next Generation Cloud Infrastructure and Services (IPCEI CIS), il implique sept États membres de l'UE - France, Allemagne, Hongrie, Italie, Pays-Bas, Pologne et Espagne - , 19 entreprises européennes du cloud et plus de 90 partenaires indirects. Avec un investissement global avoisinant les 2,6 milliards d'euros, les États participants alloueront environ 1,2 milliard d'euros, dont 300 millions pour la France, le reste provenant d'investissements privés.

Le Projet important d'intérêt européen commun (PIIEC) vise à créer le premier continuum cloud-edge multi-fournisseur, offrant un environnement décentralisé et interopérable pour le traitement des données à la fois dans le cloud et à la périphérie. Ce système ouvert, reposant sur des technologies fédérées et open source, sera exploité par plusieurs fournisseurs pour réduire les dépendances technologiques et favoriser l'efficacité énergétique. Le programme se concentre sur le développement de capacités de calcul, de logiciels et d'outils de partage, avec une architecture de référence pour la mise en œuvre et l'exploitation des ressources cloud. Les interactions entre ce PIIEC et le projet Gaia-X, visant l'interopérabilité des services cloud, ne sont pas encore précisées.

Aujourd'hui, la philosophie ayant donné naissance à Gaia-X est ainsi toujours présente c'est-à-dire celle de fournir les conditions de l'interopérabilité. Les européens veulent créer des moyens intermédiaires d'accès aux infrastructures de cloud des grands acteurs américains, ou autrement dit une informatique en périphérie de réseau (*edge computing*). Ils veulent donc investir dans des modalités de décentralisation du cloud, modalités qui seront plus économes, plus efficaces (baisse des temps de transmission et de traitement) et plus sûres pour l'intégrité et la protection des données. Le principe de la possibilité de l'usage alternatif à moindre coût des services des grands acteurs de

³⁷ Notons, toutefois, que lors de sa 6e plénière au ministère de l'Économie et des Finances le 8 mars 2024, Gaia-X a passé en revue les progrès réalisés dans les projets et l'interopérabilité des échanges de données sécurisées dans le cloud, à la fois en France et en Europe. Parmi les projets présentés lors de cette réunion, Data4Industry-X a été mis en avant, offrant une solution d'échange de données sécurisées pour l'industrie, avec des applications initiales dans l'industrie automobile et nucléaire. Ce projet a reçu le soutien de Gaia-X et implique des partenaires tels que Schneider Electric, le CEA, Valeo, Dawex et Prosyst. D'autres initiatives ont également été évoquées, telles qu'Agdatahub pour l'agriculture, Enoa-X pour le transport et le tourisme, Omega-X pour l'énergie, et Prometheus-X pour l'éducation et les compétences.

cloud entre eux ou avec de plus petits acteurs est un pilier de la doctrine européenne en matière de cloud. En matière de marchés publics ou de respect du cloud de confiance, l'edge computing pourrait-il permettre de lever les contraintes qui se posent sur le fournisseur final de l'infrastructure nuagique ?

Ces programmes démontrent la mobilisation de la puissance publique autour de l'enjeu des services numériques et des risques juridiques et sécuritaires.³⁸ L'imbrication des régulations et des projets est complexe, sans compter celle des instances régulatrices.

B. Les critères techniques d'attribution des marchés publics

Un moyen détourné de privilégier les offres locales consiste à jouer sur les spécifications techniques et les critères de qualité. Ceci est possible. L'article 42 de la [directive 2014/24/UE](#), prévoit que l'objet du contrat précise les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures. De fait, dans ses lignes directrices publiées en 2019, la Commission souligne la nécessité de définir les critères de qualité dans le cadre de la procédure de passation de marché et d'exécution des marchés. Il est ainsi possible d'intégrer dans ces critères de qualité des exigences en termes de cybersécurité ou une protection des données personnelles correspondant au niveau d'exigence prévu par le RGPD. De telles exigences conduirait naturellement à sélectionner des prestataires établis sur le sol européen.

Les textes européens vont plus loin encore et prévoient la possibilité de recourir à des labels. L'article 43 de la directive 2014/24/UE prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir, dans certaines conditions, recours à des labels dans l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services présentant « certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre ». Cependant, les offres de soumissionnaires ne disposant pas du label doivent être prises en compte dès lors que celles-ci présentent des garanties équivalentes à celles découlant du label.

La montée des exigences qualitatives dans les passations des marchés publics est une tendance de plus en plus marquante, aussi bien au niveau national qu'europpéen. Les critères environnementaux, de sécurité et les objectifs sociétaux sont devenus des éléments essentiels dans l'évaluation des offres. En France, les règles encadrant les marchés publics intègrent désormais des dispositions spécifiques visant à promouvoir ces critères, conformément aux normes européennes, telles que celles évoquées dans le Net Zero Industry Act, ou françaises, telles que celles prévues dans le projet de Loi relatif à l'industrie verte. Cette montée en exigence pourrait potentiellement favoriser le biais domestique, donnant ainsi priorité aux entreprises nationales capables de répondre à ces critères. Cette évolution reflète une volonté croissante des autorités publiques de s'engager dans des pratiques d'achat responsable, favorisant des fournisseurs qui contribuent activement aux objectifs environnementaux, de sécurité et sociétaux.

³⁸ Le projet d'initiative franco-allemande a été présenté le 4 juin 2020.

Dans le domaine du cloud, cette montée des exigences qualitatives se traduit par une attention accrue portée à la souveraineté des données, à la sécurité des systèmes et à la conformité aux réglementations en vigueur. Les initiatives telles que le label SecNum Cloud en France et d'autres initiatives européennes visent à garantir que les prestataires de services cloud respectent des normes strictes.

● **Encadré 12 : la qualification SecNumCloud**

Dans le cadre de la stratégie du cloud de confiance, le gouvernement français a élaboré un label de qualité des services de cloud qui s'impose à la commande publique pour l'hébergement des données sensibles et les services essentiels.

La qualification SecNumCloud, qui s'appuie sur la norme ISO 27001, a vu le jour en décembre 2016. Ce label, défini par l'[Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information \(ANSSI\)](#) en France, précise les caractéristiques qu'un service de cloud doit remplir pour assurer les exigences de sécurité tant du point de vue technique qu'opérationnel ou juridique. Le référentiel a été révisé en 2018 (version 3.1) et en [mars 2022 \(version 3.2\)](#)³⁹. Cette dernière révision clarifie un certain nombre de critères de protection et répond à un besoin d'immunité vis-à-vis des lois extra-européennes (comme le FISA ou le CLOUD Act précédemment évoqués). Dans sa version 3.2, le référentiel SecNumCloud est ainsi conforme aux exigences européennes relatives à la protection des données personnelles et aux suites de l'arrêt "Schrems II" de la Cour de justice de l'Union européenne. L'obtention de la qualification contraint ainsi fortement les soumissionnaires aux marchés publics en imposant non seulement des exigences techniques mais aussi des conditions juridiques.

Cette qualification n'est, en effet, accordée qu'à des entreprises dont le siège est établi au sein d'un Etat membre de l'Union européenne. Par ailleurs, lesdites entreprises ne doivent pas voir leur capital social et leurs droits de vote détenus à plus de 24% (individuellement) ou à plus de 39% (collectivement) par des entités n'ayant pas leur siège dans l'UE.⁴⁰ Enfin, si des entreprises extra-européennes détiennent des participations, elles ne peuvent ni détenir un droit de veto, ni nommer les dirigeants de l'entreprise labellisée.

L'ensemble de ces conditions juridiques vient s'ajouter à des conditions strictes en matière de protection des données, de cybersécurité et gestion des risques⁴¹. Elles sont

³⁹ Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, Prestataires de services d'informatique en nuage (SecNumCloud) référentiel d'exigences, Version 3.2 du 8 mars 2022.

⁴⁰ Le capital social et les droits de vote dans la société du prestataire ne doivent pas être, directement ou indirectement, détenus : (1) individuellement à plus de 24 %; (2) et collectivement détenus à plus de 39 % ou (3) par des entités tierces possédant leur siège statutaire, administration centrale ou principal établissement au sein d'un État non membre de l'Union européenne (n.b. entités tierces ne peuvent pas individuellement, en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, disposer d'un droit de veto, désigner la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance du prestataire

⁴¹ Comme par exemple: (1) l'obligation de considérer les risques concernant "l'atteinte à la confidentialité des données des commanditaires par des tiers impliqués dans la fourniture du service (fournisseurs, sous-traitants, etc.)"; (2) l'obligation de lister "les risques résiduels liés à l'existence de lois extraterritoriales ayant pour objectif la collecte de données ou métadonnées des commanditaires sans leur consentement préalable"; (3) l'obligation de "mettre à la disposition du commanditaire, sur demande de celui-ci, les éléments d'appréciation des risques liés à la soumission des données du commanditaire au droit d'un état non-membre de l'Union

destinées à préserver les données hébergées par le prestataire qualifié SecNum Cloud de toute initiative menées par les autorités d'Etat tiers à l'Union Européenne pour avoir accès aux données, telle par exemple l'action des autorités américaines souhaitant accéder à des données personnelles sur le fondement du Cloud Act.

Comme toutes les normes qualitatives, la qualification SecNumCloud peut être soupçonnée d'instaurer une protection des acteurs européens qui sont seuls à même de satisfaire les exigences. Seuls quelques acteurs du Cloud ([Cloud Temple](#), [Oodrive](#), [Outscale](#), [OVH](#) et [Worldline](#)) ont obtenu la qualification.

Cependant, la qualification SecNum Cloud n'interdit pas de recourir aux services d'une société tierce non européenne pour mettre au point une offre de cloud. Si tel est le cas, en revanche, il est nécessaire que la société tierce garantisse à l'entreprise concernée une autonomie d'exploitation continue dans la fourniture des services de cloud.⁴² Par ailleurs, la société tierce ne doit pas avoir la compétence pratique d'obtenir les données hébergées. Dans ce cadre, des offres conjointes, comme le cloud S3NS⁴³ (Thalès et Google Cloud) et le cloud BLEU (Orange et Capgemini en partenariat avec Microsoft)⁴⁴ visent l'[obtention de la certification d'ici 2025](#). Des interrogations subsistent quant à la possibilité pratique de respecter la condition d'autonomie d'exploitation et d'absence d'accès aux données si seules les sociétés américaines (ex: Microsoft) peuvent fournir de tels services sous licence (licences Azure ou Office).

Enfin, compte-tenu de la préférence exprimée pour les prestataires européens, la compatibilité de SecNum Cloud avec les accords OMC pourrait être contestée. Les critères de qualification pourraient être interprétés comme une violation de l'article IV de l'AMP, voire même de la Directive 2014/24/EU sur la passation des marchés publics, particulièrement si elles sont analysées comme limitant l'accès au marché, ce qui serait contraire à l'article 18 de ladite directive de 2014. Notamment, la version 3.2 de SecNumCloud exige que les fournisseurs de cloud computing stockent et traitent les données au sein de l'UE, ce qui équivaut pour [certains](#) à une interdiction de fournir ces services de manière transfrontalière. L'OMC [a déjà jugé qu'un tel "quota zéro", pour reprendre la terminologie de l'OMC, viole l'obligation d'accès aux marchés](#) de l'[accord général sur le commerce des services \(AGCS\)](#). De plus, cette restriction désavantage les fournisseurs étrangers par rapport aux nationaux et aux pays tiers, violant ainsi pour [certains commentateurs](#) les engagements de traitement national et de la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) de la France et de l'UE. Au total, en restreignant aux

européenne"; (4) l'obligation d'utiliser exclusivement des certificats de clé publique issus d'une autorité de certification d'un état membre de l'Union européenne.

⁴² Capacité de maintenir la fourniture du service d'informatique en nuage en faisant appel aux compétences propres du prestataire ou en recourant à des prestations disponibles auprès d'au moins deux sociétés tierces.

⁴³ Le cloud S3NS, développé par Thales et Google Cloud, a débuté son activité commerciale en février 2023 avec une offre "Contrôles Locaux" pour héberger des données sensibles sur Google Cloud, avec des garanties sur la localisation et la gestion des clés de chiffrement via Thales. En novembre 2023, S3NS a annoncé la création d'infrastructures cloud en France, indépendantes de Google Cloud, pour un lancement prévu fin 2024. Ces infrastructures viseront la certification SecNumCloud début 2025. Cependant, S3NS ne prévoit pas d'héberger Google Workspace dans ce contexte, se limitant aux services SaaS, PaaS et IaaS de Google Cloud.

⁴⁴ BLEU, co-entreprise d'Orange et Capgemini en partenariat avec Microsoft, a annoncé l'ouverture de ses activités commerciales un an après S3NS. BLEU vise à offrir Microsoft 365 et Azure dans un cloud français sécurisé, cherchant la certification SecNumCloud 3.2 de l'ANSSI d'ici 2025. La plateforme, répondant aux besoins spécifiques des entités publiques et vitales, sera opérationnelle fin 2024 avec des centres de données en France.

seules entreprises établies dans l'UE la possibilité de fournir des services cloud sans restriction, la France pourrait enfreindre ses obligations NPF envers les autres membres de l'OMC.

● **Encadré 13 : la Loi SREN du 21 mai 2024 - de nouveaux critères techniques légaux obligatoires ?**

Après un long parcours législatif, le projet de [loi visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique dite SREN](#) a été adopté le mercredi 10 avril par l'Assemblée nationale et a été promulguée le 21 mai 2024. Filtre anti-arnaque, blocage rapide des sites pornographiques accessibles aux mineurs, peine de bannissement des réseaux sociaux pour les cyber-harceleurs... Voici quelques-unes des mesures de loi SREN pour mieux réguler l'espace numérique et protéger les internautes ainsi que les entreprises. Mais la loi comporte également plusieurs mesures pour réduire la dépendance des entreprises françaises aux fournisseurs cloud extra-européens.

Une partie de ces mesures sont finalement assez proches de ce que prévoit le [Data Act](#) européen, entré en vigueur en janvier 2024 et qui sera applicable à partir de septembre 2025. La loi SREN prévoit ainsi un encadrement des frais de transfert de données et de migration vers une autre infrastructure cloud⁴⁵, un plafonnement à un an des crédits cloud (avoirs commerciaux), ainsi qu'une obligation pour les services d'être interopérables. L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) sera chargée de cette réglementation. Ces nouvelles mesures visent **les fournisseurs de services cloud situés en France et hors Europe**. Toutefois après désignation par arrêté, des prestataires basés dans un autre pays européen pourront aussi être concernés.

Sur initiative des parlementaires, de nouvelles **dispositions concernent le stockage sur le cloud privé des données stratégiques et sensibles des administrations de l'État, de ses 400 opérateurs ou des groupements d'intérêt public**, y compris le *Health Data Hub*, face aux risques que font peser les législations non-européennes. **Ils doivent veiller à ce que les prestataires mettent en œuvre des critères de sécurité et de protection des données**. En vertu de l'article 31 de la loi, sont des données d'une sensibilité particulière: (1) les données qui relèvent des secrets protégés par la loi ; (2) les données nécessaires à l'accomplissement des missions essentielles de l'Etat (e.g. "la sauvegarde de la sécurité nationale, le maintien de l'ordre public et la protection de la santé et de la vie des personnes"...). Les dispositions visent en particulier la protection contre les accès non autorisés par des autorités d'Etats tiers à l'Union (notamment les Etats-Unis). Concernant spécifiquement les données de santé, une obligation de certification pèse sur les activités d'archivage électronique (article 32).

Néanmoins, les différentes initiatives européennes en matière de certification cloud ne sont pas uniformes, ce qui conduit à un paysage fragmenté. La

⁴⁵ Concernant les frais de transfert, ils seront facturés selon une tarification fixée par arrêté de la SENUM après proposition de l'Arcep. Le non-respect de cette tarification pourra entraîner des amendes jusqu'à 3% du CA mondial, et jusqu'à 5% en cas de récidive. Les fournisseurs de cloud ne pourront plus facturer de frais de transfert de données supérieurs aux frais réels.

distinction entre les certifications "souveraines" espagnoles (ENS⁴⁶) et allemandes (C5⁴⁷) d'une part, et la vision française, qui intègre une dimension juridique plus poussée d'autre part, va au-delà d'une simple divergence d'appréciation. Alors que l'Union européenne cherche à unifier ces certifications sous un référentiel unique (l'EUCS), cette différence se transforme en véritable différend.

● **Encadré 14 : l'EUCS, promesse d'une certification européenne?**

Le projet européen de certification cloud piloté par l'agence de l'Union européenne pour la cybersécurité (ENISA) propose trois niveaux d'assurance : basique, substantiel et élevé, chacun adapté à différents niveaux de risque de cyberattaques.

(1) Niveau basique (*basic*) : réduit les risques fondamentaux de cyberattaques.

(2) Niveau substantiel (*substantial*) : minimise les risques de cybersécurité face à des attaquants avec des ressources limitées.

(3) Niveau élevé (*high*) : divisé en CS-EL3 (catégorie 3) et CS-EL4 (catégorie 4), il cible les attaques sophistiquées. CS-EL3 exige que le stockage et le traitement des données se fassent dans l'UE, tandis que CS-EL4 impose que toutes les activités de traitement se déroulent dans l'UE, sauf exceptions approuvées.

Les deux niveaux élevés requièrent que les fournisseurs utilisent des prestataires basés dans l'UE et démontrent leur immunité juridique face aux juridictions étrangères. Ces exigences alignent le plus haut niveau de la certification européenne avec la certification française SecNumCloud (v. *supra*). La Commission européenne cherche à créer un cloud souverain, exempt des interventions des autorités non-européennes, excluant ainsi les acteurs américains.

Bien entendu, les principaux fournisseurs de services cloud (Amazon, Microsoft et Google) s'opposent aux nouvelles exigences de certification européenne, notamment l'immunité juridique, affirmant qu'elles pourraient exclure les entreprises étrangères du marché européen. Un rapport de mars 2023, commandé par la CCIA (incluant Google et Amazon), appelle à abandonner ces exigences.

Au sein de l'UE, les pays sont divisés : les Pays-Bas, le Danemark, la Grèce, l'Irlande et la Suède soutiennent un marché libre, tandis que l'Italie, l'Espagne et la France

⁴⁶ L'ENS, ou Esquema Nacional de Seguridad, est le cadre national de sécurité en Espagne. Il établit les normes de sécurité qui s'appliquent aux agences gouvernementales, aux organisations publiques et aux fournisseurs de services publics espagnols. L'objectif de l'ENS est de garantir un niveau de sécurité uniforme et élevé pour les informations et services numériques utilisés par les entités publiques, assurant ainsi la protection des données sensibles et la résilience des systèmes d'information contre les cyberattaques.

⁴⁷ Le C5, ou Cloud Computing Compliance Criteria Catalogue, est une norme de sécurité mise en place par l'Office fédéral allemand de la sécurité de l'information (BSI). Elle définit les exigences de sécurité pour les services de cloud computing, en se concentrant sur les aspects de sécurité, de transparence et de conformité. Le C5 est utilisé comme critère de base pour les processus d'approvisionnement des autorités fédérales allemandes. Il vise à assurer que les fournisseurs de services cloud respectent des normes rigoureuses en matière de sécurité et de protection des données, offrant ainsi un niveau de confiance élevé pour les utilisateurs publics et privés.

favorisent des exigences renforcées pour la souveraineté. En novembre 2021, le Comité européen de la protection des données (EDPB) [a appelé à de nouvelles mesures](#) de localisation des données, s'appuyant sur l'arrêt "Schrems II" de 2020, qui exigeait un renforcement des garanties pour les transferts de données personnelles vers les États-Unis. Cependant, avec l'adoption en juillet 2023 de la décision d'adéquation Data Privacy Framework par la Commission européenne, répondant aux préoccupations de cet arrêt, cet argument devient plus difficile à défendre.

Pour les mêmes raisons soulevées au sujet du label SecNumCloud, ce projet de certification suscite des débats sur le respect des règles de l'OMC, notamment l'AMP et l'AGCS, qui imposent un traitement non discriminatoire des fournisseurs étrangers.

Certains craignent également que l'EUCS, en limitant l'accès aux services de cybersécurité étrangers, affaiblisse la cybersécurité et la compétitivité de l'UE. Si les fournisseurs non européens ne peuvent pas obtenir les niveaux élevés de certification, ils pourraient être exclus des marchés publics et des infrastructures critiques, obligeant les entités européennes à se tourner vers des fournisseurs locaux moins performants.

Bien que reposant sur la volonté de chaque Etat membre, la certification EUCS pourrait devenir *de facto* obligatoire pour les entités essentielles⁴⁸ sous la [Directive \(UE\) 2022/2555 du Parlement et du Conseil du 14 décembre 2022](#) concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'UE (dite Network and Information Security 2 ou NIS 2), transformant le plus haut niveau de certification en prérequis, excluant ainsi les fournisseurs américains.

Au final, l'exemple du marché du Cloud illustre de manière éclatante les obstacles à la mise en place d'une stratégie destinée à stimuler l'innovation et la croissance des acteurs français par l'octroi à ces acteurs d'une place privilégiée dans la commande publique. D'un côté, des prestataires de services de cloud non européens, très en avance technologiquement et disposant déjà d'une taille critique, détiennent la majeure partie du marché du cloud tant privé que public. De l'autre, le souhait de réserver une fraction de l'accès aux marchés publics aux prestataires européens se heurte d'une part aux exigences de qualité et sécurité des services publics et d'autre part à des difficultés juridiques liées tant aux engagements européens qu'aux accords OMC. Le contournement de ces difficultés juridiques par des critères techniques et de cybersécurité au nom de la souveraineté ne semble pas emporter l'adhésion de tous les pays européens.

⁴⁸ Les entités essentielles sont celles dont les activités sont cruciales pour le maintien des fonctions sociétales ou économiques critiques, v article 3 de la directive NIS 2.

Conclusion

La commande publique en services numériques est difficile à chiffrer précisément mais a minima serait de près de 1 milliard d'euros en France et 5 milliards d'euros en Europe. Elle est destinée à augmenter en parallèle avec la montée des besoins de numérisation des administrations et de l'augmentation de la technicité des services requis qui exigent de faire appel à des services externes. De plus, les services numériques sont de plus en plus échangés entre pays, ce qui va augmenter la pluri-nationalité des soumissionnaires.

Ce besoin croissant est confronté à une offre dominée par des acteurs non européens et surtout américains dont les pouvoirs de marché sont très concentrés. La faiblesse des acteurs européens, notamment dans les services de cloud, interroge la politique industrielle et l'opportunité d'un soutien de la filière numérique. Ce besoin s'accompagne également de risques croissants quant à la propriété des données et leur intégrité. Les services numériques sollicitent de plus en plus de données et leur numérisation déplace les questions de sécurité vers celle de la cyber-sécurité. Les frontières du cyberspace et les acteurs qui s'y déploient sont plus difficiles à contrôler. Le recours à des fournisseurs étrangers peut compliquer l'exercice de ce contrôle.

Du côté juridique, l'encadrement des marchés publics européens est un enchevêtrement de normes nationales, européennes et internationales qui définissent les dérogations au principe de non-discrimination vis-à-vis des offres non strictement locales. Contrairement aux partisans d'un BE(T)A, les moyens ou les raisons de déroger à la non-discrimination sont nombreux dans les textes en Europe comme outre-Atlantique. Les données chiffrées montrent d'ailleurs que la part des acteurs étrangers est minoritaire sur l'ensemble des marchés publics et qu'ils sont surtout prépondérants quand ils dominent le marché mondial comme cela est le cas dans le cloud. En outre, on observe un développement croissant de dispositifs de dérogation pour des motifs environnementaux, sociétaux, de sécurité nationale ou de réciprocité.

Ce contexte économique-juridique ne conduit cependant pas à taire les appels à user de la commande publique pour soutenir la filière des services numériques en Europe.

Mais une telle association n'est pas aussi simple à faire qu'à énoncer. Elle suppose de créer des règles spécifiques autorisant une discrimination à l'égard des offres étrangères. Car c'est moins la fabrication ou la réalisation sur le territoire qui est visée par la politique industrielle que le soutien d'acteurs européens pour les promouvoir. Or il y a 3 difficultés majeures à une telle politique :

- 1) L'offre locale peut ne pas exister en quantité et en qualité et cela conduit à abaisser le niveau de la prestation obtenue par les administrés ;

- 2) L'offre locale peut ne pas exister en qualité et l'éviction de partenaires étrangers conduit à se passer de transfert de technologie, a minima transmis aux exécutants locaux ;
- 3) La politique industrielle doit viser l'excellence technologique, ce qui exige des investissements et du temps, qui ne sont pas des attributs de la commande publique. On peut attendre de la politique industrielle, des retours sur investissement, la commande publique n'induit pas de rendements futurs sinon peut-être des revenus fiscaux.

Nous pensons qu'il reste possible de subordonner la commande publique à la politique industrielle pour des raisons de politiques stratégiques mais en reconnaissant explicitement cette subordination des objectifs qui implique d'accepter un abaissement temporaire des exigences (temporel et de spécification) de la commande publique.

La commande publique peut être exceptionnellement une promesse de débouchés d'un bien public innovant non disponible sur le marché. Il s'agit alors du financement de la production d'un bien public (par exemple, accès à l'Espace, GPS, super-calculateur, centrale nucléaire, avion de chasse...) dont la technologie est de rupture et pour laquelle les fournisseurs locaux n'existent pas encore. Dans ce cas, la commande publique ne correspond pas à la satisfaction immédiate d'un besoin des administrations publiques pour ses administrés, mais est l'expression d'un achat futur pour un besoin futur. Elle s'accompagne en général de financement immédiat par anticipation. Il s'agit d'une commande spéciale associée à une ambition technologique et non d'une commande publique pour satisfaire une mission annuelle de service public.

En règle générale, la meilleure articulation entre politique industrielle et commande publique, dans le contexte économique-juridique présent, consiste à séquencer les deux politiques dans le respect de leur logique interne. Dans un premier temps, la puissance publique doit spécifier ses besoins et les standards qu'elle exige en s'engageant sur des montants de contrats dans le moyen terme. Ces spécifications et ces standards exigent une forte communication avec les industriels, les ingénieurs et les juristes. Estimer les contrats serait d'une grande utilité pour les industriels dans la planification de leurs investissements. Prévoir la demande conditionne les investissements des entreprises. La cohérence temporelle des administrations est clé. De son côté, la politique industrielle doit ensuite relayer ces exigences en finançant des investissements qui visent à les satisfaire.

C'est une manière de créer de la cohérence entre la politique de commande publique et celle de politique industrielle sans créer de substitution entre les objectifs et sans créer explicitement de discrimination à l'égard de certaines offres.

La création du label de cloud de confiance pourrait s'apparenter à cette séquence mais il est arrivé un peu tard pour pouvoir créer des avantages comparatifs pour les acteurs locaux.

En matière de services numériques, les spécifications techniques sont sans doute plus complexes et évolutives, les enjeux de sécurité plus critiques mais les marges de manœuvre juridiques pour créer des biais domestiques sont aussi plus larges. Il importe donc d'identifier le plus clairement possible les besoins opérationnels et sécuritaires des administrations et de définir la politique industrielle à l'échelle européenne en cohérence avec ces besoins, mais en respectant les logiques et temporalité de chacune.

Bibliographie

Aaronson, SA. (2019) What Are We Talking about When We Talk about Digital Protectionism? *World Trade Review*, 18(4) ; 541-577.

Assemblée nationale (2021), Rapport d'information de l'Assemblée nationale du 29 Juin 2021, "Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne" No 4299 (P. Latombe et J.-L. Warsmann)

Baldwin, R. (1970). Nontariff distortions of international trade. Washington DC: The Brookings Institution.

Baldwin, R., et Richardson, R. D. (1972). Government purchasing policies, other NTBs, and the international monetary crisis. In H. English, & K. Hay (Eds), *Obstacles to trade in the Pacific area*, Proceedings of the Fourth Pacific Trade and Development Conference, Ottawa: School of International Affairs, Carleton University.

Bellanger P., (2014), *La souveraineté numérique*, ed. Stock.

Brühlhart V. et F. Trionfetti (2001), Industrial Specialisation and Public Procurement: Theory and Empirical Evidence, *Journal of Economic Integration*, 16(1), March 2001 ; 106-127.

Commission européenne (2017, 10 mai), [*Document de réflexion sur la maîtrise de la mondialisation*](#), p. 15. Version anglaise : [EUROPEAN GLOBALISATION ADJUSTMENT FUND](#)

European Court of Auditors (2023), *Public procurement in the EU*, (28), 69 pages.

Evenett S. , A. Jakubik, F. Martín, et M. Ruta (2024), The return of industrial policy in data, *IMF Working Paper*, WP24/1, Janvier.

Derieux C., Parra Ramirez K. (2021), La commande publique peut-elle constituer un levier de relocalisation de l'activité ?, *Focus du Conseil d'Analyse Economique*, No 058-2021, Avril.

Disdier A.-C., L. Fontagné et Tresa E. (2021), Economic drivers of public procurement-related protection, *The World Economy* ; 3073-3090.

Guillou S. (2023), *La souveraineté économique à l'épreuve de la mondialisation*, Dunod.

Guillou S. (2020), *La souveraineté économique française passera par l'investissement dans les technologies numériques*, Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté, Novembre, Sciences Po Paris.

Guillou S. (2024), La politique industrielle en France: Dieux, Démons et Défis, Document de travail Sciences Po OFCE, juin 2024.

G'sell F. (2023), Quel avenir pour les transferts transatlantiques de données après la sanction de Meta par l'autorité de protection des données irlandaise?, Blog, Chaire Digital, Gouvernance, Souveraineté – Sciences Po Paris.

Herz, B., Varela-Irimia, X.-L. (2020). Border effects in European public procurement. *Journal of Economic Geography*, 20(6) ; 1359–1405.

Hufbauer, G. C., Schott J. (2009), Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation PIIE, Policy Brief No 9, February.

Kutlina-Dimitrova, Z., Lakatos, C. (2016). Determinants of direct cross-border public procurement in EU member states. *Review of World Economics*, 152(3); 501–528.

List, F. (1998), *Système national d'économie politique*, Paris, Gallimard [1841].

Mazzucato M. (2013), *The entrepreneurial State*, Anthem Press, UK.

Noro P. (2021), Les enseignements des projets de cloud souverain pour la stratégie numérique de l'Etat français, Policy Brief, Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté, Novembre, Sciences Po Paris.

OCDE (2014), *Examen de l'OCDE des politiques d'innovation en France*, 294 pages, Paris.

Sénat (2022), *Rapport de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques*, A. Bazin (Président) et E. Assassi (Rapporteuse), 16 Mars.

Trionfetti, F. (2000), Discriminatory public procurement and international trade. *The World Economy*, 23(1) ; 57– 76.

Weiss, L., Thurbon, E. (2006), The business of buying American: public procurement as trade strategy in the USA. *Review of International Political Economy*, 13(5) ; 701–724.

A propos des auteurs :

Sarah Guillou est économiste à l'Observatoire Français des Conjonctures économiques, centre de recherche en économie de SciencesPo. Elle y dirige le département de Recherche Innovation et Concurrence. Elle est membre du comité scientifique de la Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté de Sciences Po.

Florence G'sell est professeure de droit privé à l'Université de Lorraine, titulaire de la Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté de Sciences Po, et professeure invitée au [Cyber Policy Center](#) de l'Université de Stanford.

Fabien Lechevalier est doctorant en droit à l'Université Paris-Saclay, chercheur au Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel (CERDI Université Paris-Saclay), et affilié au [Transatlantic Technology Law Forum](#) de l'Université de Stanford.

A propos de la Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté :

[La Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté](#) de Sciences Po a pour mission de créer un forum unique réunissant des entreprises techniques, des universitaires, des décideurs politiques, des acteurs de la société civile, des incubateurs de politiques publiques ainsi que des experts de la régulation numérique. Hébergée par [l'Ecole d'affaires publiques](#), la Chaire adopte une approche multidisciplinaire pour rechercher et analyser les transformations économiques, juridiques, sociales et institutionnelles induites par l'innovation numérique. La Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté est dirigée par **Florence G'sell**, professeure de droit à l'Université de Lorraine, maître de conférences à l'Ecole d'Affaires Publiques de Sciences Po, et professeure invitée à Stanford.

Les activités de la chaire sont soutenues par :

