

BUY AMERICA ET BUY AMERICAN ACT

Présentation

Assez étonnamment, alors qu'il en est beaucoup question, les documents simples et synthétiques ayant trait au « *Buy America* » et au « *Buy American Act* » ne sont pas légion. Les références en sont souvent de longs exposés touffus, ou encore la retranscription in extenso – encore plus indigeste ! – des textes de loi. Dans ce contexte, tenter de dégager ce qui est essentiel et important pour nos PME n'est pas tâche aisée.

La conclusion générale permet de constater que tant le « *Buy America* » que le « *Buy American* » ne sont pas des lois d'exclusion systématique des entreprises étrangères (lisez non américaines).

Note préliminaire

Il est à noter que, même si les deux législations paraissent *a priori* assez similaires, le « *Buy America* » et le « *Buy American* » sont des lois distinctes, avec des règlements très différents. Leur objectif est pourtant le même : promouvoir et encourager l'utilisation de matériaux et équipements américains, sans toutefois – comme mentionné plus haut – les fournitures étrangères.

Le « *Buy America* » s'applique uniquement aux subventions émises par certaines agences fédérales américaines (dont la *Federal Transit Administration* ou le *Federal Highway Administration*) actives, comme leurs noms l'indiquent, dans les transports. Pour être financé, chaque projet d'infrastructure lié aux transports doit respecter des exigences en termes d'origine des matériaux.

La loi « *Buy American* », elle, peut être appliquée à tous les achats (articles, matériaux ou fournitures) réalisés par des entités fédérales américaines pour un usage public. Le montant seuil au-dessus duquel les dispositions s'appliquent est de 10 000\$ (« *U.S. micro-purchase threshold* »).

1. La Loi « *Buy America* »

La législation « *Buy America* » concerne les achats de fer, d'acier et d'autres produits manufacturés utilisés dans les projets de développement des transports (comme la construction d'une autoroute ou d'une ligne de chemin de fer par exemple) financés par certains organismes américains. Le respect de cette loi est dès lors une condition *sine qua non* pour que des États, municipalités ou commissions de transport puissent être subventionnés par les différents départements fédéraux.

Les dispositions « *Buy America* » étant en faveur des matériaux d'origine américaine, elles désavantagent fortement les produits et services étrangers. En plus de privilégier les biens nationaux, le gouvernement fédéral exige que les marchés dont la valeur est inférieure à 250 000\$ soient réservés aux petites entreprises américaines. La seule condition est qu'au moins deux d'entre elles soient qualifiées pour exécuter la tâche à un prix juste et raisonnable.

Notons que peu importe la part de financement d'un projet d'infrastructure par un organisme fédéral, les exigences « *Buy America* » s'appliquent au projet dans son ensemble.

Les conditions de cette législation étant variables en fonction de l'agence de financement et du type de bien considéré, nous avons préféré résumer les principales exigences « *Buy America* » dans un tableau de synthèse¹.

¹ Pour des détails plus complets, veuillez consulter le site web de l'agence américaine en question.

Organisme	Montant seuil du contrat à partir duquel les exigences s'appliquent	Produits concernés	Exigences
FTA (Federal Transit Administration) Bus, métros et autres transports en commun	150 000\$	Fer, acier et autres composants du matériel roulant ² Produit manufacturé	<ul style="list-style-type: none"> • L'équivalent d'au moins 70% du coût des composants et sous-composants du matériel roulant doit être produit aux USA. • L'assemblage final doit avoir lieu aux USA. • Les produits manufacturés doivent quant à eux être d'origine 100% américaine et produits à 100% aux USA.

² Voir définition précise sur <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/49/661.3>

<p>FHWA (Federal Highway Administration)</p> <p>Autoroutes</p>	<p>2 500\$ ou 0,1% du contrat</p> <p>(Le montant le plus élevé est retenu)</p>	<p>Fer, acier et produits manufacturés composés principalement d'acier et de fer</p> <p>Ne prend pas en compte les matières premières telles que le minerai de fer, la fonte brute, la ferraille d'acier et le calcaire</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Les produits doivent être fabriqués 100% aux USA : <ul style="list-style-type: none"> ○ Processus de fabrication et d'assemblage aux USA ; ○ 100% des composants d'origine américaine.
<p>FRA (Federal Railroad Administration)</p> <p>Trains</p>	<p>100 000\$</p>	<p>Fer, acier et produits manufacturés</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Les produits doivent être fabriqués 100% aux USA : <ul style="list-style-type: none"> ○ Processus de fabrication et d'assemblage aux USA ; ○ 100% des composants d'origine américaine.
<p>Amtrak</p> <p>Société nationale de transport ferroviaire</p>	<p>1 million \$</p>	<p>Tous les produits manufacturés ou non</p>	<ul style="list-style-type: none"> • L'équivalent d'au moins 50% du coût des composants doit être produit aux USA. • L'assemblage final doit avoir lieu aux USA.
<p>FAA (Federal Aviation Administration)</p> <p>Construction d'aéroports et aérogares</p>	<p>Pas de seuil</p>	<p>Acier et produits manufacturés</p>	<ul style="list-style-type: none"> • L'équivalent d'au moins 60% du coût des composants doit être produit aux USA. • L'assemblage final doit avoir lieu aux USA.
<p>EPA (Environmental Protection Agency)</p>	<p>Pas de seuil</p>	<p>Produits manufacturés en fer et en acier financés par certains</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 100% des produits en fer et en acier doivent provenir de composants américains.

Dans certains cas particuliers, l'agence fédérale concernée par le projet peut renoncer aux exigences « *Buy America* ». Par exemple, les circonstances atténuantes considérées par la *FTA* sont les suivantes :

- L'application de « *Buy America* » est incompatible avec **l'intérêt public** aux États-Unis ;
- Les matériaux nécessaires au projet ne sont pas disponibles en **quantité suffisante** ou de **qualité raisonnable** aux USA ;
- L'utilisation de matériaux nationaux augmenterait le **coût** du projet global de plus de **25%**.

Lorsqu'un bénéficiaire de la *FTA* répond à une des conditions citées ci-dessus, il est éligible pour une dérogation. Pour cela, il doit impliquer l'entrepreneur et le sous-traitant concernés et fournir un certificat de non-conformité indiquant que leur offre ne respectera pas les exigences « *Buy America* ». Ce document doit également énumérer les éléments pour lesquels une dérogation est requise.

Les circonstances et les procédures appliquées par les différents organismes fédéraux pouvant varier, nous vous recommandons de vous référer au site web de l'agence concernée pour plus de précisions.

Si on découvre à la fin du projet que des produits étrangers ont été utilisés au-delà des proportions autorisées, l'organisme responsable devra mener une enquête approfondie, notamment pour évaluer le degré de diligence du contractant. De plus, il devra étudier la disponibilité des produits aux États-Unis ainsi que les questions liées à leur élimination et leur remplacement par des produits nationaux.

Après l'enquête, des mesures correctives peuvent être appliquées pour remédier aux problèmes de conformité. Ces mesures peuvent par exemple inclure le retrait des produits étrangers et leur remplacement par des produits comparables d'origine américaine. S'il existe des preuves évidentes de négligence grave de la part du contractant, l'organisme fédéral peut même décider de retirer tous les fonds investis dans le projet.

³ *Clean Water State Revolving Fund, Drinking Water State Revolving Fund, Water Resources Reform and Development Act et Water Infrastructure Finance and Innovation Act.*

2. La Loi « *Buy American* »

Mise en place par le Président Hoover en 1933, cette loi a beaucoup évolué au fil des années et des mandats présidentiels. Néanmoins, elle s'est toujours focalisée sur le même objectif : privilégier l'utilisation de produits et de matériaux nationaux dans les projets financés par le gouvernement fédéral.

2.1. Champ d'application

Le « *Buy American Act* » s'applique à tous les marchés passés par l'administration fédérale américaine. Il concerne l'achat direct de fournitures dont la valeur est comprise entre 10 000 et 182 000\$, mais aussi l'acquisition de biens et matériaux liés à la construction allant de 10 000 à 7 008 000\$.

La loi exige que toutes les marchandises destinées à l'usage public (articles, matériaux ou fournitures) soient produites aux États-Unis. Pour être considérés comme tels, les produits doivent avoir été manufacturés aux USA, et au moins 55% du coût de leurs composants doit être d'origine américaine.

Notons que cette règle ne concerne pas les articles « *Commercially Available Off-the-Shelf* », plus généralement appelés *COTS*. Il s'agit ici de petits *items* standards qui seront adaptés pour satisfaire à des besoins particuliers plutôt que d'être commandés sur mesure. On peut par exemple citer des systèmes d'attaches (à savoir des écrous, boulons, goupilles, rivets, clous et vis).

En plus de la première exigence, et en vertu de la *Final Rule* adoptée par Joe Biden en janvier 2021, le contenu des produits entièrement ou principalement composés de fer ou d'acier doit être à 95% d'origine américaine, au moins. Si cette condition n'est pas respectée, les produits ne seront pas considérés comme nationaux et ne seront donc pas « prioritaires » sur le marché public. Il est important de noter ici que cette règle s'applique aussi aux *COTS* faits entièrement ou principalement de fer ou d'acier.

Outre son application au niveau fédéral, le « *Buy American Act* » a inspiré de nombreux États américains dans l'adoption de certaines exigences relatives au marché public.

2.2. Effets du « *Buy American Act* »

Dans les cas où il est applicable, et contrairement à ce que l'on pourrait penser, le BAA ne vise pas à interdire l'acquisition de biens étrangers. La loi vise plutôt à établir une préférence de prix pour les produits finis américains (matières premières et produits transformés).

En termes de préférence de prix et en vertu des dispositions adoptées par Joe Biden, les produits étrangers (ou américains qui ne respectent pas les conditions) sont soumis à une « pénalité » si leur prix est inférieur à celui des biens nationaux lors de l'appel d'offres. La « pénalité » varie en fonction de la taille de l'entreprise locale concurrente et s'élève à 20 ou 30% (et non plus 6 et 12%) respectivement pour des grandes ou petites entreprises⁴. Une évaluation comparative aura ensuite lieu pour déterminer si le produit extérieur majoré est toujours meilleur marché que le bien national, et s'il peut donc être acheté dans le cadre du BAA.

Notons que la « pénalité » s'élève à 50% dans le cadre de contrats passés avec le *Department of Defense* (DoD).

2.3. Exceptions (« Waivers ») au BAA

Les agences gouvernementales sont autorisées à acheter des produits étrangers sans restriction prévue par le BAA si au moins une des conditions suivantes est remplie :

- **L'intérêt public** l'exige ;
- Les produits d'origine nationale ne peuvent être extraits, produits ou fabriqués en **quantité suffisante** ou raisonnablement disponibles ;
- Les produits d'origine nationale ne sont pas d'une **qualité satisfaisante** ;
- Les produits d'origine nationale ne présentent pas des **prix raisonnables** et il existe des produits étrangers plus avantageux, même lorsqu'on a majoré leur prix de 20 ou 30% ;
- L'acquisition porte sur les **technologies de l'information**, considérées comme un article commercial ;
- Les produits sont destinés à être utilisés en **dehors des USA** ;
- Les produits étrangers sont destinés à la **revente** par les administrations américaines ;
- L'achat a lieu dans le cadre **d'accords commerciaux** (voir section suivante).

⁴ Notons qu'une entreprise est considérée comme « *large business* » à partir de 500 employés.

2.4. Lois sur les Accords commerciaux (*Trade Agreement Act*)

Le « *Trade Agreement Act* » (TAA) est une loi destinée à réguler les accords commerciaux entre les États-Unis et d'autres pays étrangers. Elle vise plus particulièrement à lutter contre la discrimination envers les entreprises sur base de leur nationalité et permet ainsi de garantir le respect et l'équité des procédures d'adjudications.

Pour tout contrat d'achat de fournitures d'une valeur égale ou supérieure à 182 000\$, et pour tout contrat de construction dont le montant est égal ou supérieur à 7 008 000\$, le TAA sera appliqué, et non plus le BAA.

Par conséquent, si vous prévoyez de vendre des marchandises au gouvernement américain pour un montant supérieur à ces seuils, vous devez vous assurer que vos produits sont conformes au « *Trade Agreement Act* ».

Pour être conforme au TAA, au moins 50% du coût global de fabrication des marchandises doit provenir des États-Unis ou d'un autre pays désigné. De plus, le produit doit avoir subi une transformation substantielle⁵ aux USA ou dans un des pays signataires de l'accord. Si ces deux conditions sont respectées, le produit peut être vendu dans le cadre d'un contrat *GSA Schedule*. Notons qu'il est de la responsabilité du vendeur de s'assurer que toutes les marchandises incluses dans ce type de contrat ont été en partie fabriquées aux USA ou dans un des autres pays désignés. Si ce n'est pas le cas, le contrat sera annulé.

Par « pays désignés »⁶, on entend :

- Les pays membres de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC) ;
- Les pays ayant conclu un accord de libre-échange avec les États-Unis ;
- Les pays moins développés (dont le Yémen ou le Cambodge) ;
- Les pays du bassin des Caraïbes.

2.5. Décret exécutif du Président Joe Biden

Le 25 janvier 2021, Joe Biden a signé un décret exécutif pour renforcer les dispositions du « *Buy American Act* » et pour promouvoir d'autant plus l'utilisation de produits nationaux lors de projets financés par le gouvernement fédéral.

⁵ Comprenez que le produit doit avoir subi certaines modifications importantes (fabrication, assemblage, transformation, etc.) qui lui confèrent un usage ou un caractère distinctif.

⁶ Pour une liste complète, voir https://www.acquisition.gov/far/part-25#FAR_Subpart_25_4

Début mai 2021, l'impact final de ce décret est encore inconnu, mais on s'attend à ce qu'il réduise considérablement l'achat de produits finis et de matériaux de construction étrangers par les gouvernements fédéraux et les États américains.

Parmi les principaux changements apportés, ce nouveau décret prévoit de remplacer le test des composantes par un test mesurant le contenu américain d'un bien en fonction de la valeur ajoutée au produit au regard de la production sur le sol américain, ou à l'activité économique soutenant l'emploi aux USA.

Néanmoins, le Président ne propose pas de définition spécifique de « valeur ajoutée » ni de moyen pour la calculer. Le *Federal Acquisition Regulatory (FAR) Council* est dès lors chargé de développer une méthode, et d'éventuellement supprimer le test des composantes du BAA. Cette mission doit être accomplie pour le 25 juillet 2021 au plus tard et risque donc de modifier fortement la loi en vigueur actuellement.

En plus de cette première disposition, et en vue d'améliorer la transparence des processus d'exceptions du BAA, Joe Biden requiert la création d'un « *Made in America Office* » au sein de l'*Office of Management and Budget*. Ce bureau sera chargé de gérer le processus de dérogation et de renforcer l'examen des demandes pour réduire le nombre d'exceptions accordées.

Le décret prévoit également la création d'un site web public qui présentera une liste de toutes les dérogations demandées, et indiquera si elles ont été accordées ou non, ainsi que la justification de la décision.

Outre les dispositions citées ci-dessus, et en vue de soutenir la transition vers davantage de fournisseurs américains, l'*Executive Order* demande aux agences fédérales de collaborer avec le *Manufacturing Extension Partnership (MEP)*. Cette association a pour but de repérer des fournisseurs américains capables de produire des biens et matériaux aux USA tout en répondant aux besoins des marchés publics fédéraux et aux dispositions du BAA.

À elles seules, ces quelques mesures peuvent donc réduire considérablement le nombre de dérogations « *Buy American* », et dès lors l'achat de produits et de matériaux de construction étrangers par les agences fédérales.

Notons tout de même que ce nouveau décret ne modifie pas les lois relatives au *Trade Agreement Act*, et que les achats couverts par ces accords ne seront pas impactés.

2.6. Résumé

Le « *Buy American Act* » s'applique-t-il à votre cas ?

1. Le montant d'achat entre-t-il dans les seuils limites du BAA ?

Fournitures : entre
10 000 et 182 000\$

Matériaux de
construction :
entre 10 000 et
7 008 000\$

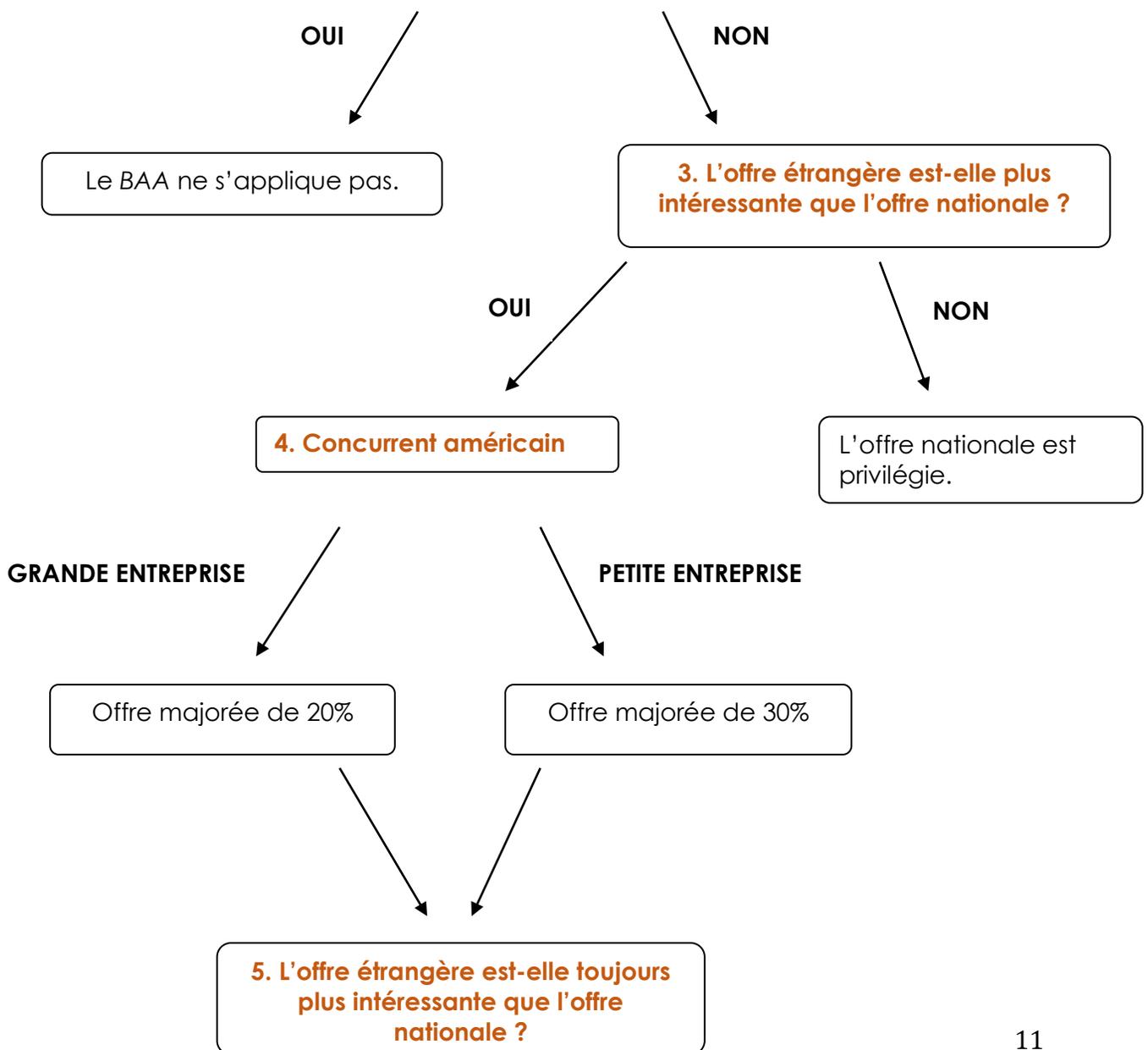
OUI

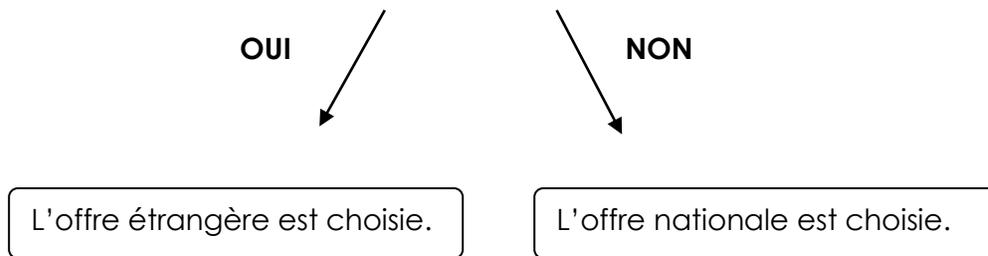
NON

2. Au moins une des conditions suivantes est-elle remplie (voir section 2.3.) ?

- **L'intérêt public** l'exige ;
- Les produits d'origine nationale ne sont pas disponibles en **quantité suffisante** ;
- Les produits d'origine nationale ne sont pas d'une **qualité satisfaisante** ;
- Les produits d'origine nationale ne présentent pas des **prix raisonnables** et il existe des produits étrangers plus avantageux ;
- L'acquisition porte sur les **technologies de l'information** ;
- Les produits sont destinés à être utilisés

Le BAA ne s'applique pas.





Travail réalisé de concert par :

Mademoiselle Astrid Laming, UCL, stagiaire Explort
et Madame Genevière Rubbers, assistante commerciale.

et mis à jour en mai 2021

par Monsieur Killian Lecocq, stagiaire UMons – Awex Washington DC et
Mademoiselle Emilie Danvoye - Stagiaire UCL – Awex New York

Bernard Geenen
AEC - Awex
New York – Mai 2021